

Tabela uwag do projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi - konsultacje publiczne

| Lp. | Podmiot zgłaszający uwagę | Jednostka redakcyjna | Treść uwagi |
|-----|---|-----------------------------|--|
| 1. | Rady Interessantów Portów Szczecina, Świnoujścia oraz Gdańska i Gdyni | Uwaga ogólna | Wydaje się, że użyte sformułowania oraz terminy stanowią swego rodzaju „kalkę” językową Dyrektywy, która nie do końca odpowiada terminologii prawniczej stosowanej w Polsce skutkiem czego mogą powstać ogromne wątpliwości interpretacyjne, zarówno na poziomie „zamawiającego” jak i sądu powszechnego, które będą musiały rozstrzygnąć Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza i sądy powszechne. |
| | | Uwaga ogólna | W Projekcie nie wskazano jednoznacznie, czy zawieranie umów koncesji przez „zamawiających” określonych w art. 3 Projektu jest obligatoryjne w przypadkach określonych w Projekcie (np. art. 1 i 4 Projektu) tzn. „zamawiający” musi w tych przypadkach zawrzeć umowę koncesji i nie może zawrzeć innego rodzaju umowy przewidzianej np. w Kodeksie cywilnym? Czy też przepisy Projektu znajdą obligatoryjne zastosowanie (przy uwzględnieniu kryteriów określonych w Projekcie) jedynie w sytuacji, w której „zamawiający” zdecyduje się na zawarcie umowy koncesji, a nie innej umowy określonej np. w Kodeksie cywilnym. |
| | | Uwaga ogólna | W sposób bardzo niejasny określone zostały wzajemne relacje pomiędzy ustawą Prawo Zamówień publicznych a Projektem, skutkiem czego mogą powstać ogromne wątpliwości odnośnie pierwszeństwa stosowania, których przepisów - PZP czy Projektu. |
| | | Uwaga ogólna | W Projekcie nie uwzględniono postanowień motywu 15 preambuły do Dyrektywy, a mianowicie: „Ponadto pewne umowy, których przedmiotem 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 (...), na podstawie których państwo, instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający ustanawia wyłącznie ogólne warunki ich wykorzystania, nie nabywając przy tym konkretnych robót budowlanych lub usług, nie powinny w rozumieniu niniejszej dyrektywy kwalifikować się jako koncesje (...)”. Stwierdzić należy, iż przytoczony motyw został wprowadzony w celu uwzględnienia przy stosowaniu Dyrektywy (a właściwie jej implementacji do porządków prawnych poszczególnych państw UE) kwestii różnorodności organizacji funkcjonowania portów morskich w UE. Większość państw UE, w tym Polska, przyjęła model, w którym podmioty zarządzające portami morskimi [dalej: „Zarządy Portów”], jako spółki Skarbu Państwa i jednocześnie przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, pełnią rolę właścicieli gruntów nie mogące świadczyć usług w stosunku do klientów portów morskich, która to działalność prowadzona jest przez konkurujące ze sobą prywatne terminale portowe funkcjonujące na obszarze portu morskiego na podstawie długoterminnych umów dzierżawy lub najmu zawartych z Zarządami Portów. |
| | | art. 5 ust. 1 | Na podstawie motywu 15 preambuły do Dyrektywy można wskazać, istotną zmianę, która powinna zostać wprowadzona do Projektu w odniesieniu do portów morskich, a mianowicie w art. 5 ust. 1, który określa wyłączenia w stosowaniu przepisów Projektu, proponuje się dodanie pkt. o następującej treści: „w odniesieniu do działalności terminali portowych oraz przeładunku towarów w portach morskich”. |
| | | art. 5 ust. 1 pkt. 3 lit. c | Artykuł powinien uzyskać brzmienie (zmiany przekreślone i podkreślone): „ usługi w zakresie nabycie własności lub innych praw do gruntów, istniejących budynków lub innych nieruchomości, w szczególności dzierżawy lub najmu, bez względu na sposób finansowania <u>oraz dodatkowe warunki korzystania z nich</u> ”. Pierwsza zmiana usuwa wątpliwość, że nie chodzi np. o |

| | | | |
|----|---|----------------------|---|
| | | | umowy pośrednictwa w handlu nieruchomościami lub podobnymi, a druga rozwiewa kolejną niejasność, a mianowicie, uwzględnienie istnienia accidentalia negotii w umowach, gdyż w większości umów dzierżawy lub najmu takie dodatkowe (lecz nie obligatoryjne na gruncie prawa) postanowienia są zawarte, co jest zresztą zgodne z motywem 15 Dyrektywy. |
| | | art. 51 | Występuje sprzeczność pomiędzy art. 51 a art. 52 Projektu, polegająca na tym, że w art. 51 Projektu wskazuje się, jako organ właściwy do rozpoznawania odwołań, Krajową Izbę Odwoławczą, podczas gdy w art. 52 Projektu mowa jest o tym, że odwołania rozpoznaje Prezes Izby. Je- żeli odwołania opisane w art. 51 i 52 Projektu są dwoma różnymi lub tym samym trybem to powinno to zostać precyzyjnie opisane aby na etapie odwoławczym nie było wątpliwości, w szczególności proceduralnych, które będą skutkować niejasnością całego postępowania. |
| 2. | Polska Izba Gospodarki Odpadami oraz Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami | Art. 5 ust. 2 | <p>Przewidziane rozwiązania umożliwiłyby jednostkom sektora finansów publicznych bezprzetargowe zlecenie realizacji wszystkich zadań dotyczących robót budowlanych, usług lub dostaw. W skrajnym przypadku może to prowadzić do monopolizacji rynku zadań publicznych wyłącznie przez podmioty publiczne. Jak wynika z prezentowanych stanowisk przedstawicieli jednostek samorządu terytorialnego, wizja rekomunalizacji jest szczególnie widoczna w sektorze gospodarki odpadami, co stanowiłoby rażące odejście od założeń stanowiących podstawę przyjętej niedawno tzw. rewolucji śmieciowej. Zamówienia in-house, których ustawodawca nie ma obowiązku wprowadzania do regulacji krajowych, wymagają daleko idącej analizy wpływu na funkcjonujące rozwiązania rynkowe, ponieważ mogą w znacznym stopniu ograniczyć możliwość realizacji zadań publicznych przez przedsiębiorców prywatnych.</p> <p>Jeśli Polska zamierza wprowadzić stosowne regulacje do prawa krajowego, powinno to odpowiadać szerszym niż tylko wynikającym z dyrektyw dotyczących zamówień publicznych wymogom prawa unijnego, a także być zgodne z podstawowymi zasadami konstytucyjnymi, na których jest oparty ustrój RP (zasada pomocniczości, zasada wolności gospodarczej).</p> <p>W tym zakresie konieczne byłoby – poza „przekopowaniem” zapisów dyrektyw – wprowadzenie także innych warunków i przesłanek, które powinny zostać spełnione, dla zgodnego z prawem powierzenia zadania na zasadach in-house.</p> |
| 3. | Polska Izba Ubezpieczeń | Uwaga ogólna | <p>Polska Izba Ubezpieczeń wnioskuje o przywrócenie zapisów art. 21 ust. 4 obowiązującej ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane i usługi, stanowiących, że w przypadku, kiedy wybrany oferent uchyla się od zawarcia umowy, koncesjodawca zachowuje pobraną od tego oferenta kwotę pieniężną z tytułu wadium albo dochodzi zaspokojenia tej kwoty z przedmiotu zabezpieczenia, o ile wniesienie wadium było wymagane.</p> <p>Rezygnacja z zapisów dotyczących wadium w projektowanej ustawie może zmniejszyć powszechność stosowania tego zabezpieczenia przez koncesjodawców. PIU popiera działania UZP zmierzające do zmniejszenia obciążeń administracyjnych. Jednak uzyskanie gwarancji zapłaty wadium nie jest procesem skomplikowanym, natomiast zawarcie umowy o wystawienie gwarancji poprzedzone jest szczegółową oceną ryzyka związanego z działalnością biznesową danego oferenta. Dlatego zabezpieczenia te stanowią skuteczne narzędzie ochrony interesów sektora publicznego.</p> <p>Brak powszechnej praktyki składania wadium może podwyższyć prawdopodobieństwo nieskutecznego wyboru oferty przez zamawiających. Wybrani przedsiębiorcy będą mogli odstąpić od podpisania umowy bez żadnych sankcji. W konsekwencji zwiększy to liczbę postępowań o zawarcie umów koncesji, w przypadku których konieczne będzie ich ponowne przeprowadzenie.</p> |
| 4. | Konferencja Rektorów Akademickich | Uwaga ogólna | Należy zwrócić uwagę na to, że język, w jakim napisany jest projekt ustawy, jest niejasny i często niezrozumiały. Wątpliwości budzi również nazewnictwo oraz systematyka; w szczególności dotyczy to określeń odnoszących się do uczestników postępowania. Jeśli wprowadza się pojęcia kandydat, oferent, wykonawca i koncesjonariusz, to należy używać |

| | | | |
|--|-----------------------|---------------------|--|
| | Szkół Polskich | | <p>ich konsekwentnie, a nie naprzemiennie, np. wykonawca w miejsce kandydat czy oferent. Odnośnie do wspomnianej systematyki, szczególną uwagę zwraca opisanie procedury zawierania umów w kilku rozdziałach. Taka konstrukcja nie daje jasnych wytycznych co do sposobu postępowania w tym zakresie.</p> <p>Słownik definicji legalnych nie jest jednoznaczny. Przykładowo może budzić wątpliwości, podobnie jak w projekcie ustawy PZP, pojęcie „obiekt budowlany” czy „samodzielna funkcja techniczna lub gospodarcza”. Analogicznie, jest wiele sformułowań niejednoznacznych przy opisie przedmiotu zamówienia, np. odwołanie się do "proporcjonalności przedmiotu umowy". Jakie są wyznaczniki proporcjonalności?</p> <p>W projekcie jest wiele niejednoznaczności w przepisach oraz wiele sformułowań, które mogą być różnie interpretowane przez organy kontrolne; np. „obiektywnie podzielne” - nie wiadomo, czy chodzi tutaj o podział fizyczny rzeczy rozumiany w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego, czy też o coś innego.</p> <p>Ustawa odsyła wprost do załączników określonych w dyrektywach unijnych w zakresie np. definicji usług społecznych czy innych usług szczególnych. Taka konstrukcja ustawy jest nieczytelna i wymaga sięgania wprost do dyrektyw unijnych. Taka regulacja powinna być określona przez akty wykonawcze do ustawy w postaci np. rozporządzenia.</p> <p>Mało czytelny jest zakres przedmiotowy stosowania ustawy w odniesieniu do tego, kiedy należy stosować przepisy ustawy PZP, a kiedy ustawy o koncesji.</p> <p>Z ustawy wprost nie wynika, czy można inwestycję traktować jako całość, czy też całe zamówienie musi być podzielone na „obiektywnie podzielne części”.</p> <p>W związku z tym, że umowy na koncesje zawierają wiele odesłań do PZP oraz wiele podobnych regulacji, uzasadnionym byłoby wprowadzenie stosownych regulacji do PZP, a nie do odrębnej ustawy. Powielanie zapisów jednej ustawy w innej ustawie sprawia, że przepisy są zagmatwane i może dochodzić do błędów oraz różnic.</p> <p>Nasuwa się pytanie generalne: dlaczego nie połączono tych dwóch wyżej omawianych regulacji prawnych (Pzp i ustawy koncesyjnej), tak jak to miało miejsce w przypadku dyrektywy obronnej.</p> <p>Zasady udzielania zamówień są niejasne i niejednoznaczne. Nie wiadomo jak np. interpretować pojęcie „sposób przejrzysty i proporcjonalny”. Sformułowanie „proporcjonalny” było weryfikowane już przez składy orzekające KIO w sposób odmienny, tj. niezgodny z literalnym jego brzmieniem.</p> |
| | | Uwaga ogólna | Jednoznacznie określony termin złożenia oświadczenia o bezstronności osób może być w praktyce trudny do zrealizowania. Może zmuszać do fałszowania dat pod oświadczeniem w przypadku przebywania na zwolnieniu lekarskim. |
| | | Uwaga ogólna | Nie określono sankcji za niezłożenie oświadczenia lub też złożenie oświadczenia w innym terminie oraz ewentualnych konsekwencji prawnych tego uchybienia. |
| | | Uwaga ogólna | Odesłanie wprost do przepisów PZP w zakresie Konsorcjów jest niejednoznaczne - nie wskazano konkretnych regulacji, tzn. nie wskazano, jakie przepisy ustawy PZP powinno się stosować wprost, a jakie odpowiednio. W naszej ocenie odesłanie w tym zakresie do PZP potwierdza, że trudno oddzielić ustawę o koncesjach od PZP, co w sposób konkretny sugeruje, aby te |

| | | | |
|--|--|-----------------------|---|
| | | | regulacje połączyć w jedną całość. |
| | | Art. 7 ust. 1 | Niejasny wydaje się przepis art. 7 ust. 1. Według jakich kryteriów wyznacza się „główny przedmiot koncesji”. Czy zamawiający ma w tym zakresie swobodę czy też ma tu zastosowanie art. 9 ust. 1. |
| | | Art. 14 | Art. 14, dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi przejście regulacji z ostatniej nowelizacji PZP. W doktrynie podnosi się, że przepis został skonstruowany wadliwie, nie określono bowiem, czy brak zastrzeżenia lub wadliwe zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa podlega wyjaśnieniu przez zamawiającego, czy też nie, a jeżeli tak, to w jakim trybie i na jakich zasadach. Przepis ten nie upoważnia również organizatora postępowania do żądania wyjaśnień w sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę lub wniosek nie udowodnił, iż zastrzeżone informacje w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zabrakło również regulacji prawnych stanowiących, iż nieprawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest np. równoznaczne z uprawnieniem zamawiającego do odtajnienia takich informacji bez żadnych konsekwencji prawnych. |
| | | Art. 15 ust. 2 | Regulacja określona w art. 15 ust. 2, dotycząca formy telefonicznej ustnego porozumiewania się pod warunkiem utrwalenia treści na nośniku, jeżeli nie dotyczą one "istotnych elementów postępowania", może budzić wątpliwości interpretacyjne na etapie prowadzenia postępowania. |
| | | Art. 16 ust. 2 | Wyjaśnić należy, jakie osoby uznawane są za defaworyzowane lub wskazać odnośne przepisy definiujące tę grupę np. ustawę o spółdzielniach socjalnych. |
| | | Art. 18 ust. 2 | Ustalenie wartości szacunkowej umowy koncesji na dzień przekazania ogłoszenia lub wysłania zaproszenia w praktyce może być trudne do wykonania. Oszacowanie przedmiotu zamówienia jest bowiem czynnością skomplikowaną, może wymagać posiadania uprawnień specjalnych, czy też specjalistycznej wiedzy. Bardziej uzasadnione byłoby wprowadzenie jakiejś tolerancji czasowej w tym zakresie, jak to jest w aktualnie obowiązującej ustawie PZP; np. szacowanie wartości umowy koncesji nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert lub wniosków. |
| | | Art. 18 ust. 6 | Zakaz dzielenia przedmiotu koncesji będzie budził wątpliwości interpretacyjne. Nie wiadomo bowiem, co oznacza sformułowanie „obiektywne przyczyny”. Takie niejednoznaczne pojęcia stanowią podstawę do nadinterpretacji przepisów zarówno przez samych zamawiających, jak i organy kontroli. Taki stan powoduje konieczność wydawania opinii prawnych przez UZP, przy czym zdarza się, że opinie UZP nie są zgodne z orzeczeniami KIO. Powoduje to po stronie zamawiających stan dużej niepewności. |
| | | Art. 20 ust. 2 | Zakaz zmiany umowy koncesji w trakcie negocjacji wydaje się trochę niezrozumiały. Powinna być dopuszczona możliwość wprowadzania zmian, chociażby w ograniczonym zakresie. Przy tak zaprojektowanej regulacji zamawiający jest pozbawiony możliwości naprawienia ewentualnych błędów w umowie, które zostały ujawnione w trakcie prowadzonych negocjacji. |
| | | Art. 19 i 20 | Bardzo odformalizowane procedury i pozostawienie pełnej swobody zamawiającemu w ich kształtowaniu może doprowadzić do niejednolitej praktyki stosowania ustawy. Dla zamawiających zdecydowanie bardziej korzystne są procedury określone wprost w ustawie, niż tworzenie własnych, które nie wiadomo, w jakim zakresie będą kontrolowane, a - co istotniejsze - kwestionowane przez organy kontrolne. |
| | | Art. 20 ust. 5 | Wątpliwości budzi możliwość sprawiedliwej selekcji kandydatów i sposób jej przeprowadzania. Uważamy, iż nie należałoby ograniczać liczby oferentów, a każdy z nich spełniający warunki formalne powinien być dopuszczony do postępowania. Większa liczba oferentów daje Zamawiającemu szerszy pogląd na aktualną sytuację na rynku: kształtowanie się cen oraz możliwości konkurencji i ewentualne negocjacje cen. Generalnie należy podkreślić, że w ustępie tym występuje szereg nieostrych określeń: „odpowiedni poziom”, „sposób przejrzysty”, „obiektywne kryteria”, „rzeczywista konkurencja”. |

| | | | |
|--|--|---------------------------|---|
| | | | Niejednoznaczne jest również określenie, że liczba zaproszonych podmiotów musi gwarantować "rzeczywistą konkurencję". |
| | | art. 23 ust. 2 | Pozostawienie otwartego katalogu przesłanek unieważnienia postępowania może być przyczyną wielu sporów i wydłużyć procedurę postępowania. |
| | | art. 25 | <p>Przesłanki dotyczące możliwości odstąpienia od publikacji ogłoszenia mogą być kwestionowane co do zasady przez kontrolerów na zasadzie analogii zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Ciężar dowodu będzie przerzucony na zamawiającego, zgodnie z regulacjami kodeksu cywilnego. W związku z tym może dochodzić do sytuacji, w której zamawiający- nawet jak będzie miał podstawę do niepublikowania ogłoszenia z uwagi na spełnienie przesłanek - i tak będzie postępowanie prowadził w procedurze konkurencyjnej po to tylko, aby uniknąć zarzutu nieuzasadnionego utrudniania uczciwej konkurencji. Ponadto należy dodać, że brak konkurencji ze względów technicznych jest przesłanką nieostrą i trudną do zdefiniowania. Powstaje szerokie pole wątpliwości co do tego, kiedy przesłanka ta zachodzi i w jaki sposób podmiot udzielający koncesji ma udowodnić, że rzeczywiście tylko jeden wykonawca jest w stanie wykonać dane roboty budowlane lub usługi. Pojęcie „względy techniczne” nie jest zdefiniowane w ustawie, co stwarza możliwość dowolnej interpretacji.</p> <p>Art. 25 przewiduje możliwość zawarcia umowy koncesji bez obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia w przypadku, gdy roboty budowlane lub usługi mogą być świadczone przez jednego wykonawcę powodu braku konkurencji ze względów technicznych. Nawet w najbardziej specjalistycznych gałęziach budownictwa istnieje zawsze możliwość wykonania usługi przez dwie firmy. Zawieranie więc umowy bez publikacji ogłoszenia wiązać się będzie z utrudnieniem konkurującym firmom dostępu do wiedzy o planowanym przedsięwzięciu. Skutkiem tego będzie możliwość dyktowania i zawyżania ceny przez jednego oferenta, który złoży ofertę.</p> |
| | | Art. 32 ust. 6 | Artykuł ten stwierdza, iż zamawiający nie może odrzucić oferty, która jego zdaniem nie spełnia wymogów technicznych i funkcjonalnych, o ile oferent udowodni, że rozwiązania które zaproponował spełniają w równoważny sposób wymogi techniczne i funkcjonalne. Może to być („udowodnienie równoważności”) bardzo problematyczne w praktyce dla wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. |
| | | Art. 33 ust. 2 | Uzależnienie złożenia oferty lub wniosku od obecności w „określonym miejscu lub po dokonaniu sprawdzenia dokumentów na miejscu” ogranicza konkurencję. W chwili obecnej - według kontrolerów zamówień publicznych współfinansowanych ze środków unijnych - obowiązek przeprowadzenia wizji, od której jest uzależnione złożenie oferty lub wniosku, a nawet same wprowadzenie wizji lokalnej jako czynności pomocniczej, jest traktowane jako próba wprowadzenia preferencji lokalnych oraz próba eliminacji konkurencji zagranicznej. Tym samym podmioty będące daleko od określonego miejsca mają utrudnioną możliwość pozyskania zamówienia oraz dużo większe koszty związane z pozyskaniem zamówienia niż podmioty miejscowe. |
| | | Art. 34 | Przesłanki wykluczenia to powtórzenie zapisów nowego PZP. Powstaje w związku z tym pytanie, dlaczego w tym zakresie (tak jak to było w przypadku konsorcjum) nie ma wprost odesłania do przepisów PZP. |
| | | Art. 34 ust. 2 | Fakultatywne przesłanki wykluczenia zawierają „poważne wykroczenie zawodowe”. To kolejne nieostre pojęcie. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE potwierdzeniem „poważnego wykroczenia” jest orzeczenie „właściwego organu dyscyplinarnego”. Tym samym mało podmiotów podlega organom dyscyplinarnym. Jeżeli przyjmie się tak jak obecnie cywilistyczne pojęcie „rażącego niedbalstwa”, to na gruncie ustawy trudno będzie wykonawcy udowodnić rażące niedbalstwo. |
| | | Art. 34 ust. pkt 3 | Niejednoznaczne jest sformułowanie „istotne lub uporczywe braki w spełnianiu merytorycznych wymogów wynikających z umowy”. Tego typu sformułowania powodują, że trudno jest stosować ustawę w praktyce. Udowodnienie tej przesłanki wykluczenia wykonawcy będzie również problematyczne. |

| | | |
|--|------------------------------|---|
| | art. 34 ust. 2 pkt. 4 | Z ustawy wynika, że przesłanki wykluczenia fakultatywne i obligatoryjne muszą być potwierdzone orzeczeniem Sądu. W praktyce trudno będzie zmusić sądy cywilne do wydania orzeczeń o określonej treści, tak aby stanowiłyby podstawę wykluczenia. W praktyce z kolei, jeżeli nie będzie wyroku o odpowiedniej treści, może to być podstawą do kwestionowania podjętej decyzji zamawiającego przez organy kontroli. Z zapisów ustawy wynika, że wykluczenie wykonawcy może być kłopotliwe i w praktyce niewykonalne z uwagi na przepis art. 34 ust. 4, który dopuszcza możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności w tym zakresie przez wykonawcę. Taka regulacja doprowadzi do tego, że w praktyce nie będzie można wykluczyć wykonawcy z prowadzonego postępowania. Podobne regulacje dotyczące fakultatywnych przesłanek wykluczenia zaproponowano w nowym PZP. Można z całą odpowiedzialnością uznać, że są to w praktyce przepisy martwe. Zamawiający nie stosują tych regulacji, skoro ich stosowanie jest uzależnione od woli zamawiającego. W związku z powyższym, tego samego można się spodziewać przy umowach koncesyjnych. |
| | Uwaga ogólna | Sposób określania kryteriów weryfikacji kandydatów i oferentów w zasadzie pokrywa się z regulacjami nowego PZP. Podobnie, regulacje dotyczące zawierania umów, ich zmiany, kontroli Prezesa UZP, odwołań przysługujących do KIO. |
| | art. 36 ust. 2 | Czy pod pojęciem referencji rozumie się również dokumenty potwierdzające spełnianie kryteriów ekonomicznych, np. bilans, rachunek zysków i strat. |
| | Art. 37 | Przepis kładzie nacisk na konieczność udowodnienia przez wykonawcę zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w ciągu całego okresu realizacji umowy koncesji. W odniesieniu do sytuacji finansowej wprowadzono możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawców i podmiotów udostępniających zasoby solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy koncesji. Proponowana regulacja jest bardzo podobna do już istniejącej regulacji w ustawie PZP. Należy pamiętać, że w praktyce posługiwanie się zasobami podmiotów trzecich oraz udowadnianie rzeczywistego nimi dysponowania stwarza wiele problemów formalnych na etapie oceny ofert oraz problemów praktycznych przy realizacji zamówienia. Trzeba pamiętać, że kwestia dostępności zasobów podmiotów trzecich jest jedną z najbardziej kłopotliwych dla wykonawców i stwarza znaczne pole do nieuczciwości, zarówno w procedurze wyboru wykonawców, jak i na etapie wykonania zamówienia. |
| | Art. 38 | Art. 38 Przepis wprowadza elastyczne rozwiązania promujące innowacyjność produktów i usług, wskazując, iż w przypadku takiej oferty Zamawiający może zmienić kolejność kryteriów oceny ofert w celu uwzględnienia tego rozwiązania. Nie do końca możemy się zgodzić, aby taki sposób promowania ofert innowacyjnych był właściwy. W naszej ocenie należy raczej już w ogłoszeniu poinformować potencjalnych oferentów, iż oferty zawierające rozwiązania innowacyjne będą wyżej oceniane i ustalić zasady tej oceny (np. poprzez przyznanie ofertom innowacyjnym dodatkowych punktów). Zmiany zasad oceny ofert po zapoznaniu się wszystkich oferentów z ofertami budzą wątpliwości, gdyż łamią kardynalną zasadę, iż reguły gry powinny być ustalane przed jej rozpoczęciem. Brak ustalenia zasad opisu innowacyjności ofert i sposobu oceny tej innowacyjności przez Zamawiającego może nie tylko powodować spory co do właściwej oceny rzeczywistej innowacyjności danej oferty, ale wręcz uniemożliwić porównanie ofert. Ponadto, należy zauważyć, że określenia: „rozwiązanie innowacyjne, nowa metoda marketingowa lub nowa metoda organizacyjna” nie mają definicji ustawowej. W jaki zatem sposób Zamawiający oceni zastosowanie ww. rozwiązań przez Wykonawcę? Jak należy rozumieć określenie „w drodze wyjątku”? Kiedy wyjątek istnieje, a kiedy nie? |
| | Art. 42 ust. 3 | W art. 42 ust 3 Zamawiający zobowiązani zostali do podjęcia stosowych środków. Powstaje w związku z tym pytanie, jak należy rozumieć określenie „stosowne środki”. Wskazany w przepisie katalog dopuszczalnych środków jest katalogiem otwartym. Przepis wymaga doprecyzowania - zwrot ”stosowne środki” powinien zostać usunięty lub doprecyzowany. |

| | | | |
|--|--|-------------------------------------|--|
| | | Art. 1 | W art. 1.2, posłużono się określeniem „wykonawca” kiedy na etapie po zawarciu umowy uczestnik postępowania jest już koncesjonariuszem. Podobnie w art. 2.2 naprzemiennie posłużono się określeniami „koncesjonariusz” i „wykonawca”. |
| | | Art. 7 ust. 1 | Niejasny wydaje się przepis art. 7 ust. 1. Według jakich kryteriów wyznacza się główny przedmiot koncesji. Czy zamawiający ma w tym zakresie swobodę czy leż ma tu zastosowanie art. 9 ust. 1. |
| | | Art. 10 ust. 4 | Nie wiadomo co oznacza, że zamawiający działa w sposób proporcjonalny. |
| | | Art. 16 ust. 2 | Należy wyjaśnić, jakie osoby uznawane są za defaworyzowane lub wskazać odnośne przepisy definiujące tą grupę. |
| | | Art. 18 ust. 3 | Jakie znaczenie i czemu ma służyć ta regulacja. |
| | | Art. 23 ust. 2 | Pozostawienie otwartego katalogu przesłanek unieważnienia postępowania może być przyczyną wielu sporów i wydłużenia procedur postępowania. |
| | | Art. 38 ust. 2. | Nieprecyzyjny jest art. 38 ust. 2. Czy w tym przepisie nie należałoby wskazać, że wykonawcy przypisują określone wagi kryteriom oceny ofert. |
| | | Art. 20 ust. 5 | Użyte w art. 20 ust. 5 określenia są nieostre. Co oznacza „odpowiedni poziom”, „sposób przejrzysty”, „obiektywne kryteria”, „rzeczywista konkurencja”? Przepis w tym brzmieniu nie jest jednoznaczny i stwarza pole do nadużyć lub błędnej interpretacji. |
| | | Art. 25 | <u>Powstaje szerokie pole wątpliwości co do tego, kiedy przesłanka ta zachodzi i w jaki sposób podmiot udzielający koncesji ma udowodnić, że rzeczywiście tylko jeden wykonawca jest w stanie wykonać dane roboty budowlane lub usługi. Pojęcie „względy techniczne” nie jest zdefiniowane w ustawie, co stwarza możliwość dowolnej interpretacji.</u> |
| | | Art. 42 ust. 3 | Nie jest jasne, jak należy rozumieć określenie „stosowne środki”. Wskazany w przepisie katalog dopuszczalnych środków jest katalogiem otwartym. Przepis wymaga doprecyzowania - zwrot „stosowne środki” powinien zostać usunięty lub doprecyzowany. |
| | | Art. 1 ust. 2 | Po wyrazie „płatnością” winno być: na rzecz zamawiającego. Doprecyzowanie, na czyją rzecz jest płatność, ma istotne znaczenie dla odróżnienia koncesji od zamówienia publicznego. |
| | | Art. 4 ust. 1 | Zbyt wysoki próg. |
| | | Art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a-b | Dlaczego jest tu mowa o dostawach, skoro ustawa dotyczy robot budowlanych i usług? Chyba, że dostawy rozumiemy tu zgodnie z KC - jako wytworzenie i dostarczenie. Wydaje się w art. 5 występuje nieprawidłowa numeracja. |

| | | | |
|----|--|-----------------------------|--|
| | | Art. 10 ust. 2 | Termin „sztuczne” jest nieostry i nie wiadomo co oznacza. Może raczej należałoby użyć terminu „nadmierne” albo „nieuzasadnione” |
| | | Art. 18 ust. 3 | Sformułowanie niewłaściwe, przepisane wprost z art. 8 ust. 3 Dyrektywy w sprawie udzielania koncesji. |
| | | Art. 34 ust. 4 | Niepotrzebna „furtka” dla nieuczciwych wykonawców. |
| | | Art. 40 ust. 2 pkt 1 | Należy usunąć tekst po przecinku. Całkowicie wystarczające jest podanie punktacji. Absolutnie niezrozumiałe jest podawanie informacji o punktacji wyłącznie do oferty najkorzystniejszej i oferty wykonawcy informowanego. |
| | | Art. 46 | Wprowadza dużo pojęć nieostrych |
| | | Art. 48 ust. 6 | Źle sformułowany przepis. Zamawiający ma wykluczyć podwykonawców na etapie robot budowlanych? Wykluczenie, o którym mowa w art. 34, to wykluczenie z postępowania o udzielenie koncesji. Na etapie robot postępowanie jest zakończone, koncesja udzielona. Jeśli jednak tak ma być, to w ust. 3 należałoby dodać, że koncesjonariusz musi przekazać zamawiającemu nie tylko informacje, ale również dokumenty dotyczące podwykonawców, wymagane na etapie postępowania od oferenta na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w świetle art. 34. |
| 5. | Izba Przemysłowo-Handlowa Inwestorów w Polsce | Art. 5 ust. 2 | Przepis skutkować będzie pozostawieniem poza kontrolą wydatkowanie środków publicznych w dziedzinie usług użyteczności publicznej, nie zapewnia poszanowania występującej na rynku konkurencji. |