U C H W A Ł A

S E N A T U R Z E C Z Y P O S P O L I T E J P O L S K I E J

z dnia 6 października 2016 r.

w sprawie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi

Senat, po rozpatrzeniu uchwalonej przez Sejm na posiedzeniu w dniu 5 września 2016 r. ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, wprowadza do jej tekstu następujące poprawki:

1) w art. 3 w ust. 4 wyrazy „w wykonywaniem” zastępuje się wyrazami „z wykonywaniem”;

2) w art. 5 w ust. 1 w pkt 2 w lit. e wyrazy „projektów eksperymentalnych” zastępuje się wyrazami „prac rozwojowych”;

3) w art. 5 w ust. 1 w pkt 3 w lit. h skreśla się wyraz „zarząd”;

4) w art. 5 w ust. 1 w pkt 9 wyraz „; przyznanie” zastępuje się wyrazami „, o ile przyznanie” oraz wyrazy „ogłasza się” zastępuje się wyrazem „ogłoszono”;

5) w art. 5:

a) w ust. 1 w pkt 10 kropkę na końcu zastępuje się średnikiem i dodaje pkt 11–13 w brzmieniu:

„11) przez podmioty wykonujące działalność sektorową, jeżeli umowa koncesji jest zawierana z podmiotami:

a) z którymi zamawiający sporządza roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości,

b) w których zamawiający posiada ponad połowę udziałów albo akcji, kontroluje ponad połowę głosów przypadających na akcje wyemitowane przez te podmioty lub posiada prawo wybierania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

c) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, kontrolują ponad połowę głosów przypadających na akcje wyemitowane przez zamawiającego lub posiadają prawo wybierania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,

d) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w lit. c wpływowi innego przedsiębiorcy na podstawie prawa własności, udziału finansowego lub obowiązujących go przepisów

– jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiąganych ze świadczenia usług w przypadku umowy koncesji na usługi lub wykonywania robót budowlanych w przypadku umowy koncesji na roboty budowlane pochodziło odpowiednio ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów powiązanych z tym zamawiającym w sposób, o którym mowa w lit. a–d;

12) przez podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej z:

a) jednym z tych zamawiających, pod warunkiem że podmiot ten został utworzony na okres co najmniej 3 lat, a z dokumentu, na podstawie którego został utworzony, wynika, że zamawiający będą uczestniczyli w tym podmiocie w tym okresie,

b) podmiotem powiązanym z jednym z tych zamawiających w sposób, o którym mowa w pkt 11, jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tego podmiotu osiąganych ze świadczenia usług w przypadku umowy koncesji na usługi lub wykonywania robót budowlanych w przypadku umowy koncesji na roboty budowlane pochodziło odpowiednio ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów powiązanych z zamawiającym w sposób, o którym mowa w pkt 11;

13) przez zamawiającego z podmiotem, w którym uczestniczy ten zamawiający na zasadach określonych w pkt 12.”,

b) skreśla się ust. 2–4,

c) w ust. 5 użyte dwukrotnie wyrazy „ust. 2 pkt 5–7” zastępuje się wyrazami „ust. 1 pkt 11–13”,

d) w ust. 6 wyrazy „ust. 2 pkt 5” zastępuje się wyrazami „ust. 1 pkt 11”,

e) w ust. 7 wyrazy „ust. 2” zastępuje się wyrazami „ust. 1 pkt 11–13”;

6) w art. 5 w ust. 5 po wyrazie „nieadekwatne,” dodaje się wyrazy „dane te”;

7) w art. 6 w ust. 2 wyrazy „wysłania do wykonawcy lub wykonawców” zastępuje się wyrazami „przekazania wykonawcy lub wykonawcom”;

8) w art. 6 w ust. 4 w pkt 3 wyrazy „publiczne dotacje inwestycyjne” zastępuje się wyrazami „dotacje celowe na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji”;

9) w art. 10 w ust. 2 w pkt 1 wyrazy „publiczne, o których mowa w art. 2 pkt 14” zastępuje się wyrazami „, o których mowa w art. 132 ust. 1”;

10) w art. 10 w ust. 2:
a) w pkt 3 wyraz „, jeżeli” zastępuje się wyrazami „, zgodnie z wyborem zamawiającego, jeżeli”,
b) w pkt 5 po użytym po raz drugi wyrazie „publicznych” dodaje się wyrazy „, zgodnie z wyborem zamawiającego”;

11) w art. 13 w ust. 2 wyrazy „art. 36” zastępuje się wyrazami „art. 37 ust. 1 pkt 1”;

12) w art. 14:
a) w ust. 3 wyraz „powinien” zastępuje się wyrazem „musi” oraz wyraz „powinny” zastępuje się wyrazem „muszą”,
b) w ust. 4 wyrazy „powinien zapewnić” zastępuje się wyrazem „zapewnia”;

13) art. 18 otrzymuje brzmienie:

„Art. 18. 1. Ogłoszenia, o których mowa w ustawie, zamawiający:
1) publikuje w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
2) zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych.

2. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, kwoty wartości umów koncesji, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa Unii Europejskiej.

3. Zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie ze wzorami standardowych formularzy określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1).

4. Zamawiający przekazuje ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 2 załącznika IX do dyrektywy 2014/23/UE.

5. Zamawiający zamieszcza ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych za pomocą formularzy umieszczonych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

6. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie zakres wymaganych ustawą informacji, które musi zawierać treść ogłoszenia oraz wartość umowy koncesji.”;

14) po art. 18 dodaje się art. 18a w brzmieniu:

„Art. 18a. 1. Zamawiający może, po publikacji ogłoszenia o koncesji w sposób, o którym mowa w art. 18 ust. 1, albo po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania tego ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej, zamieścić dodatkowo ogłoszenie o koncesji w inny sposób, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim.

2. Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 1, nie może zawierać innych informacji niż informacje zawarte w ogłoszeniu o koncesji przekazanym Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub ogłoszeniu o koncesji zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych. W ogłoszeniu tym należy wskazać datę przekazania ogłoszenia o koncesji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczenia ogłoszenia

o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych.”;

15) w art. 19:

a) w ust. 1 w pkt 3 kropkę na końcu zastępuje się średnikiem i dodaje pkt 4–7 w brzmieniu:

”4) zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Prawa zamówień publicznych, zawiera umowę koncesji z osobą prawną, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem udziału pracowników tej osoby prawnej reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu;

5) zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Prawa zamówień publicznych, zawiera umowę koncesji z innym zamawiającym, o którym mowa w tych przepisach, jeżeli spełnione są następujące warunki:

a) zamawiający będący koncesjonariuszem, sprawuje nad zamawiającym, z którym zawiera umowę koncesji kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana

w taki sam sposób przez zamawiającego, będącego koncesjonariuszem,

b) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem pracowników tej osoby prawnej reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu;

6) zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Prawa zamówień publicznych, zawiera umowę koncesji z osobą prawną, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Prawa zamówień publicznych, sprawuje kontrolę nad osobą prawną, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie takiej kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

– w skład organów nadzorczych lub zarządzających tej osoby prawnej wchodzą przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

– uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

– kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inne osoby prawne, nad którymi ci zamawiający sprawują kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

7) umowa koncesji zawierana jest między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Prawa zamówień publicznych, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między tymi zamawiającymi, w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonywać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,

b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,

c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będącej przedmiotem współpracy.”,

b) dodaje się ust. 3–5 w brzmieniu:

„3. Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 4 lit. b, pkt 5 lit. b, pkt 6 lit. b i pkt 7 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające zawarcie umowy koncesji.

4. W przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające zawarcie umowy koncesji są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 4 lit. b, pkt 5 lit. b, pkt 6 lit. b i pkt 7 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

5. Zamawiający, na wniosek Komisji Europejskiej, przekazuje informacje dotyczące niestosowania ustawy na podstawie ust. 1 pkt 4–7, w zakresie nazw i danych zamawiających, charakteru i wartości umów koncesji oraz dowodów uznanych za niezbędne przez Komisję Europejską.”;

16) w art. 22 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Zamawiający w terminie 48 dni od dnia zawarcia umowy koncesji przekazuje do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zawarciu umowy koncesji.”;

17) w art. 22 skreśla się ust. 2;

18) w art. 25 dodaje się ust. 6 i 7 w brzmieniu:

„6. Zamawiający określa w opisie przedmiotu umowy koncesji wymagania zatrudnienia przez koncesjonariusza lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji umowy koncesji, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.).

7. W przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w ust. 6, określa w opisie przedmiotu umowy koncesji w szczególności:

1) sposób dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w ust. 6;
2) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez koncesjonariusza wymagań, o których mowa w ust. 6, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań;
3) rodzaje czynności niezbędnych do realizacji umowy koncesji, których dotyczą wymagania zatrudnienia przez koncesjonariusza lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności w zakresie realizacji umowy.”;

19) w art. 30 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3. W przypadku ofert, o których mowa w art. 28 ust. 1 pkt 1, lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, o których mowa w art. 28 ust. 1 pkt 2, termin składania ofert lub wniosków nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych.”;

20) w art. 31 w ust. 1 w pkt 1 w lit. a wyrazy „poz. 1137),” zastępuje się wyrazami „poz. 1137) lub”;

21) w art. 31 w ust. 1 w pkt 4 we wprowadzeniu do wyliczenia wyrazy „art. 29 ust. 1 pkt 2–4” zastępuje się wyrazami „art. 29 ust. 1 pkt 2 lub 3”;

22) w art. 31 w ust. 1 w pkt 10 skreśla się wyraz „wykonawcę,”;

23) w art. 31 w ust. 2 w pkt 3 wyraz „rażącym” zastępuje się wyrazem „istotnym”;

24) w art. 32 w ust. 1 we wprowadzeniu do wyliczenia wyrazy „może określić ponadto” zastępuje się wyrazem „określa”;

25) w art. 32 w ust. 2 użyty dwukrotnie wyraz „powinny” zastępuje się wyrazem „muszą”;

26) w art. 34 w ust. 3 wyraz „powinien” zastępuje się wyrazem „musi”;

27) w art. 36 po ust. 1 dodaje się ust. 1a w brzmieniu:

„1a. Kryteriami oceny ofert mogą być w szczególności aspekty środowiskowe, społeczne lub innowacyjne przedmiotu umowy koncesji.”;

28) w art. 36 w ust. 2 wyrazy „, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej, organizowaniu pracy, lub” zastępuje się wyrazami „lub budowy, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności, organizacji pracy lub”;

29) w art. 40 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Zamawiający zawiera umowę koncesji po upływie 10 dni od dnia przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni, jeżeli została przekazana w inny sposób.”;

30) w art. 45 ust. 7 otrzymuje brzmienie:

„7. W przypadku zmiany umowy koncesji na podstawie ust. 1 pkt 2 lub 3, zamawiający przekazuje do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie umowy

koncesji.”;

31) w art. 46 pkt 1 otrzymuje brzmienie:

„1) zmiany umowy koncesji dokonano z naruszeniem art. 45 ust. 9;”;

32) w art. 47 po ust. 2 dodaje się ust. 2a w brzmieniu:

„2a. Koncesjonariusz, z którym zawarto umowę koncesji z zastosowaniem art. 19 ust. 1 pkt 4–7, której przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót.”;

33) w art. 47 w ust. 3 wyrazy „ich przedstawicieli prawnych” zastępuje się wyrazami „osób do kontaktu z nimi”;

34) po art. 48 dodaje się art. 48a w brzmieniu:

„Art. 48a. 1. Organ sprawujący nadzór nad zamawiającym, w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania art. 19 ust. 1 pkt 4–7, zakazuje zawarcia umowy na czas wyjaśnienia sprawy, nie dłużej jednak niż na 21 dni.

2. Jeżeli organ sprawujący nadzór stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do zawarcia umowy koncesji z zastosowaniem art. 19 ust. 1 pkt 4–7, zakazuje zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta, zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od niej, w wyznaczonym przez ten organ terminie.

3. W przypadku bezskutecznego upływu terminu, o którym mowa w ust. 2, organ sprawujący nadzór występuje do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części.

4. Przepisy ust. 1–3 nie naruszają uprawnień i obowiązków organów sprawujących nadzór nad zamawiającym wynikających z odrębnych przepisów.”;

35) w art. 49:

a) w ust. 1 wyrazy „ust. 2 i 3” zastępuje się wyrazami „ust. 2–4”,

b) po ust. 2 dodaje się ust. 2a w brzmieniu:

„2a. Ogłoszenia w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na usługi społeczne

lub inne szczególne usługi mogą być grupowane i przekazywane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w terminie 48 dni od dnia zakończenia kwartału.”;

36) w art. 50 w ust. 2 pkt 1 otrzymuje brzmienie:

„1) opracowuje, po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, oraz opiniuje projekty aktów normatywnych dotyczące umowy koncesji;”;

37) po art. 56 dodaje się art. 56a w brzmieniu:

„Art. 56a. W ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r. poz. 250, 1020 i 1250) w art. 3a w ust. 1 pkt 3 otrzymuje brzmienie:

„3) dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, na zasadach określonych w ustawie z dnia … o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. ...).”.”;

38) w art. 59 po pkt 2 dodaje się pkt 2a w brzmieniu:

„2a) w art. 5e w ust. 3 w pkt 2 lit. b otrzymuje brzmienie:

„b) zamówienie, do którego nie mają zastosowania przepisy ustawy lub przepisy ustawy z dnia … o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.”;”;

39) w art. 60 w pkt 3, w pkt 9 i 11 skreśla się wyraz „ustawy”;

40) w art. 64 w pkt 1, pkt 13 otrzymuje brzmienie:

„13) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie,

sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,

b) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;”;

41) w art. 65:

a) skreśla się ust. 2,

b) w ust. 3 skreśla się wyrazy „po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy,”;

42) art. 69 otrzymuje brzmienie:

„Art. 69. Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem art. 19 ust. 1 pkt 4–7 oraz ust. 3–5, art. 47 ust. 2a i art. 48a, które wchodzą w życie z dniem 1 stycznia 2017 r.”.

MARSZAŁEK SENATU

Stanisław KARCZEWSKI

U Z A S A D N I E N I E

Na posiedzeniu w dniu 6 października 2016 r. Senat rozpatrzył ustawę o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi i uchwalił do niej 42 poprawki.

Poprawka nr 1 ma charakter redakcyjny.

W związku z tym, iż w polskim systemie prawnym nie zostało zdefiniowane pojęcie „projektu eksperymentalnego" nasuwało się pytanie, jak należy to pojęcie rozumieć. Zdaniem Senatu, synonimem użytego w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. e określenia jest stosowane przez ustawodawcę i zdefiniowane pojęcie „prace rozwojowe". Definicję tego pojęcia sformułowano w art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki. Ustawodawca posługuje się tym pojęciem w przywołanej ustawie również w odniesieniu do obronności i bezpieczeństwa. W art. 2 pkt 2 tej ustawy zdefiniowano bowiem pojęcie „badania naukowe lub prace rozwojowe na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa". Warto przy tym zwrócić uwagę, iż w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. e rozpatrzonej ustawy mówi się dodatkowo o „podstawowych badaniach" i „badaniach stosowanych", które to pojęcia zostały również zdefiniowane w ustawie z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki. Mając na względzie, iż wdrażając prawo unijne do krajowego porządku prawnego należy stosować siatkę terminologiczną właściwą prawu krajowemu oraz dążąc do wyeliminowania ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych, należy zastąpić pojęcie „projekt eksperymentalny" pojęciem „prace rozwojowe" (**poprawka nr 2**).

W związku z tym, iż to jednostka samorządu terytorialnego jako taka, a nie jej zarząd, zaciąga kredyty i jest stroną umowy kredytowej (zarząd reprezentuje jednostkę) oraz uwzględniając, iż ustawodawca nie powinien dokonywać skrótów myślowych w tworzonych przez siebie przepisach, uchwalono **poprawkę nr 3**. Warto przy tym wziąć pod uwagę treść art. 4 pkt 3 lit. ja ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Treść tego przepisu uwzględnia poprawkę Senatu, która eliminowała analogiczny do wskazanego problem.

W związku z zamieszczeniem w art. 5 ust. 1 pkt 9 po średniku zdania: „przyznanie takiego prawa wyłącznego ogłasza się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej", nasuwało się pytanie o jego istotę i treść. Nie było jasne, czy wolą ustawodawcy jest, aby

warunkiem skorzystania z przewidzianego w pkt 9 wyłączenia było wcześniejsze ogłoszenie prawa wyłącznego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czy też nałożenie obowiązku publikacji takiego prawa we wskazanym publikatorze. Jako że publikacja ma być warunkiem skorzystania z wyłączenia z reżimu ustawy „koncesyjnej" oraz w celu wyeliminowania wątpliwości co do charakteru i treści przepisu, uchwalono **poprawkę nr 4**.

Poprawki nr 5, 15, 18, 32, 34 i 42 mają na celu wprowadzenie do ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi rozwiązań analogicznych do tych, które znajdą się w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w następstwie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. Po pierwsze, obejmują one zakresem ustawy koncesje in-house oraz wprowadzają procedury zapewniające przejrzystość udzielania takich koncesji. Po drugie, nakładają one na zamawiających obowiązek wskazania czynności, przy których pracownicy koncesjonariusza i podwykonawców muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Poprawki te ograniczą również zlecanie zadań podwykonawcom przez wykonawców, którzy sami uzyskali koncesję w procedurze niekonkurencyjnej oraz wprowadzają nadzór nad udzielaniem koncesji in-house. Modyfikacja przepisu o wejściu w życie zmierza do tego, aby przepisy o koncesjach in-house weszły w życie z dniem 1 stycznia 2017 r. , tak samo jak przepisy dotyczące zamówień in-house.

Poprawka nr 6 ma charakter redakcyjny. Polega ona na dodaniu brakujących wyrazów. W przepisie nie wskazano co ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Zgodnie z art. 17 pkt 3 zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji przekazuje się, a nie wysyła. Mając to na względzie przyjęto **poprawkę nr 7**, która ujednolica terminologię ustawy.

W związku z tym, iż ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych nie posługuje się pojęciem „publiczne dotacje inwestycyjne", co więcej sformułowania tego nie użyto w żadnym akcie normatywnym, Senat miał wątpliwość co ono oznacza. W ocenie senatorów, ustawodawca mówiąc o „publicznych dotacjach inwestycyjnych" miał na myśli dotacje celowe na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji, o których mowa w art. 127 ust. 1 pkt 1 lit. f ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Mając powyższe na względzie uchwalono **poprawkę nr 8**, która koreluje terminologię rozpatrzonej ustawy z terminologią ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

W art. 10 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 pkt 2 lit. a ustawodawca odnosząc się do zamówień sektorowych odsyła w przypadku pierwszego przepisu do art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (w przepisie tym ustawodawca zdefiniował „zamówienia sektorowe" jako zamówienia, o których mowa w art. 132 ust. 1), natomiast w przypadku drugiego przepisu bezpośrednio do art. 132 ust. 1 przywołanej ustawy. Mając powyższe na względzie oraz kierując się potrzebą ujednolicenia odesłań do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, uchwalono **poprawkę nr 9**.

W art. 11 pkt 2 ustawodawca stanowi, że w przypadku gdy przedmiot umowy koncesji, który nie może być podzielony, obejmuje części które stanowią zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do zawarcia umowy koncesji stosuje się przepisy rozpatrzonej ustawy **albo** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, **zgodnie z wyborem zamawiającego**. Senat zwrócił uwagę, iż zamawiający będą mogli dokonać wyboru reżimu prawnego również w przypadkach wskazanych w art. 10 ust. 2 pkt 3 i 5 rozpatrzonej ustawy, z tym że w tych przepisach nie uznano za celowe podkreślić, że to zamawiający dokona wyboru. Jako że podobne powinno być regulowane analogicznie oraz dążąc do wyeliminowania potencjalnych wątpliwości interpretacyjnych (skoro racjonalny ustawodawca w jednym przepisie wskazał, że wyboru dokonuje zamawiający, a w innym podobnym tego nie uczynił, być może chciał, aby w tym drugim przypadku wyboru reżimu prawnego dokonał ktoś inny niż zamawiający), przyjęto **poprawkę nr 10**.

W art. 13 ust. 2 należy skorygować odesłanie (**poprawka nr 11**). O przekazaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty stanowi art. 37 ust. 1, a nie art. 36.

Zgodnie z „Dobrymi praktykami legislacyjnymi" przy formułowaniu przepisów o charakterze obligatoryjnym należy unikać czasownika modalnego „powinien".[1)] Wyraz „powinien" jest funktorem normotwórczym i w języku prawnym wyraża obowiązek. Zgodnie z zasadami prawa i logiki czasownik (modalny) „powinien" zawarty w aktach normatywnych oznacza „musi". Niemniej w języku potocznym bywa on interpretowany jako „może". Stąd też, mając na względzie wyeliminowanie ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych, dobrą praktykę legislacyjną, orzecznictwo oraz poglądy doktryny dotyczące formułowania przepisów o charakterze obligatoryjnym, Senat uchwalił **poprawki nr 12**, **25** i **26**.

---

1) Zob. http://www.rcl.gov.pl/zalaczniki/artykul_19.pdf

W związku z art. 18 ust. 3 i 4 nasuwało się pytanie, czy zgodne z wolą ustawodawcy jest, aby w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo w Biuletynie Zamówień Publicznych, z wykorzystaniem odpowiednio wzorów standardowych formularzy albo formularzy, publikowane było wyłącznie ogłoszenie o koncesji. Treść przepisu zdaje się sugerować, że w odniesieniu do pozostałych ogłoszeń przewidzianych ustawą zamawiający będzie miał swobodę co do formy i nie będzie musiał korzystać z urzędowych wzorów formularzy. Chociażby w związku z tym, że w rozporządzeniu, które będzie wydane na podstawie art. 18 ust. 6 określony będzie wyłącznie wzór ogłoszenia o koncesji (minister właściwy do spraw gospodarki nie będzie mógł określić w rozporządzeniu innego wzoru ze względu na brak stosownej kompetencji prawotwórczej). Analogiczny do analizowanych przepisów art. 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, stanowiący o ogłoszeniach, ma generalny charakter i odnosi się do wszystkich ogłoszeń publikowanych w unijnym albo krajowym publikatorze. Ponieważ wolą ustawodawcy jest, aby wszystkie ogłoszenia zamieszczane w publikatorach były wystandaryzowane, należy nadać art. 18 ustawy bardziej generalny charakter i odnieść zawarte w nim przepisy do ogłoszeń w ogóle, a nie tylko ogłoszeń o koncesji. Konsekwencją tej zmiany powinno być zmodyfikowanie przepisów ustawy, odsyłających do art. 18 ust. 1 lub 5, jako niekompletnych lub wprowadzających w błąd (**poprawki nr 13, 14, 16 i 30**).

W związku z tym, że kwestie związane z umowami koncesji na usługi społeczne lub inne szczególne usługi uregulowane są w rozdziale 8 ustawy oraz biorąc pod uwagę, że ustawodawca w art. 49 ust. 1 wyłącza umowy koncesji na usługi społeczne lub inne szczególne usługi z reżimu rozpatrzonej ustawy, z wyjątkami wskazanymi w ust. 2 i 3 tego artykułu, zasadne jest, aby regulacja art. 22 ust. 2 została zamieszczona w rozdziale 8. Przepis art. 49 ust. 1 przesądza, że w rozdziale 8 określone są wszystkie wyjątki od zasady, w myśl której zamawiający może nie stosować rozpatrzonej ustawy do umów koncesji na usługi społeczne lub inne szczególne usługi, innymi słowy takich wyjątków nie powinno być w przepisach zawartych w innych jednostkach systematyzacyjnych ustawy. Ponadto wątpliwości budziło odesłanie w art. 22 ust. 2 do art. 18 ust. 5 i nakazanie stosowania tego przepisu. Przepis ten stanowi, iż zamawiający zamieszcza ogłoszenie o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych za pomocą formularzy umieszczonych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Rodziło się bowiem pytanie, w jaki sposób pogodzić ten przepis z art. 49 ust. 2 pkt 2 i 3. Mając powyższe na względzie uchwalono **poprawki nr 17 i 35**.

W związku z tym, że pierwsza część art. 30 ust. 3 odnosi się zarówno do składania ofert, jak i wniosków, w drugiej jego części należy konsekwentnie mówić o terminie składania ofert lub wniosków. Jednocześnie dążąc do zapewnienia należytej komunikatywności tekstowi normatywnemu należy przeredagować przepis. **Poprawka nr 19** ma również na celu prawidłowe wdrożenie art. 39 dyrektywy 2014/23/UE.

Poprawka nr 20 ma charakter redakcyjny i polega na dodaniu brakującego spójnika. Formułując poprawkę uwzględniono art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W związku z tym, że w art. 29 ust. 1 pkt 4 nie ma mowy o relacjach osób wykonujących czynności w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji po stronie zamawiającego z wykonawcą, ale o skazaniu takich osób za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w art. 31 ust. 1 pkt 4 we wprowadzeniu do wyliczenia należy skorygować zbyt szerokie odesłanie (**poprawka nr 21**).

Poprawka nr 22 koreluje punkt wyliczenia z wprowadzeniem do wyliczenia.

Przepis art. 31 ust. 2 pkt 3 stanowi, że z postępowania o zawarcie umowy koncesji zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który nie wykonał albo nienależycie wykonał w **stopniu rażącym** wcześniejszej umowy koncesji lub umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W związku z tym nasuwało się pytanie, dlaczego ustawodawca mówi w tym przepisie o niewykonaniu albo nienależytym wykonaniu umowy w stopniu rażącym, a nie w **stopniu istotnym**, jak to uczynił w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (przepis analogiczny do analizowanego). Dążąc do zapewnienia komunikatywności aktu i mając na względzie spójność orzecznictwa w odniesieniu do podobnych przesłanek wykluczenia z postępowania o zawarcie umowy koncesji i postępowania w sprawie zamówienia publicznego, należy w art. 31 ust. 2 pkt 3 posłużyć się wyrazem „istotny”, a tym samym zastosować taki sam zwrot niedookreślony, jaki użyto w przypadku zamówień publicznych (**poprawka nr 23**).

Uwzględniając treść art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23/UE[2)], należy nadać art. 32 charakter obligatoryjny. Przemawia za tym również art. 20 ust. 1 rozpatrzonej ustawy, który przesądza o tym, iż kryteria kwalifikacji są obligatoryjnym elementem ogłoszenia o koncesji. Mając powyższe na względzie uchwalono **poprawkę nr 24**.

W związku z brzmieniem art. 41 ust. 2 dyrektywy 2014/23/UE[3)] Senat uznał, że należy w ustawie wskazać, że kryteriami oceny ofert w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji mogą być w szczególności: aspekty środowiskowe, społeczne lub innowacyjne przedmiotu koncesji. Podobny przepis został zamieszczony w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (art. 91 ust. 2; przepis ten wdraża art. 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE) – **poprawka nr 27**.

Ustawodawca przenosząc z dyrektywy 2014/23/UE do rozpatrzonej ustawy definicję pojęcia „innowacje" uczynił to nieprecyzyjnie, czyniąc tym samym przepis niejasnym i niezrozumiałym. W **poprawce nr 28** proponuje się odzwierciedlenie w art. 36 ust. 2 ustawy treści art. 5 pkt 13 dyrektywy 2014/23/UE z niezbędną korektą terminologiczną. W związku z tym, że poszczególne wersje językowe równią się, Senat swoją poprawkę oparł na francuskiej wersji językowej, jako najbardziej komunikatywnej[4)].

Poprawka nr 29 koreluje terminologię art. 40 ust. 1 z terminologią art. 37.

W art. 46 pkt 1 należy uwzględnić treść art. 45 ust. 9. Przepis ten odnosi się nie tylko do sytuacji, w której konieczne będzie przeprowadzenie nowego postępowania o zawarcie umowy koncesji, ale również sytuacji, w której konieczne będzie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Formułując **poprawkę nr 31** wzięto pod uwagę art. 145a pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

---

2) Przepis art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23/UE stanowi m.in., że „instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający w**eryfikuje warunki udziału dotyczące zdolności zawodowych i technicznych kandydatów lub oferentów, ich sytuacji finansowej i ekonomicznej** - na podstawie ich własnych deklaracji - a także referencje, jakie należy przedłożyć jako dowód, **zgodnie z wymogami określonymi w ogłoszeniu o koncesji…"**.

3) Przepis art. 41 ust. 2 dyrektywy 2014/23/UE stanowi: „Kryteria udzielania koncesji muszą być związane z przedmiotem koncesji i nie mogą dawać instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. **Mogą one obejmować, między innymi, kryteria środowiskowe, społeczne lub związane z innowacją.**".

4) Przepis art. 5 pkt 13 dyrektywy 2014/23/UE, we francuskiej wersji językowej, stanowi: „«innovation», la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris mais pas exclusivement des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, qui permette notamment de relever des défis sociétaux ou soutienne la stratégie Europe 2020.".

W związku z art. 47 ust. 3 nasuwało się pytanie, co ustawodawca rozumie pod pojęciem „przedstawiciel prawny”, w szczególności czy miał on na myśli przedstawiciela w rozumieniu art. 95 i art. 96 Kodeksu cywilnego (a więc przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika). Zdaniem Senatu, intencją ustawodawcy jest, aby koncesjonariusz był obowiązany podać zamawiającemu dane kontaktowe (np. nr telefonu) osoby do kontaktu z podwykonawcą, która to osoba będzie *sui generis* reprezentantem podwykonawcy w trakcie prac (z tym że nie w znaczeniu formalnym, ale funkcjonalnym), tj. osobą, do której zamawiający będzie mógł się zwrócić w sprawie sposobu wykonania przedmiotu umowy koncesji. **Poprawka nr 33** uwzględnia art. 36b ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (przepis w kształcie uwzględniającym analogiczną poprawkę Senatu do ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych).

W związku z art. 50 ust. 2 pkt 1 nasuwało się pytanie, czy zgodne z wolą ustawodawcy jest, aby Prezes Urzędu Zamówień Publicznych był obowiązany, opiniując projekt aktu normatywnego dotyczący umowy koncesji, zasięgać opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego (opinia do opinii). W ocenie Senatu taka konstrukcja uczyni nieefektywnym proces opiniowania projektu przez Urząd Zamówień Publicznych. Opiniowanie przez ministra powinno być ograniczone wyłącznie do opracowywania projektów aktów normatywnych (dodatkowe obligatoryjne konsultacje wewnątrzrządowe na etapie tworzenia projektu, przed skierowaniem ostatecznego projektu przez członka Rady Ministrów do uzgodnień międzyresortowych), ze świadomością, że jest to rozwiązanie nietypowe (proces opiniowania projektów przez członków Rady Ministrów, zgodnie z Regulaminem Pracy Rady Ministrów, następuje w ramach uzgodnień międzyresortowych) – **poprawka nr 36**.

W związku z tym, że art. 3a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach będzie obowiązywał do 31 grudnia 2016 r. oraz mając na uwadze, że rozpatrzona ustawa wejdzie w życie przed tym dniem, należy znowelizować dodatkowo wskazany artykuł i w jego ust. 1 w pkt 3 dokonać korekty tytułu ustawy „koncesyjnej” – **poprawka nr 37**.

W związku z tym, iż tytułem dotychczasowej ustawy dotyczącej koncesji (ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi) ustawodawca posługuje się również w art. 5e ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych, należy konsekwentnie zmienić również ten przepis i posłużyć się w nim tytułem rozpatrzonej ustawy – **poprawka nr 38**.

Poprawka nr 39 ujednolica terminologię nowelizowanych przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W związku z tym, że art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych odnosił się będzie również do zamówień udzielanych przez państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, konieczne było uchwalenie **poprawki nr 40**.

W art. 65 ust. 3 ustawodawca przesądził, że do umów koncesji zawartych, po dniu wejścia w życie opiniowanej ustawy, w następstwie postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie nowych regulacji, stosować się będzie przepisy dotychczasowe. Przepis ten zawiera lukę. Nie przesądza on bowiem, jakie przepisy należy stosować do umów koncesji zawartych w dniu wejścia w życie ustawy. Dążąc do wyeliminowania tej luki, Senat uchwalił **poprawkę nr 41**. Skreślenie ust. 2 w art. 65 wynika z tego, iż ust. 3 w brzmieniu uwzględniającym poprawkę, obejmował będzie swym zakresem również treść ust. 2 (umowy zawarte przed dniem wejścia w życie ustawy są umowami zawartymi w następstwie postępowań wszczętych przed tym dniem).