

Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi – formalnoprawne podstawy zawierania umów koncesyjnych

Konferencja UZP – Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi – regulacje i praktyka

Agata Kozłowska
Investment Support

Warszawa, 14 grudnia 2018 r.

O przepisach

- **Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920) weszła w życie 14 grudnia 2016 r., dalej: Ustawa o umowie koncesji;**
- **Ustawa o umowie koncesji wdraża dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 1), dalej: dyrektywa koncesyjna;**
- Ustawa o umowie koncesji uchyliła ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 113);
- **Ustawa o umowie koncesji reguluje jeden z trybów wyboru partnera prywatnego (art. 4 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym).**

Zakres i próg zastosowania Ustawy o umowie koncesji

Ustawa o umowie koncesji określa:

- ✓ zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, dalej umowa koncesji,
- ✓ środki ochrony prawnej,
- ✓ organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.

Przepisy ustawy stosuje się do umów koncesji, których szacunkowa wartość jest **równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 000 euro**, ustaloną z zastosowaniem średniego kursu złotego w stosunku do euro określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 35 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Definicja umowy koncesji, wynagrodzenia (1)

Na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem (art. 3 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji).

W przypadku umowy koncesji na roboty budowlane (powierzenie wykonania robót budowlanych) – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością.

Wynagrodzenie za roboty budowlane = wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego

albo

Wynagrodzenie za roboty budowlane = takie prawo + płatność

Definicja umowy koncesji, wynagrodzenia (2)

W przypadku umowy koncesji na usługi (powierzenie świadczenia usług i zarządzania tymi usługami) – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością.

**Wynagrodzenie za usługi = wyłącznie prawo do wykonywania usług
albo
Wynagrodzenie za usługi = takie prawo + płatność**

Szacunkowa wartość umowy koncesji

Szacunkowa wartość umowy koncesji = **całkowity przychód** koncesjonariusza uzyskany w okresie obowiązywania umowy, **bez podatku od towarów i usług**, oszacowany przez zamawiającego z zachowaniem należytej staranności, 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.**

Obowiązuje na dzień przekazania do publikacji albo zamieszczenia ogłoszenia.

„Szacowanie wartości umowy koncesji jest związane z szacowaniem kosztów ryzyka, gdyż ustawa o umowach koncesji wskazuje na obowiązek oceny ryzyka ekonomicznego koncesjonariusza poprzez uwzględnienie w spójny i jednolity sposób wartości bieżącej netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza. A te przecież mieszczą się w wartości umowy koncesji.

W ustawie [z 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi] w art. 6 całkowicie odwrócono dotychczasową praktykę, albowiem szacunkową wartość umowy koncesji będzie się obliczać w oparciu o całkowity przychód koncesjonariusza uzyskany w okresie obowiązywania umowy, bez podatku od towarów i usług, oszacowany przez zamawiającego z zachowaniem należytej staranności.” (E. Wiktorowska, Wartość umowy koncesji, Zam.Pub.Dor. 2016/10/24-29).

Koncesje mieszane

Jeżeli **przedmiot umowy** koncesji obejmuje **wykonanie robót budowlanych oraz świadczenie usług**, do zawarcia umowy koncesji **stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju koncesji, który odpowiada głównemu przedmiotowi** danej koncesji (art. 9 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji).

Jeżeli przedmiot umowy koncesji obejmuje usługi społeczne lub inne szczególne usługi, o których mowa w załączniku IV do dyrektywy 2014/23/UE, i inne usługi, stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu umowy koncesji, którego szacowany udział w tej umowie koncesji jest największy (art. 9 ust. 2 Ustawy o umowie koncesji).

Jeżeli przedmiot umowy koncesji, który nie może być podzielony, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, obejmuje umowę koncesji na usługi i zamówienie publiczne na dostawy, główny przedmiot ustala się przez określenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa (art. 9 ust. 3 Ustawy o umowie koncesji).

Podstawowe zasady zawierania umowy koncesji (1)

Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób zapewniający zachowanie **zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości** (z art. 12 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji).

Nie można przygotować i prowadzić postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób mający na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy (z art. 12 ust. 2 Ustawy o umowie koncesji).

Podstawowe zasady zawierania umowy koncesji (2)

Zamawiający udostępnia informacje związane z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji w przypadkach określonych w ustawie. 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 (art. 13 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji).

Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, z wyjątkiem informacji podawanych do publicznej wiadomości w ogłoszeniu o koncesji lub przekazywanych wykonawcom na podstawie ustawy (art. 13 ust. 3 Ustawy o umowie koncesji).

Zamawiający może nakładać na wykonawców wymogi mające na celu ochronę poufnego charakteru informacji, które udostępnia w toku postępowania o zawarcie umowy koncesji (art. 13 ust. 4 Ustawy o umowie koncesji).

Podstawowe zasady zawierania umowy koncesji (3)

W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji **komunikacja**, w tym przekazywanie wniosków o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, ofert, oświadczeń i zawiadomień, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 18 i art. 22, **odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego, w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej** (art. 14 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji).

Do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz odpowiednio wykonawcę i koncesjonariusza w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 16 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji).

Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy (art. 16 ust. 2 Ustawy o umowie koncesji).

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji (1)

Zamawiający organizuje postępowanie o zawarcie umowy koncesji **w sposób odpowiadający jego potrzebom** (art. 28 Ustawy o umowie koncesji).

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji, **zamawiający może przeprowadzić** postępowanie o zawarcie umowy koncesji, w którym:

- 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 spełniania kryteriów kwalifikacji, a następnie zaprasza do składania ofert albo do negocjacji i składania ofert wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji; przepis ust. 5 stosuje się, albo
- 3) przeprowadza negocjacje z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji (2)

Jak wskazuje treść uzasadnienia do Ustawy o umowie koncesji:

„Proponuje się, **aby zapewnić zamawiającym** wynikającą z art. 30 ust. 1 dyrektywy koncesyjnej **swobodę organizowania postępowania** w sprawie zawarcia umowy koncesji, zgodnie z regułami określonymi przepisami projektowanej ustawy.

Proponuje się jednocześnie określić w przepisach projektowanej ustawy **podstawowe elementy procedury, które będą mogły być zastosowane** przez zamawiającego, odpowiednio do prowadzonego postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi.”.

Podsumowując, zamawiający organizuje postępowanie w sposób odpowiadający jego potrzebom, w tym może przeprowadzić postępowanie na zasadach, o których mowa w art. 29 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji.

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji (3)

Przykładowe etapy postępowania:

- ogłoszenie,
- złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- prowadzenie negocjacji z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu,
- zaproszenie do składania ofert,
- złożenie ofert,
- wybór oferty,
- podpisanie umowy.

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji (4)

Zaproszenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji odbywa się za pomocą:

- 1) ogłoszenia o koncesji;
- 2) wstępnego ogłoszenia informacyjnego - w przypadku postępowania o zawarcie umowy koncesji na usługi społeczne lub inne szczególne usługi, o których mowa w załączniku IV do dyrektywy 2014/23/UE;
- 3) zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji, które przekazuje wybranemu przez siebie wykonawcy lub wykonawcom - w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji.

Ogłoszenia:

- 1) publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE);**
- 2) zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP).**

Ogłoszenia przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość umów jest równa lub przekracza kwotę **5 548 000 euro = 23 921 312 zł** (Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie określenia kwot wartości umów koncesji, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej)

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji (5)

W ogłoszeniu zamawiający zamieszcza:

- 1) opis przedmiotu umowy koncesji;
- 2) przesłanki wykluczenia wykonawców;**
- 3) kryteria kwalifikacji;**
- 4) opis kryteriów oceny ofert;
- 5) minimalne wymagania, o ile zostały określone.

Dokumenty koncesji udostępnia się na stronie internetowej od dnia opublikowania w Dz. Urz. UE albo zamieszczenia ogłoszenia w BZP albo od dnia przekazania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji.

Termin składania wniosków/ ofert nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w BZP.

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji (6)

Zamawiający przedstawia wykonawcom **opis postępowania o zawarcie umowy koncesji**, w którym określa w szczególności:

- 1) kryteria kwalifikacji (sytuacja ekonomiczna lub finansowa, zdolność techniczna lub zawodowa);**
- 2) sposób komunikowania się z wykonawcami;
- 3) warunki, którym mają odpowiadać wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i oferta, pod rygorem ich odrzucenia;
- 4) planowany termin zakończenia postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Opis postępowania (dokument koncesji) jako załącznik do ogłoszenia

Zamawiający informuje wykonawców biorących udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji o zmianach dotyczących informacji zawartych w opisie postępowania o zawarcie umowy koncesji, a w przypadku gdy zmiany dotyczą informacji zawartych w ogłoszeniu o koncesji, zamawiający zmienia w tym zakresie treść tego ogłoszenia (art. 29 ust. 4 Ustawy o umowie koncesji).

Negocjacje – problemy i zagadnienia sporne (1)

- 1) Negocjacje są jednym z możliwych etapów postępowania (art. 29 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji).
- 2) Zamawiający nie może w trakcie negocjacji zmieniać kryteriów oceny ofert ani minimalnych wymagań (art. 29 ust. 2 Ustawy o umowie koncesji).
- 3) Sposób prowadzenia negocjacji nie został w żaden sposób określony w Ustawie o umowie koncesji (postępowanie może być prowadzone w sposób wybrany przez zamawiającego).
- 4) W ustawie określono zasady prowadzenia postępowania, co odnosi się również do prowadzonych negocjacji: zachowanie zasad uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców, proporcjonalność i przejrzystość (art. 12 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji).

Negocjacje – problemy i zagadnienia sporne (2)

5) Wprowadzono ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez wykonawcę (tajemnica przedsiębiorstwa) oraz zamawiającego (informacje udostępniane w toku postępowania) – art. 13 ust. 3 i 4 Ustawy o umowie koncesji.

6) Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do udziału w postępowaniu o zwanie umowy koncesji, o ile dokona tego w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria a liczba wykonawców zapewni konkurencję (art. 29 ust. 5 Ustawy o umowie koncesji).

7) Przebieg postępowania musi być udokumentowany przez zamawiającego, ale w sposób dowolny, wybrany przez zamawiającego (art. 29 ust. 6 Ustawy o umowie koncesji).

Kryteria oceny ofert (art. 37 ustawy)

- 1) Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu kryteria oceny ofert związane z przedmiotem umowy koncesji w kolejności **od najważniejszego do najmniej ważnego**.
- 2) Kryteriami oceny ofert mogą być w szczególności aspekty środowiskowe, społeczne lub innowacyjne przedmiotu umowy koncesji.
- 3) W wyjątkowych przypadkach, gdy oferta zawiera rozwiązanie innowacyjne, stanowiące wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym procesu produkcji lub budowy, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności, organizacji pracy lub relacjach zewnętrznych, w szczególności mające na celu rozwiązanie problemów społecznych lub wspieranie strategii społecznych, którego zamawiający nie mógł przewidzieć mimo zachowania należytej staranności, **zamawiający może zmienić kolejność kryteriów oceny ofert w celu uwzględnienia tego rozwiązania**.

Kryteria oceny ofert (art. 37 ustawy) cd.

4) Zamawiający informuje wszystkich wykonawców o **zmianie kolejności** kryteriów oceny ofert oraz przekazuje **nowe** zaproszenie do składania ofert, z zachowaniem terminów. Jeżeli kryteria oceny ofert zostały opublikowane w ogłoszeniu o koncesji, zmiana kolejności kryteriów oceny ofert wymaga publikacji nowego ogłoszenia o koncesji.

5) Zamawiający nie może odrzucić oferty z tego powodu, że oferowane roboty budowlane lub usługi nie spełniają wymogów technicznych i funkcjonalnych określonych w opisie przedmiotu umowy koncesji, o ile wykonawca udowodni w ofercie, że proponowane rozwiązanie w równoważnym stopniu spełnia te wymogi.

Oferta nieodpowiadająca wymaganiom (1)

1) Minimalne wymagania (art. 2 pkt 4 Ustawy o umowie koncesji) zamawiającego są określone w dokumentach koncesji, w tym w ogłoszeniu, o ile zostały określone – wymogi techniczne lub funkcjonalne robót/usług (art. 26 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji), inne (art. 26 ust. 2, art. 27 Ustawy o umowie koncesji).

Przez minimalne wymagania należy rozumieć określone przez zamawiającego w dokumentach koncesji wymagania techniczne, fizyczne, funkcjonalne i prawne, którym ma odpowiadać oferta

2) W zaproszeniu do składania ofert lub innych dokumentach koncesji zamawiający zamieszcza elementy określone w art. 21 ust. 1 pkt 4 (opis kryteriów oceny ofert) i 5 (minimalne wymagania) Ustawy o umowie koncesji.

Oferta nieodpowiadająca wymaganiom (2)

3) Zamawiający przedstawia wykonawcom opis postępowania o zawarcie umowy koncesji, w którym określa w szczególności:

- 1) kryteria kwalifikacji;
- 2) sposób komunikowania się z wykonawcami;

3) warunki, którym mają odpowiadać wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i oferta, pod rygorem ich odrzucenia;

4) planowany termin zakończenia postępowania o zawarcie umowy koncesji.

W praktyce można przywołać podstawy odrzucenia oferty z zamówień publicznych.

Oferta nieodpowiadająca wymaganiom (3)-przykłady

Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z Ustawą o umowie koncesji lub Ustawą o ppp;
- 2) jej treść nie odpowiada treści zaproszenia do składania ofert;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert;
- 5) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;
- 6) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- 7) oferta została złożona przez osoby nienależycie umocowane;
- 8) oferta została złożona po upływie terminu składania ofert;
- 9) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, dotyczącej ceny w ofercie.

Umowa koncesji

1) Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy koncesji jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 42 Ustawy o umowie koncesji).

Świadczenie wykonawcy z umowy = zobowiązanie wykonawcy w ofercie

2) Forma pisemna pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

3) Strony umowy koncesji wykonują umowę koncesji z zachowaniem zasady przejrzystości.

4) Jawna, podlega udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Zamawiający może odmówić udostępnienia umowy, jeżeli przemawiają za tym względy obronności lub bezpieczeństwa państwa.

5) Zawierana na czas oznaczony. W przypadku umowy zawartej na czas dłuższy niż 5 lat, czas jej trwania 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 dokonanych w czasie trwania koncesji.

Definicja umowy (1)

Na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem (art. 3 ust. 1 Ustawy o umowie koncesji).

Zgodnie z art. 3 ust. 2 Ustawy o umowie koncesji, w przypadku powierzenia koncesjonariuszowi:

1) wykonania robót budowlanych - wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (**umowa koncesji na roboty budowlane**);

2) świadczenia usług i zarządzania tymi usługami - wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (**umowa koncesji na usługi**).

Definicja umowy (2)

Koncesjonariusz ponosi **ryzyko ekonomiczne** związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą (art. 3 ust. 3 Ustawy o umowie koncesji).

Przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne (art. 3 ust. 4 Ustawy o umowie koncesji).

Oceniając ryzyko ekonomiczne, uwzględnia się w spójny i jednolity sposób wartość bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza (art. 3 ust. 5 Ustawy o umowie koncesji).

Definicja umowy (3) – wybrane piśmiennictwo

„Przed wszystkim **koncesjonariusz przyjmuje ryzyko podaży lub popytu**. Wydaje się, że chodzi tutaj o ryzyko podaży tych czynników które są niezbędne do wykonywania koncesji i ryzyko popytu na przedmiot koncesji, czyli korzystanie z obiektu budowlanego lub usługi.

Straty, jakie koncesjonariusz może przewidywać przy zawarciu umowy, **nie mogą być symboliczne albo obciążone tak niskim ryzykiem, że mają one charakter czysto hipotetyczny**. W tym miejscu należy wrócić do definicji koncesji. Otóż **płatność od zamawiającego**, którą dopuszcza definicja z art. 3 ust. 2 [ustawy z 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi] **nie może w istotny sposób wpływać na rozkład ryzyka, w szczególności nie może rekompensować ryzyka ekonomicznego**.

Samo przyznanie wynagrodzenia w formie prawa do eksploatacji obiektu budowlanego albo świadczenia usług nie przesądza więc o zakwalifikowaniu umowy do umów koncesji.” (G. Lang, Nowa ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w systemie zamówień publicznych, Zam.Pub.Dor. 2016/10/16-23).

Definicja umowy (4) – wybrane piśmiennictwo

„Cechą charakterystyczną zawarcia umowy koncesji jest **przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego** związanego z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z podażą” (uzasadnienie do Ustawy o umowie koncesji, druk nr 612, str. 7 uzasadnienia).

Charakter umowy i jej elementy (1)

Ustawa o umowie koncesji nie zawiera odpowiednika przepisu art. 22 ust. 1 „poprzedniej ustawy o koncesji”, który wskazywał (wyliczał) wprost elementy obowiązkowe (konieczne) umowy koncesji.

Elementy umowy koncesji w oparciu o art. 3 Ustawy o umowie koncesji:

- **zamawiający powierza wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami;**
- **koncesjonariusz zobowiązuje się wykonać roboty budowlane lub świadczyć usługi i zarządzać tymi usługami;**
- **określenie wynagrodzenia koncesjonariusza (wynagrodzenie jednorodne – bez płatności zamawiającego albo mieszane – z płatnością zamawiającego);**
- **koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą (bez ryzyka koncesjonariusza nie można mówić o koncesji).**

Charakter umowy i jej elementy (2)

Elementy/ charakter umowy w oparciu o pozostałe przepisy Ustawy o umowie koncesji, przede wszystkim przepisy rozdziału 7 (Umowa koncesji):

- **umowa cywilnoprawna (do umów koncesji stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli Ustawa o umowie koncesji nie stanowi inaczej)**

Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ Kodeksu cywilnego);

- **stronami umowy są zamawiający i koncesjonariusz;**
- **umowa odpłatna;**
- **umowa dwustronnie zobowiązująca;**
- **umowa pisemna pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej;**

Charakter umowy i jej elementy (3)

- **umowa jawna, udostępnianie zgodnie z przepisami o dostępie do informacji publicznej, ale zamawiający może odmówić udostępnienia umowy, jeżeli przemawiają za tym względy obronności lub bezpieczeństwa państwa;**
- **umowa zawierana na czas oznaczony (w przypadku umowy zawartej na czas dłuższy niż 5 lat, czas trwania 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 dokonanych w czasie trwania koncesji);**
- **umowa długoterminowa (z reguły);**
- **zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy koncesji jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie;**

Charakter umowy i jej elementy (4)

- **możliwość określenia przez zamawiającego szczegółowych warunków związanych z realizacją umowy koncesji**

Zamawiający może określić w opisie przedmiotu umowy koncesji wymagania związane z realizacją umowy koncesji, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem (art. 27 Ustawy o umowie koncesji);

- **wykonywanie umowy przez strony z zachowaniem zasady przejrzystości.**

Charakter umowy i jej elementy (5)

Umowa koncesji może zawierać elementy wskazane w art. 22 ust. 1 „poprzedniej ustawy o koncesji”, pod warunkiem, że dane postanowienia będą zgodne z przepisami Ustawy o umowie koncesji (i oczywiście umowa koncesji będzie zawierała elementy, które określa Ustawa o umowie koncesji).

Zgodnie z art. 22 ust. 1 „poprzedniej ustawy o koncesji”, umowa koncesji zawiera:

- 1) określenie przedmiotu koncesji;
- 2) termin wykonania przedmiotu koncesji;
- 3) okres obowiązywania umowy koncesji;
- 4) sposób wynagrodzenia koncesjonariusza;
- 5) określenie płatności koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza;
- 6) wskazanie i podział ryzyka między koncesjodawcę a koncesjonariusza związanego z wykonywaniem przedmiotu koncesji;
- 7) normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy wykonywaniu przedmiotu koncesji;
- 8) uprawnienia koncesjodawcy w zakresie kontroli wykonywania koncesji przez koncesjonariusza;
- 9) warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy koncesji;
- 10) warunki i sposób rozwiązania umowy koncesji;
- 11) warunki i zakres odpowiedzialności stron z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy koncesji;
- 12) warunki i zakres ubezpieczeń wykonywania przedmiotu koncesji;
- 13) wykaz dokumentów, jakie strony umowy koncesji są obowiązane uzyskać lub dostarczyć w celu realizacji umowy wraz z podaniem terminów, w jakich powinno to nastąpić;
- 14) tryb i warunki rozwiązywania sporów związanych z realizacją umowy koncesji.

Dziękuję za uwagę !

KONTAKT

Agata Kozłowska

INVESTMENT SUPPORT

ul. Srebrna 16 lok 202
00-810 Warszawa
Tel. kom. 604 151 410
Tel. 22 699 70 01
Email: kozłowska@inves.pl

www.inves.pl