

Koncesja na roboty budowlane i usługi – projektowane zmiany

Większość projektów dotyczących PPP w Polsce jest realizowana na podstawie ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi, pozwalającej podmiotowi publicznemu na stosunkowo mało sformalizowany wybór partnera prywatnego. Może to jednak ulec zmianie – trwają prace nad przygotowaniem ujednoczonych unijnych ram prawnych regulujących udzielanie koncesji.

Anna Flaga-Martynek

radca prawny, WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr

Jerzy Masztalerz

prawnik, WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr

W grudniu 2011 r. Komisja Europejska (KE) opublikowała propozycje nowych dyrektyw zamówieniowych dla sektora publicznego i użyteczności publicznej (dyrektywa klasyczna) oraz podmiotów wykonujących działalność sektorową (dyrektywa sektorowa). W trakcie konsultacji poprzedzających przygotowanie projektów KE doszła do przekonania, że obecne fragmentaryczne uregulowanie problematyki koncesyjnej jest niewystarczające i nie zapewnia należytego poziomu konkurencyjności na wspólnym europejskim rynku, nie realizuje w sposób dostateczny zasad: swobody

przedsiębiorczości, przepływu kapitału oraz świadczenia usług. Aktualnie koncesja na roboty budowlane podlega jedynie szacunkowej regulacji w art. 56–65 obowiązującej dyrektywy klasycznej (2004/18/WE), a koncesja na usługi nie jest w ogóle przedmiotem szczegółowego zainteresowania prawa unijnego i jej udzielanie podlega co najwyżej zasadom Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹.

■ Zakres przedmiotowy i podmiotowy dyrektywy

Zgodnie z art. 5 projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji (COM 2011/897)² zakresem jej stosowania mają być objęte koncesje na roboty budowlane i usługi o wartości przekraczającej 5 mln euro. W przypadku niektórych koncesji na usługi dyrektywa znajdzie ograniczone zastosowanie już w przypadku projektów o wartości przekraczającej 2,5 mln euro. Jak wynika z art. 6 projektu, podstawą

obliczenia szacunkowej wartości koncesji ma być całkowita kwota należna koncesjodawcy bez podatku VAT, z uwzględnieniem opcji oraz przedłużeń terminu ważności koncesji. Wartość koncesji ma obejmować zarówno szacunkowe przychody uzyskane przez koncesjonariusza od użytkowników, jak i kwoty przekazane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający. Szacowanie wartości koncesji będzie się odbywać na zasadach podobnych do obecnie przewidzianych w prawie zamówień publicznych (dalej: pzp), w szczególności jeśli chodzi o nakaz sumowania koncesji oraz zakaz dzielenia jej na części.

Rewolucyjne zmiany dotyczą kręgu podmiotów, które będą zobowiązane do stosowania dyrektywy – zgodnie z propozycją projektu ujednoczonym zasadom mają podlegać również zamawiający sektorowi. Warto przypomnieć, że obecnie obowiązująca dyrektywa sektorowa (2004/17/WE) w art. 18 wyłącza obowiązek stosowania jej postanowień

do koncesji na roboty budowlane i usługi, jeśli ta jest udzielana w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej opisanego w art. 3–7 dyrektywy. Objęcie zamawiających sektorowych obowiązkiem publikowania ogłoszeń o koncesji może być postrzegane przez przedsiębiorców jako pewna dolegliwość, z drugiej strony pozwoli uniknąć wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu stosowania wobec przedsiębiorców sektorowych ustawy o koncesji, jakie dotychczas pojawiały się np. na tle jej art. 3 pkt 5 (kwalifikacji konkretnego przedsiębiorcy sektorowego jako tzw. podmiotu prawa publicznego, czyli realizującego usługi użyteczności publicznej).

Projekt dyrektywy dotyczącej koncesji rozróżnia dwie kategorie podmiotów objętych jej zakresem obowiązywania:

- instytucje zamawiające (*contracting authorities*), czyli przede wszystkim podmioty należące do sektora finansów publicznych oraz podmioty prawa publicznego, a także związki tych jednostek,
- podmioty zamawiające (*contracting entities*), do których zalicza się



instytucje zamawiające, przedsiębiorstwa publiczne oraz podmioty prowadzące działalność na podstawie prawa specjalnego lub wyłącznego, przyznanego przez organ państwa członkowskiego, jeśli koncesja jest udzielana w celu wykonywania jednego z rodzajów tzw. działalności sektorowej³.

Ponadto projekt dyrektywy przewiduje także wyłączenia przedmiotowe i podmiotowe podobne do określonych

przez krajowego ustawodawcę m.in. w art. 4 pzp oraz art. 4 ustawy o koncesji. W związku z tym dyrektywie nie będą podlegać pod pewnymi warunkami tzw. koncesje wewnątrzgrupowe (udzielane podmiotom należącym do tej samej grupy kapitałowej) lub udzielane na rzecz spółek *joint venture*, koncesje w dziedzinie łączności elektronicznej albo usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego.

■ Definicja koncesji

Projekt dyrektywy opisuje niezbędny element koncesji, jakim jest przeniesienie na koncesjonariusza zasadniczej części ryzyka ekonomicznego związanego z prowadzeniem działalności objętej koncesją. Zgodnie z art. 2 ust. 2 projektu koncesjonariusz przejmuje zasadniczą część ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji, jeśli nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych ani kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Ryzyko ekonomiczne może stanowić:

- ryzyko związane z eksploatacją obiektów budowlanych lub popytem na świadczoną usługę,
- ryzyko związane z dostępnością infrastruktury zapewnianej przez

■ Duża niepewność, wysokie koszty

Zdaniem KE brak harmonizacji przepisów dotyczących koncesji skutkuje znacznym poziomem niepewności prawnej po stronie potencjalnych koncesjonariuszy, zwłaszcza wobec faktu, że przepisy krajowe bywają zróżnicowane, a w niektórych państwach członkowskich nie ma nawet jakichkolwiek regulacji poświęconym koncesjom. Zwiększa to bariery dostępu do rynku oraz sprzyja powstawaniu sytuacji kontrowersyjnych, takich jak bezpośrednio udzielanie koncesji lub stosowanie nieobiektywnych, nieprecyzyjnych lub po prostu niezrozumiałych kryteriów oceny wniosków i ofert.

Według wielu uczestników konsultacji trudność w zidentyfikowaniu reguł rządzących procesem udzielania koncesji zwiększa koszty transakcyjne (każde ryzyko wpływa w ostatecznym rozrachunku na cenę przedsięwzięcia). W opinii instytucji zamawiających i podmiotów zamawiających brak pewności prawa naraża je na przedterminowe unieważnianie umów zawartych niezgodnie z prawem. Istotnym problemem jest również nieobjęcie koncesji na roboty budowlane i usługi dyrektywami w sprawie koordynacji procedur odwoławczych, co powoduje, że w wielu przypadkach wykonawcy pozbawieni są możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej i obrony swoich interesów przed organami sądowymi lub quasi-sądowymi.

» koncesjonariusza lub wykorzystywanej do świadczenia usług użytkownikom.

Definicja koncesji nie odbiega zasadniczo od przyjętej dotychczas w art. 1 pkt 3 i 4 dyrektywy klasycznej oraz art. 1 ust. 2 ustawy o koncesji. Wobec tego przez koncesję będzie należało rozumieć umowę o charakterze odpłatnym, zawieraną na piśmie z co najmniej jednym wykonawcą, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług, w przypadku której wynagrodzenie za roboty budowlane lub usługi stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością.

Co interesujące, projekt dyrektywy wyodrębnia „koncesję na roboty budowlane” oraz „koncesję publiczną na roboty budowlane”. Podział ten dzieli koncesjonariuszy na należących do sektora finansów publicznych (instytucje zamawiające) i zamawiających sektorowych (podmioty zamawiające), jest to jednak mało istotne z punktu widzenia stosowania najważniejszych instytucji przewidzianych w projekcie.

Zgodnie z art. 16 projektu okres obowiązywania koncesji ma być ograniczony do szacunkowego okresu niezbędnego koncesjonariuszowi do odzyskania nakładów inwestycyjnych poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług, wraz z racjonalnie określonym poziomem zwrotu z zainwestowanego kapitału. Projekt nie wyznacza „sztywnego” maksymalnego terminu obowiązywania umowy koncesji, odmiennie niż np. w art. 24 ust. 1 ustawy o koncesji, przewidującym 30 lat dla koncesji na roboty budowlane oraz 15 lat dla koncesji na usługi⁴.

■ Postępowanie o udzielenie koncesji

Obowiązująca ustawa o koncesji obejmuje nie tylko koncesje na roboty

budowlane, ale również na usługi – mimo że taki obowiązek nie został dotychczas nałożony przez prawodawcę europejskiego. Zgodnie z art. 10 ust. 2 i 3 ustawy o koncesji niezależnie od wartości koncesji koncesjonariusz publikuje ogłoszenie o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP), natomiast ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane – w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Implementacja dyrektywy spowoduje, że ogłoszenia zarówno o koncesji na roboty budowlane, jak i o koncesji na usługi będą musiały być przekazywane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (UPUE), a ustawodawca będzie musiał zdecydować, czy „podprogowe” koncesje będą podlegały publikacji w UPUE, BZP, czy być może zostaną w całości wyłączone z zakresu obowiązywania ustawy o koncesji.

Minimalny termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostanie wydłużony z 45 dni do 52 dni od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Znaczącym zmianom nie powinny ulec zasady prekwalfikacji kandydatów. Ustawa

o koncesji jest w tym zakresie stosunkowo liberalna i opiera się wyłącznie na oświadczeniach dotyczących sytuacji podmiotowej potencjalnych koncesjonariuszy (art. 17 ustawy o koncesji). Taki jest również najnowszy kierunek zmian zaproponowany przez Komisję Europejską, przyjęty przez Urząd Zamówień Publicznych w opublikowanych założeniach przyszłej nowelizacji pzp⁵. Nie można jednak wykluczyć, że nowa dyrektywa o koncesji rozszerzy obowiązki kandydatów dotyczące udokumentowania przez koncesjonariusza zdolności do realizacji zamówienia, co będzie mogło wynikać z obowiązkowych przesłanek wykluczenia opisanych w art. 36 ust. 5–7 projektu dyrektywy (m.in. kwestie niekaralności oraz niepozostawanie wykonawcy w stanie upadłości lub likwidacji).

Ukształtowanie odpowiedniego trybu postępowania o udzielenie koncesji nadal będzie pozostawało w gestii koncesjonariusza, który będzie zobowiązany jedynie do zachowania gwarancji proceduralnych opisanych w art. 35 projektu, mających charakter dosyć ogólnych wytycznych opartych

■ W stronę pełnej elektronizacji

Ostatnie inicjatywy Komisji Europejskiej zmierzają do zwiększenia innowacyjności procesu udzielania zamówień publicznych przez zapewnienie obligatoryjnych metod prowadzenia postępowania przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej*. Zmiany te obejmą również koncesje na roboty budowlane i usługi.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 projektu do celów komunikacji i wymiany informacji koncesjonariusz w dalszym ciągu będą korzystać nie tylko ze środków elektronicznych, ale również z tradycyjnych form komunikacji: poczty, faksu, telefonu i kombinacji wyżej wymienionych. Warto jednak zwrócić uwagę na nakaz wyrażony w art. 25 ust. 7 projektu, zgodnie z którym najpóźniej 5 lat po implementacji dyrektywy państwa członkowskie będą przeprowadzać wszystkie postępowania o udzielenie koncesji podlegające dyrektywie z zastosowaniem środków komunikacji elektronicznej, w tym w szczególności elektronicznego składania ofert i wniosków

* Zob. m.in. Delivering savings for Europe: Moving to full e-procurement for all public purchases by 2016, notatka prasowa KE z 20 kwietnia 2012 r., <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/389&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en> [online – 12.09.2012].

na zasadach przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców. Inaczej niż w przypadku tradycyjnych zamówień publicznych nie przewiduje się sztywnego podziału na procedury otwarte, ograniczone i negocjacyjne. Nowością będzie możliwość udzielenia koncesji „z wolnej ręki” w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 26 ust. 5 projektu dyrektywy. Poziom pewności prawnej powinien zostać zwiększony również dzięki opisaniu warunków do uznania oferty wykonawcy za „nieodpowiednią” (nieprawidłową, niedopuszczalną lub będącą całkowicie bez znaczenia dla koncesji).

■ Reorganizacja systemu środków ochrony prawnej?

Na poziomie prawodawstwa europejskiego nowością stanowi objęcie koncesji zakresem stosowania dyrektyw w sprawie koordynacji procedur odwoławczych 89/665/EWG oraz 92/13/EWG. Zgodnie z proponowanymi zmianami przez zamówienie w rozumieniu tych dyrektyw będzie należało rozumieć nie tylko zamówienia publiczne i umowy ramowe, ale również koncesje na roboty budowlane i usługi.

Wydaje się jednak, że w związku z implementacją dyrektywy polski system środków ochrony prawnej w zakresie koncesji nie będzie wymagał rewolucyjnych zmian w obowiązującym prawie. Przysługująca wykonawcom skarga do sądu administracyjnego uregulowana w art. 27–31 ustawy o koncesji spełnia bowiem najważniejsze wymogi dyrektyw odwoławczych, w szczególności jeśli chodzi o termin na wniesienie skargi, okres *standstill*, wstrzymujący zawarcie umowy o koncesji, oraz przesłanki unieważnienia umowy przez sąd.

Możliwe jest jednak również, że zmiany w dyrektywach odwoławczych będą stanowiły impuls do reorganizacji przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej, aby zlikwidować obecny, dosyć

Rewolucyjne zmiany dotyczą kręgu podmiotów, które będą zobowiązane do stosowania projektowanej dyrektywy – ujednoczonym zasadom mają podlegać również zamawiający sektorowi.

niecodzienny, dychotomiczny system, w którym inne organy rozstrzygają sprawy związane z udzielaniem zamówień publicznych (Krajowa Izba Odwoławcza), a inne z koncesją (Wojewódzki Sąd Administracyjny). Ujednoczenie przepisów stwarzałoby również nadzieję na wyeliminowanie najbardziej zauważalnych wad polskiego systemu środków ochrony prawnej, w szczególności ograniczonego prawa wykonawców do wniesienia skargi do sądu okręgowego na orzeczenie KIO (największymi problemami są wysokość wpisu od skargi oraz czas oczekiwania na orzeczenie sądu). Interesującym rozwiązaniem *de lege ferenda* może być stworzenie identycznych procedur odwoławczych dla zamówień publicznych i koncesji, w których podstawowym organem rozstrzygającym byłaby KIO, a na jej orzeczenie stronom przysługiwałaby skarga do sądu administracyjnego.

■ Podsumowanie

Implementowanie do polskiego porządku prawnego postanowień przyszłej dyrektywy harmonizującej udzielanie koncesji na roboty budowlane i usługi może spowodować istotne zmiany w postępowaniu o udzielenie koncesji i wpłynąć na sposób realizacji dużej części projektów partnerstwa publiczno-prywatnego. Mimo że obowiązująca ustawa o koncesji spełnia niektóre wymogi wynikające z projektu dyrektywy, należy oczekiwać, że przebieg postępowania o udzielenie koncesji zostanie uregulowany w sposób bardziej szczegółowy i sformalizowany. Termin

transpozycji dyrektywy został wstępnie ustalony na 30 czerwca 2014 r., lecz już teraz warto śledzić najnowsze inicjatywy KE dotyczące harmonizacji szeroko rozumianego prawa zamówień publicznych. Razem z dyrektywą o koncesji przyjęte zostaną bowiem również nowe dyrektywy klasyczna i sektorowa, które, przynajmniej w teorii, mają zrewolucjonizować system zamówień publicznych. ■

Podstawa prawna

- ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.)
- ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DzU nr 19, poz. 1010 ze zm.)

Przypisy

- ¹ Teksty propozycji nowych dyrektyw oraz oceny skutków regulacji są dostępne na stronie internetowej KE pod adresem http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals_en.htm [online – 12.09.2012].
- ² Zob. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:EN:PDF> {online – 12.09.2012}.
- ³ Katalog rodzajów działalności sektorowej, odmiennie niż to miało miejsce w dotychczasowych dyrektywach zamówieniowych, został opisany w załączniku III do projektu dyrektywy.
- ⁴ Por. art. 24 ust. 2 ustawy o koncesji.
- ⁵ Por. założenia do projektu nowelizacji pzp, opublikowane na stronie internetowej UZP <http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1653> [online – 12.09.2012].