

Zamówienia publiczne a umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi

postępowanie o zawarcie umowy koncesji,
orzecznictwo i dobre praktyki
(w tym na podstawie doświadczeń
innych państw europejskich)

Zamówienia publiczne a umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi

**postępowanie o zawarcie umowy koncesji,
orzecznictwo i dobre praktyki
(w tym na podstawie doświadczeń
innych państw europejskich)**



Część I – Brygida Brańko
Część II – Justyna Chrzanowska

Zamówienia publiczne a umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi

**postępowanie o zawarcie umowy koncesji,
orzecznictwo i dobre praktyki
(w tym na podstawie doświadczeń
innych państw europejskich)**

**Zamówienia publiczne a umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi –
postępowanie o zawarcie umowy koncesji, orzecznictwo i dobre praktyki
(w tym na podstawie doświadczeń innych państw europejskich)**

Opracowanie przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych, współfinansowane przez Unię Europejską w ramach projektu „Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych” realizowanego ze środków EFS

Wydawca
Urząd Zamówień Publicznych
www.gov.pl/uzp
e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISBN 978-83-88686-92-4 (UZP)
ISBN 978-83-8206-517-6 (WUG)

© Urząd Zamówień Publicznych, 2022

Redaktor Wydawnictwa
Sylwia Rumińska

Projekt okładki i stron tytułowych
Studio Spectro

Skład i łamanie
Maksymilian Biniakiewicz

Warszawa–Gdańsk

Spis treści

I. Zamówienia publiczne a umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi – postępowanie o zawarcie umowy koncesji	7
1. Wprowadzenie	7
2. Zamówienia publiczne a umowy koncesji – podobny charakter prawny umów	9
3. Zamówienia publiczne a umowy koncesji – różny cel i przedmiot umów	13
4. Ogólne zasady proceduralne	18
5. Progi kwotowe stosowania procedur ustawowych	19
6. Szacunkowa wartość umowy	21
7. Wybór procedury prowadzącej do zawarcia umowy	22
8. Komunikacja w postępowaniu między zamawiającym a wykonawcami	24
9. Dokumenty postępowania – obowiązki informacyjne	26
10. Opis przedmiotu umowy	27
11. Obowiązki zamawiającego w zakresie ogłoszeń	28
12. Zapobieganie konfliktowi interesów	29
13. Terminy składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	30
14. Kwalifikacja wykonawców do udziału w postępowaniu	32
15. Ocena ofert	34
16. Podstawy unieważnienia postępowania	36
17. Termin zawarcia umowy	37
18. Okres obowiązywania umowy	38

II. Praktyka wybranych państw w zakresie umowy koncesji oraz wybrane orzecznictwo ETS/TSUE i orzecznictwo krajowe dotyczące postępowania o zawarcie umowy koncesji	41
1. Wprowadzenie	41
2. Praktyka wybranych państw w zakresie umowy koncesji	42
Holandia	42
Francja	44
Malta	47
3. Orzecznictwo	48
3.1. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości / Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej	48
3.1.1. Definicja koncesji na roboty budowlane lub usługi	48
3.1.2. Podstawy wykluczenia, procedura samooczyszczenia, środki zaradcze wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy koncesji	50
3.1.3. Odnowienie umowy koncesji bez przeprowadzania nowego postępowania przetargowego	54
3.1.4. Wymóg posiadania przez wspólnika prywatnego minimalnego udziału w spółce z kapitałem mieszanym; pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale wspólnika prywatnego – kryterium kwalifikacji	58
3.1.5. Swoboda określania i organizowania przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający postępowania prowadzącego do wyboru koncesjonariusza – uregulowania krajowe zabraniające korzystania z finansowania typu <i>project finance</i> w stosunku do umów koncesyjnych dotyczących autostrad	62
3.1.6. Koncesja na roboty budowlane a własność nieruchomości posiadacza koncesji, okres, na jaki jest zawierana umowa koncesji	65
3.1.7. Postępowanie w sprawie przyznania koncesji, obowiązek przejrzystości, późniejsze zastąpienie podwykonawcy	67
3.2. Orzecznictwo krajowe	72
3.2.1. Unieważnienie postępowania o zawarcie umowy koncesji a swoboda decyzji zamawiającego	72
3.2.2. Przesłanki wykluczenia z postępowania o zawarcie umowy koncesji – aktualny skład organów zarządzających lub nadzorczych; warunki, którym ma odpowiadać wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i oferta, pod rygorem ich odrzucenia	79
3.2.3. Niedopuszczalność zmiany uczestnika postępowania koncesyjnego	84
3.2.4. Naruszenie zasad płatności i złożenie oferty o najniższej cenie	90

I. Zamówienia publiczne a umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi – postępowanie o zawarcie umowy koncesji

1. Wprowadzenie

Zamówienia publiczne służą zaopatrywaniu podmiotów wykonujących zadania publiczne w to, co jest im niezbędne do wykonywania tych zadań i ogólnie do prowadzenia przez nie działalności. Podmioty te, działając jako zamawiający, kupują na rynku dostawy, usługi i roboty budowlane za umówione z wykonawcami kwoty pieniężne.

Tymczasem umowy koncesji zasadniczo nie mają na celu nabywania dóbr przez zamawiających, ale są ukierunkowane na zapewnienie realizacji świadczeń służących celom społecznie użytecznym w obszarach pozostających w sferze zadań przypisanych zamawiającym, zasadniczo bez wykorzystania środków finansowych będących w ich dyspozycji albo z ograniczonym ich wykorzystaniem. Dzięki umowom koncesji jest możliwe zaangażowanie w usługi służące celom społecznie użytecznym podmiotów działających na rynku oraz wykorzystanie ich wiedzy i doświadczenia dla efektywnej realizacji tych usług. Przez umowy koncesji podmioty rynkowe nie tylko angażują się w świadczenie wskazanych usług, lecz także inwestują swój kapitał w powiązane z realizacją umów koncesji nowe przedsięwzięcia budowlane i infrastrukturalne. Umowy koncesji w szczególności mogą dotyczyć takich rodzajów działalności, jak: transport kolejowy, transport drogowy, budowa dróg szybkiego ruchu, utrzymanie autostrad, zarządzanie przetwarzaniem odpadów, usługi w zakresie energii i ciepła, usługi zarządzania budynkami użyteczności publicznej, parkami rozrywki i wypoczynku czy parkingami publicznymi.

Odrębność regulacji prawnych dotyczących udzielania zamówień publicznych i zawierania umów koncesji jest uzasadniona odmiennością i różnym charakterem tych dwóch rodzajów umów. Mimo że niektóre przepisy odnoszące się do procedur udzielania zamówień publicznych oraz procedur zawierania umów koncesji

są bardzo zbliżone, można przyjąć, że z zasady sposoby i procedury prowadzenia postępowań w celu udzielania zamówień publicznych nie mają zastosowania przy prowadzeniu postępowań w celu zawarcia umowy koncesji.

Udzielanie zamówień publicznych oraz zawieranie umów koncesji na roboty budowlane lub usługi jest uregulowane nie tylko w przepisach prawa polskiego, lecz także w przepisach prawa europejskiego.

Udzielanie zamówień publicznych w prawie europejskim uregulowano, po pierwsze, w następujących dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady: dyrektywie 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 94/65 z 28.03.2014, ze zm.; dalej: dyrektywa 2014/24/UE), dyrektywie 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 94/243 z 28.03.2014, ze zm.), dyrektywie 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216/76 z 20.08.2009, ze zm.), dyrektywie 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395/33 z 30.12.1989, ze zm.), po drugie, w dyrektywie Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76/14 z 23.03.1992, ze zm.).

Zawieranie umów koncesji w prawie europejskim uregulowano w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 114/24 z 5.05.2015; dalej: dyrektywa 2014/23/UE).

W 2014 r. za sprawą dyrektywy 2014/23/UE po raz pierwszy w prawie europejskim kompleksowo uregulowano zasady związane z zawieraniem umów koncesji, w szczególności po raz pierwszy w historii prawodawstwa europejskiego regulacją prawną objęto umowy koncesji na usługi. Zakresem dyrektywy 2014/23/UE zostały objęte również umowy koncesji na roboty budowlane, dotychczas tylko szczerkowo uregulowane i włączone do systemu udzielania klasycznych zamówień publicznych (umowy koncesji nie były objęte w ogóle regulacjami sektorowymi).

Stosunkowo późne uregulowanie w prawie europejskim zasad dotyczących zawierania umów koncesji wiązało się z niechętnym stosunkiem do takiej regulacji tych państw członkowskich UE, w których zawieranie umów koncesji ma długą, historycznie ukształtowaną tradycję (jak np. Francja, Hiszpania, Niemcy

czy Austria), mającą odzwierciedlenie w ugruntowanych, specyficznych rozwiązaniach prawa krajowego tych państw. Trudność w stworzeniu na poziomie UE aktu normatywnego, w którym zostałyby uregulowane przepisy odnoszące się do zawierania umów koncesji, dotyczyła sposobu pogodzenia formalizmu przepisów chroniących wykonawców w dostępie do rynku wewnętrznego UE z konieczną elastycznością procesu zawierania umów koncesji, których przedmiot i sposób świadczenia wymaga z zasady wzajemnego zaufania stron i zindywidualizowanego podejścia zamawiających udzielających koncesji do oceny przyszłych koncesjonariuszy. Dlatego dyrektywą 2014/23/UE nie wprowadzono obowiązku stosowania zdefiniowanych procedur zawierania umów koncesji, sztywno określonych na poziomie europejskim, ale pozostawiono zamawiającym swobodę w tym zakresie. Przyjęte w niej zostały jedynie regulacje ramowe dla zawierania umowy koncesji, jak np. określenie istotnej dla umów koncesji definicji ryzyka, wskazanie obowiązków zamawiających w zakresie publikacji ogłoszeń związanych z zawieraniem umów koncesji, wprowadzanie zasad dotyczących wyłączeń, koncesji mieszanych, obowiązków informacyjnych zamawiających, a także zmian umów.

W prawie polskim unijne dyrektywy zamówieniowe z 2014 r. wdrożono ustawą z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.; dalej: p.z.p.), natomiast dyrektywę 2014/23/UE – ustawą z dnia 26 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 541, ze zm.; dalej: ustawa o umowie koncesji lub u.u.k.r.b.). Warto pamiętać, że w Polsce przepisy dotyczące umów koncesji funkcjonowały jeszcze przed wprowadzeniem unijnych regulacji w tym zakresie i zostały przyjęte ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 113).

2. Zamówienia publiczne a umowy koncesji – podobny charakter prawny umów

Zamówienia publiczne i umowy koncesji należą do umów cywilnoprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1360; dalej: k.c.). Oznacza to, że nie są to umowy związane z władczym działaniem administracji publicznej, jak np. w przypadku decyzji administracyjnych; zarówno w zamówieniach publicznych, jak i w umowach koncesji relacja podmiotów publicznych z podmiotami prywatnymi opiera się na zasadzie równorzędności stron w kontraktowaniu. Ze względu na charakter zamówienia publicznego i umów koncesji oba rodzaje umów można określić jako umowy (kontrakty)

publiczne, ponieważ dotyczą one, w ogólnym ujęciu, zleceń w celach publicznych (w tym społecznie użytecznych).

Z definicji zamówienia publicznego (art. 7 pkt 33 p.z.p.) i definicji umowy koncesji (art. 3 u.u.k.r.b.) wynika, że obie te umowy są umowami odpłatnymi i że w obu przypadkach stronami umów są zamawiający i wykonawca (w umowach koncesyjnych nazwany koncesjonariuszem).

Odpłatność umów. Z jednej strony, w przypadku zarówno zamówień publicznych, jak i umów koncesji, przez odpłatność należy rozumieć korzyść majątkową (przysporzenie gospodarcze) uzyskiwaną przez strony umowy. Zapłata za świadczenie uzyskiwana przez wykonawcę i koncesjonariusza nie musi mieć zatem formy pieniężnej; może to być płatność np. w formie rzeczowej, o wartości ekonomicznej odpowiadającej wartości świadczenia, czyli wartości poddającej się wycenie w pieniądzu. Z drugiej strony, mimo że odpłatność łączy się z przysporzeniem gospodarczym, uzyskanie przez zamawiającego przysporzenia gospodarczego nie musi wiązać się ze spełnieniem wymogu bezpośredniego nabycia rzeczy albo praw przez tego zamawiającego. Takie przysporzenie gospodarcze może nastąpić również na rzecz osób trzecich, np. gdy w wyniku realizacji umowy wykonawca/koncesjonariusz świadczy na rzecz osób trzecich usługi, których zapewnienie leży w zakresie zadań zamawiającego.

Zamawiający. Pojęcie zamawiającego w przypadku zarówno zamówień publicznych, jak i umów koncesji obejmuje osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, zobowiązane na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych lub ustawy o umowie koncesji do stosowania przepisów ustawy przy zawieraniu takich umów, i jest to, zasadniczo w odniesieniu do obu rodzajów umów, ta sama grupa podmiotów. Należą do niej przede wszystkim zamawiający publiczni, tj. jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1634, ze zm.) oraz inne niż należące do sektora finansów publicznych: 1) państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, 2) osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli inne takie osoby prawne oraz podmioty, o których mowa w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 3) związki powyższych podmiotów również z podmiotami sektora finansów publicznych (por. art. 4 i 7 pkt 31 p.z.p. oraz art. 2 pkt 11 lit. a u.u.k.r.b.).

W przypadku zamówień publicznych i umów koncesji jako zamawiający są kwalifikowane również podmioty będące zamawiającymi publicznymi w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, oraz inne podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej oraz na które zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności:

- a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
- b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
- c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

a także inne niż wskazane podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Mimo nieco odmiennego brzmienia przepisów określających grupy podmiotów zamawiających, wykonujących działalność sektorową, są to te same grupy, w przypadku zarówno zamówień publicznych, jak i umów koncesji (por. art. 5 ust. 1 p.z.p. oraz art. 2 pkt 11 lit. aa–c u.u.k.r.b.).

Działalność sektorowa. Definicja działalności sektorowej w przypadku umów koncesji pokrywa się z definicją właściwą dla zamówień publicznych (por. art. 2 pkt 2 u.u.k.r.b. i art. 5 ust. 4 p.z.p.). Działalność sektorowa, w dużym uogólnieniu, to udostępnianie lub obsługa stałych sieci w zakresie dostaw wody, odprowadzania ścieków, produkcji i dostarczania energii elektrycznej, gazu, energii cieplnej; publiczne usługi transportowe; a także obsługa portów lotniczych i morskich, usługi pocztowe oraz wydobywanie paliw kopalnych – węgla, gazu i ropy naftowej.

Zamawiający subsydiowani. Jedyną różnicą między zamówieniami publicznymi i umowami koncesji w odniesieniu do pojęcia zamawiającego jest to, że inaczej niż w zamówieniach publicznych w pojęciu zamawiającego właściwym dla umów koncesji nie mieści się kategoria zamawiających subsydiowanych (por. art. 6 p.z.p.). Jest to w pełni uzasadnione z uwagi na charakter umów koncesji i powierzenie w nich koncesjonariuszom wykonywania zadań w celu publicznym przez zamawiających, do czego nie są uprawnione podmioty działające jako zamawiający subsydiowani. Podmioty te uzyskują status zamawiających jedynie okazjonalnie, do realizacji konkretnego przedsięwzięcia gospodarczego w związku z jego finansowaniem ze środków publicznych, nie realizują w tym zakresie własnych zadań w celach publicznych.

Tabela 1. Kategorie zamawiających w zamówieniach publicznych i umowach koncesji

Kategorie zamawiających	Zamówienia publiczne	Umowy koncesji
Zamawiający publiczni	V	V
Zamawiający wykonujący działalność sektorową, w tym na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych	V	V
Zamawiający subsydiowani	V	–

Źródło: opracowanie własne.

Wykonawca. Pojęcie wykonawcy w odniesieniu do zamówień publicznych i umów koncesji różni się nieznacznie, co wynika z charakteru tych dwóch rodzajów umów. W zamówieniach publicznych, które są ukierunkowane na nabywanie dostaw, usług i robót budowlanych, pojęcie wykonawcy odnosi się do podmiotu oferującego te świadczenia na rynku, do czego ustawodawca nie nawiązał w definicji wykonawcy w ustawie o umowie koncesji. Umowy koncesji regulują specyficzny, zindywidualizowany rodzaj relacji pomiędzy zamawiającym a koncesjonariuszem, której rezultatem jest uprawnienie koncesjonariusza do wykonywania określonych świadczeń w celu społecznie użytecznym, jakkolwiek wykonywanie tych świadczeń jest zwykle powiązane z rynkową działalnością wykonawcy.

W przypadku zamówień publicznych przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (por. art. 7 pkt 30 p.z.p.).

W przypadku umów koncesji pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej lub grupę takich podmiotów, które ubiegają się o zawarcie umowy koncesji lub złożyły ofertę. Przy czym do wykonawcy, z którym została zawarta umowa koncesji, nie odnosi się już pojęcie wykonawcy, ale koncesjonariusza (por. art. 2 pkt 3 i 10 u.u.k.r.b.).

Mimo że nie jest to elementem definicyjnym, również w przypadku zamówień publicznych po stronie zamawiającego i po stronie wykonawców może występować kilka podmiotów, co nie ma wpływu na pojęcie zamówienia publicznego.

Tabela 2. Cechy wspólne umów w sprawie zamówienia publicznego i umów koncesji

Zamówienia publiczne	<ul style="list-style-type: none"> • umowy cywilnoprawne • umowy dwustronnie zobowiązujące • umowy odpłatne • umowy wzajemne • umowy zawierane na piśmie (w tym z możliwością zawarcia umowy drogą elektroniczną) 	Umowy koncesji
----------------------	--	----------------

Źródło: opracowanie własne.

3. Zamówienia publiczne a umowy koncesji – różny cel i przedmiot umów

Mimo że zamówienia publiczne i umowy koncesji są umowami zawieranymi w związku z potrzebami publicznymi, to jednak różnią się one co do celu i przedmiotu. Jak zostało już wskazane w poprzednim punkcie, zamówienia publiczne z definicji są ukierunkowane na nabycie przez zamawiającego dostaw, usług lub robót budowlanych, natomiast umowy koncesji mają na celu „delegowanie” na podmioty rynkowe wykonywania określonych świadczeń w celach społecznie użytecznych. Realizacja celów związanych z „delegowanymi” świadczeniami należy do zakresu właściwości danego zamawiającego, który, działając w interesie publicznym w ramach umowy koncesji, zleca podmiotom rynkowym zarządzanie realizowaniem tych świadczeń.

Przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ zamówieniem publicznym jest umowa mająca za przedmiot nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług (por. art. 7 pkt 33 p.z.p.), definicji zamówienia publicznego nie odpowiada np. umowa, na podstawie której zamawiający jest sprzedającym, w szczególności gdy zbywa on nieruchomości w drodze przetargu. Zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE **pojęcie „nabycia” należy rozumieć szeroko, jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług, przy czym przeniesienie własności na zamawiających nie jest konieczne** (por. pkt 4 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE).

Przedmiot umowy koncesji. Umowy koncesji dzielą się na dwie kategorie umów: koncesji na roboty budowlane i koncesji na usługi, a przedmiot tych umów

jest odrębnie definiowany w ustawie o umowie koncesji. Zgodnie z definicją przedmiotem:

1. umów koncesji na roboty budowlane jest wykonanie robót budowlanych (i ich późniejsza eksploatacja);
2. umów koncesji na usługi jest świadczenie usług i zarządzanie nimi (por. art. 3 ust. 1 i 2 u.u.k.r.b.).

Nie można wykluczyć, że przedmiotem umów koncesji mogłyby być dostawy, ale zawieranie takich umów nie podlegałoby wówczas przepisom ustawy o umowie koncesji.

Różnica dotycząca wynagrodzenia. Zasadnicza różnica między zamówieniami publicznymi i umowami koncesji dotyczy charakteru wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W przypadku zamówień publicznych wynagrodzeniem za nabywane przez zamawiającego dostawy, usługi lub roboty budowlane jest zwykle określona w umowie wartość pieniężna (poza nielicznymi przypadkami wypłaty wynagrodzenia w postaci rzeczowej bądź innego świadczenia o wartości ekonomicznej odpowiadającej wartości świadczenia wykonawcy).

W umowach koncesji wynagrodzeniem koncesjonariusza zasadniczo nie jest, jak w przypadku zamówień publicznych, określona umową kwota pieniężna wypłacana przez zamawiającego, tylko przyznawane koncesjonariuszowi na podstawie umowy wyłączne prawo:

1. w przypadku umowy koncesji na roboty budowlane – do eksploatacji przez koncesjonariusza obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością;
2. w przypadku umowy koncesji na usługi – do wykonywania przez koncesjonariusza usług będących przedmiotem umowy (wyłączne prawo do wykonywania usług stanowiących przedmiot umowy) albo takie prawo wraz z płatnością.

W przypadku umów koncesji na roboty budowlane i umów koncesji na usługi elementem wynagrodzenia mogą być zatem umówione kwoty pieniężne (dopłaty) uiszczane przez zamawiającego, ale nie stanowią one głównego ani koniecznego elementu wynagrodzenia koncesjonariusza.

Pojęcia „prawo do eksploatacji robót budowlanych” i „wyłączne prawo do wykonywania usług” zostały wyjaśnione w dyrektywie 2014/23/UE:

1. w przypadku umowy koncesji na roboty budowlane prawo do eksploatacji robót budowlanych oznacza wyłączne uprawnienie koncesjonariusza do korzystania z obiektu budowlanego (zazwyczaj tego, który sam wybudował); nie tylko do jego używania, lecz także do czerpania z niego pożytków, co następnie przynosi koncesjonariuszowi korzyść ekonomiczną w pieniądzu. Oznacza to, że jeżeli koncesjonariusz udostępnia obiekt budowlany na

zasadach komercyjnych innym podmiotom do korzystania, to ma prawo czerpania z tego zysków poprzez pobieranie opłat;

2. w przypadku umowy koncesji na usługi wyłączne prawo do wykonywania usług oznacza wyłączne prawo koncesjonariusza do pobierania pożytków z wykonywania usług określonych umową koncesji, w szczególności poprzez pobieranie opłat od użytkowników korzystających z tych usług, co przynosi koncesjonariuszowi korzyść ekonomiczną w postaci pieniężnej.

Płatności dokonywane przez zamawiającego w ramach wynagrodzenia nie mają wpływu na kwalifikację umowy jako umowy koncesji, pod warunkiem że odzyskanie nakładów inwestycyjnych i kosztów poniesionych przez wykonawcę w celu wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług nie będzie koncesjonariuszowi zapewnione, ale będzie uzależnione od faktycznego popytu na daną usługę lub składnik aktywów lub od ich faktycznej podaży.

Różnica dotycząca ponoszenia ryzyka ekonomicznego. Inaczej niż w przypadku zamówień publicznych elementem koniecznym każdej umowy koncesji musi być ponoszenie ryzyka ekonomicznego przez koncesjonariusza.

W przypadku zamówień publicznych z realizacją umowy łączy się z zasady tylko ryzyko kontraktowe (związane ze złym zarządzaniem wykonaniem umowy przez wykonawcę lub niewywiązaniem się z umowy, czego konsekwencją jest najczęściej obowiązek zapłaty kar umownych, i z ryzykiem działania siły wyższej), tymczasem umowy koncesji muszą opierać się dodatkowo na ryzyku ekonomicznym obciążającym koncesjonariusza.

Ryzyko ekonomiczne (operacyjne) wiąże się z budową i eksploatacją obiektu będącego przedmiotem umowy koncesji w przypadku umowy koncesji na roboty budowlane albo ze świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji na usługi. Ryzyko to powinno być rozumiane jako obciążające koncesjonariusza ryzyko narażenia na wahania rynkowe i ogólnie jako ryzyko związane z niepewnością funkcjonowania rynku. Może ono polegać na ryzyku związanym z popytem, czyli na ryzyku zapotrzebowania rynkowego na roboty lub usługi będące przedmiotem umowy koncesji (np. może dotyczyć liczby użytkowników autostrady, którą zarządza koncesjonariusz), lub z podażą, czyli na ryzyku, że podaż usług nie będzie odpowiadać rynkowemu zapotrzebowaniu. Są to czynniki, na które koncesjonariusz nie ma wpływu – ryzyko takie pozostaje zatem poza kontrolą koncesjonariusza. Ten rodzaj ryzyka musi występować w związku z każdą umową koncesji, niezależnie od ryzyka kontaktowego. Ponoszenie ryzyka ekonomicznego oznacza, że w normalnych warunkach funkcjonowania koncesjonariusza w jego otoczeniu gospodarczym nie ma gwarancji odzyskania nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem umowy koncesji poniesionych przez niego w związku z realizacją umowy koncesji. Koncesjonariusz może więc nie tylko nie

odnotować żadnego zysku, lecz także nie ma gwarancji, że odzyska on środki finansowe zainwestowane w związku z realizacją umowy koncesji.

Ryzyka popytu lub podaży charakteryzują umowę koncesji tylko wtedy, kiedy są kluczowe, czyli mają dominujący wpływ na uzyskanie przez koncesjonariusza zwrotu kosztów i wypracowanie zysku (jeżeli takie ryzyka mają niewielkie, marginalne znaczenie, może to oznaczać, że nie mamy do czynienia z umową koncesji, ale z zamówieniem publicznym). W definicji umowy koncesji nie ma elementu przesądającego, że każda umowa musi przenosić całość ryzyka na koncesjonariusza, ale ponieważ elementem koniecznym umowy koncesji jest, aby koncesjonariusz był realnie, a nie tylko w minimalnym stopniu narażony na wahania rynku, ryzyko powinno być ponoszone przez koncesjonariusza w znacznym wymiarze. W umowie koncesji nie powinno być zatem takich postanowień, które gwarantują uzyskanie zwrotu z inwestycji czy wykonywania usługi. W przypadku gdy np. w przepisach prawa właściwych dla danej dziedziny gospodarczej wyeliminowano ryzyko, przewidując udzielenie koncesjonariuszowi gwarancji osiągnięcia progu rentowności inwestycji i odzyskania kosztów poniesionych w związku z realizacją umowy, umowa taka nie powinna być kwalifikowana jako koncesja, ale jako zamówienie publiczne. Jednak warto zauważyć, co wynika z dyrektywy 2014/23/UE, że mogą być kwalifikowane jako umowy koncesji takie umowy, w których ryzyko jest od początku ograniczone. Może się tak zdarzyć np. w przypadku funkcjonowania taryf regulowanych odnoszących się również do świadczeń realizowanych przez koncesjonariusza.

Jak zostało już wskazane, płatności (zapłata umówionych kwot pieniężnych) dokonywane przez zamawiającego w ramach wynagrodzenia koncesjonariusza nie mają wpływu na kwalifikację umowy jako umowy koncesji, pod warunkiem że odzyskanie nakładów inwestycyjnych i kosztów poniesionych przez wykonawcę w celu wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług będzie uzależnione od faktycznego popytu na daną usługę lub na składnik aktywów albo od ich faktycznej podaży.

Tabela 3. Przypadki, w których umowa nie jest umową koncesji

<p>Kiedy umowa nie jest umową koncesji na roboty budowlane lub usługi?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Jeżeli przepisy właściwe dla sektora eliminują ryzyko przez zapewnienie koncesjonariuszowi progu rentowności w odniesieniu do inwestycji i kosztów do poniesienia przez wykonawcę podczas realizacji umowy • Jeżeli zamawiający uwalnia wykonawcę od każdej straty przez gwarantowanie minimalnego zwrotu nakładów równego lub wyższego niż wykonane inwestycje i koszty, które wykonawca musi ponieść • Kiedy umowa jest opłacana na zasadach wynikających z regulowanych taryf i gdy jest obliczona na pokrycie wszystkich kosztów inwestycji poniesionych przez koncesjonariusza w celu świadczenia usługi • Kiedy dotyczy leasingu nieruchomości • Gdy jej treścią jest pozwolenie lub licencja, co do których rząd lub władze publiczne ustalają warunki i wykonawca może zrezygnować (wycofać się) z dostarczania usługi – dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącą usług na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE L 376/36 z 27.12.2006) • Gdy jej przedmiotem jest przyznawanie dotacji, autoryzacji bądź licencji na wykonywanie określonego rodzaju działalności, w której zamawiający może ustanawiać określone warunki prowadzenia działalności gospodarczej, a wykonawca ma prawo wycofać się ze świadczenia robót bądź usług • Gdy jest to umowa, która przyznaje prawo użytkowania publicznych nieruchomości, stałych połączeń lub sieci • Nie jest koncesją prawo wykonawcy do eksploatacji domen publicznych, takich jak porty śródlądowe, porty lotnicze czy nabrzeża morskie. Takie umowy łączą się z generalnymi warunkami dla ich zastosowania bez nabywania konkretnych robót i usług • Gdy jest to umowa outsoursingu
--	--

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 4. Przypadki, w których umowa nie jest umową koncesji, a jest zamówieniem publicznym

<p>Kiedy umowa jest zamówieniem publicznym, a nie umową koncesji?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Jeżeli odpowiedzialność za świadczenie usług połączona z ryzykiem popytu na usługi nie zostanie przeniesiona na koncesjonariusza, a na podstawie umowy zamawiający uwalnia koncesjonariusza od wszelkich potencjalnych strat i gwarantuje mu przynajmniej minimalny przychód • Jeżeli zamawiający gwarantuje koncesjonariuszowi poprzez płatności bezpośrednie czy pośrednio, np. w postaci gwarancji bankowych, zwrot całości lub istotnej części nakładów inwestycyjnych i zwrot całości lub istotnej części nakładów eksploatacyjnych, albo gdy zwrot całości lub istotnej części tych nakładów wynika z okoliczności prawnych lub faktycznych związanych z dziedziną, której dotyczy umowa, albo wynika z okoliczności zawarcia tej umowy • Gdy przepisy prawa właściwe dla danej dziedziny gospodarczej eliminują ryzyko, przewidując udzielenie koncesjonariuszowi gwarancji osiągnięcia progu rentowności inwestycji i odzyskania kosztów poniesionych na obsługę umowy
---	--

Źródło: opracowanie własne.

4. Ogólne zasady proceduralne

W zamówieniach publicznych i umowach koncesji ogólne zasady proceduralne rządzące postępowaniami prowadzącymi do zawarcia umów są jednakowe.

W przypadku postępowań zarówno o udzielenie zamówienia publicznego, jak i o zawarcie umowy koncesji zamawiający są zobowiązani do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (por. art. 16 p.z.p. i art. 12 ust. 1 u.u.k.r.b.).

Zasada efektywności postępowania obowiązująca w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (art. 17 p.z.p.) nie została wpisana w postępowania o zawarcie umowy koncesji głównie ze względu na specyfikę tych postępowań zasadniczo z wyłączeniem wydatkowania środków pieniężnych po stronie zamawiających, co nie oznacza, że w przypadku zawierania umowy koncesji zamawiający nie powinien dążyć do uzyskania jak najlepszej jakości świadczeń i jak najlepszych efektów.

Zasada jawności nie odnosi się do postępowań o zawarcie umowy koncesji w taki sposób, jak ma to miejsce w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego; zamawiający udostępnia informacje związane z postępowaniem

o zawarcie umowy koncesji tylko w przypadkach określonych w ustawie o umowie koncesji. Po zakończeniu postępowania o zawarcie umowy koncesji albo po unieważnieniu tego postępowania informacje z nim związane podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej (por. art. 18 ust. 1 p.z.p. i art. 13 ust. 1 u.u.k.r.b.).

W przypadku postępowania o zawarcie umowy koncesji zamawiający nie ma obowiązku prowadzenia sformalizowanego protokołu postępowania, tak jak ma to miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednak w wybrany przez siebie sposób powinien on dokumentować przebieg postępowania o zawarcie umowy koncesji, a więc dokumentować przynajmniej istotne dla przebiegu tego postępowania czynności i okoliczności (por. art. 71 ust. 1 p.z.p. i art. 29 ust. 6 u.u.k.r.b.).

5. Progi kwotowe stosowania procedur ustawowych

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych albo ustawy o umowie koncesji mają zastosowanie odpowiednio do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i do postępowań o zawarcie umowy koncesji, jeżeli szacunkowa wartość zamówień publicznych (klasycznych, udzielanych przez zamawiających publicznych) lub wartość umów koncesji jest co najmniej równa kwocie 130 tys. zł (por. art. 2 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i art. 4 u.u.k.r.b.).

W postępowaniach o zawarcie umowy koncesji nie ma zróżnicowanego progu kwotowego związanego z obowiązkiem stosowania ustawy przy zawieraniu umów koncesji dotyczących wykonywania działalności sektorowej i pozostałych umów koncesji; próg ten jest jednakowy dla wszystkich rodzajów umów koncesji – 130 tys. zł.

W przypadku zamówień sektorowych udzielanych w celu prowadzenia działalności sektorowej (podobnie jak w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) stosowanie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w celu zawarcia tych umów jest wymagane wówczas, gdy wartość takich zamówień jest co najmniej równa tzw. progom unijnym, a więc wartościom kwotowym dużo wyższym od podstawowego progu stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych ustalonego na poziomie 130 tys. zł. Kwotowe progi unijne wyznaczają obowiązek stosowania unijnych przepisów z zakresu zamówień publicznych i obowiązują na takich samych poziomach w całej UE.

Wartość zamówienia publicznego lub wartość umowy koncesji, w przypadku zarówno zamówień publicznych, jak i umów koncesji, ma znaczenie dla sposobu

przekazywania ogłoszeń dotyczących postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy, a także dla określenia niektórych elementów proceduralnych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub postępowaniach o zawarcie umowy koncesji. Przykładowo, jeżeli wartość ta jest co najmniej równa kwocie 130 tys. zł, ale nie przekracza wartości kwotowej odpowiadającej progowi unijnemu, zamawiający jest zobowiązany zamieszczać ogłoszenia związane z postępowaniem w Biuletynie Zamówień Publicznych prowadzonym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a jeżeli jest co najmniej równa progowi unijnemu, wówczas ogłoszenie powinno być opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W przypadku postępowań o zawarcie umowy koncesji, inaczej niż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązuje ta sama wartość kwotowa wyznaczająca próg unijny, bez względu na to, czy postępowanie dotyczy zawarcia umowy koncesji na roboty budowlane czy umowy koncesji na usługi, i bez względu na to, do jakiej grupy podmiotów należy zamawiający. Obecnie jest to kwota 23 969 275 zł (5 382 000 EUR)¹.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego kwotowe wartości progów unijnych są zróżnicowane w zależności od charakteru zamówienia (zamówienie klasyczne, zamówienie sektorowe, zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówienie na usługi społeczne i inne szczególne usługi), rodzaju zamówienia (dostawa, usługa czy robota budowlana) oraz podmiotu zamawiającego. Dla zamówień klasycznych, sektorowych oraz dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których przedmiotem są roboty budowlane, progiem unijnym jest taka sama kwota – obecnie 23 969 275 zł (5 382 000 EUR), natomiast w przypadku zamówień na dostawy lub usługi progi unijne różnią się np. w odniesieniu do zamówień klasycznych; w zależności od podmiotu zamawiającego są to odpowiednio kwoty: 623 504 zł (140 000 EUR) lub 957 524 zł (215 000 EUR), taka sama kwota obowiązuje dla zamówień na usługi udzielane przez zamawiających subsydiowanych oraz 3 340 200 zł (750 000 EUR) w przypadku zamówień klasycznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi udzielane przez zamawiających publicznych².

¹ Obwieszczenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnego progu unijnego, jego równowartości w złotych oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości umów koncesji (M.P., poz. 1191).

² Obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P., poz. 1177).

6. Szacunkowa wartość umowy

Odmienności charakteru i celu umów z zakresu zamówień publicznych oraz umów koncesji są wyraźnie widoczne przy określaniu szacunkowej wartości umowy przez zamawiającego. Elementem wspólnym ustalania szacunkowej wartości umowy przez zamawiającego w odniesieniu do obu umów jest działanie z należytą starannością i niewliczanie do tej wartości kwoty podatku od towarów lub usług.

W przypadku zamówień publicznych podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy (por. art. 28 p.z.p.). Szacunkową wartością umowy koncesji jest natomiast całkowity przychód koncesjonariusza uzyskany w okresie obowiązywania umowy z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami, będących przedmiotem koncesji, powiększony o wartość dostaw i usług towarzyszących takim robotom lub usługom (por. art. 6 ust. 1 u.u.k.r.b.).

Co stanowi podstawę ustalenia wartości zamówienia publicznego oraz w jaki sposób ta wartość powinna być ustalana ustawodawca określił w ustawie – Prawo zamówień publicznych (por. art. 28–36 p.z.p.). W ustawie o umowie koncesji, ze względu na specyfikę umów koncesji, ustawodawca nie przewidział ujednoczenia działania zamawiających w tym zakresie; obiektywna metoda szacowania przez zamawiającego umowy koncesji jest określana przez niego w dokumentach koncesji.

W zależności od okoliczności związanych z wykonywaniem umowy koncesji w opisie zastosowanej metody szacowania umowy koncesji powinny być uwzględnione i wymienione okoliczności, które miały wpływ na wyliczenie przez zamawiającego wartości umowy koncesji, jak:

1. wartość opcji i przedłużenie okresu obowiązywania umowy koncesji;
2. przychody z opłat i kar uiszczanych przez korzystających z obiektów budowlanych lub usług, z wyjątkiem opłat i kar pobieranych w imieniu zamawiającego;
3. płatności lub inne korzyści finansowe, niezależnie od ich formy, przekazywane koncesjonariuszowi przez zamawiającego albo inny organ publiczny, w tym rekompensata z tytułu spełnienia obowiązku świadczenia usługi publicznej i dotacje celowe na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji;
4. wartość dotacji lub innych korzyści finansowych, niezależnie od ich formy, od osób trzecich z tytułu wykonania umowy koncesji;
5. przychody ze sprzedaży aktywów wchodzących w skład przedmiotu umowy koncesji;

6. wartość dostaw i usług udostępnianych koncesjonariuszowi przez zamawiającego, jeżeli są one niezbędne do wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług;
7. nagrody lub płatności na rzecz wykonawcy lub koncesjonariusza (por. art. 6 ust. 4 u.u.k.r.b.).

W przypadku koncesji na usługi, inaczej niż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wartość koncesji w chwili podpisywania umowy jest wyższa o co najmniej 20% od szacowanej wartości z dnia szacowania, przyjmuje się, że wartością umowy koncesji jest wartość z dnia zawarcia umowy, co ma znaczenie, w przypadku gdy wartość umowy koncesji nie była doszacowana, a jest poniżej progu stosowania przepisów – wówczas umowa nie może być podpisana, a procedura musi być powtórzona na podstawie właściwych przepisów ustawy o umowie koncesji.

W odniesieniu do postępowań o zawarcie umowy koncesji nie ma zasady podziału koncesji na części ani obowiązku uzasadnienia braku takiego podziału.

7. Wybór procedury prowadzącej do zawarcia umowy

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może korzystać wyłącznie z procedur, w tym trybów postępowania, wskazanych w ustawie – Prawo zamówień publicznych (por. np. art. 129 i art. 311–324 p.z.p.), w której ustawodawca określił dopuszczalny sposób procedowania przez zamawiających.

Inaczej jest w przypadku postępowań o zawarcie umowy koncesji. W ustawie o umowie koncesji nie przewidziano sformalizowanych trybów zawierania umów koncesji ani procedur prowadzących do jej zawarcia. Zamawiający organizuje postępowanie o zawarcie umowy koncesji w sposób odpowiadający jego potrzebom (por. art. 28 u.u.k.r.b.). W ustawie o umowie koncesji wskazano jedynie ogólnie na możliwe sposoby przeprowadzenia takiego postępowania, pozostawiając zamawiającemu dobranie i dookreślenie na podstawie jednego z nich procedury, która w jego ocenie będzie najlepiej dostosowana do potrzeb zawarcia umowy koncesji. Przy czym zamawiający nie może w trakcie negocjacji zmieniać kryteriów oceny ofert ani minimalnych wymagań (por. art. 29 ust. 2 u.u.k.r.b.).

W ustawie o umowie koncesji ustawodawca wskazał do wyboru zamawiającego trzy schematy procedowania:

1. w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji wszyscy zainteresowani wykonawcy składają oferty wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji albo

2. w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji wszyscy zainteresowani wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji wraz z informacjami na potrzeby oceny spełnienia kryteriów kwalifikacji, a następnie zamawiający zaprasza do składania ofert albo do negocjacji i składania ofert wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji; albo
3. zamawiający przeprowadza negocjacje z wybranym wykonawcą bądź w odpowiednich przypadkach z wybranymi wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, a następnie zaprasza ich do składania ofert (por. art. 29 ust. 1 u.u.k.r.b.).

Na podstawie wskazanych schematów zamawiający określa w dokumentach koncesji procedurę obowiązującą dla danego postępowania o zawarcie umowy koncesji. Inaczej zatem niż w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w ustawie o umowie koncesji nie uregulowano trybów zawierania umowy koncesji; zamawiający samodzielnie opisuje w dokumentach koncesji i przedstawia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu procedurę (tryb postępowania), która będzie miała zastosowanie w prowadzonym przez niego postępowaniu. Przy czym w opisie tym obowiązkowo powinno znaleźć się odpowiednio do potrzeb zamawiającego określenie: kryteriów kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu (odpowiadają one warunkom udziału w postępowaniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego); sposobu komunikowania się z wykonawcami; warunków, którym mają odpowiadać wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i oferta, pod rygorem ich odrzucenia (odpowiada to w szczególności zastrzeżeniu formy prawnej, w jakiej mają być złożone wnioski lub oferta, oraz sposobu ich złożenia, pod rygorem ich odrzucenia); oraz planowanego terminu zakończenia postępowania o zawarcie umowy koncesji, co może mieć znaczenie w szczególności w przypadku kilkietapowych postępowań z negocjacjami (por. art. 29 ust. 3 u.u.k.r.b.).

Zamawiający może być uprawniony do niepublikowania ogłoszenia będącego zaproszeniem do udziału w koncesji i zaprosić do udziału w postępowaniu tylko wybranych wykonawców albo tylko jednego wybranego wykonawcę. Jednak sytuacje, w których zamawiającemu wolno zastosować procedurę z wyłączeniem publikacji ogłoszenia, są ograniczone do przypadków ściśle określonych w ustawie o umowie koncesji. Odpowiadają one w części podstawom zastosowania odpowiednio trybu negocjacji bez ogłoszenia bądź trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonym w ustawie – Prawo zamówień publicznych: gdy istnieje możliwość realizacji zamówienia tylko przez jednego koncesjonariusza; w sytuacji nabywania dzieła sztuki lub wykonania artystycznego; gdy nie wpłynął wniosek, nie została złożona oferta lub wszystkie wnioski lub oferty zostały odrzucone w poprzednio przeprowadzonym postępowaniu konkurencyjnym albo żadna ze

złożonych ofert nie spełniła wymagań zamawiającego; a także w odniesieniu do koncesji *in-house* (por. art. 20 ust. 1 u.u.k.r.b.).

W ustawie o umowie koncesji nie zawarto szczególnych przepisów regulujących zmiany opisu postępowania o zawarcie umowy koncesji, jak ma to miejsce w przypadku zmiany specyfikacji warunków zamówienia, opisu potrzeb i wymagań, oraz ogłoszeń przy udzielaniu zamówień publicznych, w tym w szczególności nie ma przepisów, w których uregulowano termin wprowadzania zmian przez zamawiającego czy udostępniania zmienionych informacji. W ustawie o umowie koncesji ustawodawca zastrzegł jedynie, że zamawiający ma obowiązek poinformowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji o zmianach dotyczących informacji w opisie postępowania o zawarcie umowy koncesji, a w przypadku gdy zmiany dotyczą informacji w ogłoszeniu o koncesji, zamawiający zmienia w tym zakresie treść tego ogłoszenia (por. art. 90 i art. 137 p.z.p. oraz art. 29 ust. 4 u.u.k.r.b.).

W postępowaniach o zawarcie umowy koncesji, inaczej niż przy udzielaniu zamówień publicznych, nie ma żadnych ustawowych różnic pomiędzy zasadami i procedurami prowadzenia postępowań, w przypadkach gdy umowa koncesji jest udzielana w celu prowadzenia działalności sektorowej jako koncesja „klasyczna” lub gdy realizuje cele obronności i bezpieczeństwa.

8. Komunikacja w postępowaniu między zamawiającym a wykonawcami

W postępowaniach o zawarcie umowy koncesji, inaczej niż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma obowiązku, by przekazywanie i wymiana informacji odbywały się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – jedynie przekazywanie ogłoszeń do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i zamieszczanie ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych musi następować elektronicznie, co jest związane z elektroniczną postacią oficjalnych publikatorów ogłoszeń.

Sposób komunikacji w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji ustala sam zamawiający, a informację na ten temat zamieszcza w dokumentach koncesji, konkretnie – w opisie koncesji. Zamawiający w komunikacji z wykonawcami może wybrać komunikację przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, pocztą lub faksem, ustną albo za pośrednictwem posłańca (usługa kurierska). Swobodę zamawiającego w tym zakresie ogranicza ogólna zasada, analogiczna do obowiązującej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którą

wybrany sposób komunikacji musi być ogólnie dostępny i niedyskryminacyjny oraz nie może ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o zawarcie umowy koncesji. Ponadto obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie zachowania integralności danych oraz poufności wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i ofert w ramach komunikacji i przechowywania informacji (por. art. 14 ust. 1–4 u.u.k.r.b. i art. 61–70 p.z.p.). Niezależnie od tego zamawiający musi zapewnić nieograniczony i bezpłatny dostęp do dokumentów koncesji.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i ustawie o umowie koncesji określono dozwolone formy prawne, w jakich mogą być złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferta. Jednak o ile w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z obowiązkiem komunikacji elektronicznej, zasadą w tym zakresie jest forma albo postać elektroniczna wniosku lub oferty, o tyle w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji ofertę lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy składać, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej i tylko za zgodą zamawiającego może on być złożony w formie elektronicznej. W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji o wartości mniejszej niż próg unijny obowiązuje forma pisemna oferty lub wniosku, ale za zgodą zamawiającego może zostać również dopuszczona forma elektroniczna lub postać elektroniczna takich oświadczeń z obowiązkiem opatrzenia ich przez wykonawcę podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji nie ma obowiązku składania przez wykonawców sformalizowanego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu, jakim w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest Jednolity Europejski Dokument Zamówienia. Wykonawca ma obowiązek złożenia oświadczenia o spełnianiu kryteriów kwalifikacji oraz braku podstaw wykluczenia, ale to zamawiający decyduje, na jakich zasadach to oświadczenie ma być składane, i podaje informację w tym zakresie w ogłoszeniu o koncesji, w szczególności zamawiający informuje, czy dopuszcza złożenie tego oświadczenia drogą elektroniczną (por. art. 35 ust. 1 i art. 14 ust. 5 i 6 u.u.k.r.b.).

O ile w zakresie składania oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego taka forma prawna, jak dla składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert, odnosi się tylko do oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu, o tyle w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji forma prawna taka, jak dla ofert lub wniosków (pod rygorem nieważności), dotyczy wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu (por. art. 14 ust. 5 i 6 u.u.k.r.b. i art. 63 oraz art. 65 ust. 3 p.z.p.).

9. Dokumenty postępowania – obowiązki informacyjne

Analogicznie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji zamawiający ma obowiązek udostępnienia na stronie internetowej dokumentów koncesji, w zależności od wartości koncesji i przyjętej procedury, odpowiednio od dnia opublikowania ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, od dnia zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych albo od dnia przekazania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji.

Adres strony internetowej, na której są udostępniane dokumenty koncesji w postępowaniach konkurencyjnych, podobnie jak w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jest podawany w ogłoszeniu o koncesji (por. art. 24 ust. 1 u.u.k.r.b.).

Analogicznie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji, w przypadku braku możliwości udostępnienia niektórych dokumentów koncesji na stronie internetowej z uwagi na szczególne względy techniczne lub związane z bezpieczeństwem, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o koncesji lub w zaproszeniu do składania ofert, że dokumenty koncesji zostaną przekazane w inny sposób niż za pomocą środków komunikacji elektronicznej (por. 24 ust. 3 u.u.k.r.b. i art. 65 ust. 1 p.z.p.).

W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i postępowań o zawarcie umowy o koncesji wykonawcy mają prawo zwrócić się do zamawiającego o przekazanie dodatkowych informacji dotyczących dokumentów koncesji. Jeżeli wniosek o przekazanie dodatkowych informacji wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa terminu składania ofert, zamawiający jest zobowiązany, nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, bez ujawniania źródła wniosku, przekazać informacje wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz zamieścić informacje na swojej stronie internetowej, jeżeli wniosek dotyczy dokumentu koncesji udostępnianego przed przystąpieniem wykonawców do postępowania o zawarcie umowy koncesji (por. art. 25 u.u.k.r.b.). Jest to więc nieco inna zasada niż w przypadku zamówień publicznych, w których obowiązek udzielenia wyjaśnień niezwłocznie, a najpóźniej w terminie 6 dni przed upływem terminu składania ofert, w szczególności w zakresie specyfikacji warunków zamówienia, jest związany z okolicznością wpłynięcia wniosku o wyjaśnienie nie później niż w terminie 14 dni (albo odpowiednio 7 dni) przed upływem terminu składania ofert (por. art. 135 ust. 1 i 2 p.z.p.).

W przypadku postępowań o zawarcie umowy koncesji nie ma ustawowych wymagań dotyczących obowiązkowego przedłużenia terminu składania ofert

w sytuacji braku udzielenia przez zamawiającego wyjaśnień w przewidzianych w ustawie terminach, tak jak w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ani przekazania dodatkowo tych wyjaśnień wykonawcom niezależnie od udostępnienia tych wyjaśnień na stronie internetowej (por. art. 135 ust. 2 i 6 p.z.p.).

10. Opis przedmiotu umowy

Wymagania formalne wynikające z ustawy o umowie koncesji, związane z określeniem w dokumentach koncesji warunków technicznych lub funkcjonalnych robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji, są znacznie mniejsze niż te odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia wynikające z ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji obowiązuje ogólna zasada określenia przez zamawiającego w dokumentach koncesji wymogów technicznych lub funkcjonalnych robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji. Dodatkowo zamawiający ma możliwość odniesienia wymagań dotyczących przedmiotu umowy koncesji do określonego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczenia usług, pod warunkiem że są powiązane z przedmiotem umowy koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów, i mogą obejmować w szczególności: poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko i klimat, dostosowanie do określonych potrzeb, w tym potrzeb osób z niepełnosprawnościami, oraz przeprowadzenie oceny zgodności, wydajność, bezpieczeństwo lub wymiary, stosowaną terminologię, oznakowanie oraz instrukcje użytkowania, a także przeprowadzone testy i ich metody. Analogiczne ogólne wymagania ustawodawca wskazał w ustawie – Prawo zamówień publicznych (por. art. 26 ust. 1 u.u.k.r.b. oraz art. 99 ust. 2 p.z.p.). Jednak podczas gdy sposób opisu przedmiotu umowy koncesji jest pozostawiony zamawiającemu do uznania, w ustawie – Prawo zamówień publicznych szczegółowo określono sposób opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego (por. art. 101–103 p.z.p.).

Zarówno do zawierania umów koncesji, jak i do udzielania zamówień publicznych ma zastosowanie ogólny zakaz opisywania przedmiotu umowy w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę (por. art. 99 ust. 5 p.z.p. i art. 26 ust. 3 i 4 u.u.k.r.b.). Do opisu przedmiotu zamówienia publicznego oraz koncesji ma zastosowanie obowiązek posługiwania

się nazwami i kodami określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień (por. art. 99 ust. 3 p.z.p. i art. 26 ust. 5 u.u.k.r.b.).

11. Obowiązki zamawiającego w zakresie ogłoszeń

Analogicznie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszenia dotyczące postępowań o zawarcie umowy koncesji o wartościach równych lub przekraczających progi unijne są publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a w przypadku umów koncesji o wartościach poniżej tych progów ogłoszenia są zamieszczane przez zamawiających w Biuletynie Zamówień Publicznych (por. art. 18 ust. 1 u.u.k.r.b.).

Podstawowym ogłoszeniem wszczynającym postępowanie o zawarcie umowy koncesji jest ogłoszenie o koncesji, odpowiadające ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ogłoszeniem wszczynającym postępowanie o zawarcie umowy koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest wstępne ogłoszenie informacyjne, a więc inaczej niż w przypadku zamówień publicznych, w których ten rodzaj ogłoszenia może dotyczyć wszystkich rodzajów zamówień i pełni z zasady inną funkcję niż zaproszenie do udziału w postępowaniu (por. art. 98 p.z.p. i art. 17 pkt 2 u.u.k.r.b.).

Analogicznie do przypadku udzielania zamówień publicznych zamawiający, który zawiera umowę koncesji bez zamieszczania lub publikacji ogłoszenia z zastosowaniem procedury negocjacji tylko z jednym wybranym wykonawcą bądź negocjacji z wybranymi wykonawcami, może przed zawarciem umowy koncesji odpowiednio przekazać do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy koncesji (por. art. 22 u.u.k.r.b. i art. 216 ust. 1 oraz art. 306 ust. 1 p.z.p.).

Po zawarciu umowy koncesji, bez względu na stosowaną w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji procedurę, zamawiający ma obowiązek (w ciągu 48 godzin od dnia zawarcia umowy koncesji), odpowiednio do wartości umowy koncesji, przekazania do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji (por. art. 23 ust. 1 u.u.k.r.b.). Termin na przekazanie tego ogłoszenia jest więc określony inaczej niż przypadku udzielania zamówienia publicznego, w którym zamawiający ma obowiązek przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia do publikacji nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. art. 265 ust. 1 i art. 309 ust. 1 p.z.p.), co

determinuje okres, w jakim powinna być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

12. Zapobieganie konfliktowi interesów

Zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji obowiązuje zasada wyłączenia z udziału w postępowaniu takich osób działających po stronie zamawiającego i wykonujących czynności w postępowaniu, których bezstronność lub niezależność jest lub może być zagrożona w związku z tym postępowaniem z uwagi na posiadanie przez nich bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

Przy czym w przypadku zamówień publicznych został doprecyzowany w ustawie – Prawo zamówień publicznych krąg osób, których może dotyczyć konflikt interesów, przy uwzględnieniu funkcji pełnionej przez nich w postępowaniu (kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby związane z przeprowadzeniem postępowania po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania, lub osoby udzielające zamówienia). Ponadto w ustawie – Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do zapobiegania konfliktowi interesów, jest mowa nie tylko o czynnościach w samym postępowaniu, lecz także o czynnościach „związanych z przeprowadzeniem postępowania”, a więc np. jego przygotowaniem; została też ustanowiona dodatkowa, w stosunku do analogicznej regulacji w ustawie o umowie koncesji, podstawa wyłączenia osoby działającej w związku z postępowaniem po stronie zamawiającego ze względu na prawomocne jej skazanie za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, pod warunkiem że nie nastąpiło zatarcie skazania (por. art. 56 ust. 1–3 p.z.p. oraz art. 30 ust. 1 u.u.k.r.b.).

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji osoby wykonujące czynności w postępowaniu mają obowiązek złożenia oświadczenia co do istnienia lub braku istnienia okoliczności związanych z konfliktem interesów, a w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dodatkowo co do okoliczności związanych ze skazaniem za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (por. art. 56 ust. 4–6 p.z.p. oraz art. 30 ust. 2–4 u.u.k.r.b.).

13. Terminy składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

Ogólna zasada dotycząca ustalania przez zamawiającego terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest taka sama w odniesieniu do postępowań zarówno o udzielenie zamówienia publicznego, jak i o zawarcie umowy koncesji. Termin taki powinien być wyznaczany z uwzględnieniem złożoności, odpowiednio zamówienia publicznego lub umowy koncesji, oraz czasu potrzebnego do sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty (por. art. 31 ust. 1 u.u.k.r.b. oraz art. 131 ust. 1 p.z.p.).

Przy udzielaniu zamówień publicznych i przy zawieraniu umów koncesji obowiązuje zasada, że w przypadku, gdy oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą być złożone jedynie po odbyciu przez wykonawców wizji lokalnej albo po sprawdzeniu na miejscu dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego lub odpowiednio umowy koncesji, zamawiający wyznacza termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (por. art. 31 ust. 2 u.u.k.r.b. i art. 131 ust. 2 p.z.p.). Zawieranie umowy koncesji i udzielanie zamówienia publicznego różni się natomiast w zakresie ustawowo wskazanych minimalnych terminów składania ofert lub wniosków.

W postępowaniach o zawarcie umowy koncesji nie ma różnicy między minimalnym terminem składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku takich postępowań, w których zamawiający zaprasza do udziału w postępowaniu poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo w Biuletynie Zamówień Publicznych, termin składania ofert lub wniosków nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i nie krótszy niż 15 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Jeżeli postępowanie o zawarcie umowy koncesji jest podzielone na etapy, zamawiający wyznacza termin składania ofert wstępnych, który nie może być krótszy niż 22 dni od dnia wysłania zaproszenia w przypadku postępowań o wartości równej progowi unijnemu lub przekraczającej go i nie krótszy niż 10 dni w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż próg unijny (por. art. 31 ust. 3 i 4 u.u.k.r.b.).

Inaczej jest w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których minimalne terminy składania ofert, ofert wstępnych lub wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu różnią się w zależności od zastosowanego trybu, wartości i okoliczności udzielania zamówienia.

W odniesieniu do postępowań o wartościach co najmniej równych progom unijnym dla składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu generalnie nie może być wyznaczony termin krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – w przetargu ograniczonym, w negocjacjach z ogłoszeniem, w dialogu konkurencyjnym i partnerstwie innowacyjnym (por. art. 144 ust. 1, art. 158 ust. 1, art. 176 ust. 1 oraz art. 194 ust. 1 p.z.p.). W przetargu ograniczonym, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, może być wyznaczony krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak nie krótszy niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 144 ust. 2 p.z.p.).

Podobnie termin minimalny składania ofert w przetargu ograniczonym nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert (art. 151 ust. 1 p.z.p.), przy czym w szczególnych sytuacjach określonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych termin ten może być skrócony, ale nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert (art. 151 ust. 1 i 2 p.z.p.). W przetargu nieograniczonym minimalny termin składania ofert wynosi 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, ale w sytuacjach szczególnych określonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych może być on krótszy, jednak nie może to być mniej niż 15 dni, licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (por. art. 138 ust. 1 i 2 p.z.p.).

Termin składania ofert wstępnych w negocjacjach z ogłoszeniem oraz w partnerstwie innowacyjnym również nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych (por. art. 162 ust. 1 i art. 196 p.z.p.), a w negocjacjach z ogłoszeniem w sytuacjach określonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych może być wyznaczony krótszy termin, nie krótszy jednak niż 10 dni, licząc od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych (por. art. 162 ust. 2 p.z.p.).

W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne w trybie podstawowym w wariantcie I termin składania ofert w przypadku dostaw i usług musi być ustalony na co najmniej 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych – 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 283 p.z.p.). W trybie podstawowym w wariantcie II minimalny termin na złożenie ofert dodatkowych nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dodatkowych. Natomiast w trybie podstawowym w wariantcie III (z negocjacjami) minimalny termin składania ofert ostatecznych w przypadku dostaw i usług

wynosi 5 dni, a w przypadku robót budowlanych – 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert ostatecznych (por. art. 296 p.z.p.). W partnerstwie innowacyjnym termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a dla oferty wstępnej albo oferty w przypadku dostaw lub usług nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych albo ofert, a w przypadku robót budowlanych nie może być krótszy niż 14 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych albo ofert (por. art. 299 p.z.p.).

W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości co najmniej równej progom unijnym (w przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym i w negocjacjach z ogłoszeniem) obowiązuje zasada, zgodnie z którą, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert za pomocą środków komunikacji elektronicznej, ustawowy minimalny termin składania ofert może zostać skrócony o 5 dni (por. art. 31 u.u.k.r.b. oraz art. 138 ust. 4, art. 151 ust. 4 i art. 162 ust. 4 p.z.p.).

14. Kwalifikacja wykonawców do udziału w postępowaniu

Określone w ustawie o umowie koncesji tzw. obowiązkowe podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania o zawarcie umowy koncesji generalnie odpowiadają obowiązkowym podstawom wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odróżnieniu od ustawy – Prawo zamówień publicznych w ustawie o umowie koncesji nie zostały ujęte, w ramach podstaw wykluczenia, niektóre przestępstwa, a także nie występuje jako podstawa wykluczenia udaremnianie lub utrudnianie stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywanie ich pochodzenia, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2022 r., poz. 593, ze zm.) (por. art. 108 ust. 2 p.z.p.).

Wśród obowiązkowych podstaw wykluczenia w ustawie o umowie koncesji uwzględniono jedną podstawę, której nie ma w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Dotyczy ona popełnienia przestępstwa umyślnego przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.) (por. art. 32 ust. 1 pkt 1 lit. i u.u.k.r.b.).

Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania w przypadku obu ustaw są analogiczne, przy czym w ustawie o umowie koncesji jest jedna dodatkowa fakultatywna podstawa dotycząca wykluczenia wykonawcy, którego, w przypadku umów koncesji w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, uznano na podstawie stosownych środków dowodowych za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa (por. art. 32 ust. 2 pkt 11 u.u.k.r.b.).

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji „obowiązkowe” podstawy wykluczenia są obligatoryjne dla wszystkich zamawiających publicznych. Zgodnie z przepisami obu ustaw zamawiający sektorowi, nienależący do grona podmiotów publicznych, mogą w prowadzonym przez siebie postępowaniu stosować podstawy wykluczenia obowiązkowe dla zamawiających publicznych, ale nie mają takiego obowiązku. Przy czym w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może korzystać także z innych wskazanych w ustawie – Prawo zamówień publicznych podstaw wykluczenia wykonawców, analogicznych rozwiązań nie przewidziano w ustawie o umowie koncesji (por. art. 32 ust. 1 u.u.k.r.b. i art. 393 ust. 1 p.z.p.).

W odniesieniu do stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i postępowań o zawarcie umowy koncesji obowiązują takie same wytyczne dotyczące zamieszczenia w ogłoszeniu lub w dokumentach odpowiednio zamówienia lub koncesji informacji o mających zastosowanie podstawach wykluczenia wykonawców oraz stosowania zasady proporcjonalności w odniesieniu do analogicznych podstaw wykluczenia, jak np. w przypadku naruszenia obowiązków z tytułu płatności podatków, opłat i składek (por. art. 109 ust. 2 i 3 p.z.p. oraz art. 32 ust. 3 i 4 u.u.k.r.b.).

W zakresie stosowania obowiązkowych i fakultatywnych podstaw wykluczenia, zarówno przy udzielaniu zamówień publicznych, jak i zawieraniu umów koncesji, obowiązują analogiczne zasady: możliwość wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na każdym jego etapie; prawo wykonawcy do skorzystania z instytucji tzw. samooczyszczenia na określonych w ustawie warunkach; dotyczące okresów wykluczenia w odniesieniu do poszczególnych podstaw wykluczenia (por. art. 110 i 111 p.z.p. oraz art. 32 ust. 5–8 u.u.k.r.b.).

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji zamawiający ma możliwość określenia kryteriów kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu. Kryteria te mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców. Obowiązuje taka sama zasada powiązania warunków udziału

w postępowaniu z przedmiotem umowy i ich proporcjonalności do przedmiotu umowy (por. art. 112 p.z.p. i art. 33 ust. 1 i 2 u.u.k.r.b.).

W przypadku zarówno udzielania zamówienia publicznego, jak i zawierania umowy koncesji istnieje analogiczna możliwość zastrzeżenia udziału w postępowaniu tylko dla wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, co dotyczy również wykonawców, których wyodrębnione organizacyjnie jednostki będą realizowały zamówienie, a wskazany cel jest głównym celem działalności tych jednostek (por. art. 94 ust. 1 p.z.p. i art. 34 u.u.k.r.b.).

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji wykonawcy, wykazując spełnienie kryteriów kwalifikacji do udziału w postępowaniu (warunków udziału w postępowaniu), mogą korzystać ze zdolności technicznej lub zawodowej innych podmiotów, a także polegać na ich sytuacji ekonomicznej lub finansowej bez względu na charakter prawny związków łączących ich z tymi podmiotami. Warunkiem korzystania przez wykonawcę ze zdolności innych podmiotów w celu wykazania swojej zdolności do realizacji umowy jest udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował takimi zasobami w ciągu całego okresu wykonywania umowy, i w tym celu powinien przedstawić w szczególności stosowne zobowiązanie podmiotów, na zdolnościach których będzie polegał (por. art. 118 ust. 1–3 p.z.p. i art. 36 ust. 1 i 2 u.u.k.r.b.). Przy czym ustawodawca w ustawie o umowie koncesji nie uregulował, tak jak w ustawie – Prawo zamówień publicznych, treści zobowiązania podmiotu trzeciego (por. art. 118 ust. 4 p.z.p.).

15. Ocena ofert

O ile w ustawie – Prawo zamówień publicznych zostały szczegółowo uregulowane kwestie związane ze składaniem i oceną ofert, takie jak: terminy związania ofertą oraz zasady dotyczące otwarcia ofert, wyjaśnień treści ofert, poprawiania omyłek w ofertach, wyjaśniania kwestii rażąco niskiej ceny lub kosztu, podstaw odrzucenia oferty czy rozwiązywania sytuacji braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej z powodu uzyskania przez oferty takiej samej oceny, o tyle w ustawie o umowie koncesji nie zawarto takich regulacji, pozostawiając ewentualne określenie tych elementów procedury zamawiającemu.

W ustawie o umowie koncesji ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek przedstawienia kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego z nich do najmniej ważnego. Informacja na temat kryteriów oceny ofert, w szczególności

ich opis, jest zamieszczana w ogłoszeniu o koncesji, jeśli w danym postępowaniu ogłoszenie takie ma zastosowanie (por. art. 21 ust. 1 pkt 4 u.u.k.r.b.), ale także w dokumentach koncesji.

Ustawodawca w ustawie o umowie koncesji nie wprowadził żadnych wymagań dotyczących zamieszczania w ogłoszeniu o koncesji wag przypisywanych poszczególnym kryteriom oceny ofert. Inaczej jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zasadą jest zamieszczanie wag przypisywanych kryteriom oceny ofert w ogłoszeniu i w dokumentach zamówienia, a możliwość przedstawienia w ogłoszeniu jedynie kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego z nich do najmniej ważnego należy do wyjątków i jest związana z zastosowaniem określonego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. art. 37 ust. 1 u.u.k.r.b. oraz art. 171 ust. 2, art. 192 ust. 2 pkt 6 i art. 195 ust. 3 p.z.p.).

W odróżnieniu od postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zasadą jest stosowanie kryterium ceny lub kosztu albo tych kryteriów w połączeniu z kryteriami jakościowymi (por. art. 242 ust. 1 p.z.p.), w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji zamawiający ma swobodę w podjęciu decyzji, czy cena lub koszt będą w ogóle stanowiły kryteria oceny ofert czy też zamawiający oprze wybór oferty wyłącznie na innych kryteriach. Nie ma również, jak w przypadku udzielania zamówień publicznych, zakazu stosowania podmiotowych kryteriów oceny ofert (por. art. 241 ust. 3 p.z.p.).

W postępowaniach o zawarcie umowy koncesji, inaczej niż w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający, w wyjątkowych przypadkach, których nie mógł przewidzieć mimo zachowania należytej staranności, gdy oferta zawiera rozwiązanie innowacyjne, stanowiące wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, może zmienić kolejność kryteriów oceny ofert w celu uwzględnienia tego rozwiązania. Taka zmiana wymaga w praktyce wszczęcia od początku postępowania, w którym zaproszeniem do udziału było ogłoszenie, dlatego zamawiający ponownie, w zależności od zastosowanej procedury, przekazuje zaproszenie do składania ofert bądź publikuje nowe ogłoszenie o koncesji (por. art. 37 ust. 3 i 4 u.u.k.r.b.).

Po wyborze najkorzystniejszej oferty, zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, zamawiający mają obowiązek przekazania wykonawcom informacji związanych z oceną ofert i wyborem najkorzystniejszej z nich. Jednak w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji informacja na temat oceny ofert jest zindywidualizowana. Podczas gdy analogiczna informacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje dane na temat wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, i punktacji przyznanej ich ofertom, w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji informacja przekazywana wszystkim wykonawcom jest ograniczona tylko do

danych na temat wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, wskazania powodów odrzucenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz podania informacji o przysługujących wykonawcy środkach odwoławczych bądź o unieważnieniu postępowania albo o ponownym wszczęciu postępowania o zawarcie umowy koncesji, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym (por. art. 253 ust. 1 p.z.p. i art. 38 ust. 1 u.u.k.r.b.).

W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji każdy z wykonawców, który brał udział w postępowaniu i którego oferta nie została odrzucona, otrzymuje indywidualnie od zamawiającego dodatkowo informację dotyczącą uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i punktacji, jaką otrzymał wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a także punktacji, jaką w ramach oceny ofert otrzymał wykonawca, któremu jest przekazywana informacja (por. art. 38 ust. 2 u.u.k.r.b.).

16. Podstawy unieważnienia postępowania

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy nie złożono żadnej oferty ani żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo gdy wszystkie oferty albo wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone (por. art. 255 pkt 1 i 2 p.z.p. i art. 39 ust. 1 u.u.k.r.b.).

W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji zamawiający ma natomiast swobodę w podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania w tych przypadkach, w których w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istnieje obowiązek unieważnienia postępowania, gdy zachodzą obiektywnie uzasadnione przesłanki, w szczególności gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym, oraz gdy postępowanie o zawarcie umowy koncesji jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy koncesji, jakkolwiek w praktyce trudno jest wyobrazić sobie uzasadnienie dla skorzystania przez zamawiającego z prawa do dalszego prowadzenia postępowania w takich okolicznościach (por. art. 39 ust. 2 pkt i 3 u.u.k.r.b.).

Możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania o zawarcie umowy koncesji istnieje także w sytuacji, gdy środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części umowy, nie zostały mu przyznane. Możliwość unieważnienia postępowania na

tej podstawie została przewidziana odpowiednio do przyjętej w postępowaniu procedury w ogłoszeniu o koncesji lub wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, w zaproszeniu o ubieganie się o zawarcie umowy koncesji albo w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do udziału w postępowaniu (por. art. 39 ust. 2 pkt 2 u.u.k.r.b. i art. 257 p.z.p.).

W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania dodatkowo w kilku innych, specyficznych dla takich postępowań sytuacjach, które nie są przewidziane w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji: gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty); w przypadkach, o których mowa w art. 248 ust. 3, art. 249 i art. 250 ust. 2 p.z.p., gdy zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie lub takim samym koszcie; gdy wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz gdy w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. art. 255 pkt 3, 4, i 7 p.z.p.).

Ponadto w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może unieważnić postępowanie, odpowiednio do przyjętej w nim procedury, przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione (por. art. 256 p.z.p.), oraz w przypadku braku wymaganej minimalnej liczby wniosków, ofert lub rozwiązań (art. 258 p.z.p.). Takie przesłanki unieważnienia postępowania nie dotyczą postępowania o zawarcie umowy koncesji.

17. Termin zawarcia umowy

W przypadku postępowań o zawarcie umowy koncesji i postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek wstrzymania się z zawarciem umowy przez okres określony w ustawie o umowie koncesji. Ma to na celu umożliwienie skorzystania przez wykonawców z dostępnych środków ochrony prawnej, gdyż w rezultacie może zmienić się wynik postępowania.

Obowiązkowy okres powstrzymania się od zawarcia umowy po zakończeniu postępowania (z ang. *stand still*) dla zawierania umów koncesji i udzielania zamówień publicznych wynosi 10 dni od dnia przekazania informacji o wyborze

najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób (por. art. 421 ust. 1 p.z.p. i art. 41 ust. 1 u.u.k.r.b.).

W okolicznościach określonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych i ustawie o umowie koncesji, analogicznych w przypadku udzielania zamówień i zawierania umów koncesji, istnieje możliwość zawarcia odpowiednio umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy koncesji przed upływem wskazanych terminów, np. gdy w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę lub jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu albo gdy w ustawie nie zawarto wymogu publikacji ogłoszenia wszczynającego postępowanie (por. art. 41 ust. 2 u.u.k.r.b. i art. 421 ust. 2 p.z.p.).

18. Okres obowiązywania umowy

Umowy koncesji, podobnie jak umowy w sprawach zamówień publicznych, są zawierane na czas określony. Okres, na który może być zawarta umowa bez konieczności przedstawiania przez zamawiającego uzasadnienia dla dłuższego okresu obowiązywania umowy, w przypadku zamówień publicznych wynosi 4 lata, a w przypadku umów koncesji – 5 lat (por. art. 421 ust. 3 p.z.p. i art. 45 u.u.k.r.b.).

W określonych ustawą – Prawo zamówień publicznych przypadkach umowy w sprawach zamówień publicznych mogą być zawierane także na czas nieoznaczony, dotyczy to np. dostawy wody, gazu i ciepła z sieci (por. art. 435 p.z.p.), co nie jest dozwolone w przypadku umów koncesji.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta na okres dłuższy niż 4 lata, ale musi być to uzasadnione interesem publicznym, gdy wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu 4-letniego. W przypadku umowy koncesji zawartej na czas dłuższy niż 5 lat natomiast, czas obowiązywania tej umowy nie może przekraczać okresu, w którym koncesjonariusz może zasadnie oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji początkowych i inwestycji zrealizowanych w czasie trwania koncesji (tj. wraz ze zwrotem środków finansowych zainwestowanych w budowę obiektów objętych umową koncesji).

Przekroczenie okresu obowiązywania umowy koncesji powyżej 5 lat wymaga pogłębionego uzasadnienia, ponieważ nadmierne wydłużenie tego okresu może prowadzić do eliminacji ryzyka, które musi towarzyszyć wykonywaniu umowy koncesji,

a co za tym idzie, wydłużony okres obowiązywania takiej umowy może prowadzić do tego, że umowa nie będzie mogła być kwalifikowana jako umowa koncesji.

Tabela 5. Podobieństwa pomiędzy postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego i postępowaniami o zawarcie umowy koncesji

<p>Podobieństwa pomiędzy postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego i postępowaniami o zawarcie umowy koncesji</p>	<ul style="list-style-type: none"> • podstawowy próg kwotowy wartości umowy warunkujący stosowanie przepisów ustawy – 130 tys. zł • obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności • podobieństwa w regulacji zamówień i koncesji mieszanych oraz wyłączeń obowiązku stosowania ustawy • możliwość zastrzeżenia udziału w postępowaniu dla wykonawców (ich jednostek), których celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych • obowiązek zapewnienia przez zamawiającego bezpłatnego i nieograniczonego dostępu do dokumentów postępowania na stronie internetowej • zasada powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem umowy i ich proporcjonalności do przedmiotu umowy • prawo wykonawcy do polegania na zdolnościach podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu • prawo wykonawcy do uzyskania od zamawiającego wyjaśnień dotyczących dokumentów postępowania • zakaz opisywania przedmiotu umowy w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, połączony z obowiązkiem stosowania przy opisie nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień • obowiązek publikacji / zamieszczenia ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej / w Biuletynie Zamówień Publicznych • zapobieganie konfliktowi interesów w odniesieniu do osób wykonujących czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego – obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu albo braku istnienia okoliczności związanych z konfliktem interesów • wyznaczanie przez zamawiającego terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert z uwzględnieniem złożoności przedmiotu umowy i czasu potrzebnego na ich przygotowanie • analogiczne podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu (niewielkie różnice) i okresy wykluczenia odpowiadające poszczególnym podstawom, zasada dotycząca możliwości wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania • prawo wykonawców do korzystania z instytucji samooczyszczenia • obowiązki informacyjne zamawiającego po wyborze najkorzystniejszej oferty • obowiązkowy okres odpowiednio 10 albo 15 dni powstrzymania się od zawarcia umowy po zakończeniu postępowania (z ang. <i>stand still</i>)
--	---

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 6. Różnice pomiędzy postępowaniem o zawarcie umowy koncesji i postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego

<p>Różnice pomiędzy postępowaniem o zawarcie umowy koncesji i postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego</p>	<ul style="list-style-type: none"> • brak regulacji dotyczących zachowania w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji zasady jawności i efektywności postępowania o zawarcie umowy koncesji • brak obowiązku prowadzenia sformalizowanego protokołu postępowania o zawarcie umowy koncesji • odmienne zasady szacowania wartości umowy koncesji i wartości zamówienia – szacowanie wartości umowy koncesji jako całkowity przychód koncesjonariusza w czasie obowiązywania umowy i swoboda zamawiającego w dobrze metody szacowania tej wartości przy zachowaniu zasady obiektywności metody • brak sformalizowanych trybów i procedur w celu zawarcia umowy koncesji – procedury dobiera i opisuje zamawiający • brak obowiązku komunikacji elektronicznej w postępowaniu – sposób komunikacji ustalany przez zamawiającego • obowiązująca forma pisemna ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – za zgodą zamawiającego możliwość skorzystania przez wykonawców z formy elektronicznej • jednakowe terminy minimalne dla składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i składania ofert w tym postępowaniu • brak regulacji ustawowych odnoszących się do terminów związania ofertą, otwarcia ofert, poprawiania pomyłek w ofertach, podstaw odrzucenia oferty • brak obowiązku zamieszczenia przez zamawiającego wag przy kryteriach oceny ofert – kryteria uszeregowane od najważniejszego z nich do najmniej ważnego • brak obowiązku stosowania kryterium ceny lub kosztu jako jednego z kryteriów oceny ofert ani zakazu stosowania podmiotowych kryteriów oceny ofert • możliwość zmiany kolejności kryteriów oceny ofert w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji • mniej podstaw unieważnienia postępowania w przypadku postępowania o zawarcie umowy koncesji niż w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego • brak możliwości zawarcia umowy koncesji na czas nieoznaczony
---	---

Źródło: opracowanie własne.

II. Praktyka wybranych państw w zakresie umowy koncesji oraz wybrane orzecznictwo ETS/TSUE i orzecznictwo krajowe dotyczące postępowania o zawarcie umowy koncesji

1. Wprowadzenie

Rokrocznie od upływu terminu na transpozycję dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 114/24 z 5.05.2015; dalej: dyrektywa 2014/23/UE) znacząco wzrasta liczba zawieranych umów koncesji w krajach UE. Przykładowo w 2012 r. zawarto 515 tego rodzaju umów, w 2016 r. – 736, w 2017 r. – 1089 i w 2018 r. – 1302³. Do wiodących krajów, jeśli chodzi o liczbę zawieranych umów koncesji, należą: Francja, Włochy, Niemcy i Hiszpania. Szczególna intensyfikacja zawierania umów koncesji po wdrożeniu dyrektywy 2014/23/UE nastąpiła natomiast w Chorwacji, na Malcie i w Finlandii. Do sektorów o największej liczbie umów koncesji w okresie po wdrożeniu wskazanej dyrektywy należy sektor hotelowo-restauracyjno-handlowy, budowlany i rekreacyjno-kulturalno-sportowy. Szacuje się, że te trzy sektory obejmują 37% wszystkich zawieranych umów koncesji po 2016 r. Jednakże sektor budowlany odnotowuje regres w stosunku do czasów sprzed wdrożenia dyrektywy 2014/23/UE w przeciwieństwie do dwóch pozostałych wymienionych sektorów.

W doktrynie bywają podnoszone uwagi dotyczące niesłusznego braku objęcia dyrektywą 2014/23/UE usług sektora wodnego, wymagającego dużych nakładów i ciągłych modernizacji. Wiele potrzeb społeczeństwa dotyczy bowiem właśnie gospodarki wodnej. Praktyka wskazuje, że część państw decyduje się samodzielnie

³ <https://le-europe.eu/> (dostęp: 20.10.2022).

zapewniać ten rodzaj usług, zaś pozostałe wykorzystują w tym celu współpracę z podmiotami prywatnymi, m.in. zawierając umowy koncesji. Z przeprowadzonych badań na Wiedeńskim Uniwersytecie Technologicznym wynika jednak, że usługi sektora wodnego są tańsze, dostępnejsze oraz odznaczają się wyższą jakością w przypadku ich realizacji przez państwo (np. Austria, Niemcy), choćby na poziomie lokalnym, niż w przypadku powierzenia tych usług przedsiębiorstwom prywatnym niezależnie od formuły zlecenia usług (Węgry, Wielka Brytania, Portugalia, Francja). Jednakże przykład Francji dowodzi, że dostawa wody i zagospodarowanie ścieków może odbywać się z sukcesem we współpracy z podmiotami rynku prywatnego, którym są zlecane te usługi na podstawie umowy koncesji. Szacuje się, że we Francji pozostaje w mocy ok. 7 tys. umów koncesji związanych z tym sektorem, a każdego roku jest zawieranych 500–700 nowych umów w 100% w wyniku konkurencyjnej procedury. W przypadku wszystkich umów istnieje obowiązek przekazywania wskaźników efektywności do krajowej bazy raportowania: wyników techniczno-finansowych, zarządzania infrastrukturą, jakości usług. Skonsolidowane dane są przekazywane do francuskiego Biura ds. Bioróżnorodności (Office Français de la Biodiversité) w celu uzupełnienia krajowej bazy danych. W ocenie Federacji Przedsiębiorstw Wodnych we Francji wskazane w dyrektywie 2014/23/UE zasady przejrzystości są korzystne w odniesieniu do aprowizacji w wodę pitną wszystkich europejskich konsumentów. Dzięki tym zasadom jest możliwe lepsze, skoordynowane i zrównoważone podejście do takich kwestii, jak zmiana klimatu, dostęp do wody pitnej i usług ściekowych, ochrona środowiska i bioróżnorodności, poprzez usprawnione odprowadzanie oczyszczonych ścieków, a przez to przyczynianie się do wdrażania Europejskiego Zielonego Ładu⁴, w szczególności celu „zero emisji dwutlenku węgla”. Warto wskazać, że w przyjętym w 2021 r. we Francji prawie dotyczącym klimatu przewidziano zapis mający na celu uczynienie zamówień publicznych bardziej ekologicznymi poprzez obowiązek wprowadzania zielonych wskaźników w sprawozdaniach rocznych z realizacji umów koncesji.

2. Praktyka wybranych państw w zakresie umowy koncesji

Holandia

Szczególną wagę przywiązuje się w Holandii do zrównoważonych zamówień publicznych. Przykładem efektywnego i innowacyjnego projektu zrealizowanego

⁴ Europejski Zielony Ład (ang. European Green Deal) to strategia rozwoju, która ma przekształcić UE w obszar neutralny klimatycznie.

dzięki zawarciu umowy koncesji jest miejski system ciepłowniczo-chłodzący w Amsterdamie, który wpisuje się w politykę Europejskiego Zielonego Ładu. Celem tego projektu było zapewnienie nowo i intensywnie rozwijającej się części miasta długoterminowej, w 100% odnawialnej energii, w najlepszej cenie i jakości, tak aby zapewnić komfortowe ogrzewanie/chłodzenie nieruchomości mieszkalnych i niemieszkalnych. W ramach umowy koncesji na magazynowanie energii cieplnej warstwy wodonośnej (Aquifer Thermal Energy Storage) w dzielnicy IJburg koncesjonariusz otrzymał wyłączne prawo rozwijania działalności na rzecz użytkowników, tj. mieszkańców czy też właścicieli nieruchomości, którzy docelowo mieli nabywać od niego usługi ogrzewania i chłodzenia nieruchomości. Koncesjonariuszowi powierzono zadanie zaprojektowania, wybudowania, utrzymania i obsługiwania sieci ciepłowniczej i chłodzącej oraz zarządzania nią na własne ryzyko. W celu optymalizacji przedsięwzięcia zdecydowano się na zawarcie umowy długoterminowej – 30-letniej, przewidziano możliwość udzielenia koncesjonariuszowi dofinansowania najbardziej nierentownej części przedsięwzięcia, które podzielono na etapy budowy i realizacji, ustalono też wcześniej wartość rezidualną. Do wyłonienia koncesjonariusza zastosowano procedurę negocjacyjną. Przewidziano minimalne kryteria kwalifikacji oferentów (doświadczenie, zdolność finansową) oraz zdecydowano o zastosowaniu, jako kryteriów oceny ofert, ceny w 70% i jakości w 30%. Negocjacje z zaproszonymi oferentami obejmowały szczegółową specyfikację funkcjonalną przedsięwzięcia. Ogłoszenie o koncesji opublikowano w czerwcu 2016 r., w odpowiedzi wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło czterech potencjalnych wykonawców. Zaproszenie do udziału w pierwszym spotkaniu, w celu wymiany informacji oraz sformułowania pytań i odpowiedzi, skierowano do trzech potencjalnych wykonawców. Następnie z dwoma wykonawcami przeprowadzono dwie rundy negocjacji. Umowa została zawarta w lipcu 2017 r. W wyniku realizacji umowy w Amsterdamie z powodzeniem wdrożono innowacyjny, w 100% zrównoważony system ciepłowniczo-chłodzący, jako dużej skali projekt miejski z wykorzystaniem umowy koncesji, zgodnie z dyrektywami europejskimi dotyczącymi zamówień publicznych i koncesji. Podczas negocjacji między zamawiającym a rynkiem ustalono optimum ceny i jakości produktu. W przypadku tego rodzaju wysokonakładowych, innowacyjnych inwestycji jest istotne zawarcie długoterminowej umowy z wykonawcą, tak by zapewnić mu atrakcyjny model biznesowy i zachęcić tym samym do podjęcia ryzyka gospodarczego związanego z przedsięwzięciem.

Wskazuje się jednak, że w omawianym projekcie mógłby zostać osiągnięty jeszcze większy poziom innowacyjności i wydajności, jeżeli w celu zawarcia umowy koncesji zastosowano by bardziej otwarte procedury, zamiast prowadzić negocjacje tylko z wybranymi wykonawcami. W przypadku przyszłych przetargów związanych z umowami koncesji na wytwarzanie czy też dostarczanie energii

w Amsterdamzie jest planowane korzystanie z możliwie najbardziej konkurencyjnych i otwartych procedur wyłaniania wykonawców. Ponadto w przyszłości w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji / udzielenie zamówienia publicznego dla stosunkowo nowych, innowacyjnych produktów, takich właśnie, jak systemy dostarczające ciepło czy też chłodzące, mniej istotnym kryterium ma być cena, a ważniejsze od niego będzie kryterium jakości. Rynek wykonawców mogących dostarczyć zrównoważone, innowacyjne rozwiązania w zakresie systemów ogrzewania i chłodzenia jest bowiem obecnie stosunkowo mało rozwinięty i przyciąga głównie firmy krajowe.

Francja

Omawiając tematykę umowy koncesji nie sposób nie sięgnąć do doświadczeń Francji, w której kulturze prawnej instytucja ta sięga średniowiecza⁵.

Francuski system umów koncesji jest wykorzystywany jako narzędzie służące m.in. budowaniu mobilności i planowaniu przestrzennemu. Od prawie 60 lat umożliwia państwu, z poszanowaniem zasad zagospodarowania przestrzennego, rozwój sieci wysokiej jakości autostrad o długości ponad 9 tys. km. W ramach umów zawartych z państwem i pod stałą jego kontrolą koncesjonariusze realizują działania na rzecz użyteczności publicznej, tj. finansowania, budowy, eksploatacji i utrzymania autostrad wraz z poborem opłat za korzystanie z nich. Po wygaśnięciu umowy koncesji cała struktura opłat wraca do państwa. Na podstawie umów koncesji państwo zdecydowało się finansować sieć autostrad z poboru opłat zamiast z podatków, co jest systemem oszczędzania zasobów publicznych, bowiem płacą tylko użytkownicy dróg, w tym przejezdni cudzoziemcy, w zależności od długości pokonywanego odcinka podróży. System ten zakłada zatem wkład użytkowników, niezależnie od tego, czy są mieszkańcami Francji czy też nie. Dzięki umowom koncesji, aby zaspokoić potrzeby planowania przestrzennego i usunąć niektóre nierówności infrastrukturalne na swoim terytorium, państwo miało możliwość uruchomienia kilku projektów jednocześnie. Wybudowano ponad 9 tys. km autostrad o wysokiej jakości usług, bez wykorzystania środków publicznych, z przeniesieniem ryzyka na koncesjonariuszy realizujących dane projekty. Prywatni interesariusze ponoszą całe ryzyko związane z koncesją (zadłużeniem, niestabilnym ruchem drogowym itp.). Umowa koncesji reguluje również zasady poboru opłat w zależności od salda koncesji. W ciągu ostatnich lat państwo i koncesjonariusze zainwestowali 20 mld EUR. Dzięki temu systemowi państwo ma zagwarantowane, że po wygaśnięciu umowy zyska infrastrukturę na wysokim poziomie usług, wolną

⁵ Zob. N. Gabayet, *Public-private partnerships and concessions in France* [w:] *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU an unfinished legislative framework*, eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles, Elgar 2020, s. 52.

od wszelkich zadłużeń. W stosowanym modelu koncesji koncesjonariusze, z jednej strony, zapewniają bezpieczne miejsce mobilności dla użytkowników ruchu, a z drugiej strony, uzyskują obszar, na którym można świadczyć dodatkowe usługi dla podróżnych. Ocenia się, że sieć autostrad jest pięć razy bezpieczniejsza niż sieć drogowa drugiej kategorii, gdyż ciągłe inwestycje koncesjonariuszy umożliwiły wprowadzenie na autostradach usług gwarantujących większe bezpieczeństwo (informacje o ruchu drogowym, miejsca odpoczynku dla podróżnych, usługi opłat elektronicznych itp.) oraz zminimalizowanie wpływu infrastruktury na środowisko (ponad 1 mld EUR zainwestowany w latach 2010–2013).

Od początku wdrażania projektu umowa koncesji infrastrukturalnej wiąże się z potrzebą pozyskania wysokiego kapitału, a co za tym idzie – z ogromnym zadłużeniem wykonawcy. W pierwszych latach obowiązywania umowy koncesji, które odpowiadają postępującemu wzrostowi natężenia ruchu, wyniki finansowe, jakie uzyskuje koncesjonariusz, są zwykle niskie, a nawet złe. Dopiero z biegiem lat, gdy ruch nabiera tempa, osiągnięte wyniki umożliwiają amortyzację inwestycji oraz spłatę zaciągniętych kredytów, zwraca się również zainwestowany kapitał. Jest to istotne z punktu widzenia interesu koncesjonariusza opóźnienie w zwrocie nakładów. Ryzyko związane z małym natężeniem ruchu drogowego w początkowej fazie działalności ponosi wyłącznie koncesjonariusz. To ryzyko zmniejsza się stopniowo dopiero przy zwiększającym się ruchu na drodze i musi być ono brane pod uwagę przez koncesjonariusza w momencie ubiegania się o zawarcie umowy koncesji. Z wysokim poziomem zadłużenia, z którym wiążą się umowy koncesji autostradowych, można poradzić sobie jedynie dzięki dochodom z opłat uiszczanych przez użytkowników. Poza kosztami eksploatacji i utrzymania infrastruktury koncesjonariusz ponosi również koszty finansowania inwestycji – spłaca zadłużenie wraz z odsetkami. W ten sposób za zaciągnięte zobowiązania finansowe na realizację inwestycji odpowiada koncesjonariusz w większości przypadków bez żadnych gwarancji ze strony władz publicznych. W przeciwieństwie do inwestycji realizowanych w ramach tradycyjnych ram budżetowych infrastruktura zbudowana na podstawie umów koncesji nie ma wpływu na finanse publiczne. Dochody z opłat zapewniają ciągłość procesu rozwoju autostrad i jednocześnie zapobiegają zaciąganiu długu przez państwo.

Rozwój sieci autostrad we Francji do 2000 r. był możliwy dzięki wsparciu między konkretnymi odcinkami sieci autostrad. Mechanizm ten zakładał wykorzystanie przychodów i możliwości inwestycyjnych „dojrzałej” umowy koncesji (czyli umowy realizowanej przez dłuższy czas) w celu dotowania funkcjonowania mniej rentownej części sieci autostrad, do czasu osiągnięcia również przez nią stanu „dojrzałej sieci”. Nowe pożyczki zaciągnięte przez koncesjonariusza, by sfinansować kolejne inwestycje, były zabezpieczone przychodami z opłat drogowych istniejącej już sieci autostrad. Z tego powodu autostrady wybudowane w latach 60.

będą amortyzowane dopiero pod koniec obowiązywania umów koncesji. Reforma z 2000 r. położyła jednak kres systemowi solidarności finansowania budowy autostrad między terytoriami, tak aby wspierać konkurencyjność w budowie nowych odcinków. Od tego czasu każdy nowy projekt musi być przedmiotem postępowania zgodnego z prawem europejskim, a umowy koncesji są zawierane na budowę krótszych odcinków dróg z przedsiębiorstwami prywatnymi, a nie autostradowymi spółkami mieszanymi (tj. z udziałem kapitału państwa). Konsekwencje braku wsparcia finansowego inwestycji realizowanych w ramach nowych umów koncesji, dotyczących budowy i obsługi stosunkowo krótkich odcinków autostrad – od 18 km do 150 km, wiążą się z podwyższeniem cen opłat drogowych dla użytkowników autostrad w stosunku do cen na odcinkach sieci wspieranej.

W 2013 r. rząd francuski uruchomił Plan France Très Haut Débit, którego celem było wprowadzenie szybkich łączy szerokopasmowych na wszystkich obszarach wiejskich do 2022 r. Inicjatywa otrzymała ponad 20 mld EUR dofinansowania od rządu francuskiego i UE, z kilkoma projektami partnerstwa publiczno-prywatnego w ramach umów koncesji podpisanych w 2014 r. pomiędzy samorządami lokalnymi a sektorem prywatnym. System umów koncesji jest bardziej opłacalny z punktu widzenia państwa, bowiem koszty inwestycji na obszarach wiejskich są często bardzo wysokie, a rentowność trudna do osiągnięcia. Celem tej inicjatywy infrastrukturalnej jest zagwarantowanie przez Francję 100% zasięgu komunikacyjnego do końca realizacji projektu, co zapewni prawie 1 mln połączeń szerokopasmowych zarówno dla gospodarstw domowych, jak i firm w ponad 3 tys. gmin.

Przykład Francji pokazuje, że realizacja dużych, wieloletnich inwestycji wymaga współdziałania państwa z sektorem prywatnym, zaś umowa koncesji stanowi dobrą podstawę dla takiej współpracy, pozostawiając koncesjonariuszom dużą elastyczność, ale także motywując ich do jak najszybszych rezultatów i wysokich wyników w zakresie przychodów i satysfakcji klientów, bowiem dochód koncesjonariusza jest uzależniony w szczególności od tych dwóch czynników. Przy czym należy odnotować, że państwo sprawuje ścisłą kontrolę nad koncesjonariuszami autostrad, decyduje o podwyżkach cen opłat i sprawdza, czy są respektowane uzgodnione wymagania w zakresie infrastruktury drogowej.

Umowa koncesji przesuwa ryzyko na koncesjonariusza i nie obciąża finansowo budżetu państwa, co ma szczególnie duże znaczenie przy inwestycjach z opóźnionym momentem zwrotu, do jakich należą te związane z budową infrastruktury drogowej. Jednak najnowsze doświadczenia pokazują, że działalność w zakresie budowy autostrad jest najbardziej podatna na negatywne skutki kryzysu ekonomicznego z powodu ogromnych wzrostów cen ropy, spadku działalności przemysłowej i wymiany handlowej, a nawet spadku konsumpcji gospodarstw domowych. Rentowność umowy koncesji, której żywotność jest ograniczona w czasie,

nie jest tak łatwo kalkulowana, jak w innych rodzajach działalności, poprzez porównanie obrotów na koniec roku.

Należy także podkreślić, że koncesjonariusze – spółki autostradowe, nie tylko są głównymi podmiotami finansującymi infrastrukturę drogową, lecz także mają duży udział w dochodach podatkowych państwa, tworzą też bezpośrednio i pośrednio miejsca pracy.

Malta

Warty wspomnienia jest projekt, w ramach którego została zawarta na 40 lat umowa koncesji przez Ministry for Education and Employment (MEE – Ministerstwo Edukacji i Pracy Malty), które powierzyło koncesjonariuszowi odrestaurowanie międzynarodowej szkoły w Mtarfa, jej obsługę oraz zarządzanie nią. Koncesjonariusz został zobowiązany do zapewnienia funkcjonowania koedukacyjnej szkoły zajmującej się kształceniem obowiązkowym, zagwarantowania kompleksowego, międzynarodowego programu nauczania, wydawania uznanych międzynarodowych certyfikatów, jak matura europejska czy matura międzynarodowa, a także zaoferowania co najmniej 5% miejsc dla stypendystów programu zarządzanego przez MEE.

Interesującym zapisem zawartej umowy jest rozdział odnoszący się do polubownego rozstrzygnięcia ewentualnych sporów przez strony umowy. Po powstaniu sporu strony powiadamiają się wzajemnie na piśmie o swoich stanowiskach w tej sprawie i wszelkich rozwiązaniach, które uznają za możliwe. Jeżeli którakolwiek ze stron uzna to za przydatne, może skierować sprawę do kierownika Department of Contracts (Departamentu Kontraktów w Ministerstwie), aby ten działał w charakterze mediatora między nimi. Strony umowy ponadto zobowiązały się do odpowiedzi na wniosek o ugodę w ciągu 30 dni od jego przedstawienia. Maksymalny termin, w którym ma zostać osiągnięte porozumienie określono na 120 dni od zainicjowania postępowania ugodowego. Jeżeli próba wypracowania polubownego rozstrzygnięcia nie powiedzie się lub strona nie odpowie na czas na wniosek o ugodę, każda ze stron może przejść do następnego etapu procedury rozstrzygnięcia sporu, powiadamiając o tym drugą stronę. Jeżeli w ciągu 120 dni od rozpoczęcia procedury polubownego rozstrzygnięcia sporów nie zostanie osiągnięte porozumienie, każda ze stron może domagać się orzeczenia sądu krajowego lub orzeczenia sądu polubownego, w przypadku gdy strony, w drodze porozumienia, postanowią odwołać się do arbitrażu. Omówione postanowienia umowy w zakresie sposobów rozstrzygnięcia sporów wyraźnie zarysowują preferencję stron umowy dla formy polubownej. Ciekawym rozwiązaniem jest powierzenie roli mediatora kierownikowi Departamentu Kontraktów w Ministerstwie, które jest stroną zawartej umowy. Dopiero w przypadku niepowodzenia mediacji strony mogą

wnieść sprawę do sądu powszechnego albo skorzystać z arbitrażu. Tym samym w umowie przewidziano możliwość rozwikłania sporu poza standardowym systemem sądowniczym na dwa sposoby. Wydaje się, że takie rozwiązanie jest wyrazem pragmatyzmu stron umowy, które biorą pod uwagę, że w 40-letnim okresie obowiązywania kontraktu może zaistnieć wiele sytuacji spornych, dla których właściwszą, szybszą i mniej angażującą obie strony będzie polubowna forma zażegnania sporu.

3. Orzecznictwo

3.1. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości / Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁶

3.1.1. Definicja koncesji na roboty budowlane lub usługi

Pojęcie koncesji na usługi i roboty budowlane odnosi się do europejskiego terminu prawnego, który może różnić się od podobnych terminów na poziomie krajowym. Z tego względu, rozważając, czy w danym wypadku mamy do czynienia z instytucją koncesji, jest istotne sprawdzenie, jak jest definiowane pojęcie koncesji na usługi i roboty budowlane w prawie europejskim.

Chociaż na gruncie dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004; dalej: dyrektywa 2004/18/WE) umowy koncesji na usługi pozostawały poza przedmiotem całościowej regulacji prawa europejskiego, to jednak miały do nich zastosowanie ogólne zasady odnoszące się do rynku usług, takie jak zasady niedyskryminacji, przejrzystości i równego traktowania, które implikowały obowiązek rozpowszechnienia informacji o zamiarze udzielenia koncesji wśród potencjalnych oferentów w sposób wystarczający dla zapewnienia konkurencji i bezstronności procedury przetargowej⁷. Elementem odróżniającym koncesję od usług publicznych jest czynnik ryzyka związany z przedsięwzięciem, przenoszony

⁶ Po wejściu w życie Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzonego w Lizbonie w dniu 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569) 1 grudnia 2009 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej: ETS) funkcjonuje jako Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE).

⁷ Orzeczenie ETS z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/9, Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG, ECLI:EU:C:2000:669.

na wykonawcę⁸. W świetle orzecznictwa ETS/TSUE jednym z elementów przesuwających ryzyko na koncesjonariusza jest realizowanie płatności za usługi przez osoby trzecie, a nie przez zainteresowany organ publiczny⁹, czyli to, że uzgodnionym wynagrodzeniem wykonawcy jest jego prawo do świadczenia usług, w które musi on wliczyć właśnie ryzyko ekonomiczne związane z danym rodzajem usług¹⁰, w tym ryzyko operacyjne¹¹. Wśród rodzajów ryzyka, które składają się na ryzyko związane z prowadzeniem danej działalności, TSUE wskazał: narażenie na niebezpieczeństwo rynku, które może przekładać się na ryzyko konkurencji ze strony innych wykonawców, ryzyko zakłóconej równowagi między popytą a popytem, ryzyko niewypłacalności dłużników winnych z tytułu opłat za świadczone im usługi, ryzyko braku pełnego pokrycia wydatków przychodami oraz ryzyko związane z odpowiedzialnością za szkodę powstałą w wyniku uchybienia w trakcie świadczenia usług¹².

Jako cechę odróżniającą koncesję na usługi od zamówienia publicznego TSUE wskazał formę wynagrodzenia, tj. prawo do gospodarczego wykorzystania tej usługi albo takie prawo wraz z płatnością¹³. Zwrócił on także uwagę, że okoliczność, iż usługodawca jest wynagradzany kwotami pochodzącymi od osób trzecich, np. użytkowników danej usługi, jest jedną z form, jakie może przybrać wykonywanie przyznanego wykonawcy prawa do gospodarczego wykorzystania usługi¹⁴. Choć postanowieniem w sprawie C-643/19¹⁵ TSUE odmówił wydania orzeczenia prejudycjalnego, ze względu na brak w postanowieniu sądu odsyłającego elementu stanu faktycznego i prawnego umożliwiającego stwierdzenie właściwości zastosowania w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

⁸ Orzeczenie ETS z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03, Contse SA i in. przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), dawniej Instituto Nacional de la Salud (Insalud), ECLI:EU:C:2005:644.

⁹ Orzeczenie ETS z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, ECLI:EU:C:2005:605.

¹⁰ Orzeczenie ETS z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05, Komisja przeciwko Włochom, ECLI:EU:C:2007:445.

¹¹ Orzeczenie TSUE z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08, Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, ECLI:EU:C:2010:168.

¹² Orzeczenie TSUE z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler przeciwko Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, ECLI:EU:C:2011:130.

¹³ Orzeczenie TSUE z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg, ECLI:EU:C:2009:358.

¹⁴ Orzeczenie ETS z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08, Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) przeciwko Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH. ECLI:EU:C:2009:540.

¹⁵ Postanowienie TSUE z dnia 25 maja 2020 r. w sprawie C-643/19, Resopre – Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão SA przeciwko Município de Peso da Régua, ECLI:EU:C:2020:388.

2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 94/65 z 28.03.2014, ze zm.; dalej: dyrektywa 2014/24/UE), to zawarł w nim swoje stałe, ale istotne rozważania odnoszące się do umowy koncesji. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przypomniał, że zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. Zgodnie natomiast z dyrektywą 2014/23/UE koncesja na usługi to umowa o charakterze odpłatnym, zawierana na piśmie, na podstawie której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub jeden podmiot zamawiający powierza świadczenie usług innych niż wykonanie robót budowlanych i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że udzielenie przez organ władzy publicznej zamówienia na zarządzanie płatnym parkingiem publicznym usługodawcy, w zamian za co ów usługodawca otrzymuje wynagrodzenie w postaci opłat uiszczanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z tego parkingu, stanowi koncesję na świadczenie usług publicznych, do której nie ma zastosowania dyrektywa 2014/24/UE¹⁶. W konsekwencji TSUE uznał, że jeżeli pozwana gmina Peso da Régua wypłaca wybranemu wykonawcy wynagrodzenie za dostawę parkometrów i za usługi obejmujące kontrolowanie parkowania, zawartą w tym celu umowę należy uznać za zamówienie publiczne. Natomiast, jeżeli gmina ta w ramach koncesji przekaze grunt w celu zainstalowania i użytkowania parkometrów przez wybranego wykonawcę na jego własne ryzyko i jego własny rachunek, to zawartą umowę należy uznać za koncesję na usługi.

3.1.2. Podstawy wykluczenia, procedura samooczyszczenia, środki zaradcze wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy koncesji

Orzeczenie z dnia z 11 czerwca 2020 r. w sprawie C-472/19, Vert Marine SAS przeciwko Premier Ministre i Ministre de l'Économie et des Finances, ECLI:EU:C:2020:468

Francuska spółka Vert Marine, specjalizująca się w zarządzaniu na zlecenie obiektami sportowymi i rekreacyjnymi, prowadząca zasadniczą część swojej działalności na podstawie umów koncesji zawieranych z nią przez jednostki samorządu terytorialnego, wniosła do Rady Stanu (Conseil d'État) skargę; kwestionowała

¹⁶ Zob. podobnie wyrok ETS z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03, Parking Brixen, EU:C:2005:605.

w niej postanowienia obowiązującego dekretu nr 2016-86 z dnia 1 lutego 2016 r. w sprawie umów koncesji (JORF z 2.02.2016 r., poz. nr 20) w zakresie, w jakim nie przyznawał wykonawcom wykluczonym na mocy prawa z udziału w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji, w następstwie prawomocnego wyroku skazującego za jedno z poważnych przestępstw, o których mowa m.in. w art. 38 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE, możliwości przedstawienia dowodu, że podjęli oni środki zaradcze umożliwiające wykazanie swojej rzetelności, mimo skazania, co w ocenie spółki naruszało art. 38 dyrektywy 2014/23/UE. Sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi możliwości przedstawienia dowodów w celu potwierdzenia podjęcia przez wykonawcę środków zaradczych dla wykazania swojej rzetelności oraz możliwości oceny takich działań przez inną instytucję (sąd krajowy) niż zamawiający¹⁷.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przypomniał, że zgodnie z art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa m.in. w art. 38 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE, może przedstawić dowody na to, że przyjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, a jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, to dany wykonawca nie powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie koncesji. Przepisem tym wprowadzono bowiem mechanizm środków zaradczych (samooczyszczenie – *self-cleaning*)¹⁸. Z wskazanego przepisu wynika prawo każdego wykonawcy do przedstawienia dowodów na podjęcie środków zaradczych, a tym samym państwa członkowskie powinny zagwarantować poszanowanie tego prawa. Z uprawnienia przyznanego w art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE wykonawca nie może skorzy-

¹⁷ „1) Czy dyrektywę [2014/23] należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, aby ustawodawstwo państwa członkowskiego, w celu zapewnienia moralności zamówień publicznych, mogło nie dawać wykonawcy skazanemu prawomocnym wyrokiem za przestępstwo szczególnej wagi i podlegającemu z tego względu zakazowi udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji przez okres pięciu lat, możliwości przedstawienia dowodów w celu potwierdzenia, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności w oczach instytucji zamawiającej pomimo istnienia tej podstawy wykluczenia? 2) Jeżeli dyrektywa [2014/23] pozwala państwom członkowskim na powierzenie innym instytucjom niż dana instytucja zamawiająca zadania dokonania oceny przeznaczonego dla wykonawców mechanizmu w zakresie zgodności, to czy takie uprawnienie umożliwia powierzenie tego mechanizmu organom sądowym? Jeśli tak, czy takie mechanizmy jak przepisy prawa francuskiego dotyczące zwolnienia, rehabilitacji sądowej i usunięcia wzmianki o skazaniu w rubryce nr 2 rejestru karnego mogą być utożsamiane z mechanizmami w zakresie zgodności w rozumieniu owej dyrektywy?”

¹⁸ Zob. analogicznie do art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE, który jest odpowiednikiem art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE, wyrok TSUE z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-395/18, Tim, EU:C:2020:58, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo.

stać jedynie, gdy został on wykluczony prawomocnym wyrokiem z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia lub koncesji przez cały okres wykluczenia określony w wyroku, w państwach członkowskich, w których wyrok ten wywołuje skutki. Tym samym wykluczenie wykonawcy skazanego prawomocnym wyrokiem za jedno z przestępstw, o których mowa w art. 38 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE, nie może być traktowane tożsamo z wykluczeniem prawomocnym wyrokiem w rozumieniu art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE. Innymi słowy, każdy wykonawca automatycznie wykluczony z postępowania o zawarcie umowy koncesji na mocy przepisu za skazanie za jedno z przestępstw, o których mowa w art. 38 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE¹⁹, musi mieć możliwość przedstawienia dowodów na podjęcie środków zaradczych, zaś państwa członkowskie mają jedynie uprawnienie do określenia warunków proceduralnych i materialnych regulujących korzystanie z tego prawa. Odpowiadając na pierwsze z pytań prejudycjalnych, TSUE stwierdził, że art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE należy interpretować w ten sposób, że wyklucza on obowiązywanie przepisów krajowych, które nie przyznają wykonawcy

¹⁹ Artykuł 38 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE:

- Instytucje zamawiające i podmioty zamawiające, o których mowa w art. 7 ust. 1 lit. a), wykluczają wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji, jeżeli ustaliły, że wykonawca został skazany prawomocnym wyrokiem sądu na podstawie jednego z następujących zarzutów:
- a) udziału w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW;
 - b) korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym państwa instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, lub wykonawcy;
 - c) nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich;
 - d) przestępstwa terrorystycznego lub przestępstwa związanego z działalnością terrorystyczną, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 1 oraz art. 3 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW lub podżegania, pomocnictwa lub współsprawstwa oraz usiłowania popełnienia przestępstwa, jak określono w art. 4 tej decyzji ramowej;
 - e) prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE;
 - f) pracy dzieci i innych form handlu ludźmi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE.

Obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.

Podmioty zamawiające inne niż te, o których mowa w art. 7 ust. 1 lit. a), mogą wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji, jeżeli wiedzą, że wykonawca został skazany prawomocnym wyrokiem sądu na podstawie jednego z zarzutów wymienionych w akapicie pierwszym niniejszego ustępu.

skazanemu prawomocnym wyrokiem za jedno z przestępstw, o których mowa w art. 38 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE, i z tego powodu objętego na mocy prawa zakazem udziału w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji, możliwości przedstawienia dowodów, że podjął on środki zaradcze umożliwiające wykazanie swojej rzetelności.

W odpowiedzi na drugie z postawionych pytań, sprowadzające się w istocie do tego, czy badaniem środków zaradczych może zajmować się inny organ niż zamawiający (np. organ sądowy), TSUE doszedł do przekonania, że w art. 38 ust. 9 i 10 dyrektywy 2014/23/UE ustawodawca unijny nie wykluczył, by badanie właściwego charakteru środków zaradczych podjętych przez wykonawcę powierzono organom sądowym, pod warunkiem że ustanowiony w tym celu krajowy mechanizm spełnia wszystkie wymogi określone w art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE i że jest on zgodny z terminami obowiązującymi w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji. Ponadto art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które umożliwiają organom sądowym zwolnienie danej osoby z obowiązującego na mocy prawa zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji w następstwie wyroku karnego skazującego, uchylecia takiego zakazu lub usunięcia wzmianki o skazaniu z rejestru karnego, pod warunkiem że takie procedury sądowe faktycznie spełniają określone wymogi oraz cel tego mechanizmu, a w szczególności umożliwiają, w przypadku gdy wykonawca pragnie wziąć udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, zniesienie w porę ciężącego na nim zakazu, wyłącznie w świetle właściwego charakteru środków zaradczych, na których podjęcie powołuje się ten wykonawca, ocenianych przez właściwy organ sądowy, zgodnie z wymogami przewidzianymi w tym przepisie, czego weryfikacja należy do sądu odsyłającego.

Wnioski:

- 1. W świetle dyrektywy 2014/23/UE istnieje obowiązek zapewnienia funkcjonowania na poziomie krajowym skutecznej procedury samooczyszczenia. Przy czym jej skuteczność musi być powiązana z czynnikiem czasu, tj. zapewniać, by w terminach związanych z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji było możliwe przeprowadzenie procedury samooczyszczenia.**
- 2. Procedurę samooczyszczenia może przeprowadzać inny organ niż ten, który odpowiada za postępowanie o zawarcie umowy koncesji.**

3.1.3. Odnowienie umowy koncesji bez przeprowadzania nowego postępowania przetargowego

Orzeczenie z dnia 2 września 2021 r. w połączonych sprawach C-721/19 i C-722/19 Sisal SpA i in. przeciwko Agenzia delle Dogane e dei Monopoli i Ministero dell'Economia e delle Finanze, ECLI:EU:C:2021:672

Ogłoszeniami opublikowanymi w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 2009 i 2010 r. niezależny organ ds. monopolu państwowych, w którego prawa wstąpiła następnie Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM), wszczął postępowanie w celu udzielenia koncesji na prowadzenie na poziomie krajowym loterii z wykorzystaniem kart do zdrapywania, tzw. loterii zdrapkowych.

Zgodnie z obowiązującym prawem prowadzenie działalności w zakresie przyjmowania zakładów powinno być przedmiotem koncesji udzielanej zazwyczaj kilku podmiotom (maksymalnie czterem), wybranym w wyniku otwartych, konkurencyjnych i niedyskryminujących postępowań. Umowa koncesji została zawarta na 9 lat z możliwością jednokrotnego jej odnowienia, pod warunkiem pozytywnej oceny ADM wyników zarządzania przez koncesjonariusza²⁰. W niniejszej sprawie tylko jedna spółka (Lotterie Nazionali) brała udział w postępowaniu i zawarła umowę koncesji na zasadzie wyłączności. Przed wygaśnięciem 9-letniego okresu ADM oceniła działalność koncesjonariusza w kontekście interesu publicznego, a następnie podjęła decyzję o odnowieniu koncesji na drugi 9-letni okres (do 30 września 2028 r.). Oznacza to, że chociaż pierwotna umowa koncesji zaczęła obowiązywać przed wejściem w życie dyrektywy 2014/23/UE, to odnowienie jej miało już miejsce po wejściu w życie dyrektywy. Spółki Sisal SpA i Stanleybet Malta Ltd, które wyrażały zainteresowanie zorganizowaniem nowego postępowania w sprawie udzielenia koncesji, zaskarżyły decyzję ADM o odnowieniu umowy koncesji, najpierw przed włoskim regionalnym sądem administracyjnym, a następnie przed włoską Radą Stanu. Sisal i Stanleybet Malta zaskarżyły tę decyzję, gdyż w ich ocenie takie postępowanie wprowadzało system monopolu na rzecz jednego podmiotu, zapewniając dalsze obowiązywanie umowy na rzecz Lotterie Nazionali. Należy zaznaczyć, że w prawie krajowym przewidziano możliwość wyboru po upływie okresu obowiązywania pierwotnej koncesji pomiędzy jej przedłużeniem i wszczę-

²⁰ Umowa koncesyjna zawarta pomiędzy niezależnym organem ds. monopolu państwowych a koncesjonariuszem stanowiła w art. 4 ust. 1, że „koncesja z możliwością jednokrotnego odnowienia udzielana jest na okres dziesięciu lat, podzielony odpowiednio na dwa okresy: pięciu i czterech lat, który biegnie od dnia 1 października 2010 r.". Utrzymanie koncesji w drugim okresie było uzależnione od pozytywnej oceny wyników prowadzenia działalności przez koncesjonariusza, którą organ powinien wyrazić w pierwszej połowie piątego roku. Po upływie pierwszych pięciu lat korzystania z koncesji zostało wydane zezwolenie na jej utrzymanie przez drugi okres zgodnie z tym postanowieniem umownym.

ciem nowego postępowania przetargowego. W ocenie skarżących nie chodziło o zwykłą kontynuację umowy koncesji, lecz o nowację stosunku umownego, która nastąpiła 2 lata przed planowanym zakończeniem pierwotnej umowy. Strony uzgodniły ponadto inne warunki uiszczenia opłaty koncesyjnej niż te pierwotnie przewidziane w umowie (za drugim razem płatność miała nastąpić z góry). Włoska Rada Stanu skierowała pytanie prejudycjalne do TSUE. Sąd odsyłający, poza wątpliwością w zakresie zgodności nowego prawa, na podstawie którego przedłużono koncesję, z prawem UE, wyraził również wątpliwości, czy nowy system przedłużenia koncesji nie naruszał zasady uzasadnionych oczekiwań – mimo że spółki Sisal i Stanleybet Malta nie uczestniczyły w pierwotnym przetargu w 2010 r., to mogły się spodziewać, że będą miały możliwość wzięcia udziału w nowym postępowaniu przetargowym po upływie okresu obowiązywania pierwotnej koncesji w 2019 r., gdyż przedłużenie wspomnianej koncesji było do czasu wejścia w życie przedmiotowego dekretu nr 2016-86 jedynie uprawnieniem pozostawionym uznaniu koncesjodawcy. Tymczasem w ramach nowych przepisów zamawiający nie miał już możliwości wyboru pomiędzy wszczęciem nowego postępowania a automatyczną kontynuacją umowy. Sąd odsyłający dostrzegł, że w prawie krajowym przewidziano udzielenie koncesji, z możliwością jednokrotnego jej odnowienia, kilku podmiotom w postępowaniu konkurencyjnym, zaś pierwotna umowa koncesji została zawarta tylko z jednym koncesjonariuszem w wyniku postępowania, w którym złożono tylko jedną ofertę. Odnowienie umowy nastąpiło zaś na zasadach niekonkurencyjnych. Sąd odsyłający odnotował też, że spółki, które wniosły odwołanie, nie uczestniczyły w pierwotnym postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, a więc ich legitymacja do wniesienia odwołania była sporna.

Na wstępie TSUE ustalił, że pierwotne zawarcie umowy koncesji nie było objęte zakresem stosowania dyrektywy 2014/23/UE ze względu na fakt, że było ono uprzednie w stosunku do jej wejścia w życie. Jednakże już zmiany wprowadzone do pierwotnie zawartej umowy koncesji przy okazji jej odnowienia należało oceniać w kontekście wspomnianej dyrektywy, ponieważ nastąpiły po jej wejściu w życie. Następnie TSUE udzielił odpowiedzi na pierwsze pytanie, które sprowadzało się do ustalenia, czy prawo UE, a w szczególności art. 43 dyrektywy 2014/23/UE, należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ono prawu krajowemu, którym nałożono obowiązek odnowienia umowy koncesji bez przeprowadzenia nowego postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji na warunkach, na jakich została ona zawarta z wyłącznym koncesjonariuszem, podczas gdy prawo krajowe przewidywało zawarcie umowy koncesji, co do zasady, z kilkoma (maksymalnie czterema) podmiotami. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnotował, że w art. 43 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/23/UE przewidziano, że umowa koncesji może zostać zmieniona bez nowego postępowania w sprawie jej zawarcia, jeżeli zmiany, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych

dokumentach umowy koncesji w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny lub opcje. W tym kontekście TSUE wskazał, że pierwotna umowa koncesji zawierała klauzulę, w której przewidziano opcję pozwalającą na jej odnowienie na 9 lat. Choć w istocie prawo krajowe uległo zmianie, narzucając dekretem nr 2016-86 odnawianie umowy koncesji, to jednak odpowiadało to woli instytucji zamawiającej (ADM) i treści umowy.

W konsekwencji TSUE uznał, że prawo UE, a w szczególności art. 43 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/23/UE, należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się ono uregulowaniu krajowemu nakładającemu obowiązek odnowienia umowy koncesji bez przeprowadzenia nowego postępowania w sprawie jej zawarcia, na warunkach, na jakich została ona pierwotnie zawarta z wyłącznym koncesjonariuszem, nawet jeśli zgodnie z prawem krajowym koncesja powinna być udzielona kilku, maksymalnie czterem podmiotom, w sytuacji gdy owo uregulowanie krajowe stanowi wykonanie klauzuli zawartej w pierwotnej umowie przewidującej takie odnowienie.

Odpowiadając na pytanie sądu odsyłającego, zmierzające do ustalenia, czy prawo UE, a w szczególności art. 43 dyrektywy 2014/23/UE, należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ono, z jednej strony, uregulowaniu krajowemu, które przewiduje, że decyzję o przedłużeniu koncesji podejmuje się na 2 lata przed jej wygaśnięciem, oraz, z drugiej strony, zmianie warunków zapłaty opłaty koncesyjnej przez koncesjonariusza w stosunku do tych zawartych w pierwotnej umowie, TSUE odnotował, że odnowienie umowy na 2 lata przed jej wygaśnięciem nie stanowi samo w sobie zmiany postanowień umowy, ponadto zauważył, że w umowie nie przewidziano terminu, w którym miała zostać wydana decyzja o ewentualnym przedłużeniu umowy. Następnie TSUE, w odniesieniu do zmiany warunków zapłaty opłaty licencyjnej przez koncesjonariusza, stwierdził, że z art. 43 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/23/UE nie można wywnioskować, że każda zmiana, która nie została wyraźnie przewidziana w klauzuli przeglądowej lub opcji, skutkuje koniecznością przeprowadzenia nowego postępowania w sprawie udzielenia umowy koncesji. Zgodnie bowiem z art. 43 ust. 1 lit. e dyrektywy 2014/23/UE zmiany mogą zostać wprowadzone do umowy koncesji bez wymogu przeprowadzenia nowego postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji, jeśli owe modyfikacje nie są istotne w rozumieniu art. 43 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE. W artykule tym przewidziano ogólną zasadę, zgodnie z którą zmianę obowiązującej umowy koncesji uznaje się za istotną, jeżeli powoduje ona, że charakter umowy koncesji różni się zasadniczo od charakteru pierwotnie zawartej umowy koncesji. Ponadto zmianę uznaje się za istotną w szczególności wówczas, gdy wprowadza ona warunki, które gdyby były częścią pierwotnego postępowania o zawarcie umowy koncesji, to umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie

zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników do postępowania o zawarcie umowy koncesji, lub gdy modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy na korzyść koncesjonariusza w sposób, którego nie przewidziano w pierwotnej umowie koncesji. W tym kontekście TSUE odnotował, że kwota, jaką koncesjonariusz był zobowiązany zapłacić w zamian za udzielenie koncesji na usługi, pozostała niezmieniona. Zmienione zostały jedynie szczegółowe warunki zapłaty tej kwoty. Takie zmiany, z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający, nie sposób uznać, w ocenie TSUE, za istotne czy też zmieniające równowagę ekonomiczną na korzyść koncesjonariusza w rozumieniu art. 43 ust. 4 lit. b dyrektywy 2014/23/UE. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie dopatrył się ponadto żadnego dowodu na poparcie tezy, że zmiana formy płatności mogłaby umożliwić dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.

W konsekwencji TSUE skonkludował, że prawo UE, a w szczególności art. 43 ust. 1 lit. e dyrektywy 2014/23/UE, należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się, z jednej strony, uregulowaniu krajowemu, które przewiduje, że decyzja o przedłużeniu koncesji zapadnie na 2 lata przed jej wygaśnięciem oraz, z drugiej strony, zmianie warunków płatności opłaty koncesyjnej należnej od koncesjonariusza, które zostały zawarte w pierwotnej umowie koncesji, jeżeli zmiana ta nie jest istotna w rozumieniu art. 43 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE.

Na koniec TSUE uznał, że art. 43 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE oraz art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz. Urz. WE L 395/33 z 30.12.1989) należy interpretować w ten sposób, że podmiot gospodarczy, który nie brał udziału w pierwotnym postępowaniu w sprawie zawarcia umowy koncesji, może wnieść środek zaskarżenia na decyzję o przedłużeniu koncesji z tego powodu, że warunki wykonania pierwotnej umowy koncesji zostały istotnie zmienione, jeśli w chwili, gdy ma nastąpić owo przedłużenie, wykaże interes w uzyskaniu danej koncesji. Podmiot ten nie ma obowiązku udowodnienia, że rzeczywiście brałby udział w nowym postępowaniu w sprawie udzielenia koncesji, zaś istnienie takiej możliwości należy uznać za wystarczające.

Wnioski:

- 1. Dopuszczalne w świetle prawa europejskiego jest odnowienie koncesji bez przeprowadzania nowego postępowania w sprawie jej udzielenia, nawet przed upływem okresu, na jaki pierwotnie jej udzielono, jednakże pod warunkiem, że zostało to przewidziane w postanowieniach pierwotnie zawartej**

- umowy. Warunkiem, który musi zostać spełniony, by przedłużenie obowiązywania umowy z koncesjonariuszem było zgodne z prawem UE, jest także zakaz zmian postanowień istotnych zawartych w pierwotnej umowie koncesji.
2. Zmiana w zakresie terminu zapłaty opłaty koncesyjnej, w analizowanym przypadku przyspieszenie jej uiszczenia, nie została uznana za zmianę istotną umowy. Jednakże, oceniając charakter wprowadzonych do umowy zmian, należy przeanalizować, czy nie prowadzą one do zmiany charakteru całej pierwotnie zawartej umowy. Następnie należy rozważyć, czy wprowadzona zmiana nie tworzy warunków, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o zawarcie umowy koncesji, umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż oferta wybrana, a także złożenie więcej ofert.
 3. W orzeczeniu TSUE potwierdził, że podmiot gospodarczy może wnieść środek zaskarżenia na decyzję o odnowieniu koncesji, nawet gdy nie brał on udziału w pierwotnym postępowaniu w sprawie udzielenia koncesji, z tego powodu, że warunki wykonania pierwotnej umowy koncesyjnej zostały istotnie zmienione, jeśli w chwili, gdy ma nastąpić odnowienie koncesji, wykaże on interes w uzyskaniu tej koncesji.

3.1.4. Wymóg posiadania przez wspólnika prywatnego minimalnego udziału w spółce z kapitałem mieszanym; pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale wspólnika prywatnego – kryterium kwalifikacji

Orzeczenie z dnia 1 sierpnia 2022 r. w sprawie C-332/20 Roma Multiservizi SpA, Rekeep SpA przeciwko Roma Capitale, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ECLI:EU:C:2022:610

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożyła włoska Rada Stanu (Consiglio di Stato) w ramach sporu pomiędzy Roma Multiservizi SpA i Rekeep SpA a Roma Capitale i Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Urząd ds. Ochrony Konkurencji i Rynku) w przedmiocie decyzji miasta Rzymu o wykluczeniu grupy, którą chciały stworzyć Roma Multiservizi i Rekeep, z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Wymaga zaznaczenia, że sformułowane pytania prejudycjalne dotyczyły wykładni zarówno dyrektywy 2014/23/UE, jak i dyrektywy 2014/24/UE²¹. Ze względu na tematykę publikacji przedstawiono te aspekty sprawy, które dotyczą dyrektywy 2014/23/UE.

²¹ „1) Czy jest zgodne z prawem [Unii] i z prawidłową wykładnią motywów 14 i 32 oraz art. 12 i 18 dyrektywy 2014/24 i art. 30 dyrektywy 2014/23, w tym z odniesieniem do art. 107 TFUE, aby celem określenia minimalnego 30% limitu udziału wspólnika prywatnego w mającej powstać spółce mieszanej publiczno-prywatnej, co stanowi limit uznany przez ustawodawcę krajowego

Zaistniały spór miał podłoże w przetargu ogłoszonym przez miasto Rzym. Celem przetargu było, po pierwsze, wyłonienie wspólnika dla utworzenia spółki z kapitałem mieszanym, a po drugie, powierzenie tej spółce zarządzania „zintegrowanymi usługami szkolnymi”. Zgodnie z dokumentacją przetargową miasto Rzym miało mieć 51% udziałów w tej spółce, a pozostałe 49% powinien nabyć wspólnik prywatny, który ponadto miał ponosić całe ryzyko operacyjne. Jedyna oferta została złożona przez tworzoną właśnie grupę, złożoną z Roma Multiservizi i Rekeep. Grupa ta miała w 10% należeć do Rekeep, jako członka konsorcjum, a w 90% być własnością Roma Multiservizi, jako lidera konsorcjum. Spółki te miały objąć kapitał spółki mieszanej, która miała zostać utworzona wraz z miastem Rzymem, stosownie do swoich udziałów w rzeczonyj grupie. Stworzona przez Roma Multiservizi i Rekeep grupa została wykluczona z toczącego się postępowania ponieważ, z uwagi na udział AMA SpA w kapitale Roma Multiservizi, miasto Rzym posiadałoby faktycznie 73,5% kapitału zakładowego spółki z kapitałem mieszanym utworzonej z tą grupą, przez co zostałby przekroczony próg 51% ustalony w dokumentach przetargu, a udział kapitału podwyższonego ryzyka w tej spółce, należący do prywatnych wykonawców, spadłby poniżej progu 49%. Decyzja o wykluczeniu została zaskarżona do regionalnego sądu administracyjnego. Sąd skargę oddalił, w związku z czym Roma Multiservizi i Rekeep wniosły apelację do sądu odsyłającego. Zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami krajowymi, w przypadku gdy spółki z kapitałem mieszanym mają na celu realizację publicznego obiektu budowlanego lub organizację usług świadczonych w interesie ogólnym i zarządzanie nimi na podstawie umowy o partnerstwie z wybranym przedsiębiorcą, udział podmiotu prywatnego nie może być niższy niż 30%, a wyboru prywatnego wspólnika należy dokonać w drodze przetargu. Ograniczenie w takich spółkach udziału publicznego do 70% miało na celu zabezpieczenie przed zakłóceniem przez utworzone spółki mieszane konkurencji poprzez pozbawienie danego rynku atrakcyjności oraz zapewnienie, by ryzyko gospodarcze wspólnika prywatnego nie było nadmiernie ograniczone.

za adekwatny do wdrożenia zasad [prawa Unii] ustalonych w tym zakresie w orzecznictwie Unii, konieczne było wzięcie pod uwagę jedynie formalnych/ wynikających z dokumentacji udziałów w kapitale takiego wspólnika prywatnego, czy też organu administracji publicznej, który ogłasza postępowanie przetargowe, może – lub raczej musi – uwzględnić swój własny pośredni udział w kapitale wspólnika prywatnego będącego oferentem?

2) Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy wykluczenie przez administrację ogłaszającą postępowanie przetargowe z przetargu wspólnika prywatnego będącego oferentem, którego rzeczywisty udział w mającej powstać mieszanej spółce publiczno-prywatnej, w wyniku stwierdzonego bezpośredniego lub pośredniego udziału publicznego, jest w rzeczywistości mniejszy niż 30%, jest zgodne z zasadami [prawa Unii], a w szczególności z zasadami konkurencji, proporcjonalności i adekwatności?”

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przypomniał, że utworzenie przez instytucję zamawiającą i prywatnego wykonawcę wspólnego przedsiębiorstwa nie jest objęte, jako takie, przepisami prawa UE dotyczącymi zamówień publicznych lub koncesji na usługi. W związku z tym należy się upewnić, że za transakcją kapitałową nie kryje się w rzeczywistości udzielenie prywatnemu partnerowi zamówień, które można zakwalifikować jako „zamówienia publiczne” lub „koncesje”. Ponadto okoliczność, że podmiot prywatny i instytucja zamawiająca współpracują w ramach podmiotu z kapitałem mieszanym, nie stanowi uzasadnienia dla nieprzestrzegania zasad przy udzielaniu zamówienia publicznego lub koncesji na usługi temu podmiotowi prywatnemu lub podmiotowi z kapitałem mieszanym²². W związku z brakiem określenia przez sąd odsyłający, czy w sprawie chodziło o udzielenie zamówienia publicznego czy też koncesji, TSUE przypomniał różnicę między zamówieniem publicznym na usługi a koncesją na usługi – dotyczy ona charakteru świadczenia wzajemnego przyznanego podmiotowi, któremu udzielono zamówienia na świadczone przez niego usługi. Wynagrodzenie wykonawcy, któremu udzielono zamówienia publicznego, stanowi cena zapłacona przez instytucję zamawiającą, podczas gdy wynagrodzenie koncesjonariusza stanowi prawo do wykonywania usług będących przedmiotem koncesji, przy czym w odpowiednim przypadku takie prawo wraz z płatnością. Udzielenie koncesji oznacza zatem przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka związanego z wykonywaniem danej działalności²³. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przypomniał ponadto, że zasady równego traktowania i przejrzystości wymagają również, aby wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone jasno, precyzyjnie i jednoznacznie w dokumentacji postępowania.

Udzielając odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego, TSUE stwierdził, że ustawodawca unijny w art. 38 dyrektywy 2014/23/UE zezwala instytucji zamawiającej na uwzględnienie jej ewentualnego pośredniego udziału w kapitale wykonawców, którzy wyrazili chęć zostania jej współnikami, tak by został dochowany limit ustanowiony przez koncesjodawcę co do udziału w kapitale tworzonej spółki mieszanej. Co do zasady, zezwala zamawiającemu również na wykluczenie z postępowania o udzielenie koncesji na usługi każdego wykonawcy, który ze względu na to, że instytucja zamawiająca ma, choćby pośrednio, udział w jego kapitale, nie mógłby zostać współnikiem tej instytucji zamawiającej bez naruszenia przy tym maksymalnego udziału w kapitale tej spółki z kapitałem mieszanym, który instytucja

²² Zob. podobnie wyrok TSUE z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-215/09, *Mehiläinen i Te-rveystalo Healthcare*, EU:C:2010:807, pkt 33, 34.

²³ Zob. podobnie wyroki ETS: z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08, *Eurawasser*, EU:C:2009:540, pkt 51; z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08, *Acoset*, EU:C:2009:628, pkt 39.

zamawiająca ustaliła dla siebie. Przy czym jest istotne, że TSUE zaznaczył, że ów wymóg pozwala zagwarantować, że wykonawcy będą mieli zdolność ekonomiczną i finansową. Tym samym instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę z postępowania mającego na celu, po pierwsze, utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, a po drugie, udzielenie tej spółce koncesji na usługi, jeżeli wykluczenie to jest uzasadnione tym, że ze względu na pośredni udział tej instytucji zamawiającej w kapitale owego wykonawcy maksymalny udział tej instytucji zamawiającej w kapitale tworzonej spółki, określony przez nią samą w dokumentacji przetargowej, zostałyby w rzeczywistości przekroczone, gdyby wybrała ona tego wykonawcę na swojego współnika i jeśli takie przekroczenie skutkowałoby zwiększeniem ryzyka gospodarczego ponoszonego przez tę instytucję zamawiającą.

Wnioski:

- 1. Instytucja zamawiająca może określić w dokumentacji przetargowej zakres swojego udziału kapitałowego w spółce mieszanej (kapitał publiczny i prywatny), którą zamierza utworzyć z wyłonionym w przetargu wykonawcą, przy czym celem tego ograniczenia powinna być chęć zapewnienia, że wykonawca będzie miał zdolność ekonomiczną i finansową niezbędną do wykonania zobowiązań wynikających z zawartej umowy. Wskazane ograniczenie nie powinno jednak wykraczać poza to, co niezbędne do zapewnienia realizacji celu przyświecającego instytucji zamawiającej, polegającego na nieangażowaniu się gospodarczo, choćby pośrednio, w spółkę z kapitałem mieszanym, ponad to, co wyrażono w dokumentacji przetargowej. Wymaga podkreślenia, że TSUE, badając sprawę, nie nawiązał do faktu, że procentowy udział podmiotu prywatnego w spółkach mieszanych miał być nie mniejszy niż 30% na mocy obowiązującego prawa, a nie na mocy dyskrecjonalnej decyzji instytucji zamawiającej. W tych okolicznościach można uznać, że drugorzędne w ocenie TSUE jest źródło tego ograniczenia, czyli to, czy ma ono umocowanie prawne, czy też jest decyzją instytucji zamawiającej, wynikającą z oceny sytuacji ekonomicznej danego przedsięwzięcia. Istotne jest, by wskazane ograniczenie realizowało cel w postaci przeniesienia ryzyka gospodarczego na wykonawcę bez zwiększania tego ryzyka po stronie instytucji zamawiającej.**
- 2. Wykluczenie wykonawcy może być uzasadnione tym, że ze względu na pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale wykonawcy, z którym ma być utworzona spółka i której ma zostać zlecone świadczenie usług, udział tej instytucji zamawiającej w kapitale tworzonej spółki zostałby przekroczony w stosunku do tego, który został określony w dokumentacji przetargowej.**

3.1.5. Swoboda określania i organizowania przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający postępowania prowadzącego do wyboru koncesjonariusza – uregulowania krajowe zabraniające korzystania z finansowania typu *project finance* w stosunku do umów koncesyjnych dotyczących autostrad

Orzeczenie z dnia 26 listopada 2020 r. w sprawie C-835/19 Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa SpA przeciwko Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Autorità di regolazione dei trasporti, ECLI:EU:C:2020:97024

Ativa, spółka mająca koncesję na eksploatację autostrad, zarządzała na terytorium Piemontu odcinkiem autostrady na podstawie wielu umów koncesji, z których ostatnia wygasła w 2016 r. Ativa, 25 września 2015 r., przedstawiła Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT – Ministerstwo Infrastruktury i Transportu) propozycję finansowania typu *project finance*, dotyczącą koncesji na eksploatację kilku odcinków autostrad i obwodnic Turynu oraz na roboty zabezpieczające węzeł wodny Ivrea, ograniczające ryzyko sejsmiczne i dostosowujące infrastrukturę do obowiązujących norm. Propozycję MIT odrzuciło, podnosząc w szczególności, po pierwsze, że procedura finansowania typu *project finance* nie ma zastosowania do koncesji na eksploatację autostrady, a po drugie, że wspomniana propozycja nie jest zgodna ani z wymogami dawnego kodeksu zamówień publicznych, ani postanowieniami nowego kodeksu zamówień publicznych.

Ativa wniosła do regionalnego sądu administracyjnego dla Piemontu skargę mającą na celu stwierdzenie nieważności decyzji o odrzuceniu jej oferty. Następnie Ativa przedłożyła MIT drugą propozycję finansowania projektów typu *project finance*, tym razem z uwzględnieniem nowego kodeksu zamówień publicznych. Drugą propozycję MIT również odrzuciło, powołując się w szczególności na nowy kodeks zamówień publicznych²⁵.

Ativa wniosła do regionalnego sądu administracyjnego dla Piemontu powództwo o stwierdzenie nieważności drugiej decyzji. Sąd oddalił skargę Ativy m.in. ze względu na to, że zgodnie z prawem krajowym propozycja finansowania typu *project finance* powinna polegać na przedstawieniu projektu wstępnego, na podstawie którego jest wybierany koncesjonariusz. Sąd uznał zatem, że propozycja, która – tak jak propozycja przedstawiona przez Ativę – zawiera ostateczny projekt, jest

²⁴ Ze względu na to, że odpowiedź na pytanie prejudycjalne można było wywieść jednoznacznie z dotychczasowego orzecznictwa ETS/TSUE oraz nie pozostawiała ona żadnych uzasadnionych wątpliwości, TSUE, po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, orzekł w analizowanej sprawie jednoosobowo w formie postanowienia z uzasadnieniem.

²⁵ Zgodnie z jego brzmieniem organy administracji nie mogą udzielać koncesji autostradowych, które wygasły lub wkrótce wygasną, w drodze procedury typu *project finance*.

niedopuszczalna, ponieważ taki projekt jest wymagany dopiero na późniejszym etapie postępowania, zatem propozycja była niezgodna z nowym kodeksem zamówień publicznych.

Ativa wniosła odwołanie do Consiglio di Stato. Podniosła ona, że przepis nowego kodeksu zamówień publicznych, zakazujący organom administracji udzielania koncesji autostradowych, które wygasły lub wkrótce wygasną, na podstawie nowej procedury, został wprowadzony po przedstawieniu przez nią dwóch propozycji, wobec czego obie propozycje powinny podlegać przepisom dawnego kodeksu zamówień publicznych.

Consiglio di Stato wyraziła pogląd, podobnie jak MIT, że ogólna zasada legalizmu wymaga, aby administracja stosowała się do prawa obowiązującego w chwili, gdy wyraża wolę zorganizowania postępowania prowadzącego do wyboru koncesjonariusza. Jeżeli zatem propozycja koncesji przedstawiona na podstawie przepisów dawnej ustawy nie była jeszcze zatwierdzona w chwili wejścia w życie nowej ustawy, administracja może zatwierdzić ten projekt i zorganizować przetarg jedynie na podstawie nowego systemu, z zastrzeżeniem zastosowania przepisów przejściowych przewidzianych w regulacji, która weszła w życie w trakcie postępowania. Consiglio di Stato uznała jednak za konieczne zbadanie zarzutu podniesionego przez Ativę, opartego na tym, że przepis nowego kodeksu zamówień publicznych, całkowicie zakazujący organom administracji udzielającym koncesji korzystania z finansowania typu *project finance* przy udzieleniu koncesji, narusza zasadę swobody postępowania, zgodnie z którą organ udzielający koncesji ma dużą swobodę w określaniu i organizacji postępowania, które prowadzi do wyboru koncesjonariusza, i do której przestrzegania jest zobowiązany ustawodawca krajowy na podstawie dyrektywy 2014/23/UE. Z tych też przyczyn Consiglio di Stato postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym sprowadzającym się do ustalenia, czy art. 2 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/23/UE²⁶ w związku z art. 30 oraz motywami 5 i 68 tej dyrektywy należy interpretować tak, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu krajowego zakazującego instytucjom zamawiającym udzielania koncesji autostradowych,

²⁶ Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy 2014/23/UE:

Niniejsza dyrektywa uznaje zasadę swobodnego administrowania przez krajowe, regionalne i lokalne organy władzy publicznej zgodnie z prawem krajowym i prawem unijnym. Organ władzy publicznej mają swobodę decydowania o tym, jak najlepiej zarządzać wykonaniem robót budowlanych lub świadczeniem usług, aby zapewnić w szczególności wysoki poziom jakości, bezpieczeństwa i przystępności, równe traktowanie i propagowanie powszechnego dostępu oraz praw użytkowników w dziedzinie usług publicznych.

Wspomniane organy władzy publicznej mogą wybrać, czy wykonują swoje zadania w zakresie interesu publicznego z wykorzystaniem własnych zasobów, czy we współpracy z innymi organami, lub czy powierzają ich wykonanie wykonawcom.

które wygasły lub wkrótce wygasną, na podstawie procedury finansowania typu *project finance*.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej udzielił odpowiedzi przeczącej, wskazując, że, po pierwsze, jak wynika z art. 1 dyrektywy 2014/23/UE w związku z jej motywem 8, ma ona jedynie na celu ustanowienie zasad mających zastosowanie do procedur udzielania koncesji przez instytucje zamawiające i podmioty zamawiające, w przypadku gdy szacunkowa wartość tych umów nie jest niższa niż progi przewidziane w art. 8 dyrektywy 2014/23/UE. Ma zatem zastosowanie jedynie w przypadku, gdy instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający wszczęły postępowanie o zawarcie umowy koncesji. Po drugie, wskazano, że ustawodawca unijny w art. 2 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/23/UE ustanowił zasadę swobodnego administrowania przez krajowe, regionalne i lokalne organy władzy publicznej zgodnie z prawem krajowym i prawem UE. Dlatego też „organy władzy publicznej”, postrzegane jako organy mające uprawnienia normatywne, a nie jako instytucje lub podmioty zamawiające, mają swobodę decydowania o tym, jak najlepiej zarządzać wykonaniem robót budowlanych lub świadczeniem usług, aby zapewnić w szczególności wysoki poziom jakości, bezpieczeństwa, przystępności, równe traktowanie i propagowanie powszechnego dostępu oraz praw wszystkich użytkowników usług publicznych. Po trzecie, TSUE wskazał, że w świetle dyrektywy 2014/23/UE wspomniane organy mogą zdecydować, czy będą wykonywać swoje zadania w zakresie interesu publicznego z wykorzystaniem własnych zasobów czy we współpracy z innymi organami lub czy powierzą je wykonawcom. Tym samym ustawodawca unijny dyrektywą 2014/23/UE nie pozbawia państw członkowskich swobody opowiedzenia się za jednym sposobem zarządzania na niekorzyść innych. Swoboda ta oznacza bowiem dokonanie wyboru na etapie poprzedzającym udzielenie koncesji, a w związku z tym ta decyzja nie może być objęta zakresem dyrektywy²⁷.

Wnioski:

- 1. W świetle prawa europejskiego organom władzy publicznej jest pozostawiony szeroki margines uznania w zakresie tego, jak najlepiej będą zarządzać wykonaniem robót budowlanych lub świadczeniem usług, aby zapewnić ich wysoki poziom jakości, bezpieczeństwa i przystępności, a także równe traktowanie wykonawców i propagowanie powszechnego dostępu do usług publicznych z poszanowaniem praw użytkowników.**

²⁷ Zob. analogicznie wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18, Irgita, EU:C:2019:829, pkt 44; postanowienia TSUE z dnia 6 lutego 2020 r.: w sprawie C-11/19, Pia Opera Croce Verde Padova, EU:C:2020:88, pkt 41; w sprawie od C-89/19 do C-91/19, Rieco, EU:C:2020:87, pkt 33.

2. Do decyzji organów krajowych pozostaje, jak będą one wykonywać swoje zadania w zakresie interesu publicznego i czy będzie się to odbywać z wykorzystaniem własnych zasobów, czy we współpracy z innymi organami lub czy zostaną one powierzone wykonawcom. Decyzja ta jest podejmowana przed udzieleniem koncesji, a więc nie jest objęta zakresem dyrektywy 2014/23/UE.

3.1.6. Koncesja na roboty budowlane a własność nieruchomości posiadacza koncesji, okres, na jaki jest zawierana umowa koncesji

Orzeczenie z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08, Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182

Będący właścicielem nieruchomości (zabudowanej w części koszarami) Bundesanstalt poinformował w 2006 r. w prasie i Internecie, że zamierza sprzedać nieruchomość o powierzchni 24 ha. Bundesanstalt ogłosił zaproszenie do składania ofert w celu jak najszybszego sprzedania nieruchomości, przy czym wymagał wskazania, że nieruchomość miała być sprzedana podmiotowi, który przedstawi plan jej zabudowy wpisujący się w plan urbanistyczny terenu. Spółka Helmut Müller złożyła ofertę w wysokości 1 mln EUR. Inne przedsiębiorstwo działające w branży nieruchomości – Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (GSSI), będące wówczas na etapie tworzenia, złożyło ofertę w wysokości 2,5 mln EUR. Zostały złożone jeszcze dwie inne oferty. Bundesanstalt ocenił projekty przedstawione przez spółki Helmut Müller oraz GSSI i ze względów urbanistycznych opowiedział się za projektem tej drugiej. Uznał, że projekt ten wpłynie na wzrost atrakcyjności terenu i poinformował o tym władze miejskie Wildeshausen, w konsekwencji czego rada miasta podjęła odpowiednią uchwałę. Umową zawartą w formie aktu notarialnego 6 czerwca 2007 r. Bundesanstalt, za zgodą miasta Wildeshausen, sprzedał nieruchomość spółce GSSI. Poinformował o tym spółkę Helmut Müller. W styczniu 2008 r. spółka GSSI została wpisana do księgi wieczystej jako właściciel tej nieruchomości. Spółka Helmut Müller wniosła odwołanie do Vergabekammer (organu pierwszej instancji właściwego w sprawach zamówień publicznych), podnosząc, że nie została przeprowadzona procedura udzielania zamówień publicznych zgodna z zasadami, mimo że sprzedaż koszar podlegała prawu zamówień publicznych. Spółka ta twierdziła, że umowa sprzedaży jest nieważna, ponieważ nie udzielono jej, jako kandydatowi do nabycia tego terenu, informacji w odpowiednim czasie. Vergabekammer odrzuciła odwołanie jako niedopuszczalne, uzasadniając, że spółce GSSI nie udzielono zamówienia na roboty budowlane. Spółka Helmut Müller zaskarżyła tę decyzję do Oberlandesgericht Düsseldorf, podnosząc, że w świetle okoliczności

sprawy należy uznać, że GSSI zostało udzielone zamówienie na roboty budowlane w postaci koncesji na roboty budowlane.

Oberlandesgericht Düsseldorf uważał, że w niedalekiej, lecz niedającej się jeszcze określić, przyszłości miasto Wildeshausen, korzystając z przysługującego mu swobodnego uznania, uchwali plan zagospodarowania przestrzennego dla konkretnego projektu i przyzna spółce GSSI kontrakt na wykonanie robót budowlanych i tym samym udzieli tej spółce zamówienia publicznego na roboty budowlane. Ze względu m.in. na fakt, że w postępowaniu przed sądem zmianie uległo prawo niemieckie w zakresie definicji zamówienia na roboty budowlane oraz koncesji na roboty budowlane, postępowanie zostało zawieszono i sformułowano dziewięć pytań prejudycjalnych do TSUE. Z punktu widzenia instytucji umowy koncesji najistotniejsze było pytanie siódme, w którym sąd odsyłający pytał, „czy zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE nie można uznać, że przyznano koncesję na roboty budowlane, jeżeli posiadacz koncesji jest lub stanie się właścicielem nieruchomości, na której ma powstać obiekt budowlany, lub jeżeli koncesja na roboty budowlane zostaje przyznana na czas nieokreślony”.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyjaśnił, że sprzedaż na rzecz przedsiębiorstwa, przez organ publiczny, terenu niezabudowanego lub wraz z istniejącymi już budynkami nie stanowi zamówienia publicznego na roboty budowlane zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE. By można było mówić o zamówieniu na roboty budowlane, organ publiczny musiałby zajmować pozycję nabywcy, a nie sprzedającego, a poza tym przedmiot takiego zamówienia powinno stanowić wykonanie robót. Z tych powodów TSUE wykluczył, by sprzedaż, do której doszło w analizowanej sprawie, mogła sama w sobie stanowić zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE.

Odpowiadając na pytanie siódme (dotyczące koncesji na roboty budowlane), TSUE zauważył, że aby instytucja zamawiająca mogła przenieść na wykonawcę prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, sama musi mieć prawo do eksploatacji tego obiektu. Zwykle przypadek taki nie zachodzi, jeżeli prawo do eksploatacji ma źródło wyłącznie w prawie własności przysługującym zainteresowanemu przedsiębiorcy. Właściciel terenu ma bowiem prawo do jego eksploatacji z poszanowaniem odpowiednich zasad prawa. Dopóki przedsiębiorcy przysługuje prawo do eksploataowania terenu, którego jest właścicielem, dopóty możliwość udzielenia przez organ publiczny koncesji wiążącej się z eksploataowaniem tego obiektu jest, co do zasady, wykluczona. Według TSUE istota koncesji polega na tym, że koncesjonariusz sam ponosi główne lub co najmniej zasadnicze ryzyko związane z eksploataowaniem obiektu²⁸. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odniósł

²⁸ Zob. podobnie w odniesieniu do koncesji na usługi publiczne, wyrok TSE z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08, Eurawasser, Zb. Orz. s. I-8377, pkt 59, 77.

się też do czasu trwania koncesji, stwierdzając, że ważne powody, m.in. utrzymanie konkurencji, skłaniają do uznania, że udzielenie koncesji bez ograniczeń czasowych jest sprzeczne z porządkiem prawnym UE²⁹.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że w takich okolicznościach, jak w przedmiotowej sprawie, jest wykluczona możliwość zawarcia umowy koncesji na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE.

Wnioski:

- 1. W okolicznościach, w których jeden organ publiczny sprzedaje teren przedsiębiorstwu, podczas gdy inny organ publiczny zamierza udzielić temu przedsiębiorstwu zamówienia publicznego na roboty budowlane na tym terenie, nie znajdują zastosowania postanowienia prawa europejskiego dotyczącego koncesji na roboty budowlane.**
- 2. Dla przeniesienia na wykonawcę przez zamawiającego prawa do eksploatacji obiektu budowlanego jest istotne posiadanie prawa do eksploatacji tego obiektu. Nie mamy do czynienia z prawem do eksploatacji przez zamawiającego, jeżeli prawo do eksploatacji ma wyłącznie źródło w prawie własności przysługującym przedsiębiorcy ubiegającemu się o zawarcie umowy koncesji, bowiem to właściciel terenu ma prawo do jego eksploatacji z poszanowaniem odpowiednich zasad obowiązującego prawa. Tym samym dopóki przedsiębiorcy przysługuje prawo do eksploataowania terenu, którego jest właścicielem, dopóty możliwość zawarcia umowy koncesji przez organ publiczny wiążącej się z eksploataowaniem tego terenu jest, co do zasady, wykluczona.**
- 3. Udzielenie przez zamawiającego koncesji bez ograniczeń czasowych jest sprzeczne z porządkiem prawnym UE, bowiem stoi w sprzeczności m.in. z zagwarantowaniem realizacji zasady uczciwej konkurencji.**

3.1.7. Postępowanie w sprawie przyznania koncesji, obowiązek przejrzystości, późniejsze zastąpienie podwykonawcy

Orzeczenie z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08, Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182

Miasto Frankfurt wezwało w dzienniku urzędowym w ramach „dobrowolnego ogłoszenia na poziomie Unii Europejskiej” do ubiegania się o udział w konkursie na zawarcie umowy koncesji na usługi w zakresie prowadzenia, utrzymania,

²⁹ Zob. podobnie wyrok ETS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, Zb. Orz. s. I-4401, pkt 73.

konserwacji i sprzątnięcia 11 szaletów miejskich (w tym 2 z nich miały zostać wybudowane od podstaw) na okres 16 lat. Świadczenie wzajemne za te usługi miało polegać jedynie na przyznaniu uprawnienia do pobierania opłat za korzystanie z szaletów oraz do dysponowania powierzchniami reklamowymi na i w szaletach oraz w innych miejscach publicznych na terenie miasta Frankfurtu przez okres obowiązywania umowy. Oferty zostały złożone przez spółkę Wall, spółkę Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (FES) oraz trzech innych przedsiębiorców, także mających siedzibę w Niemczech.

Spółka Wall zarządzała przestrzenią reklamową na ulicach oraz w innych miejscach publicznych i podejmowała w tym zakresie m.in. produkcję, montaż, konserwację oraz sprzątnięcie szaletów publicznych. Spółka FES była osobą prawną prawa prywatnego w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której statutowy przedmiot działalności polegał m.in. na utylizacji odpadów, oczyszczaniu miasta i zapewnianiu bezpieczeństwa ruchu. Wykonywała ona te czynności na rachunek organów administracji publicznej i osób prywatnych. Miasto Frankfurt miało 51% udziałów w spółce FES; pozostałe 49% znajdowało się w posiadaniu prywatnego przedsiębiorcy. Uchwały podejmowane na zgromadzeniu wspólników spółki FES wymagały większości 3/4 głosów. Spośród 16 członków rady nadzorczej spółki FES wspólnicy wyznaczali połowę z nich (każdy po 4 członków), a pracownicy 8. Miasto Frankfurt było uprawnione do wskazania kandydata na stanowisko przewodniczącego rady nadzorczej, którego głos miał decydujące znaczenie w przypadku równej liczby głosów. Spółka FES zatrudniała ok. 1400 pracowników; 800 spośród nich zajmowało się pracami na rzecz miasta Frankfurtu.

Spółkę Wall wykluczono z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, a jej ofertę odrzucono. Koncesję przyznano spółce FES 9 czerwca 2004 r. Umowa koncesji została zawarta pomiędzy spółką FES a miastem Frankfurt. Projekty spółki FES, będące wynikiem negocjacji, stały się przedmiotem porozumienia objętego umową. Wynikało z nich, że spółka FES zamierzała korzystać z podwykonawstwa spółki Wall w zakresie modernizacji toalet i sprzedaży powierzchni reklamowej.

W późniejszym czasie spółka FES zwróciła się do miasta Frankfurtu o zgodę na zmianę podwykonawcy na spółkę Deutsche Städte Medien GmbH (DSM) w zakresie sposobu wykorzystania materiałów reklamowych. Miasto wyraziło zgodę na zmianę podwykonawcy. Spółka FES powierzyła wskazane świadczenia spółce DSM i zawarła z nią umowę. Następnie spółka FES zwróciła się do miasta Frankfurtu o zgodę na zmianę podwykonawcy, zgodnie z treścią umowy koncesyjnej, tak by szalety publiczne zostały dostarczone nie przez spółkę Wall, ale przez inne spółki. Miasto Frankfurt udzieliło spółce FES odpowiedzi, że nie musi ono zajmować się kwestią zmiany podwykonawcy w odniesieniu do szaletów miejskich, ponieważ rozumie stanowisko FES w ten sposób, że odtąd zamierza ona wykonać tę usługę budowlaną przy użyciu własnych środków i na własną odpowiedzialność.

Spółka Wall wniosła skargę do sądu krajowego, domagając się, by ten nakazał spółce FES powstrzymać się, po pierwsze, od wykonywania umowy dotyczącej świadczeń reklamowych zawartej ze spółką DSM, po drugie, od zawarcia z osobą trzecią lub wykonania umowy dotyczącej budowy szaletów publicznych, które miały zostać przebudowane. Spółka Wall domagała się także, by miasto Frankfurt powstrzymało się od wydania zgody na zawarcie umowy pomiędzy spółką FES a podmiotem innym niż spółka Wall w przedmiocie budowy dwóch szaletów publicznych.

Odpowiedź na pytanie sformułowane przez sąd odsyłający sprowadzała się do ustalenia, czy zasady równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jak również wynikający stąd obowiązek przejrzystości, wymagają, by w sytuacji, gdy jest rozważana zmiana treści umowy koncesyjnej na usługi, włączając w to przypadek, gdy dotyczy ona zmiany konkretnego podwykonawcy, do którego przywiązywano dużą wagę podczas postępowania przetargowego, ponownego umożliwienia konkurentom udziału w negocjacjach z tym związanych, zapewniając odpowiednie ogłoszenie, a jeśli tak jest to, w jaki sposób takie otwarcie na konkurencję powinno zostać przeprowadzone.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że według ówczesnego stanu prawa europejskiego umowy koncesji na usługi nie podlegały żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca unijny uregulował materię zamówień publicznych, niemniej organy administracji publicznej zawierające takie umowy były zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006; dalej: traktat WE), w szczególności postanowień art. 43 (zakaz ograniczeń swobody przedsiębiorczości obywateli) i art. 49 (ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług)³⁰, jak również wynikającego z nich obowiązku przejrzystości. Obowiązek przejrzystości spoczywający na organach administracji publicznej zawierających umowę koncesji na usługi zakłada, że wobec wszystkich potencjalnych oferentów zostanie zapewnione odpowiednie ogłoszenie, umożliwiające otwarcie procedury przyznawania koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności postępowań. W celu zapewnienia przejrzystości procedur i równego traktowania oferentów istotne zmiany w zasadniczych postanowieniach umowy koncesji na usługi mogą, w określonych wypadkach, wymagać zawarcia nowej umowy, jeżeli charakteryzują się one cechami różniącymi się zasadniczo od postanowień pier-

³⁰ W latach 1958–1992 traktat nosił nazwę Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą. W 1992 r. na podstawie traktatu z Maastricht, w związku z przekształceniem EWG we Wspólnotę Europejską, zmieniono nazwę umowy na Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Obecną nazwę – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – nadano temu dokumentowi na podstawie traktatu lizbońskiego z 2007 r., którym przekształcono WE w UE.

wotnej umowy, i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony istotnych ustaleń tej umowy.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zaznaczył, że sąd krajowy odnotował, że w projekcie dołączonym do oferty przedstawionej miastu Frankfurtowi przez spółkę FES wskazano, że wykorzystano szalety stawiane przez spółkę Wall. Zdaniem sądu krajowego było prawdopodobne, że w takim wypadku koncesji udzielono spółce FAS właśnie z uwagi na tożsamość podwykonawcy, na którego wskazała ta spółka. Jeżeli w ramach tej oceny sąd krajowy doszedłby do wniosku, że miała miejsce zmiana jednego z istotnych postanowień umowy koncesyjnej, zaszłaby wówczas potrzeba zastosowania, zgodnie z wewnętrznym porządkiem prawnym zainteresowanego państwa członkowskiego, wszelkich niezbędnych środków pozwalających na przywrócenie przejrzystości postępowania, włączając w to wszczęcie nowego postępowania koncesyjnego. Nowe postępowanie koncesyjne powinno zostać zorganizowane na zasadach dostosowanych do szczególnych cech spornej koncesji na usługi, tak by zapewnić przedsiębiorcom z innych państw członkowskich dostęp do odpowiednich informacji dotyczących wskazanej koncesji zanim zostanie ona udzielona.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wypowiedział się również w kwestii tego, czy na przedsiębiorcy-koncesjonariuszu, takim jak spółka FES, w sytuacji gdy zawiera on umowę dotyczącą usług objętych zakresem koncesji, która została temu przedsiębiorcy przyznana przez organ administracji publicznej, ciąży obowiązek przejrzystości wynikający z art. 43 i 49 traktatu WE oraz z zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. W tym celu TSUE zbadał, czy spełniono dwie przesłanki, tj. po pierwsze, czy zainteresowany przedsiębiorca rzeczywiście podlegał organowi władzy państwowej albo innemu organowi administracji publicznej, po drugie, czy przedsiębiorca ten nie działał w warunkach konkurencji na rynku.

Rozważając wskazane przesłanki, w odniesieniu do pierwszej z nich TSUE stwierdził, że choć miasto Frankfurt było właścicielem 51% kapitału zakładowego spółki FES, to jednak fakt posiadania takich udziałów nie oznaczał, że zarządzanie tą spółką rzeczywiście mu podlegało. Na zgromadzeniu wspólników decyzje zapadały bowiem większością 3/4 głosów. Ponadto pozostałe 49% kapitału zakładowego spółki FES było własnością nie jednego organu administracji publicznej lub większej ich liczby, lecz prywatnego przedsiębiorcy, który jako taki kierował się względami właściwymi interesowi prywatnemu i zmierzał do celów innych niż interes publiczny. Następnie TSUE zauważył, że w radzie nadzorczej spółki FES miasto Frankfurt miało tylko 1/4 głosów. Okoliczność, że to miasto Frankfurt zgłaszało na stanowisko przewodniczącego rady nadzorczej kandydata tego przedsiębiorcy, którego głos był rozstrzygający w wypadku równej liczby głosów, nie była wystarczająca, by miasto Frankfurt wywierało decydujący wpływ na spółkę

FES. W tych okolicznościach przesłanka rzeczywistej podległości przedsiębiorcy organowi władzy państwowej lub innemu organowi administracji publicznej nie została spełniona.

W przypadku drugiej przesłanki TSUE odnotował, że sąd krajowy wskazał, że ponad połowa obrotów spółki FES pochodziła z umów wzajemnych dotyczących usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych na obszarze miasta Frankfurtu. Tego rodzaju stosunek należało uznać za podobny do występującego w zwykłych stosunkach handlowych, które rozwijają się na podstawie umów wzajemnych, swobodnie negocjowanych przez strony. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał ponadto, że spółka FES prowadziła swą działalność w sytuacji konkurencji na rynku, co wynikało z faktu, że uzyskiwała ona istotną część swoich przychodów z działalności prowadzonej na rzecz organów administracji publicznej innych niż władze miasta Frankfurtu, a także na rzecz przedsiębiorców prywatnych obecnych na rynku oraz z okoliczności, że w celu uzyskania koncesji będącej przedmiotem sporu przed sądem krajowym spółka FES musiała konkurować z innymi przedsiębiorcami. Tym samym TSUE doszedł do przekonania, że druga konieczna przesłanka (pozwalająca na utożsamienie przedsiębiorcy z organem administracji publicznej) także nie została spełniona.

Wnioski:

- 1. W sytuacji gdy postanowienia umowy koncesji na usługi zmieniono w takim stopniu, że są one zasadniczo różne od postanowień, które uzasadniały zawarcie pierwotnej umowy koncesji, i w konsekwencji stanowią one wyraz woli stron, by renegocjować istotne postanowienia tej umowy, należy zastosować, zgodnie z wewnętrznym porządkiem prawnym danego państwa, wszelkie niezbędne środki pozwalające na przywrócenie przejrzystości postępowania, włączając w to wszczęcie nowego postępowania o zawarcie umowy koncesji.**
- 2. Zmiana treści umowy koncesji na usługi w czasie jej obowiązywania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały wdrożone w ramach pierwotnej procedury zawarcia umowy, umożliwiłyby dopuszczenie udziału innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli przewidziano możliwość takiej zmiany w treści umowy, może, w wyjątkowych wypadkach, stanowić tego rodzaju zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesji, w sytuacji gdy skorzystanie z usług określonego podwykonawcy, a nie innego, stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy.**

3. Zgodnie z wyrokiem, w sytuacji gdy przedsiębiorca-koncesjonariusz zawiera umowę dotyczącą usług objętych koncesją przyznaną mu przez jednostkę samorządu terytorialnego, obowiązek przejrzystości wynikający z art. 43 i art. 49 traktatu WE, jak również z zasad równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, nie ma do niego zastosowania, jeżeli:
- został on utworzony przez jednostkę samorządu terytorialnego w celu usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych, ale prowadzi także działalność komercyjną;
 - wskazana jednostka samorządu terytorialnego ma w nim 51% udziałów, jednakże decyzje dotyczące zarządzania nim zapadają większością 3/4 głosów na zgromadzeniu wspólników tego przedsiębiorcy;
 - tylko 1/4 członków rady nadzorczej tego przedsiębiorcy, włączając w to przewodniczącego rady, jest powoływana przez tę samą jednostkę samorządu terytorialnego;
 - uzyskuje on ponad połowę swych obrotów z umów wzajemnych dotyczących usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych na terenie tej jednostki samorządu terytorialnego, przy czym jednostka ta finansuje wskazane usługi z podatków lokalnych płaconych przez jej mieszkańców.

3.2. Orzecznictwo krajowe

3.2.1. Unieważnienie postępowania o zawarcie umowy koncesji a swoboda decyzji zamawiającego

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2019 r., KIO 1337/19

Podstawę sporu stanowiło postępowanie o zawarcie umowy koncesji na świadczenie usług zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych *carsharing* na terenie miasta W. Postępowanie na rzecz zamawiającego miasta W. prowadził Zarząd Dróg Miejskich w W.

Ogłoszenie o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy koncesji zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w lipcu 2018 r. W ramach umowy koncesji zawartej w wyniku postępowania koncesjonariusz miał świadczyć odpłatnie usługę zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych (*carsharing*) na terenie miasta W., tj. całodobowego, krótkookresowego, bezobsługowego udostępniania samochodów do wypożyczenia przez zarejestrowanych użytkowników na zasadach określonych w umowie. Zamawiający w ramach umowy koncesji miał udostępnić koncesjonariuszowi prawo

do posługiwania się znakiem promocyjnym miasta W. oraz wesprzeć koncesjonariusza w rozpowszechnieniu idei *carsharingu* oraz zasad korzystania z usługi za pomocą własnych kanałów informacyjnych. Zamawiający poinformował wykonawcę P. S.A. z siedzibą w W. o unieważnieniu postępowania. Legalność tej czynności była przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO), która wyrokiem z dnia 23 listopada 2018 r. (KIO 2308/18) uwzględniła odwołanie wykonawcy. Jest to istotna kwestia w analizowanej sprawie, ponieważ zamawiający, unieważniając 5 lipca 2019 r. postępowanie po raz drugi, ponownie przytoczył takie same argumenty³¹ i powołał się na przesłankę z art. 39 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 26 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 541, ze zm.; dalej: ustawa o umowie koncesji lub u.u.k.r.b.), jak w unieważnionej decyzji z 30 października 2018 r., co ponownie stało się podstawą zaskarżenia czynności przez wykonawcę, który zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 39 u.u.k.r.b, a w szczególności art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b., poprzez nieuzasadnione, bez podstawy prawnej, unieważnienie postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza na wstępie swoich rozważań zaznaczyła, że we wspomnianym przepisie, w którym przewidziano fakultatywną podstawę unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji, nie wskazano zamkniętego katalogu przesłanek uprawniających zamawiającego do podjęcia takiej decyzji. Jedną z przykładowych podstaw unieważnienia postępowania wynikających z treści komentowanego przepisu jest istotna zmiana okoliczności, powodująca, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym. W doktrynie podkreśla się również, że z uwagi na duży poziom ogólności pojęć użytych przez ustawodawcę w art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b. zamawiający każdorazowo musi szczegółowo uzasadnić decyzję o unieważnieniu postępowania, przedstawiając opis obiektywnych okoliczności, których zaistnienie doprowadziło do rezygnacji z dalszego prowadzenia procedury. Wspomniane uzasadnienie podlegało kontroli KIO w postępowaniu odwoławczym, stąd przywoływanie w jego toku argumentów, które nie zostały ujęte w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, musi zostać uznane za bezskuteczne (KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

Krajowa Izba Odwoławcza nie dała wiary podstawom unieważnienia postępowania wskazywanym przez zamawiającego; stwierdziła m.in., że ogólnie pojęta troska zamawiającego o środowisko naturalne, choć godna odnotowania, nie wynikała z dokumentacji postępowania. Skład orzekający nie uznał ponadto

³¹ Zamawiający powołał się w uzasadnieniu swojej decyzji na „interes publiczny” w powiązaniu z warunkami cenowymi określonymi przez wykonawcę w jego ofercie i ogólną walkę ze spalaniem.

pojawienia się na rynku dwóch kolejnych podmiotów świadczących usługi *car-sharingu* za istotną zmianę okoliczności, jak wskazywał zamawiający. Zamawiający nie udowodnił też, w ocenie KIO, tezy, że oferowana usługa była nieatrakcyjna ze względów ekonomicznych, jakościowych czy środowiskowych, jak również tego, że nie było możliwości przewidzenia wysokiej dynamiki rozwoju rynku usług *car-sharingu*. Oceniając argument o nieatrakcyjności oferty wykonawcy, KIO odwołała się do stanowiska wyrażonego we wcześniejszym wyroku w sprawie KIO 2308/18, w którym wskazano, że sama cena ofertowa inna niż ta wynikająca z cennika wykonawcy i innych wykonawców konkurencyjnych, a także różnica co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę we wcześniej prowadzonym postępowaniu koncesyjnym nie może automatycznie przesądzać o wystąpieniu obiektywnie uzasadnionej przesłanki unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła ponadto, że umowa miała być zawarta na 5 lat. W tym okresie wykonawca miał nie mieć możliwości swobodnego kształtowania stawek opłat za korzystanie z usługi, co mogło powodować, że stawki różniły się od tych obowiązujących na wolnym rynku. W konsekwencji KIO orzekła, że w art. 39 u.u.k.r.b., w którym przewidziano fakultatywną podstawę unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji, nie wskazano zamkniętego katalogu przesłanek uprawniających zamawiającego do podjęcia takiej decyzji. Jedną z przykładowych podstaw unieważnienia postępowania, wynikających z treści komentowanego przepisu, jest istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym. Z uwagi na wysoki poziom ogólności pojęć użytych przez ustawodawcę w art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b. zamawiający każdorazowo musi szczegółowo uzasadnić decyzję o unieważnieniu postępowania, przedstawiając opis obiektywnych okoliczności, których zaistnienie doprowadziło do rezygnacji z dalszego prowadzenia procedury.

Wnioski:

- 1. Zamawiający ma możliwość unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji, powołując się na obiektywnie uzasadnione przesłanki, w szczególności zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym, zgodnie z art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b., jednakże nie może czynić tego arbitralnie i musi podać stosowne powody, które powinny znajdować odzwierciedlenie w dokumentach postępowania o zawarcie umowy koncesji.**
- 2. Nie stanowi właściwego uzasadnienia przytoczenie przesłanki ustawowej i lakoniczne uzasadnienie bez przytoczenia obiektywnych powodów. Sam fakt istnienia uzasadnionych powodów, które jednak nie zostaną wskazane**

w informacji o przyczynach odrzucenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, może okazać się niewystarczający w przypadku zaskarżenia decyzji przez wykonawcę. Oczekiwanie należyście uzasadnionej przez zamawiającego decyzji, przedstawiającej opis obiektywnych okoliczności, jest uzasadnione, ponieważ, po pierwsze, chroni to wykonawców przed ewentualnymi arbitralnymi decyzjami zamawiającego, który mógłby nadużywać tej fakultatywnej i bardzo ogólnej przesłanki unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji, po drugie, ułatwia zaskarżenie takiej decyzji, ale jednocześnie, w przypadku rzeczywistie uzasadnionego unieważnienia postępowania, daje zamawiającemu sposobność łatwiejszego wykazania swoich racji.

3. Podkreślenia wymaga, że wspomniane uzasadnienie podlega kontroli KIO w postępowaniu odwoławczym, a więc przywoływanie argumentów, które nie zostały ujęte w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, zostanie zapewne uznane za bezskuteczne. Taki pogląd wyraziła KIO w omawianej sprawie, powołując się na art. 192 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.; dalej p.z.p.).

[Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2018 r., KIO 2308/18](#)

Sprawa dotyczyła postępowania o zawarcie umowy koncesji na świadczenie usług zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych *car-sharing* na terenie m.st. Warszawy. Ogłoszenie o koncesji zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zamawiający przekazał odwołującemu P. S.A. informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem, odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa KIO, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 39 u.u.k.r.b., a w szczególności art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b., poprzez nieuzasadnione, bez podstawy prawnej, unieważnienie postępowania, oraz art. 38 ust. 1 pkt 3 u.u.k.r.b. poprzez zaniechanie należytego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu. W odwołaniu wskazano, że zamawiający nie określił w warunkach postępowania żadnych ograniczeń, wskazówek czy wymagań co do sposobu określania cen w ofercie, oprócz tego, że cena ma być ceną maksymalną w okresie obowiązywania umowy koncesji. Zamawiający nie wprowadził górnych bądź dolnych limitów cen ani w żaden inny sposób nie zasygnalizował swoich oczekiwań co do cen. Oferta, według wymagań zamawiającego, miała wskazywać ceny maksymalne, mające zastosowanie w 5-letnim okresie obowiązywania umowy koncesji. Odwołujący oświadczył, że po analizie biznesowej, kosztów prowadzonej działalności oraz prognoz na kolejne 5 lat, wskazał w ofercie maksymalne ceny, jakie mógłby stosować w okresie obowiązywania umowy koncesji.

Według odwołującego unieważnienie postępowania powinno mieć charakter wyjątkowy, a przesłanki umożliwiające skorzystanie przez zamawiającego z tej instytucji powinny być wykładane ściśle. Zamawiający powinien uczynić wszystko, co możliwe, aby doszło do udzielenia zamówienia publicznego / do zawarcia umowy koncesji. Zamawiający zarzucił, że unieważnienie nastąpiło w sposób nieuzasadniony, bez podstawy prawnej, co dodatkowo znalazło odzwierciedlenie w lakonicznym uzasadnieniu, z którego nie sposób było jednoznacznie wywnioskować, jaka konkretnie przesłanka ustawowa była podstawą wydania decyzji o unieważnieniu postępowania.

Jako powód unieważnienia postępowania zamawiający wskazał wystąpienie obiektywnego stanu rzeczy – jedyna złożona oferta (odwołującego) była mniej korzystna dla użytkowników niż obecnie obowiązujący cennik tego samego wykonawcy i zbliżone do niego cenniki innych wykonawców na rynku. Zamawiający powiadomił odwołującego, że istnieją obiektywnie uzasadnione przesłanki powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania i zawarcie umowy na okres 60 miesięcy na podstawie jedynej oferty złożonej w postępowaniu nie leży w interesie publicznym.

Krajowa Izba Odwoławcza we wstępie rozstrzygnięcia przypomniała, że stosownie do art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b. zamawiający może unieważnić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli zachodzą obiektywnie uzasadnione przesłanki, w szczególności wystąpiła istotna zmiana okoliczności, powodująca, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym. Jednocześnie zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 3 u.u.k.r.b. zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o unieważnieniu postępowania o zawarcie umowy koncesji, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie KIO zamawiający w swoim uzasadnieniu nie wykazał istnienia przesłanek określonych w art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b., a zatem również uzasadnienie faktyczne, w powiązaniu z tymi przesłankami, należało uznać za niewystarczające, co stanowiło naruszenie przepisu art. 38 ust. 1 pkt 3 u.u.k.r.b.

W ocenie KIO cena ofertowa inna niż ta wynikająca z cennika odwołującego i innych wykonawców konkurencyjnych, a także różniąca się od ceny zaoferowanej przez odwołującego we wcześniej prowadzonym postępowaniu koncesyjnym w tym samym zakresie, nie może automatycznie przesądzać o wystąpieniu obiektywnie uzasadnionej przesłanki. Ponadto w opinii KIO zamawiający w uzasadnieniu nie udowodnił, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, w szczególności jego motywacja nie wskazuje, na czym ten interes publiczny miał polegać, skoro wszczynając postępowanie koncesyjne, znane mu były wszystkie okoliczności dotyczące świadczonej usługi i, jak twierdzi, przeprowadził konsultacje społeczne, a także wiedział, jaki będzie jego „wkład materialny”.

Krajowa Izba Odwoławcza wzięła również pod rozważenie element ryzyka odwołującego, związanego z przewidzianym 5-letnim okresem obowiązywania umowy w warunkach uzależnionych od ewentualnej zgody zamawiającego na zmianę umowy, co mogło uzasadniać zwiększone koszty przewidziane na realizację kontraktu³². Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła wyjaśnienia odwołującego, zgodnie z którymi, uwzględnivszy 5-letni okres obowiązywania umowy, należy się liczyć z ryzykiem stale rosnących kosztów prowadzonej działalności (wzrost obciążeń podatkowych, kosztów pracowniczych, kosztów paliwa i ubezpieczeń pojazdów), podczas gdy zaoferowane ceny miały charakter maksymalny.

Oceniając sprawę, KIO dostrzegła ponadto, że argumentacja zaprezentowana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie nie korespondowała z treścią uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania koncesyjnego. W uzasadnieniu zamawiający powołał się na fakt, że dalsze prowadzenie postępowania ze stawkami oferowanymi przez jedyne go oferenta nie leży w interesie publicznym, podczas gdy w odpowiedzi na odwołanie położył nacisk na istnienie obiektywnej przyczyny unieważnienia postępowania w postaci braku atrakcyjności cenowej oferty odwołującego.

Według zapatrywania KIO, jeżeli zamawiający w określony sposób uzasadnił swoją decyzję o unieważnieniu postępowania, to nie mógł następnie rozszerzyć przesłanki z przepisu art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b. dopuszczającej możliwość unieważnienia postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli zachodzi obiektywnie uzasadniona przesłanka w postaci wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji nie leży w interesie publicznym.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła również, że zamawiający próbował, powołując się na publikację z jego strony internetowej pod nazwą *Carsharing w innej formule*, rozszerzyć uzasadnienie do czynności unieważnienia postępowania przetargowego. Zdaniem KIO taka próba ma charakter nieuprawniony i zachowanie zamawiającego koliduje z art. 38 ust. 1 pkt 3 u.u.k.r.b., w którym ustawodawca nałożył na niego obowiązek podania kompletnego uzasadnienia faktycznego w informacji o unieważnieniu postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Konkludując, KIO uznała, że unieważnienie postępowania koncesyjnego może być dopuszczalne jedynie w warunkach zaistnienia realnych i obiektywnie uzasadnionych przesłanek. W opinii KIO taką przyczyną może być przykładowo rażąco

³² Stosownie do § 18 ust. 2 pkt 2 projektu umowy koncesji zmiana postanowień umowy wynikających z oferty miała być możliwa w przypadku znaczącej zmiany czynników kosztotwórczych lub innych okoliczności mających wpływ na świadczenie usług oraz na uzasadniony wniosek koncesjonariusza, na podstawie zmian wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez GUS. Zamawiający zastrzegł możliwość odrzucenia wniosku, w takim przypadku powinien jednak uzasadnić swoją decyzję.

niekorzystna cenowo oferta, która jednak wymaga szczegółowego uzasadnienia, ze wskazaniem wszelkich okoliczności świadczących o możliwości wystąpienia pokrzywdzenia zamawiającego, a także uwarunkowań związanych ze szczegółową kalkulacją przeprowadzoną przez wykonawcę. Za obiektywnie uzasadnioną przyczynę unieważnienia postępowania w ocenie KIO nie można uznać okoliczności złożenia jednej oferty w postępowaniu koncesyjnym, bowiem z istoty tejże procedury wynika ryzyko zawsze po stronie zamawiającego, związane z brakiem zainteresowania uzyskaniem koncesji i złożeniem oferty z ceną trudną do weryfikacji z punktu widzenia jej wartości rynkowej.

W konsekwencji KIO doszukała się w działaniach zamawiającego naruszenia art. 38 ust. 1 pkt 3 i art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b. i nakazała prowadzącemu postępowanie m.st. Warszawie unieważnić czynność unieważnienia postępowania koncesyjnego.

Wnioski:

- 1. Zamawiający, który unieważnia postępowanie, powołując się na interes publiczny, powinien wykazać, na czym miałyby on polegać. Cena ofertowa danego wykonawcy, który jako jedyny przedstawił swoją ofertę, inną od tej, jaką oferują na rynku konkurencyjni wykonawcy albo jaką oferował ten wykonawca w innych postępowaniach, nie może przesądzać automatycznie o wystąpieniu obiektywnie uzasadnionej przesłanki unieważnienia postępowania.**
- 2. Jeżeli zamawiający w określony sposób uzasadnił swoją decyzję o unieważnieniu postępowania (np. powołując się na interes publiczny), to nie może następnie rozszerzyć przesłanki z art. 39 ust. 2 pkt 1 u.u.k.r.b., dopuszczającej możliwość unieważnienia postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli zachodzi obiektywnie uzasadniona przesłanka w postaci wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji nie leży w interesie publicznym. Innymi słowy, argumentacja prezentowana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wykonawcy musi korespondować z tym, co wskazał on w treści uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania koncesyjnego.**
- 3. Próba rozszerzenia uzasadnienia w postępowaniu przed KIO ma charakter nieuprawniony i jest niezgodna z art. 38 ust. 1 pkt 3 u.u.k.r.b., którym ustawodawca nałożył obowiązek podania kompletnego uzasadnienia faktycznego w informacji o unieważnieniu postępowania o zawarcie umowy koncesji.**
- 4. Unieważnienie postępowania o zawarcie umowy koncesji jest dopuszczalne jedynie w warunkach zaistnienia realnych i obiektywnie uzasadnionych przesłanek. Taką przyczyną może być rażąco niekorzystna cenowo oferta, która jednak wymaga szczegółowego uzasadnienia, ze wskazaniem wszelkich**

okoliczności świadczących o możliwości wystąpienia pokrzywdzenia zamawiającego, a także uwarunkowań związanych ze szczegółową kalkulacją przeprowadzoną przez wykonawcę. Za obiektywnie uzasadnioną przyczynę unieważnienia postępowania nie można uznać okoliczności złożenia jednej oferty w postępowaniu koncesyjnym, bowiem immanentnie związane z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji jest ryzyko zamawiającego polegające na braku zainteresowania uzyskaniem koncesji lub złożeniem oferty z ceną trudną do weryfikacji rynkowej.

3.2.2. Przesłanki wykluczenia z postępowania o zawarcie umowy koncesji – aktualny skład organów zarządzających lub nadzorczych; warunki, którym ma odpowiadać wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i oferta, pod rygorem ich odrzucenia

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 marca 2018 r., KIO 322/18

Zamawiający M.S. prowadził postępowanie o zawarcie umowy koncesji na świadczenie usług operatora płatności, tj. usług polegających na obsłudze realizacji płatności uiszczanych w systemie teleinformatycznym M.S. obsługującym płatności na podstawie ustawy o umowie koncesji. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych. Odwołująca spółka P.P. S.A. wniosła do Prezesa KIO odwołanie od niezgodnej z ustawą o umowie koncesji czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie tej ustawy. Odwołująca wniosła odwołanie od czynności wyboru oferty spółki D. sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, zarzucając naruszenie przepisów ustawy o umowie koncesji i postanowień Opisu Warunków Koncesji (OWK) stanowiących o wykluczeniu wykonawcy oraz przepisów i postanowień o dopuszczaniu i odrzuceniu ofert w skutek zaniechania czynności wykluczenia spółki D., zaniechania czynności nie dopuszczenia oferty spółki D. do oceny i zaniechania czynności jej odrzucenia.

Odwołująca zarzuciła, że spółka D. nie przedstawiła wymaganych dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego (KRK). Odwołująca spółka wskazała, że zamawiający powinien odrzucić ofertę spółki D. z uwagi na nieprzedstawienie informacji z KRK.

Odwołująca wskazała, że spółka D., składając ofertę, przedłożyła jedynie informacje z KRK dotyczące członków zarządów spółek D. i e. S.A., nie przedstawiła natomiast informacji z KRK dotyczących członków rad nadzorczych obu spółek. Zamawiający wezwał spółkę D. do uzupełnienia oferty przez przedstawienie informacji z KRK dotyczących członków rad nadzorczych spółek D. i e. Odpowiadając na wezwanie, spółka D. przedstawiła informację z KRK w zakresie rady nadzorczej D.

oraz spółki e. Dodatkowo spółka D. wyjaśniła, że A.P. zrezygnował z funkcji wiceprzewodniczącego rady nadzorczej spółki D. oraz z funkcji członka rady nadzorczej spółki e., a na dowód tego przedłożyła aktualny odpis z KRS oraz kopię rezygnacji. Z odpisu wynikało, że rada nadzorcza spółki D. składała się z czterech członków, a do rady nadzorczej nie wchodził A.P. W Monitorze Sądowym i Gospodarczym opublikowano ogłoszenie o wykreśleniu osoby A.P. Odwołująca spółka podniosła jednak, że na dzień składania oferty A.P. widniał, jako członek rady nadzorczej, w rejestrze przedsiębiorców KRS prowadzonym dla spółki D. Z aktualnego odpisu dotyczącego spółki e. wynikało, że członkiem rady nadzorczej był nadal A.P. W ocenie odwołującej, wobec niezłożenia informacji z KRK dotyczącej A.P., spółka D. powinna zostać wykluczona z postępowania. Zaniechanie wskazanej czynności skutkowało tym, że oferta spółki D. została oceniona, i w konsekwencji wybrana jako najkorzystniejsza, co nie nastąpiłoby, gdyby spółka D. została wykluczona.

W ocenie odwołującej zamawiający zaniechał czynności niedopuszczenia oferty spółki D. do oceny i czynności jej odrzucenia, do których zaniechania zamawiający był zobowiązany, biorąc pod uwagę, że złożenie oferty przez spółkę D. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1233; dalej: u.z.n.k.), zaś zaoferowana przez spółkę D. wysokość prowizji – opłaty minimalnej, stanowiła rażąco niską cenę. Ponadto zamawiający zaniechał, w opinii odwołującej, czynności wyjaśniających, czy oferta spółki D. nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza, zbadawszy sprawę, uznała, że w świetle ustaleń niezasadne było stanowisko odwołującego, co do tego, że fakt złożenia skutecznej rezygnacji z funkcji członka rad nadzorczych w spółce D. oraz e. przed terminem składania ofert nie został skutecznie wykazany. W ocenie KIO zgromadzone w sprawie dowody, w tym oświadczenia o rezygnacji A.P. z funkcji członka rady nadzorczej w spółkach, a także rejestry korespondencji przychodzącej obu spółek, w sposób niebudzący wątpliwości wskazują, że złożona rezygnacja z funkcji członka rad nadzorczych spółek była prawnie skuteczna i została złożona przed terminem składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego, że zmiany w rejestrze przedsiębiorców w zakresie składu osobowego spółek mają jedynie charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny. Oznacza to, że podstawą do ustaleń aktualnego składu osobowego, czy to rady nadzorczej, czy zarządu spółki, są uchwały organów statutowych, a rejestr przedsiębiorców nie musi odzwierciedlać aktualnego stanu składu osobowego danej spółki. Krajowa Izba Odwoławcza ponadto wskazała, że zgodnie z art. 202 § 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1467, ze zm.; dalej: k.s.h.) mandat członka zarządu wygasa również wskutek śmierci, rezygnacji albo odwołania

ze składu zarządu. Przywołana regulacja, zgodnie z art. 218 § 3 k.s.h., znajduje zastosowanie do wygaśnięcia mandatu członka rady nadzorczej. Z odpowiednich przepisów wynika, że mandat członka rady nadzorczej wygasa z chwilą złożenia rezygnacji, przy czym bez znaczenia dla oceny jej skuteczności jest podjęcie działań mających na celu zmianę wpisu w rejestrze przedsiębiorców, choć należy pamiętać, że ustawodawca w art. 22 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1683) nałożył obowiązek zgłoszenia wniosku o wpis do rejestru w terminie 7 dni od dnia zdarzenia uzasadniającego dokonanie wpisu.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego, że przesłanka wykluczenia wykonawcy, wynikająca z art. 32 ust. 1 pkt 2 u.u.k.r.b., odnosi się wprost do „urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego”. Skoro A.P. w dniu złożenia oferty nie był już urzędującym członkiem rady nadzorczej, zarówno w spółce D., jak i spółce e., to mimo że figurował nadal w rejestrach tych przedsiębiorców, to brak jest podstaw, aby wymagać złożenia informacji z KRK dotyczących osoby A.P.

Krajowa Izba Odwoławcza za niezasadny uznała również zarzut zaniechania odrzucenia oferty spółki D. ze względu na rażąco niską cenę, jak też z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. W tym zakresie KIO ustaliła, że zamawiający przewidział dwa kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty: wysokość opłaty minimalnej (prowizji) – 90%, wysokość opłaty proporcjonalnej (prowizji) – 10%. W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący oraz spółka D. W zakresie opłaty proporcjonalnej obie oferty były identyczne, różniło je kryterium opłaty minimalnej.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zarzut dotyczący zaniżenia wysokości opłaty minimalnej zaproponowanej przez spółkę D. mógł być rozpatrywany jedynie w kontekście naruszenia uczciwej konkurencji, bowiem tę przesłankę (a nie przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę) zamawiający przewidział w OWK. Z art. 29 ust. 3 pkt 3 u.u.k.r.b. wynika, że opis postępowania o zawarcie umowy koncesji ma określać w szczególności warunki, którym mają odpowiadać wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz oferta, pod rygorem ich odrzucenia. Oznacza to, że do odrzucenia oferty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji może dojść wyłącznie w sytuacji zaistnienia przesłanki wskazanej przez zamawiającego w opisie postępowania o zawarcie umowy koncesji.

W analizowanym postępowaniu zamawiający nie przewidział przesłanki odrzucenia oferty w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wprowadził także w opisie postępowania o zawarcie umowy koncesji procedury badania rażąco

niskiej ceny oferty. Z tych względów KIO uznała za nieuzasadnione twierdzenie odwołującego co do zaniechania badania ceny oferty.

W ocenie KIO ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny spoczywałby na zamawiającym w postępowaniu odwoławczym dotyczącym zawarcia umowy koncesji jedynie wówczas, gdy zamawiający przewidziałby w opisie postępowania o zawarcie umowy koncesji procedurę badania rażąco niskiej ceny i przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na zaferowanie takiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła ponadto, że przesłankę odrzucenia oferty z powodu zaferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia należy odróżnić od przesłanki dotyczącej złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Przesłanki te są odrębnie uregulowane i nie należy ich utożsamiać.

Przywołana przez odwołującego przesłanka odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Aby mówić o zaistnieniu tej przesłanki, musi zostać wykazane, że doszło do sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia na skutek świadomego działania mającego na celu wyeliminowanie innego przedsiębiorcy z rynku. Podkreślenia wymaga, że ciężar wykazania tej przesłanki w postępowaniu przed KIO, zgodnie z ogólnymi regułami rozkładu ciężaru dowodu, wynikającymi z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1360; dalej: k.c.), spoczywa na odwołującym, który taki zarzut postawił. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w przeprowadzonym postępowaniu odwoławczym odwołujący nie wykazał, że wykonawca (spółka D.) dopuścił się sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia, a przede wszystkim nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że działanie takie miało na celu eliminację innych wykonawców, a nie było jedynie przejawem gry konkurencyjnej.

Krajowa Izba Odwoławcza powołała się na swoje ugruntowane orzecznictwo, zgodnie z którym uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji musi być traktowane jako rozwiązanie wyjątkowe, w szczególności, jeśli weźmie się pod uwagę swobodę ustalania i różnicowania cen w gospodarce wolnorynkowej. Dlatego za nieuczciwą sprzedaż poniżej kosztów własnych ustawodawca uznał jedynie taką sprzedaż, która jest podejmowana w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, stworzenia sobie warunków umożliwiających dyktowanie cen lub innych warunków umów. Nawet sama sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jej jako czynu nieuczciwej konkurencji – konieczne jest wykazanie, że doszło do eliminacji przedsiębiorców na skutek świadomego, celowego

działania przedsiębiorcy. W analizowanym postępowaniu odwołujący takich okoliczności nie wykazał. W konsekwencji KIO oddaliła odwołanie.

Wnioski:

1. Przesłanka wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 32 ust. 1 pkt 2 u.u.k.r.b. (prawomocne skazanie za przestępstwo³³ urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta), odnosi się wprost do „urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego”. W konsekwencji, badając przesłankę wykluczenia z postępowania o zawarcie umowy koncesji, zamawiający powinien brać pod uwagę aktualny skład organów zarządzających lub nadzorczych, a nie np. ten wynikający wyłącznie ze stanu ujawnionego w rejestrze przedsiębiorców. Oznacza to, że podstawą do ustalenia aktualnego składu osobowego, czy to rady nadzorczej, czy zarządu spółki, są np. uchwały organów statutowych, bowiem rejestr przedsiębiorców może nie odzwierciedlać aktualnego stanu składu osobowego danej spółki. Należy odnotować, że zgodnie z art. 202 § 4 k.s.h. mandat członka zarządu wygasa

³³ Artykuł 32 ust. 1 pkt 1: a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 i 1517), zwanej dalej „Kodeksem karnym”,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228–230a lub art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1133),

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769 oraz z 2020 r. poz. 2023),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296, art. 296a i art. 297–307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270–277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

również wskutek śmierci, rezygnacji albo odwołania ze składu zarządu. Przywołana regulacja znajduje zastosowanie do wygaśnięcia mandatu członka rady nadzorczej. Mandat członka rady nadzorczej wygasa także z chwilą złożenia rezygnacji, przy czym bez znaczenia dla oceny jej skuteczności jest podjęcie działań mających na celu dokonanie zmiany wpisu w rejestrze przedsiębiorców.

2. Z art. 29 ust. 3 pkt 3 u.u.k.r.b. wynika, że opis postępowania o zawarcie umowy koncesji ma określać w szczególności warunki, którym mają odpowiadać wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz oferta, pod rygorem ich odrzucenia. Oznacza to, że do odrzucenia oferty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji może dojść wyłącznie w sytuacji zaistnienia przesłanki wskazanej przez zamawiającego w opisie postępowania o zawarcie umowy koncesji.

3.2.3. Niedopuszczalność zmiany uczestnika postępowania koncesyjnego

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 sierpnia 2017 r., V SA/Wa 1130/17³⁴

Przedmiotem skargi spółki T. sp. z o.o. z siedzibą w K. była czynność, tj. informacja zawarta w piśmie miasta W., reprezentowanego przez Zarząd Dróg Miejskich – koncesjodawcę, o nieuwzględnieniu wniosku o uznanie spółki T. za uczestnika postępowania o zawarcie umowy koncesji, tj. kandydata, w postępowaniu koncesyjnym pn. Świadczenie usług zorganizowanego, współdzielonego używania pojazdów samochodowych (*carsharing*) w W. Zaskarżona czynność została podjęta w związku z prowadzonym przez miasto W. – Zarząd Dróg Miejskich postępowaniem o udzieleniu koncesji na odpłatne świadczenie usług zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów (*carsharing*) na terenie miasta. We wskazanym przez koncesjodawcę terminie wniosek skutecznie złożyła spółka E. sp. z o.o. s. k. z siedzibą w K.

Spółka E. 23 grudnia 2016 r. zawarła ze skarżącą spółką T. umowę przeniesienia zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Stosownie do postanowień umowy spółka E. przeniosła na skarżącą zorganizowaną część przedsiębiorstwa 30 grudnia 2016 r. Zgodnie z umową w skład zorganizowanej części przedsiębiorstwa weszło m.in. prawo do uczestnictwa w przetargu na świadczenie usług zorganizowanego, współdzielonego używania pojazdów samochodowych (*carsharing*) w mieście W. Wspólnym pismem oba podmioty poinformowały koncesjodawcę o zawarciu umowy, wskazując jednocześnie, że w ramach transakcji na rzecz skarżącej przeszły

³⁴ Wyrok wydany w odniesieniu do ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 113; dalej: ustawa o koncesji lub u.k.r.b.u.).

wszelkie składniki materialne i niematerialne przeznaczone do prowadzenia działalności w zakresie *carsharingu*, w tym w szczególności prawa z umów oraz prawa własności intelektualnej niezbędne do wykonywania działalności *carsharingu*. Dodatkowo podniesiono, że stosownie do regulacji art. 552 k.c. czynność prawna, mająca za przedmiot przedsiębiorstwo, obejmuje wszystko, co wchodzi w jego skład, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Tym samym w ocenie spółki E. i skarżącej spółki T., na skutek zawartej umowy, skarżąca w całości kontynuuje działalność E. w zakresie *carsharingu*. W konsekwencji wniesiono o dopuszczenie skarżącej do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji. Jak wynika z protokołów, w negocjacjach z koncesjodawcą uczestniczyła spółka E., następnie spółka E., a za jej pośrednictwem także skarżąca, otrzymały stanowisko koncesjodawcy w przedmiocie wniosku o dopuszczenie skarżącej do udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji. Stosownie do opinii koncesjodawcy nie było podstaw prawnych do uwzględnienia wniosku. Ta informacja została zaskarżona przez spółkę T. z K. do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. W skardze zarzucono naruszenie z art. 13, 14, 15 i 18 u.k.r.b.u. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że musi zachodzić tożsamość podmiotowa pomiędzy kandydatem, który złożył wniosek o zawarcie umowy koncesji, kandydatem, który uczestniczył w negocjacjach, oraz kandydatem, który został zaproszony do składania ofert, a tym samym, że w postępowaniu koncesyjnym nie ma możliwości zmiany podmiotów uczestniczących w każdym z tych etapów postępowania. Ponadto wskazano na naruszenie art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że skoro treść przywołanych przepisów wskazuje na brak możliwości zmiany wykonawcy, to również nie jest możliwa podmiotowa zmiana po stronie oferenta, pomimo braku wyraźnego zakazu w tym zakresie, a w konsekwencji poprzez błędne zastosowanie tego przepisu analogicznie do stanu faktycznego, podczas gdy za właściwe w przedmiotowej sprawie należy uznać wyłącznie przepisy ustawy o koncesji. Jako kolejne zostało wskazane naruszenie art. 552 i art. 554 k.c. w związku z art. 5 oraz art. 13–15 u.k.r.b.u. poprzez ich błędne niezastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że w konsekwencji zawartej umowy przeniesienia zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie doszło do zmiany podmiotowej po stronie kandydata w postępowaniu o udzielenie koncesji, podczas gdy na skutek zastosowania tych przepisów organ powinien uznać, że zbycie zorganizowanej części przedsiębiorstwa pociąga za sobą zmianę podmiotową po stronie uczestnika postępowania o udzielenie koncesji.

Zarzucono zamawiającemu również naruszenie art. 65 k.c. w związku z błędnym jego zastosowaniem i błędną wykładnią oświadczeń woli spółki E. i skarżącej wyrażonych w umowie. Wskazano również kilka naruszeń przepisów prawa procesowego. Skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżanej czynności w całości.

W odpowiedzi na skargę koncesjodawca wniósł o jej odrzucenie. Wojewódzki Sąd Administracyjny nie uznał skargi za zasadną i jej nie uwzględnił.

Wojewódzki Sąd Administracyjny ustalił, że zastosowanie w sprawie miały przepisy ustawy o koncesji, zaś zgodnie z art. 27 u.k.r.b.u. zainteresowanemu podmiotowi, który ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego. W analizowanym stanie faktycznym skarżąca, jako nabywca przedsiębiorstwa, była zainteresowana udziałem w toczącym się postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i miała interes w zawarciu takiej umowy. Wbrew stanowisku koncesjodawcy WSA wyraził pogląd, że odmowa dopuszczenia do udziału w postępowaniu stanowi czynność tego postępowania w rozumieniu art. 27 u.k.r.b.u., a o tym, czy taka czynność jest zgodna z przepisami ustawy, rozstrzyga sąd. Ponadto WSA wskazał, że ograniczenie możliwości wniesienia skargi jedynie do czynności wprost uregulowanych w ustawie ograniczałoby konstytucyjną zasadę prawa do sądu – art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483, ze zm.). Prowadziłoby to do pozbawienia skarżącej prawa do sądowej kontroli odmowy dopuszczenia do udziału w trwającym postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.

Wojewódzki Sąd Administracyjny nie podzielił jednak zarzutów sformułowanych w skardze. Koncesjodawca jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie koncesyjne zgodnie z przepisami ustawy o koncesji. Ustawodawca jednoznacznie przy tym wskazał, jakie podmioty koncesjodawca powinien zaprosić do kolejnych etapów postępowania koncesyjnego. Uregulowanie w tym zakresie miało charakter pozytywny, tj. precyzyjnie określono, jakie podmioty powinny uczestniczyć w postępowaniu. Kierując się założeniem co do racjonalności ustawodawcy, WSA uznał, że wyliczenie to ma charakter wyczerpujący. Oznacza to, z jednej strony, że koncesjodawca jest zobowiązany do zaproszenia do negocjacji wyłącznie kandydatów, którzy złożyli wnioski o zawarcie koncesji wraz ze stosownymi oświadczeniami, a do składania ofert wyłącznie kandydatów, którzy uczestniczyli w negocjacjach; z drugiej strony, koncesjodawca nie jest uprawniony do zaproszenia innych podmiotów do negocjacji lub składania ofert. Gdyby tak uczynił, naruszyłby bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy o koncesji, ale również zasadę równego traktowania podmiotów zainteresowanych zawarciem umowy koncesji, gdyż dopuściłby do postępowania podmioty, które nie złożyły wniosku o zawarcie umowy koncesji lub oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Tym samym WSA uznał za chybiony zarzut naruszenia art. 6 u.k.r.b.u. poprzez dokonanie zaskarżanej czynności z pominięciem zasady zapewnienia równego i niedyskryminującego traktowania zainteresowanych podmiotów oraz zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości działania. Zaznaczył ponadto, że przepisy prawa w tym

zakresie nie mogą być modyfikowane w umowie zawartej pomiędzy podmiotami prawa prywatnego.

Wojewódzki Sąd Administracyjny zauważył również, że art. 7 ust. 3 p.z.p. nie miał wprost zastosowania w przedmiotowym postępowaniu koncesyjnym, gdyż w żadnym przepisie ustawy o koncesji ustawodawca nie odsyła do ustawy – Prawo zamówień publicznych i nie nakazuje wprost jej stosowania.

Ponadto WSA stwierdził, że zastosowania w sprawie nie miała przywoływana przez skarżącą opinia Urzędu Zamówień Publicznych – Dopuszczalność zmiany wykonawcy zamówienia publicznego, bowiem dotyczyła ona już zawartych umów o zamówienie publiczne, a nie umów, a tym bardziej postępowań w sprawie zawarcia umowy koncesji na usługi.

Poza tym WSA wskazał, iż to, że zgodnie z art. 551 pkt 5 k.c. w skład przedsiębiorstwa wchodzi w szczególności koncesje, nie oznacza, że przepis ten tworzy przysługujące nabywcy przedsiębiorstwa prawo podmiotowe do udziału w trwającym postępowaniu koncesyjnym czy roszczenie związane z udziałem w takim postępowaniu. Zawarta przez skarżącą umowa nie może – w związku z ustawą o koncesji – skutecznie prowadzić do zmiany uczestnika trwającego postępowania o zawarcie umowy koncesji. Podstawy zastąpienia przez skarżącą uczestnika postępowania, który złożył wniosek o zawarcie umowy koncesji oraz stosowne oświadczenia wymagane w tym postępowaniu, nie mogą też stanowić przepisy art. 552 i 554 k.c., gdyż z uregulowań tych wynika, że, po pierwsze, czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, po drugie, nabywca przedsiębiorstwa jest odpowiedzialny solidarnie ze zbywcą za jego zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, chyba że w chwili nabycia nie wiedział o tych zobowiązaniach, mimo zachowania należytej staranności.

Odpowiedzialność nabywcy ogranicza się do wartości nabytego przedsiębiorstwa według stanu w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. Odpowiedzialności tej nie można bez zgody wierzyciela wyłączyć ani ograniczyć. Z przytoczonych przepisów kodeksu cywilnego nie wynika żadne roszczenie i uprawnienie nabywcy przedsiębiorstwa do uczestnictwa w trwającym postępowaniu koncesyjnym w miejsce dotychczasowego jego uczestnika – zbywcy tego przedsiębiorstwa. Przedmiotowe przepisy nie traktują przy tym o sukcesji uniwersalnej (generalnej), a tym samym o wstąpieniu w ogół praw i obowiązków poprzednika prawnego, a wyłącznie o przeniesieniu wszystkiego, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa jako zorganizowanego zespołu składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. W takim przypadku dotychczasowy zbywca jest nadal zobowiązany względem wierzyciela w pełnym zakresie, natomiast dłużnikiem solidarnym, do którego roszczenie może skierować wierzyciel, staje się nabywca przedsiębiorstwa, i to

w ograniczonym zakresie, zarówno co do okoliczności, tj. musi mieć wiedzę o tych zobowiązaniach, jak i co do wartości, tj. do wartości nabytego przedsięwzięcia według stanu w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. Ponadto czynności prawne dokonywane przez strony umowy cywilnoprawnej nie mogą zmieniać bezwzględnie obowiązujących przepisów publicznoprawnych adresowanych m.in. do koncesjodawcy, tj. organu jednostki samorządu terytorialnego prowadzącego postępowanie koncesyjne. Tym samym, na podstawie wskazanych przepisów koncesjodawca nie był uprawniony do uznania, że skarżąca stała się uczestnikiem postępowania koncesyjnego w miejsce zbywcy przedsięwzięcia. Podobnego uprawnienia nie tworzy, w ocenie WSA, w szczególności art. 65 k.c.

Porównując umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi z zamówieniem publicznym, WSA wskazał, że umowa ta jest szczególnym rodzajem zamówienia publicznego, różniącym się od niego tym, że w przypadku koncesji wynagrodzeniem za wykonanie przedmiotu koncesji jest „wyłączne prawo do eksploatacji obiektu budowlanego / wykonywania usługi, w tym pobieranie pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy” oraz tym, że „płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza, a koncesjodawca ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji”.

Ponadto WSA zauważył, że porównując ustawę o koncesji z ustawą – Prawo zamówień publicznych, można wskazać wiele podobieństw: obligatoryjny charakter wyboru podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa, wymagania dotyczące spełniania warunków, brak podstaw do wykluczenia, składania oświadczeń i dokumentów potwierdzających te okoliczności, obowiązek zamieszczenia ogłoszenia wszczynającego procedurę wyboru wykonawcy/koncesjonariusza oraz przeprowadzenia jej zgodnie z przepisami danej ustawy, warunkami określonymi w ogłoszeniu i dokumentacji tego postępowania oraz zakaz zmiany umowy, poza okolicznościami wymienionymi w danej ustawie. W związku z tym w postępowaniu koncesyjnym jest możliwe posiłkowanie się orzecznictwem sądowym wydanym w odniesieniu do fundamentalnych kwestii związanych z zamówieniami publicznymi, zwłaszcza że orzecznictwo dotyczące koncesji, z uwagi na relatywnie wyjątkowe udzielanie przez sektor publiczny koncesji na roboty budowlane lub usługi, jest uboższe niż orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych. Ze wskazanych względów w ocenie WSA zastosowanie powinny znaleźć wyroki Sądu Najwyższego, z których wynika, że zmiana strony umowy o zamówienie publiczne, a co za tym idzie i z tych samych powodów – zmiana uczestnika postępowania zamówieniowego (odpowiednio umowy koncesji i postępowania o zawarcie umowy koncesji), jest niedopuszczalna, zarówno w świetle odpowiednich ustaw proceduralnych, jak i kodeksu cywilnego. Wyniki analizy orzecznictwa SN, sądów powszechnych

oraz KIO, po odniesieniu tych standardów do umowy koncesji, wskazują jednoznacznie na niemożność dopuszczenia do udziału w postępowaniu koncesyjnym nowego podmiotu, gdyż prowadziłoby to do obejścia jednoznacznych przepisów ustawy w zakresie określenia podmiotów, które biorą udział w poszczególnych etapach postępowania koncesyjnego, oraz do udzielenia koncesji na usługi podmiotowi, który nie złożył wniosku o zawarcie umowy koncesji, a więc do obejścia przepisów dotyczących obligatoryjnego charakteru postępowania koncesyjnego, udziału w postępowaniu koncesyjnym podmiotu, który nie złożył, wymaganych od wszystkich jego uczestników, oświadczeń o spełnianiu warunków koncesji i braku podstaw do wykluczenia z postępowania koncesyjnego, m.in. w zakresie popełnienia określonego rodzaju przestępstw lub przestępstw skarbowych. W konsekwencji skarżąca nie złożyła ani stosownego wniosku, ani wymaganych prawem oświadczeń. Na końcu WSA podkreślił, że obowiązki wynikające z obligatoryjnych przepisów proceduralnych ustawy o koncesji nie mogą zostać uchylone wolą stron wyrażoną w umowie cywilnoprawnej. Przepisy regulujące procedurę postępowania o zawarcie umowy koncesji ustawodawca zawarł w ustawie o koncesji, i w tym zakresie nie modyfikują ich przepisy kodeksu cywilnego, który we wskazanym przypadku nie może mieć zastosowania.

Wnioski:

- 1. Zmiana uczestnika postępowania o zawarcie umowy koncesji jest niedopuszczalna. Nie istnieje prawna możliwość modyfikacji umową cywilnoprawną przepisów ustawy o umowie koncesji w zakresie podmiotów uprawnionych do udziału w poszczególnych etapach postępowania o zawarcie umowy koncesji.**
- 2. To, że zgodnie z art. 551 pkt 5 k.c. w skład przedsiębiorstwa wchodzi w szczególności koncesje, nie oznacza, że przepis ten tworzy przysługujące nabywcy przedsiębiorstwa prawo podmiotowe do udziału w trwającym postępowaniu koncesyjnym czy roszczenie związane z udziałem w takim postępowaniu. Ponadto z art. 552 i 554 k.c. nie wynika żadne roszczenie i uprawnienie nabywcy przedsiębiorstwa do uczestnictwa w trwającym postępowaniu koncesyjnym w miejsce dotychczasowego jego uczestnika – zbywcy przedsiębiorstwa. Wskazane przepisy nie dotyczą sukcesji uniwersalnej (generalnej), a tym samym wstąpienia w ogół praw i obowiązków poprzednika prawnego, a wyłącznie odnoszą się do przeniesienia wszystkiego, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa jako zorganizowanego zespołu składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej.**
- 3. W postępowaniu koncesyjnym jest możliwe posiłkowanie się, w celu lepszej interpretacji instytucji umowy koncesji, bogatym orzecznictwem sądowym**

wydanym w odniesieniu do fundamentalnych kwestii związanych z zamówieniami publicznymi.

3.2.4. Naruszenie zasad płatności i złożenie oferty o najniższej cenie

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 18 października 2016 r., III SA/Kr 696/16³⁵

Gmina (koncesjodawca) ogłosiła 1 grudnia 2015 r. postępowanie o zawarcie umowy koncesji na rozwój systemu roweru miejskiego w K. oraz na zarządzanie nim w latach 2016–2019 i 2023 roku. Spółka A. sp. z o.o. w organizacji złożyła wniosek o zawarcie umowy koncesji i następnie wzięła udział w negocjacjach. Koncesjodawca zaprosił do złożenia ofert kandydatów, z którymi prowadził negocjacje. Przesłał opis warunków koncesji z załączonym projektem umowy koncesji wraz z załącznikiem – opisem przedmiotu koncesji. Koncesjodawca dokonał wyboru oferty spółki C. sp. z o.o. w W. i spółki D. sp. z o.o. w W. (konsorcjum C.) jako najkorzystniejszej. Tego samego dnia przekazał spółce A. sp. z o.o. w W. informację o dokonanych wyborze. Pismem z 5 maja 2016 r. spółka A. w W. zaskarżyła do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie czynność podjętą przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy o koncesji w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na rozwój systemu roweru miejskiego. Skarżąca spółka A. zarzuciła koncesjodawcy naruszenie m.in. przepisów ustawy o koncesji poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty, konsorcjum C., pomimo że płatność za tzw. rowero-miesiąc na poziomie 1 zł przewidziana w tej ofercie nie spełniła wymagań koncesjodawcy i świadczy o tym, że wynagrodzeniem konsorcjum C. byłoby wyłącznie prawo do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, w sytuacji gdy koncesjodawca, zgodnie z wymaganiami określonymi w opisie warunków koncesji, postanowił, że wynagrodzeniem koncesjonariusza ma być takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. Ponadto w ocenie skarżącej oferta konsorcjum C. powinna zostać uszczegółowiona poprzez przedłożenie kalkulacji ceny, wykazanie możliwości realizacji przedmiotu koncesji za zaoferowane wynagrodzenie. Skarżąca zarzuciła również wybranie jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum C., pomimo że harmonogram zawarty w tej ofercie był sprzeczny z wymaganiami koncesjodawcy. Skarżąca spółka wniosła o uchylenie zaskarżonych czynności, tj. czynności wyboru oferty konsorcjum C. Wskazano, że skarżąca jest podmiotem zainteresowanym, który ma interes w zawarciu umowy koncesji oraz może ponieść szkodę polegającą na braku pozyskania koncesji i osiągnięcia zysku.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie na wstępie przypomniał, że jedynym kryterium, na podstawie którego mógł dokonać kontroli zaskarżonych

³⁵ Wyrok wydany w odniesieniu do ustawy o koncesji.

czynności, było kryterium legalności. Nie mógł oceniać w tej sprawie przedmiotu zaskarżenia pod względem celowości działań koncesjodawcy, zasadności tych działań czy też, co podkreślono w skardze, gospodarności działań i ekonomicznej opłacalności realizacji danego zadania (danej usługi) dla oferentów. Ponadto WSA wskazał, że nie każde naruszenie prawa uzasadnia wyeliminowanie z obrotu prawnego zaskarżonego aktu administracyjnego. Uznał też, że skarżąca miała interes we wniesieniu skargi, gdyż, co do zasady, każdy oferent, który złożył ofertę w trybie przepisów ustawy o koncesji w celu zawarcia umowy, ma interes we wniesieniu skargi na czynność polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednakże w stosunku do innych czynności podejmowanych w procedurze postępowania o zawarcie umowy koncesji krąg skarżących może być odmienny.

Wojewódzki Sąd Administracyjny, oceniając pod względem zgodności z prawem zaskarżoną czynność, polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum C. w postępowaniu prowadzonym przez koncesjonariusza w przedmiocie zawarcia umowy koncesji, uznał, że ten ostatni nie naruszył prawa, a podniesione zarzuty były niezasadne. Przypomniał też, że zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 2 u.k.r.b.u. koncesjonariusz, na podstawie umowy o koncesji zawieranej z koncesjodawcą, zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem. Wynagrodzenie koncesjonariusza obejmuje albo wyłączone prawo do wykonywania usługi i w tym pobierania pożytków związanych z wykonywaniem takiej usługi, albo też wyłączone prawo do wykonywania usługi wraz z pobieraniem pożytków i płatnością koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza. W tej sprawie koncesjodawca skorzystał z takiego określenia wynagrodzenia na rzecz koncesjonariusza, które obejmuje wyłączone prawo do wykonywania usługi, polegającej na zapewnieniu rozwoju systemu roweru miejskiego w K. wraz z jego zarządzaniem i pobieraniem pożytków oraz płatnością koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza. Wojewódzki Sąd Administracyjny wskazał, że ustawodawca w ustawie o koncesji nie określił, w jakiej wysokości ma być określona płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza. Jedyne zgodnie z art. 1 ust. 3 u.k.r.b.u. płatność ta nie może prowadzić do odzyskania całości nakładów poniesionych przez koncesjonariusza i związanych z wykonywaniem koncesji. Innymi słowy, to koncesjonariusz ponosi główne ryzyko wykonywania koncesji (w tym oczywiście ryzyko finansowe), ponieważ koncesjodawca nie może pokryć kosztów realizacji koncesji w wysokości odpowiadającej ponoszonym przez koncesjonariusza kosztom. W ocenie WSA jest to istota regulacji dotyczącej instytucji prawnej, jaką jest umowa o koncesję.

W ocenie WSA nie było żadnych przeszkód, a wręcz było zamiarem ustawodawcy minimalizowanie wydatkowania środków publicznych koncesjodawcy na realizację zadania publicznego przy wykorzystaniu przede wszystkim środków prywatnych koncesjonariusza. Środki publiczne nie mogą pokrywać kosztów realizacji usługi (roboty budowlanej) realizowanej na podstawie przepisów ustawy

o koncesji, a tym samym ustalona wysokość dopłat (płatności) ze strony koncesjodawcy nigdy nie może pokryć kosztów wykonywania koncesji. Natomiast płatności ze strony koncesjodawcy i pożytki, które koncesjonariusz uzyskuje w związku z realizacją koncesji, mogą, aczkolwiek nie muszą, zrekompensować wydatki koncesjonariusza na wykonywanie takiej koncesji. Zależy to jedynie od samego koncesjonariusza, czy zamierza uzyskać dodatni wynik finansowy, realizując daną koncesję, czy też nastawia się na brak uzyskania dochodu czy jedynie na pokrycie kosztów realizacji koncesji lub nawet uzyskanie przychodu poniżej kosztów.

Celem ustawy o koncesji było, z jednej strony, zaangażowanie podmiotów niepublicznych w wykonywanie zadań publicznych w taki sposób, aby warunki dostępu do takich zadań były co najmniej identyczne jak w przypadku, gdy dane zadanie nadal byłoby wykonywane przez podmiot publiczny (a nawet na warunkach korzystniejszych), z drugiej strony, ograniczenie wydatków samego podmiotu publicznego aż do zaniechania takich wydatków. Ustawodawca w ustawie o koncesji w ogóle nie uregulował kwestii ochrony interesu ekonomicznego koncesjonariusza i nie zagwarantował, że koncesjonariusz musi lub przynajmniej powinien zarabiać na wykonywaniu koncesji.

W ocenie WSA trafnie w tej sprawie mógł przyjąć koncesjodawca, że skoro oferent złożył ofertę zawierającą najniższą kwotę dopłat (płatności) ze strony podmiotu publicznego, to taka oferta podlegała ocenie i zgodnie z zasadami przyznawania punktacji także mogła być uznana za najkorzystniejszą. Nie naruszało to zasad udzielania płatności, a wręcz przeciwnie, stanowiło próbę ochrony interesu publicznego poprzez dążenie do realizacji zadania publicznego przy jak najmniejszym zaangażowaniu środków publicznych.

Mając na uwadze kryterium kontroli, WSA nie mógł ocenić, czy przedłożona w ofercie konsorcjum C. opłata wynosząca 1 zł za jeden tzw. rowero-miesiąc pozwalała na „uzyskanie dochodu” przez to konsorcjum i czy taka kwota nie była zbyt niska („rażąco niska”). Chcąc zbadać kryterium rażąco niskiej ceny, WSA musiałby uznać za kryterium kontroli administracji nie tylko legalność, lecz także gospodarność, i przeanalizować, w jakich okolicznościach rozsądny przedsiębiorca nie zaangażowałby się w prowadzenie danej działalności gospodarczej. Takim kryterium kontroli WSA w tej sprawie nie dysponował i nie mógł takiej oceny dokonać. Podkreślił jednak dobitnie, że przedmiotem umowy koncesji zawieranej w trybie ustawy o koncesji nie było prowadzenie działalności gospodarczej ukierunkowanej (z założenia przedsiębiorcy) na osiąganie zysku, ale wykonywanie zadania publicznego tak, aby zysk nie był „z góry” skalkulowanym kryterium jego prowadzenia.

W ocenie WSA chybiony był także zarzut dotyczący konieczności wyjaśnienia przez koncesjodawcę możliwości realizacji przez wybrane konsorcjum przedmiotu koncesji za zaoferowane wynagrodzenie. Okoliczność, że koncesjonariusz nie uzyska dochodu z realizacji przedmiotu koncesji, a nawet, że być może zamierza

ponosić straty związane z realizacją przedmiotu koncesji, nie stanowiła, w opinii WSA, podstawy do uznania, że taka oferta nie może być uwzględniona przez koncesjodawcę.

Wnioski:

1. W ustawie o koncesji nie uregulowano kwestii ochrony interesu ekonomicznego koncesjonariusza, a żaden jej przepis nie gwarantuje, że koncesjonariusz musi lub chociażby powinien zarabiać na wykonywaniu umowy koncesji.
2. Ustawodawca nie dał żadnej gwarancji uzyskania przez koncesjonariusza dochodu (zysku) w związku z realizacją umowy koncesji, a więc nie można w konkretnym postępowaniu o zawarcie umowy koncesji wprowadzać, jako kryterium wyboru oferty, kalkulacji wykonawcy, z której powinna wynikać opłacalność ekonomiczna realizacji danej umowy.
3. To sam koncesjonariusz ponosi ryzyko finansowe w realizacji umowy koncesji i nie ma przeszkód prawnych, by realizował koncesję nawet ze stratą finansową dla siebie.



ISBN 978-83-88686-93-1 (UzP)
ISBN 978-83-8206-517-6 (WUG)