

kancelarie rp

kancelarierp.pl

Kancelarie RP to nowa jakość w usługach prawniczych. W serwisie baza ponad 200 dokumentów, przyjazny i prosty generator oraz sieć wysoko wyspecjalizowanych prawników dostępnych na wyciągnięcie ręki.

Koncesja dla robót budowlanych i usług według nowych przepisów

INWESTYCJE | W dokumentach koncesji zamawiający określa wymogi techniczne lub funkcjonalne robót budowlanych lub usług będących przedmiotem umowy koncesji.

Nowa ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z 21 października 2016 r. z wyjątkiem kilku przepisów obowiązuje od 14 grudnia 2016 roku. Mimo że jej główny cel, jakim było implementowanie dyrektywy 2014/23/UE, został osiągnięty, to odbyło się to kosztem spójności w stosunku do poprzednich przepisów.

Na pozytywną ocenę zasługuje rozróżnienie już w tytule ustawy, koncesji umownej od tej udzielanej przez administrację publiczną, a regulowanej przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W art. 1 ustawy prawodawca wyjaśnia, że regulowana ustawa: zasady i tryb zawierania umowy (...), środki ochrony prawnej oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Niestety ustawodawca rzeczywiście niewiele miejsca poświęca samej umowie (poprzednia ustawa, oprócz całego rozdziału poświęconego umowie, regulowała ponad dwadzieścia jej elementów). Oznaczać to może szersze zastosowanie zasady swobody umów do koncesji umownej. Koncesja może nie jest popularną formą współpracy podmiotów prywatnych i publicznych, ale należy pamiętać, że w trybie poprzedniej regulacji procedowano wiele ważnych społecznie i ekonomicznie inwestycji.

Koncesja pierwotnie regulowana była przepisami Prawa zamówień publicznych (nowelizacją z 2005 r.), natomiast pierwsza ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi została uchwalona w roku 2009. Dyrektywa koncesyjna 2014/23/UE wymusiła kolejny akt, jakim jest obowiązująca ustawa. Tym samym w ciągu nieco ponad dekady regulacja koncesji diametralnie zmieniła się już trzy razy.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/23/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji ma na celu zapewnienie skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do rynku przedsiębiorcom działającym w UE, w tym przede wszystkim małym i średnim, a także wsparcie inwestycji publicznych w zakresie infrastruktury oraz usług

strategicznych dla obywateli. Obecna ustawa zawiera liczne odniesienia do dyrektywy oraz jej załączników, nie sposób też stosować tej ustawy bez Prawa zamówień publicznych.

Zakres stosowania

Obecna regulacja niewiele odbiega od poprzedniej w zakresie rozwiązań podstawowych. Zgodnie z art. 3 ustawy o umowie koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem, którym jest:

- w przypadku umowy koncesji na roboty budowlane – wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością,
- w przypadku umowy koncesji na usługi – wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością.

Zmianie nie uległa też naczelną zasadą, że to koncesjo-

niariusz ponosi ryzyko ekonomiczne, na które składa się ryzyko związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług oraz ryzyko związane z popytem lub popytą.

Przepisy ustawy stosuje się do umów koncesji, których szacunkowa wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 tys. euro, ustaloną z zastosowaniem średniego kursu złotego w stosunku do euro określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 35 ust. 3 PZP. Szacunkową warto-

ścią umowy koncesji jest całkowity przychód koncesjonariusza uzyskany w okresie obowiązywania umowy, bez podatku od towarów i usług, oszacowany przez zamawiającego z zachowaniem należytej staranności przy użyciu obiektywnej metody określonej w dokumentach koncesji. Kalkulacja wartości umowy koncesji obowiązuje na dzień przekazania do publikacji albo zamieszczenia ogłoszenia koncesyjnego.

Obecna ustawa, w przeciwieństwie do poprzedniej zawiera liczne wyłączenia (powtórzone za dyrektywą), zgodnie z którymi jej przepisy nie stosuje się do zawierania umów koncesji m.in.:

- w odniesieniu do których zamawiający mają obowiązek przeprowadzić postępowanie zgodnie z odmiennymi procedurami (umowy międzynarodowe zawierane z krajami spoza UE, umowy z organizacjami międzynarodowymi instytucjami finansowymi w całości przez tę organizację a w przypadku umów koncesji współfinansowanych w ponad 50 proc., jeżeli strony tak strony uzgodniły);
- w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;
- których przedmiotem są m.in.: usługi arbitrażowe lub pojednawcze, usługi Narodowego Banku Polskiego oraz nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków, lub nieruchomości, w szczególności dzierżawa lub najem, bez względu na sposób finansowania.

Lista wyjątków jest stosunkowo długa. Na uwagę zasługuje wyłączenie usług prawnych związanych z wykonywaniem władzy publicznej. Wydaje się to oczywiste, ale ustawodawca jednak postanowił rozwiązać ewentualne wątpliwości.

Koncesje mieszane

Obecna ustawa odpowiada na jeden z istotnych postulatów sformułowanych przy postępowaniach koncesyjnych wg uchylonych przepisów i reguluje kwestie koncesji

mieszanych. Jeżeli przedmiot umowy koncesji obejmuje wykonanie robót budowlanych oraz świadczenie usług, do zawarcia umowy koncesji stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju koncesji, który odpowiada jej głównemu przedmiotowi. Natomiast jeżeli przedmiot umowy koncesji obejmuje usługi społeczne lub inne szczególne usługi, o których mowa w załączniku IV do dyrektywy 2014/23/UE, stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu umowy koncesji, którego szacowany udział w tej umowie koncesji jest największy.

W przypadku, gdy 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 dostawę, główny przedmiot ustala się przez określenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa. Powyższe regulacje wydają się precyzyjne w tym sensie, że ustawodawca dopuszcza mieszanie różnych form świadczenia w jednej umowie, ale praktyka zweryfikuje taką konstrukcję, chociażby pod kątem stawki VAT właściwego dla wynagrodzenia koncesjonariusza z tytułu usług mieszanych.

Przedmiot kontraktu

Zgodnie z art. 26 ustawy o umowie koncesji zamawiający określa w dokumentach koncesji wymogi techniczne lub funkcjonalne robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji. Warto odnotować zawarte w definicjach pojęcie minimalnych wymagań, przez które należy rozumieć określone przez zamawiającego w dokumentach koncesji wymagania techniczne, fizyczne, funkcjonalne i prawne, którym ma odpowiadać oferta, inne niż te określone regulacjami powszechnie obowiązującymi. Do opisu przedmiotu umowy koncesji stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

•ZDANIEM AUTORA

dr Tomasz Srokosz

radca prawny, partner
w Kancelarii KSP Legal
& Tax Advice w Katowicach



Aktualna regulacja koncesji umownej to wynik dostosowania do dyrektywy 2014/23/UE. Została przeprowadzona niestety nieco zbyt pośpiesznie, a przez to jej przepisy są niezbyt precyzyjne. Niemniej jednak wiele wprowadzonych przez nią rozwiązań zasługuje na aprobatę. I tak zamiast opracowania precyzyjnego i kompletnego słownika definicji wykorzystywanych przy zawieraniu i wykonywaniu umowy koncesji zostały wskazane podstawowe definicje, odwołujące się przy tym do innych regulacji. Niewątpliwie pozytywną stroną jest uregulowanie pojęcia koncesji mieszanych w sposób odpowiadający m.in. opisowi zadań gmin. Nastąpiło też zwiększenie swobody w zakresie organizowania postępowania o zawarcie umowy koncesji. Ponadto doprecyzowano czas, na jaki mogą być zawierane umowy koncesji, w celu eliminacji zjawiska ograniczenia konkurencji w dostępie do rynku. Przyznano Prezesowi UZP kompetencje organu właściwego w sprawach zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ukształtowano również środki ochrony prawnej w postępowaniach w sprawie zawarcia umowy koncesji w sposób analogiczny do stosowanych w zamówieniach publicznych. Uregulowano także zasady udzielania zamówień podmiotom „in house”, po spełnieniu określonych, podobnych do zapisów przesłanek zawartych w dyrektywie 2014/23/UE. ©

Forma pisemna

Ustawa w zasadzie powtarza zasady zawierania umów wypracowane zarówno przy okazji uchwalenia dyrektywy, jak i poprzedniej regulacji, które obejmują: zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości. Ustawa wprost wprowadza zakaz unikania zastosowania ustawy. Zatem umowy pomiędzy zamawiającymi a przedsiębiorcami, których przedmiotem jest wykonywanie usług lub wybudowanie obiektu budowlanego za wynagrodzeniem oszacowanym zgodnie z art. 3 ustawy o umowie koncesji, korzystają z domniemania zastosowania do nich regulacji tej ustawy. Szczegółowo uregulowano także zasady udostępniania informacji i dokumentów, w tym poprzez kilkukrotne odwołanie do regulacji o dostępie do informacji publicznej. Co do samej umowy, regulacja ustawy jest skromna. Zgodnie z jej przepisami (art. 43 i następane ustawy), umowa

koncesji wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Umowę koncesji zawiera się na czas oznaczony. Jednakże w przypadku umowy koncesji zawartej na czas dłuższy niż pięć lat, czas trwania umowy koncesji 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.

Regulacje dotyczące treści umowy są niezwykle ograniczone względem poprzedniej ustawy. Niestety istnieje obawa, że dla administracji publicznej brak szczegółowych wytycznych odnośnie umowy koncesji przesądzi o jeszcze rzadszym jej stosowaniu, co doprowadzi do marginalizacji tej praktycznej instytucji prawa. ©

–Tomasz Srokosz

RZECZPOSPOLITA

PISALIŚMY O TYM:

Kaja Jakubczak
Elektroniczne postępowanie upomi-nawcze miało usprawnić załatwianie spraw cywilnych i obniżyć koszty funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości.

Artykuł dostępny:

kancelarierp.pl/baza-wiedzy