



PROJEKT STANOWISKA RP

*przygotowany w związku z art. 7 ustawy z dnia 8 października 2010 r.
o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem
Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 213, poz. 1395)*

Dotyczy	Wniosek DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY w sprawie udzielania koncesji
----------------	---

Data przekazania Polsce dokumentu przez instytucje UE	11 stycznia 2012 r.
--	---------------------

Sygnatura dokumentu	Komisja Europejska	COM(2011) 897
	Numer międzyinstytucjonalny	2011/0437 (COD)

Procedura decyzyjna	zwykła procedura ustawodawcza
----------------------------	-------------------------------

Tryb głosowania w Radzie UE	większość kwalifikowana
------------------------------------	-------------------------

Instytucja wiodąca	Urząd Zamówień Publicznych
---------------------------	----------------------------

Instytucje współpracujące	Ministerstwo Gospodarki Ministerstwo Rozwoju Regionalnego Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej
----------------------------------	--

Data przyjęcia przez KSE	13 lutego 2012 r.
---------------------------------	-------------------

I. Cel projektu aktu prawnego

Komisja ogłosiła zamiar przyjęcia inicjatywy ustawodawczej w sprawie koncesji w swoim komunikacie z dnia 13 kwietnia 2011 r. „Akt o jednolitym rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania”.

Udzielanie koncesji na roboty budowlane podlega obecnie ograniczonej liczbie przepisów prawa wtórnego, natomiast koncesje na usługi są objęte tylko ogólnymi zasadami TFUE. Luka ta powoduje poważne zakłócenia na rynku wewnętrznym, w szczególności ograniczając dostęp przedsiębiorstw europejskich, zwłaszcza małych i średnich, do szans gospodarczych związanych z koncesjami. Brak pewności prawa skutkuje również brakiem efektywności.

Niniejsza inicjatywa ma na celu ograniczenie niepewności przy przyznawaniu koncesji, a tym samym przysporzenie korzyści organom publicznym i wykonawcom. Prawo UE nie ogranicza swobody wykonywania przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający leżących w interesie publicznym zadań, wchodzących w zakres ich kompetencji, własnymi środkami, jednak w przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje się zlecić realizację tych zadań podmiotowi zewnętrznemu, należy zapewnić faktyczny dostęp do rynku wszystkim wykonawcom z UE.

W kontekście surowych ograniczeń budżetowych i trudności gospodarczych doświadczanych w wielu państwach członkowskich UE efektywna alokacja środków publicznych ma szczególne znaczenie. Odpowiednie ramy prawne regulujące udzielanie koncesji sprzyjałyby publicznym i prywatnym inwestycjom w infrastrukturę i usługi strategiczne, przy zapewnieniu najlepszego stosunku jakości do ceny. Potencjał inicjatywy ustawodawczej w sprawie koncesji w zakresie tworzenia europejskich ram partnerstw publiczno-prywatnych został podkreślony w komunikacie Komisji z 2009 r. „Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych”.

Niniejszy projekt został przedłożony wraz ze zmianami dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Wynikiem prowadzonych prac będzie przyjęcie odrębnego instrumentu prawnego regulującego udzielanie koncesji, który – wraz z dwoma wnioskami dotyczącymi zmiany dyrektyw w sprawie zamówień publicznych (2004/17/WE i 2004/18/WE) – ma na celu stworzenie nowoczesnych ram legislacyjnych regulujących zamówienia publiczne.

II. Stanowisko RP

Rząd RP, co do zasady, popiera inicjatywę Komisji zmierzającą do ustanowienia na poziomie unijnym jednolitego reżimu zawierania umów koncesyjnych rozumianych jako umowy tego samego rodzaju co zamówienia publiczne, z tą różnicą, że wynagrodzeniem koncesjonariusza jest prawo do gospodarczego wykorzystania obiektu budowlanego (w przypadku koncesji na roboty budowlane) bądź prawo do pobierania opłat za świadczone usługi (w przypadku koncesji na usługi) albo takie prawo wraz z płatnością.

Niemniej jednak projekt dyrektywy w proponowanym kształcie budzi poważne wątpliwości co do charakteru i zakresu proponowanych przepisów. Wbrew wcześniejszym zapowiedziom Komisja proponuje rozwiązanie dalekie od *light touch approach*, o którym była mowa w toku konsultacji: wcześniej planowano jedynie dodanie w drodze dyrektywy zmieniającej rozdziału regulującego udzielanie koncesji do dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień.

Proponowany projekt dyrektywy rozszerza na umowy koncesyjne zastosowanie szeregu przepisów właściwych dla reżimu udzielania zamówień publicznych, takich jak wyłączenia,

metody obliczania wartości szacunkowej koncesji, przepisy dotyczące specyfikacji technicznych, przesłanki zastosowania procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia czy obowiązek zapewnienia nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu za pomocą środków elektronicznych do dokumentów specyfikujących koncesję od dnia publikacji ogłoszenia o koncesji czy wysłania zaproszenia do składania ofert. Powoduje to zacieranie się różnic między koncesją a zamówieniem. Jeśli regulacje przyszłej dyrektywy pójdą tak daleko, istnieje obawa, że różnice między zamówieniami a koncesjami sprowadzą się do formy płatności.

W ocenie Rządu RP, uregulowanie materii koncesji w odrębnej dyrektywie, powinno być uzasadnione specyfiką koncesji. Inaczej mówiąc, w dyrektywie w sprawie udzielania koncesji powinny znaleźć się przepisy uwzględniające specyfikę umów koncesyjnych, właściwe dla reżimu zawierania umów tego rodzaju, a nie przepisy kopiujące w sposób mechaniczny rozwiązania przyjęte na gruncie dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych.

Dlatego też Rząd RP z zadowoleniem przyjmuje doprecyzowanie definicji koncesji, ze szczególnym uwzględnieniem pojęcia ryzyka ekonomicznego (art. 2 ust. 2 projektu) oraz brak szczegółowej procedury udzielania koncesji przy jednoczesnym wskazaniu pewnych podstawowych gwarancji proceduralnych (art. 35), co mogłoby być właściwym wyrazem deklarowanego przez autora projektu *light touch approach*. Pozytywnie należy również ocenić wprowadzenie obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji (art. 26).

Jednak przepisy dotyczące kryteriów kwalifikacji podmiotowej (art. 36) i kryteriów udzielenia zamówienia (art. 39) budzą pewne zastrzeżenia co do jednoznaczności brzmienia. W szczególności nie jest jasne, czy art. 36 projektu nakłada na zamawiających obowiązek wskazania w ogłoszeniu o koncesji wszystkich i tylko tych warunków, które są wymienione w tym przepisie. Doprecyzowania wymaga również przewidziana w art. 39 ust. 1 projektu możliwość stosowania obiektywnych kryteriów zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania jako alternatywy dla kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (MEAT).

Projekt dyrektywy w art. 16 proponuje, by umowy koncesyjne były zawierane na okres „niezbędny do odzyskania nakładów inwestycyjnych wraz z racjonalnie określonym poziomem zwrotu z zainwestowanego kapitału”. Pojęcia te mają charakter niedookreślonych. Z uwagi na wagę tego zagadnienia, w ocenie Rządu RP, przepis ten wymaga doprecyzowania bądź uzupełnienia o wskazówki interpretacyjne w preambule dyrektywy.

Wyjaśnienia wymaga relacja między przepisami projektowanej dyrektywy koncesyjnej a przepisami dyrektyw w dziedzinie zamówień. W szczególności należy zwrócić uwagę, że projekt dyrektywy koncesyjnej posługuje się pojęciami właściwymi dla dyrektyw w dziedzinie zamówień, które są zdefiniowane tylko w tych ostatnich. Tytułem przykładu, projekt dyrektywy koncesyjnej w art. 1 określa zakres stosowania dyrektywy jako „procedury udzielania zamówień w odniesieniu do koncesji” przy czym pojęcie „udzielania zamówień” (*procurement*) jest zdefiniowane jedynie w art. 1 ust. 2 projektu dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (KOM (2011) 896). Z kolei w art. 1 ust. 2 projektu dyrektywy koncesyjnej mowa jest o nabywaniu robót budowlanych i usług, co w pewnym stopniu odzwierciedla definicję „udzielania zamówień” z projektu dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. W tym przepisie mowa jest także o nabywaniu dostaw ubocznych w stosunku do koncesji, przy czym „dostawy” nie zostały zdefiniowane w projekcie dyrektywy koncesyjnej.

Podkreślenia wymaga również to, że projekt dyrektywy koncesyjnej nie zawiera przepisów dotyczących koncesji mieszanych, których przedmiotem są zaraz roboty budowlane i usługi. W konsekwencji w sytuacji gdy przedmiotem koncesji jest wybudowanie autostrady, bez zaprojektowania, i jednocześnie usługa zarządzania tą autostradą, nie jest jasne, czy w ramach

kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie można uwzględnić organizację, kwalifikację i doświadczenie personelu koncesjonariusza, co zgodnie z proponowanym brzmieniem art. 39 ust. 4 lit. b) jest możliwe w przypadku koncesji na usługi oraz koncesji na roboty obejmujących zaprojektowanie robót budowlanych.

Spośród przepisów powielających rozwiązania z dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych, które nie przystają do reżimu udzielania koncesji i które, w ocenie Rządu RP, należy skreślić z projektu dyrektywy w sprawie udzielania koncesji, należy wymienić: metody obliczania wartości szacunkowej koncesji (art. 6), takie jak, w szczególności, metody szacowania koncesji w dziedzinie usług ubezpieczeniowych czy usług bankowych i innych usług finansowych; wyłączenia (art. 8), w tym wyłączenie koncesji w pełni finansowanych przez organizację międzynarodową czy koncesje w zakresie umów o pracę; przepisy dotyczące usług badawczych i rozwojowych (art. 21). W tym ostatnim przypadku należy zwrócić uwagę, że projekt zakłada objęcie koncesji na usługi badawcze i rozwojowe pod warunkiem, że korzyści z tych usług będą przysługiwały wyłącznie zamawiającemu i zarazem całość wynagrodzenia za usługę będzie wypłacane przez zamawiającego. Tymczasem z samej definicji koncesji wynika, że taka umowa nie będzie koncesją tylko zamówieniem publicznym.

Należy się również zastanowić, czy przeniesienie na grunt dyrektywy koncesyjnej znanych z dyrektyw w sprawie zamówień rozwiązań dotyczących zamówień zastrzeżonych (art. 20) jest w pełni uzasadnione. Proponowany przepis dawałby państwom członkowskim możliwość zastrzeżenia prawa udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja pracowników niepełnosprawnych oraz pracowników znajdujących się w szczególnie niekorzystnej sytuacji, lub przewidzieć możliwość wykonywania tych koncesji w ramach programów pracy chronionej, pod warunkiem że ponad 30 % osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy znajdujący się w niekorzystnej sytuacji. W ocenie Rządu RP funkcjonowanie takich rozwiązań na gruncie dyrektywy koncesyjnej budzi wątpliwości.

III. Uzasadnienie stanowiska RP

Koncesje wykorzystywane są w przypadku dużych inwestycji infrastrukturalnych, w tym w projektach współfinansowanych ze środków unijnych. Stanowią jedną z form wyboru partnera prywatnego w projektach realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego.

Regulacje unijne w zakresie udzielania koncesji przyczynią się do zwiększenia pewności prawnej w przypadku tego rodzaju umów poprzez sprecyzowanie obowiązków wynikających z prawa pierwotnego.

Uregulowanie na poziomie unijnym kwestii zawierania umów koncesyjnych będzie wiązało się z koniecznością wprowadzenia odpowiednich przepisów w tym zakresie we wszystkich państwach członkowskich, co umożliwi dostęp polskim przedsiębiorcom zainteresowanym ubieganiem się o tego typu umowy do rynku państw, które nie regulują tych kwestii lub których regulacje krajowe nie zapewniają pełnego dostępu do rynku.

1. Ocena skutków prawnych

Przyjęcie projektowanej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji będzie skutkowało koniecznością zmiany polskich przepisów dotyczących koncesji, które obecnie są regulowane ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.).

2. Ocena skutków społecznych

Na obecnym etapie prac legislacyjnych trudno jest ocenić ewentualne skutki społeczne przyjęcia projektowanej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji w proponowanym kształcie

3. Ocena skutków gospodarczych

Przyjęcie projektowanej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji ułatwi polskim przedsiębiorcom dostęp do koncesji udzielanych w innych państwach członkowskich.

Przyjęcie unijnych przepisów w dziedzinie koncesji ma szansę ułatwić realizację zadań publicznych z wykorzystaniem formuły koncesji dzięki zwiększeniu pewności prawnej i doprecyzowaniu istniejących regulacji w tym zakresie.

4. Ocena skutków finansowych

Projekt dyrektywy nie zawiera rozwiązań, które skutkowałyby zmniejszeniem dochodów lub zwiększeniem wydatków jednostek sektora finansów publicznych.

IV. Informacja w sprawie zgodności projektu aktu z zasadą pomocniczości

Koordinacja procedur udzielania zamówień publicznych powyżej określonych progów jest istotnym środkiem sfinalizowania rynku wewnętrznego w obszarze zamówień publicznych poprzez zagwarantowanie skutecznego i równego dostępu do koncesji dla wykonawców z całego jednolitego rynku. Ogólnounijne procedury zamówień zapewniają przejrzystość i obiektywność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, generując znaczne oszczędności i przyczyniając się do lepszych wyników procesu zamówień, z korzyścią dla organów państw członkowskich, a w ostatecznym rozrachunku – unijnych podatników.

Cel ten nie mógł zostać w wystarczającym stopniu osiągnięty w drodze działań państw członkowskich, które w nieunikniony sposób doprowadziłyby do powstania rozbieżnych wymogów i potencjalnie sprzecznych systemów procedur, co zwiększałoby tylko złożoność regulacyjną i tworzyłoby nieuzasadnione przeszkody dla działalności transgranicznej. W rzeczy samej, jeszcze teraz wiele państw członkowskich nie stosuje jednolitej interpretacji stosownych zasad Traktatu w zakresie przejrzystości i równego traktowania, czy też nie sprecyzowało lub nie wdrożyło w wystarczającym zakresie tych zasad, w sposób zapewniający prawidłowe udzielanie koncesji. Jest mało prawdopodobne, aby brak pewności prawa i zamykanie dostępu do rynku, będące wynikiem tej sytuacji, dało się wyeliminować bez podjęcia interwencji na odpowiednim szczeblu.

Interwencja UE jest zatem konieczna, aby wyeliminować istniejące bariery utrudniające funkcjonowanie ogólnounijnego rynku koncesji oraz zapewnić zbieżność stosowanych zasad i równe warunki działania w UE, tym samym ostatecznie gwarantując swobodny przepływ towarów i usług w 27 państwach członkowskich.

W związku z powyższym niniejszy wniosek wydaje się być zgodny z zasadą pomocniczości.

V. Przedstawiciel Rządu upoważniony do prezentowania stanowiska

Dariusz Piasta, Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, tel. 22 4587703, faks 22 4587783