



www.krasp.org.pl

Konferencja
Rektorów
Akademickich
Szkoł
Polskich

Przewodniczący:

prof. zw. dr hab.
Wiesław Banyś
Rektor

Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach
wieslaw.banys@krasp.org.pl

Biuro KRASP:

Krakowskie Przedmieście 26/28
00-927 Warszawa
tel.: 22 55 20 352
fax: 22 55 21 567
biuro@krasp.org.pl

Warszawa, 28 maja 2015 r.

KRASP/161/2015

Szanowny Pan
Dariusz Piasta
Wiceprezes
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Szanowny Panie Prezesie,

W odpowiedzi na pismo nr UZP/DPL/L-ASI/WL/020/45/15 Kw-3704/15 z 17 kwietnia 2015 r. w załączeniu przesyłam opinie Komisji ds. Ekonomicznych oraz Komisji ds. Organizacyjnych i Legislacyjnych Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich dotyczące *projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi*.

Z wyrazami szacunku

prof. zw. dr hab. Wiesław Banyś
Przewodniczący KRASP

Opinia
Komisji ds. Organizacyjnych i Legislacyjnych
Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich
dotycząca projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi
(projekt z dn. 17 kwietnia 2015 r.)

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na język, w jakim napisany jest projekt ustawy. Jest on niejasny i niezrozumiały. Część przepisów wymaga kilkukrotnego przeczytania, aby zrozumieć o co w nich chodzi. Wątpliwości budzi również nazewnictwo oraz systematyka. W szczególności dotyczy to określeń odnoszących się do uczestników postępowania. Jeśli wprowadza się pojęcia kandydat, oferent, wykonawca i koncesjonariusz to należy używać ich konsekwentnie a nie naprzemiennie, np. wykonawca w miejsce kandydat czy oferent. Odnośnie do wspomnianej systematyki szczególną uwagę zwraca opisanie procedury zawierania umów w kilku rozdziałach. Taka konstrukcja nie daje jasnych wytycznych co do sposobu postępowania w tym zakresie i burzy jednolity tok postępowania.

Uwagi szczegółowe

W art. 1.2., który mówi o powierzeniu na podstawie umowy koncesji realizacji zadania, posłużono się określeniem „wykonawca” kiedy na etapie po zawarciu umowy uczestnik postępowania jest już koncesjonariuszem. Podobnie w art. 2.2 naprzemiennie posłużono się określeniami „koncesjonariusz” i „wykonawca”.

Niejasny wydaje się przepis art. 7 ust. 1. Według jakich kryteriów wyznacza się „główny przedmiot koncesji”. Czy zamawiający ma w tym zakresie swobodę, czy też ma tu zastosowanie art. 9 ust. 1.

Wyjaśnienia czy doprecyzowania wymaga również art. 10 ust. 4. Nie wiadomo co oznacza, że zamawiający działa w sposób proporcjonalny.

W odniesieniu do art. 16 ust. 2 należy wyjaśnić, jakie osoby uznawane są za defaworyzowane lub wskazać odnośne przepisy definiujące tę grupę.

Zastanawia i wymaga wyjaśnienia treść art. 18 ust. 3. Jakie znaczenie i czemu ma służyć ta regulacja.

Kontrowersyjny wydaje się art. 23 ust. 2. Pozostawienie otwartego katalogu przesłanek unieważnienia postępowania może być przyczyną wielu sporów i wydłużyć procedurę postępowania.

Odnośnie do art. 36 ust. 2 – czy pod pojęciem referencji rozumie się również dokumenty potwierdzające spełnianie kryteriów ekonomicznych, np. bilans, rachunek zysków i strat.

Nieprecyzyjny jest art. 38 ust. 2. Czy w tym przepisie nie należałoby wskazać, że wykonawcy przypisują określone wagi kryteriom oceny ofert.

Użyte w art. 20 ust. 5 określenia są nieostre. Co oznacza „odpowiedni poziom”, „sposób przejrzysty”, „obiektywne kryteria”, „rzeczywista konkurencja”? Przepis w tym brzmieniu nie jest jednoznaczny i stwarza pole do nadużyć lub błędnej interpretacji.

Art. 25 przewiduje możliwość zawarcia umowy koncesji bez obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia informacyjnego, jeśli zachodzi co najmniej jedna z kilku wymienionych okoliczności. Brak konkurencji ze względów technicznych jest przesłanką nieostrą i trudną do zdefiniowania. Powstaje szerokie pole wątpliwości co do tego, kiedy przesłanka ta zachodzi i w jaki sposób podmiot udzielający koncesji ma udowodnić, że rzeczywiście tylko jeden wykonawca jest w stanie wykonać dane roboty budowlane lub usługi. Pojęcie „względy techniczne” nie jest zdefiniowane w ustawie, co stwarza możliwość dowolnej interpretacji.

W komentarzu do art. 37 stwierdzono, że nowe brzmienie przepisu kładzie nacisk na konieczność udowodnienia przez wykonawcę zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w ciągu całego okresu realizacji umowy koncesji. W odniesieniu do sytuacji finansowej wprowadzono możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawców i podmiotów udostępniających zasoby solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy koncesji. Regulacje powyższe będą miały pozytywny wpływ na etap realizacji umowy. Proponowana regulacja jest bardzo podobna do regulacji istniejącej w ustawie Prawo zamówień publicznych. Należy pamiętać, że w praktyce posługiwanie się zasobami podmiotów trzecich oraz udowadnianie rzeczywistego nimi dysponowania stwarza wiele problemów formalnych na etapie oceny ofert oraz problemów praktycznych przy realizacji zamówienia. Trzeba pamiętać, że kwestia dostępności zasobów podmiotów trzecich jest jedną z najbardziej kłopotliwych dla wykonawców i stwarza znaczne pole do nieuczciwości zarówno w procedurze wyboru wykonawców jak i na etapie wykonania zamówienia.

W komentarzu do art. 38 stwierdzono, że wprowadza on elastyczne rozwiązania promujące innowacyjność produktów i usług, wskazując, iż przypadku gdy oferta zawiera rozwiązanie innowacyjne, stanowiące wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy, lub relacjach zewnętrznych, w szczególności mające na celu rozwiązanie problemów społecznych lub wspieranie strategii społecznych, o wyjątkowym poziomie funkcjonalności, których zamawiający nie mógł przewidzieć, mimo zachowania należytej staranności, w drodze wyjątku, może zmienić kolejność kryteriów oceny ofert w celu uwzględnienia tego rozwiązania. Określenia „rozwiązanie innowacyjne, nowa metoda marketingowa lub nowa metoda organizacyjna” nie mają definicji ustawowej. W jaki zatem sposób Zamawiający oceni zastosowanie ww. rozwiązań przez Wykonawcę? Jak należy rozumieć określenie „w drodze wyjątku”?

W art. 42 ust 3 Zamawiający zobowiązany został do podjęcia stosowych środków w celu zapewnienia na etapie realizacji umowy koncesji przestrzegania przez wybranego koncesjonariusza przepisów z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska oraz przepisów o zabezpieczeniu społecznym, w szczególności w klauzulach umownych zawiera stosowne zobowiązania koncesjonariusza do przestrzegania przepisów z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska oraz przepisów o zabezpieczeniu społecznym oraz określa sankcje w przypadku stwierdzenia nieprzestrzegania wskazanych zobowiązań. Nie jest jasne, jak należy rozumieć określenie „stosowne środki”. Wskazany w przepisie katalog dopuszczalnych środków jest katalogiem otwartym. Przepis wymaga doprecyzowania – zwrot „stosowne środki” powinien zostać usunięty lub doprecyzowany.

Dodatkowe uwagi szczegółowe

Art. 1 ust. 2

Po wyrazie „płatnością” winno być: na rzecz zamawiającego. Doprecyzowanie, na czym rzecz jest płatność, ma istotne znaczenie dla odróżnienia koncesji od zamówienia publicznego.

Art. 4 ust. 1

Ustawę stosuje się do umów o wartości równej lub wyższej niż 5 186 000 EUR (21 910 331,40 zł). Ten próg wynika z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji. To jest wysoki próg (obecnie obowiązująca ustawa nie ma progu).

Art. 5 ust. 1 pkt. 2 lit. a-b

Dlaczego jest tu mowa o dostawach, skoro ustawa dotyczy robót budowlanych i usług? Chyba, że dostawę rozumiemy tu zgodnie z KC – jako wytworzenie i dostarczenie. W PZP za dostawę uznaje się wyłącznie dostarczenie. Sądzymy jednak, że jest to błąd wynikający z przepisania tego art. (i następnego) z nowej ustawy PZP. Wydaje się, że w art. 5 występuje nieprawidłowa numeracja.

Art. 6

pkt 1: Wprowadzenie platformy e-zamówienia zostanie prawdopodobnie przesunięte w czasie o nawet kilka lat. Na pewno nie wejdzie w życie wraz z nową ustawą PZP.

pkt. 4-5: Wprowadza się do słowniczka terminy: kandydat, koncesjonariusz, oferent i wykonawca. Stanowczo za dużo jest tych terminów. Wydaje się, że wystarczą: kandydat (albo oferent) i koncesjonariusz.

Art. 7 ust. 1

Jeżeli przedmiotem są roboty budowlane oraz usługi, to co według ustawodawcy jest głównym przedmiotem koncesji? Jeśli mamy, przykładowo: wybudowanie Aquaparku i świadczenie usług rekreacyjnych, to co jest głównym przedmiotem?

Art. 10

ust. 2: Termin „sztuczne” jest nieostry i nie wiadomo co oznacza. Może raczej należałoby użyć terminu „nadmierne” albo „nieuzasadnione”? Trzeba pamiętać o tym, że stawiając jakikolwiek warunek udziału w postępowaniu dokonujemy ograniczenia konkurencji. Niektóre ograniczenia konkurencji są uzasadnione i wskazane.

ust. 4: Mamy obawy o interpretację terminu: „niedyskryminacyjne”. Teoretycznie, jeśli stawiamy jakiś warunek, to dyskryminujemy wykonawców, którzy tego warunku nie spełniają. Wiemy, że ten termin został zaczerpnięty z Traktatu o Unii Europejskiej, jednak już widzimy kontrolerów projektów unijnych, którzy będą interpretować ten termin dosłownie. Co znaczy: działać w sposób proporcjonalny? Uważamy, że zdecydowanie lepiej brzmią zasady udzielania zamówień w obecnej ustawie PZP: Art. 7. 1. (PZP): Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 13

W obecnej ustawie PZP pod pojęciem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (tu koncesję) rozumie się zarówno członków konsorcjum, jak również wspólników spółki cywilnej, którzy nie muszą zawierać umowy konsorcjum.

Art. 15 ust. 1

Nie jest jasne, czy określenie „przez posłańca” można rozumieć również jako: „za pośrednictwem firmy kurierskiej”? Jeśli tak, to ok. W Dyrektywie w sprawie udzielania koncesji jest po prostu: za potwierdzeniem odbioru i to jest chyba lepszy zapis.

Art. 18

ust. 3: Sformułowanie niewłaściwe, przepisane wprost z art. 8 ust. 3 Dyrektywy w sprawie udzielania koncesji. Po co zmieniać wartość szacunkową? Czym innym jest wartość szacunkowa, a czym innym wartość udzielonej koncesji. Należy wykreślić.

ust. 7: W myśl projektu ustawy, jeżeli koncesją będą objęte:

- 1) wybudowanie Aquaparku i jego eksploatacja przez 10 lat,
- 2) prowadzenie baru w Aquaparku.

obie części trzeba będzie zsumować i udzielić koncesji w tym samym trybie. Nie jesteśmy pewni, czy to jest słuszne.

W projekcie ustawy brakuje czegoś na kształt art. 6a obecnej ustawy Pzp: Art. 6a (PZP) W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80.000 euro dla dostaw lub usług oraz 1.000.000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia.

Art. 20 ust. 6

Nie jesteśmy pewni, czy dobrze rozumiemy obowiązek rejestrowania. Podejrzewamy, że jest to odpowiednik dokumentowania (tak jest w obecnej ustawie PZP), tylko w odniesieniu do czynności wykonywanych elektronicznie.

Art. 34 ust. 1 pkt 4

Mamy tu odwrócenie ról. W obecnej ustawie PZP to wykonawca musi udowodnić, że jest niewinny, tzn. że nie zalega z podatkami i składkami na ZUS (składając zaświadczenia o niezaleganiu). Tu mamy sytuację odwrotną: zamawiający ma wykazać przesłankę do wykluczenia wykonawcy za pomocą dowolnych środków dowodowych. Czyli zamawiający będzie żądać złożenia zaświadczeń o niezaleganiu, po to aby mieć dowód. Ale jeśli wykonawca nie złoży zaświadczenia, to nie ma dowodu. Na szczęście jest pkt 8, który stanowi, iż gdy wykonawca nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, to też podlega wykluczeniu. Nota bene, w punkcie 8 jest niewłaściwa składnia: podmiot jest w liczbie mnogiej, a orzeczenie odnosi się do liczby pojedynczej.

Art. 34 ust. 4

To jest furtka dla nieuczciwych wykonawców. Naszym zdaniem niepotrzebna.

Art. 36 ust. 2

Mamy wątpliwości dotyczące użycia terminu „referencje” w odniesieniu do dokumentów potwierdzających sytuację ekonomiczną i finansową oraz zdolność techniczną i zawodową. Czy wyciąg z banku ze stanem konta albo uprawnienia kierownika budowy można nazwać referencjami? W powszechnym znaczeniu referencje oznaczają poświadczenie dobrze wykonanej roboty, usługi.

Art. 37 ust. 3

W obecnej ustawie PZP ustawodawca odnosi solidarną odpowiedzialność do wszystkich okoliczności polegania na cudzym potencjale (wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia, potencjał ekonomiczny i finansowy). Art. 26 ust. 2 e ustawy PZP: Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek niedostępności tych zasobów, chyba że za niedostępność zasobów nie ponosi winy. Tymczasem art. 37 ust. 3 ogranicza możliwość żądania solidarnej odpowiedzialności do polegania na potencjale finansowym. Jest to dziwne, gdyż z treści art. 37 ust. 1 wynika, iż dopuszcza się korzystanie z dowolnych zdolności innych podmiotów. Na marginesie, warto dodać, że na stronie 23 uzasadnienia projektu ustawy znalazło się zdanie: „W odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający będzie mógł wymagać od wykonawców i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za wykonanie koncesji”. Generalnie, mamy tu (art. 37 ust. 1) do czynienia z bardzo poważnym problemem, z którym nie radzi sobie nawet KIO.

Art. 38 ust. 3

Bardzo kontrowersyjna sprawa. To jest zmiana kryteriów oceny ofert po otwarciu ofert. I co należy rozumieć pod pojęciem zmiany kolejności kryteriów? Jeżeli pierwotnie była kolejność: 80% cena
20% rozwiązania techniczne,
to czy po zmianie może być:

80% rozwiązania techniczne
20% cena?

Art. 40 ust. 2

pkt. 1: Uważamy, że należy usunąć tekst po przecinku. Całkowicie wystarczające jest podanie punktacji.

pkt. 2-3: Absolutnie niezrozumiałe jest zawężenie informacji o punktacji wyłącznie do oferty najkorzystniejszej i oferty wykonawcy informowanego. Dlaczego nie można upublicznić punktacji wszystkich ofert?

Art. 42 ust. 3

Czy to nie jest błąd redakcyjny: „przepisów z przepisów prawa pracy”.

Art. 46 ust. 1 pkt 1

„Klauzule przeglądowe” – to zdaje się jakiś nowy termin unijny. W polskim prawie chyba nie występuje, zatem nie wiadomo, co to jest.

Art. 46 ust. 1 pkt 2 lit. a

„Interoperacyjność” – to kolejny termin unijny żywcem przeniesiony na grunt projektu ustawy. W polskim prawie występuje chyba tylko w punkcie 13 art. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Termin ten oznacza w myśl zapisów ustawy "zdolność sieci telekomunikacyjnych do efektywnej współpracy w celu zapewnienia wzajemnego dostępu użytkowników do usług świadczonych w tych sieciach". Inna definicja: Interoperacyjność to cecha produktu lub systemu, którego interfejsy funkcjonują w pełnej zgodności, tak by współpracować z innymi produktami lub systemami, które istnieją, bądź mogą istnieć w przyszłości, bez jakiegokolwiek ograniczenia dostępu lub ograniczonych możliwości implementacji

Art. 46

Sporo tu nieostrych określeń:

„zmiana ogólnego charakteru umowy koncesji”,
„istotna niedogodność”,
„znaczne zwiększenie kosztów”,
„charakter umowy koncesji różni się w sposób istotny”,
„zmiana znacznie rozszerza zakres przedmiotowy”.

Art. 48 ust. 3

Przepis może być martwy, gdyż koncesjonariusz zawsze może stwierdzić, że dane nie są znane w tym momencie.

Art. 48 ust. 6

Tu jest coś nie tak. Zamawiający ma wykluczyć podwykonawcę na etapie robót budowlanych? Wykluczenie, o którym mowa w art. 34, to wykluczenie z postępowania o udzielenie koncesji. Na etapie robót postępowanie jest zakończone, koncesja udzielona. Jeśli jednak tak ma być, to w ust. 3 należałoby dodać, że koncesjonariusz musi przekazać zamawiającemu nie tylko informacje, ale również dokumenty dotyczące podwykonawców, wymagane na etapie postępowania od oferenta na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w świetle art. 34.

Uwagi końcowe

1. Do katalogu wyłączeń stosowania ustawy koncesji należy wyłączyć umowy zawierane ze spółkami spin off.
2. W projekcie ustawy brakuje uregulowania takich czynności, jak: uzupełnienie brakujących dokumentów, wyjaśnienie treści oferty, poprawienie błędów.

Opinia
Komisji ds. Ekonomicznych
Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich
dotycząca projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi
(projekt z dn. 17 kwietnia 2015 r.)

Uwagi wstępne

Podobnie jak w przypadku projektu nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, konieczność zasadniczej nowelizacji, a w istocie przygotowania nowej ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi (w dalszym ciągu tekstu zwanej „ustawą”) wynika z konieczności inkorporacji do polskiego porządku prawnego nowego ważnego europejskiego aktu prawnego, jakim jest w tym przypadku Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (zwana dalej dyrektywą koncesyjną). Z jednej strony dyrektywa koncesyjna charakteryzuje się typowymi dla umów koncesji uproszczeniami w stosunku do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, z drugiej zaś zawiera znaczną część identycznych w stosunku do zamówień publicznych przepisów. W ujęciu całościowym można powiedzieć, iż dyrektywy o zamówieniach publicznych i dyrektywa koncesyjna uwypuklają kluczową rolę zamówień publicznych oraz umów koncesji w realizacji strategii „Europa 2020”, czyli strategii na rzecz inteligentnego, trwałego i inkluzywnego rozwoju gospodarczego. Zarówno zamówienia publiczne, jak i koncesje na roboty budowlane stanowią instrumenty rynkowe, które można wykorzystywać do promocji tak rozumianego rozwoju (wzrostu) społeczno-gospodarczego.

Pozytywnie należy ocenić to, że projekt ustawy koncesyjnej rozpoznaje i adresuje szereg problemów, które w dotychczasowej ustawie nie były w ogóle, czy były w niedostatecznym stopniu adresowane; problemy takie to na przykład:

- brak pewności prawnej w zakresie odróżnienia umów koncesji od zamówień publicznych,
 - brak reguł odnośnie do stosowania właściwych przepisów w przypadku koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz umów mieszanych,
 - brak właściwego szacowania wartości umowy koncesji,
 - brak wyłączeń z obowiązku stosowania umów koncesyjnych,
 - brak swobody zamawiającego w wyborze procedury właściwie dostosowanej do jego potrzeb w związku z wyborem określonego koncesjonariusza,
 - brak organu właściwego w sprawie zawierania umów koncesyjnych,
 - brak regulacji odnośnie do stosowania przez zamawiających podwykonawstwa,
- i wiele innych.

Stosownie do tego projekt ustawy koncesyjnej wprowadza szereg konkretnych, nowych regulacji, formułując także odpowiednie nazewnictwo. Przed przedstawieniem ogólnych i szczegółowych uwag dotyczących tego projektu, warto w szczególności podkreślić i uznać za właściwe rozwiązanie powierzenie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych właściwości w sprawach umów koncesji oraz określania zadań i sposobu realizacji kompetencji w zakresie tego rodzaju umów.

Zmiany, które muszą być inkorporowane do polskiego prawa w związku z nową dyrektywą koncesyjną 2014/23/UE, mają charakter obligatoryjny i są tak liczne oraz szerokie, że za celowe należy uznać decyzję legislacyjną, aby ta inkorporacja miała miejsce nie w drodze nowelizacji dotychczas obowiązującej regulacji, ale poprzez opracowanie zupełnie nowej ustawy w stosunku do obowiązującej ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r.

Uwagi o charakterze ogólnym

1. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że język, w jakim napisany jest projekt ustawy, jest niejasny i często niezrozumiały. Wątpliwości budzi również nazewnictwo oraz systematyka; w szczególności dotyczy to określeń odnoszących się do uczestników postępowania. Jeśli wprowadza się pojęcia kandydat, oferent, wykonawca i koncesjonariusz, to należy używać ich konsekwentnie, a nie naprzemiennie, np. wykonawca w miejsce kandydat czy oferent. Odnośnie do wspomnianej systematyki, szczególną uwagę zwraca opisanie procedury zawierania umów w kilku rozdziałach. Taka konstrukcja nie daje jasnych wytycznych co do sposobu postępowania w tym zakresie.
2. Podobnie jak w projektowanym Prawie zamówień publicznych, słownik definicji legalnych nie jest jednoznaczny. Przykładowo może budzić wątpliwości, podobnie jak w projekcie ustawy PZP, pojęcie „obiekt budowlany” czy „samodzielna funkcja techniczna lub gospodarcza”. Analogicznie, jest wiele sformułowań niejednoznacznych przy opisie przedmiotu zamówienia, np. odwołanie się do "proporcjonalności przedmiotu umowy". Jakie są wyznaczniki proporcjonalności?
3. W projekcie jest wiele niejednoznaczności w przepisach oraz wiele sformułowań, które mogą być różnie interpretowane przez organy kontrole; np. "obiektywnie podzielne" - nie wiadomo, czy chodzi tutaj o podział fizyczny rzeczy rozumiany w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego, czy też o coś innego.
4. Ustawa odsyła wprost do załączników określonych w dyrektywach unijnych w zakresie np. definicji usług społecznych czy innych usług szczególnych. Taka konstrukcja ustawy jest nieczytelna i wymaga sięgania wprost do dyrektyw unijnych. Taka regulacja powinna być określona przez akty wykonawcze do ustawy w postaci np. rozporządzenia.
5. Mało czytelny jest zakres przedmiotowy stosowania ustawy w odniesieniu do tego, kiedy należy stosować przepisy ustawy PZP, a kiedy ustawy o koncesji. Z ustawy wprost nie wynika, czy można inwestycję traktować jako całość, czy też całe zamówienie musi być podzielone na "obiektywnie podzielne części".
6. W związku z tym, że umowy na koncesje zawierają wiele odesłań do PZP oraz wiele podobnych regulacji, uzasadnionym byłoby wprowadzenie stosownych regulacji do PZP, a nie do odrębnej ustawy. Powielanie zapisów jednej ustawy w innej ustawie sprawia, że przepisy są zagmatwane i może dochodzić do błędów oraz różnic.
7. W związku z uwagą 5 nasuwa się pytanie generalne: dlaczego nie połączono tych dwóch wyżej omawianych regulacji prawnych, tak jak to miało miejsce w przypadku dyrektywy obronnej.
8. Zasady udzielania zamówień są niejasne i niejednoznaczne. Nie wiadomo jak np. interpretować pojęcie "sposób przejrzysty i proporcjonalny". Sformułowanie "proporcjonalny" było weryfikowane już przez sądy orzekające KIO w sposób odmienny, tj. niezgodny z literalnym jego brzmieniem.

Uwagi szczegółowe

1. Jednoznacznie określony termin złożenia oświadczenia o bezstronności osób może być w praktyce trudny do zrealizowania. Może zmuszać do fałszowania dat pod oświadczeniem w przypadku przebywania na zwolnieniu lekarskim.
2. Nie określono sankcji za niezłożenie oświadczenia lub też złożenie oświadczenia w innym terminie oraz ewentualnych konsekwencji prawnych tego uchybienia.

3. Odesłanie wprost do przepisów PZP w zakresie Konsorcjów jest niejednoznaczne - nie wskazano konkretnych regulacji, tzn. nie wskazano, jakie przepisy ustawy PZP powinno się stosować wprost, a jakie odpowiednio. W naszej ocenie odesłanie w tym zakresie do PZP potwierdza, że trudno oddzielić ustawę o koncesjach od PZP, co w sposób konkretny sugeruje, aby te regulacje połączyć w jedną całość.
4. Niejasny wydaje się przepis art. 7 ust. 1. Według jakich kryteriów wyznacza się „główny przedmiot koncesji”. Czy zamawiający ma w tym zakresie swobodę, czy też ma tu zastosowanie art. 9 ust. 1.
5. Art. 14, dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi przejęcie regulacji z ostatniej nowelizacji PZP. W doktrynie podnosi się, że przepis został skonstruowany wadliwie, nie określono bowiem, czy brak zastrzeżenia lub wadliwe zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa podlega wyjaśnieniu przez zamawiającego, czy też nie, a jeżeli tak, to w jakim trybie i na jakich zasadach. Przepis ten nie upoważnia również organizatora postępowania do żądania wyjaśnień w sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę lub wnioski nie udowodnił, iż zastrzeżone informacje w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zabrakło również regulacji prawnych stanowiących, że nieprawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest np. równoznaczne z uprawnieniem zamawiającego do odtajnienia takich informacji bez żadnych konsekwencji prawnych.
6. Regulacja określona w art. 15 ust. 2, dotycząca formy telefonicznej ustnego porozumiewania się, pod warunkiem utrwalenia treści na nośniku, jeżeli nie dotyczą one „istotnych elementów postępowania”, może budzić wątpliwości interpretacyjne na etapie prowadzenia postępowania.
7. W odniesieniu do art. 16 ust. 2 wyjaśnić należy, jakie osoby uznawane są za defaworyzowane lub wskazać odnośne przepisy definiujące tę grupę, np. ustawę o spółdzielniach socjalnych.
8. Podobnie jak w przypadku projektu ustawy PZP, ustalenie wartości szacunkowej umowy koncesji na dzień przekazania ogłoszenia lub wysłania zaproszenia w praktyce może być trudne do wykonania. Oszacowanie przedmiotu zamówienia jest bowiem czynnością skomplikowaną, może wymagać posiadania uprawnień specjalnych, czy też specjalistycznej wiedzy. Bardziej uzasadnione byłoby wprowadzenie jakiejś tolerancji czasowej w tym zakresie, jak to jest w aktualnie obowiązującej ustawie PZP; np. szacowanie wartości umowy koncesji nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert lub wniosków.
9. Zakaz dzielenia przedmiotu koncesji będzie budził wątpliwości interpretacyjne. Nie wiadomo bowiem, co oznacza sformułowanie „obiektywne przyczyny”. Takie niejednoznaczne pojęcia stanowią podstawę do nadinterpretacji przepisów zarówno przez samych zamawiających, jak i organy kontrole. Taki stan powoduje konieczność wydawania opinii prawnych przez UZP, przy czym zdarza się, że opinie UZP nie są zgodne z orzeczeniami KIO. Powoduje to po stronie zamawiających stan dużej niepewności.
10. W naszej ocenie zakaz zmiany umowy koncesji w trakcie negocjacji wydaje się „trochę” niezrozumiały. Powinna być dopuszczona możliwość wprowadzania zmian, chociażby w ograniczonym zakresie. Przy tak zaprojektowanej regulacji zamawiający jest pozbawiony możliwości naprawienia ewentualnych błędów w umowie, które zostały ujawnione w trakcie prowadzonych negocjacji.
11. Bardzo odformalizowane procedury i pozostawienie pełnej swobody zamawiającemu w ich kształtowaniu może doprowadzić do niejednolitej praktyki stosowania ustawy. Dla zamawiających zdecydowanie bardziej korzystne są procedury określone wprost w

ustawie, niż tworzenie własnych, które nie wiadomo, w jakim zakresie będą kontrolowane, a - co istotniejsze - kwestionowane przez organy kontrolne.

12. Art. 20 ust. 5: Wątpliwości budzi możliwość sprawiedliwej selekcji kandydatów i sposób jej przeprowadzania. Uważamy, iż nie należałoby ograniczać liczby oferentów, a każdy z nich spełniający warunki formalne powinien być dopuszczony do postępowania. Większa liczba oferentów daje Zamawiającemu szerszy pogląd na aktualną sytuację na rynku: kształtowanie się cen oraz możliwości konkurencji i ewentualne negocjacje cen. Generalnie, należy podkreślić, że w ustępie tym występuje szereg nieostrych określeń: „odpowiedni poziom”, „sposób przejrzysty”, „obiektywne kryteria”, „rzeczywista konkurencja”. Niejednoznaczne jest również określenie, że liczba zaproszonych podmiotów musi gwarantować „rzeczywistą konkurencję”.
13. Kontrowersyjny wydaje się również art. 23 ust. 2. Pozostawienie otwartego katalogu przesłanek unieważnienia postępowania może być przyczyną wielu sporów i wydłużyć procedurę postępowania.
14. Przesłanki określone w art. 25, dotyczące możliwości odstąpienia od publikacji ogłoszenia mogą być kwestionowane co do zasady przez kontrolerów na zasadzie analogii zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Ciężar dowodu będzie przerzucony na zamawiającego, zgodnie z regulacjami kodeksu cywilnego. W związku z tym może dochodzić do sytuacji, w której zamawiający - nawet jak będzie miał podstawę do niepublikowania ogłoszenia z uwagi na spełnienie przesłanek - i tak będzie postępowanie prowadził w procedurze konkurencyjnej po to tylko, aby uniknąć zarzutu nieuzasadnionego utrudniania uczciwej konkurencji. Ponadto należy dodać, że brak konkurencji ze względów technicznych jest przesłanką nieostrą i trudną do zdefiniowania. Powstaje szerokie pole wątpliwości co do tego, kiedy przesłanka ta zachodzi i w jaki sposób podmiot udzielający koncesji ma udowodnić, że rzeczywiście tylko jeden wykonawca jest w stanie wykonać dane roboty budowlane lub usługi. Pojęcie „względy techniczne” nie jest zdefiniowane w ustawie, co stwarza możliwość dowolnej interpretacji.
15. Art. 25 przewiduje możliwość zawarcia umowy koncesji bez obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia w przypadku, gdy roboty budowlane lub usługi mogą być świadczone przez jednego wykonawcę z powodu braku konkurencji ze względów technicznych. Nawet w najbardziej specjalistycznych gałęziach budownictwa istnieje zawsze możliwość wykonania usługi przez dwie firmy. Zawieranie więc umowy bez publikacji ogłoszenia wiązać się będzie z utrudnieniem konkurującym firmom dostępu do wiedzy o planowanym przedsięwzięciu. Skutkiem tego będzie możliwość dyktowania i zawyżania ceny przez jednego oferenta, który złoży ofertę.
16. Art. 32 ust. 6 stwierdza, iż zamawiający nie może odrzucić oferty, która jego zdaniem nie spełnia wymogów technicznych i funkcjonalnych, o ile oferent udowodni, że rozwiązania które zaproponował spełniają w równoważny sposób wymogi techniczne i funkcjonalne. Może to być („udowodnienie równoważności”) bardzo problematyczne w praktyce dla wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.
17. W naszej ocenie uzależnienie złożenia oferty lub wniosku od obecności w „określonym miejscu lub po dokonaniu sprawdzenia dokumentów na miejscu” ogranicza konkurencję. W chwili obecnej - według kontrolerów zamówień publicznych współfinansowanych ze środków unijnych - obowiązek przeprowadzenia wizji, od której jest uzależnione złożenie oferty lub wniosku, a nawet samo wprowadzenie wizji lokalnej jako czynności pomocniczej, jest traktowane jako próba wprowadzenia preferencji lokalnych oraz próba eliminacji konkurencji zagranicznej. Tym samym podmioty będące daleko od określonego miejsca mają utrudnioną możliwość pozyskania zamówienia oraz dużo większe koszty związane z pozyskaniem zamówienia niż podmioty miejscowe.

18. Przesłanki wykluczenia to powtórzenie zapisów nowego PZP. Powstaje w związku z tym pytanie, dlaczego w tym zakresie (tak jak to było w przypadku konsorcjum) nie ma wprost odesłania do przepisów PZP.
19. Fakultatywne przesłanki wykluczenia zawierają "poważne wykroczenie zawodowe". To kolejne nieostre pojęcie. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE potwierdzeniem "poważnego wykroczenia" jest orzeczenie "właściwego organu dyscyplinarnego". Tym samym mało podmiotów podlega organom dyscyplinarnym. Jeżeli przyjmie się tak jak obecnie cywilistyczne pojęcie "rażącego niedbalstwa", to na gruncie ustawy trudno będzie wykonawcy udowodnić rażące niedbalstwo.
20. Niejednoznaczne jest sformułowanie "istotne lub uporczywe braki w spełnianiu merytorycznych wymogów wynikających z umowy". Tego typu sformułowania powodują, że trudno jest stosować ustawę w praktyce. Udowodnienie tej przesłanki wykluczenia wykonawcy będzie również problematyczne.
21. Podobnie można ocenić przesłankę wykluczenia określoną w art. 34 ust. 2 pkt. 4. Z ustawy wynika, że przesłanki wykluczenia fakultatywne i obligatoryjne muszą być potwierdzone orzeczeniem sądu. W praktyce trudno będzie zmusić sądy cywilne do wydania orzeczeń o określonej treści, tak aby stanowiłyby podstawę wykluczenia. W praktyce z kolei, jeżeli nie będzie wyroku o odpowiedniej treści, może to być podstawą do kwestionowania podjętej decyzji zamawiającego przez organy kontroli. Z zapisów ustawy wynika, że wykluczenie wykonawcy może być kłopotliwe i w praktyce niewykonalne z uwagi na przepis art. 34 ust. 4, który dopuszcza możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności w tym zakresie przez wykonawcę. Taka regulacja doprowadzi do tego, że w praktyce nie będzie można wykluczyć wykonawcy z prowadzonego postępowania. Podobne regulacje dotyczące fakultatywnych przesłanek wykluczenia zaproponowano w nowym PZP. Można z całą odpowiedzialnością uznać, że są to w praktyce przepisy martwe. Zamawiający nie stosują tych regulacji, skoro ich stosowanie jest uzależnione od woli zamawiającego. W związku z powyższym, tego samego można się spodziewać przy umowach koncesyjnych.
22. Sposób określania kryteriów weryfikacji kandydatów i oferentów też w zasadzie pokrywa się z regulacjami nowego PZP. Podobnie, regulacje dotyczące zawierania umów, ich zmiany, kontroli Prezesa UZP, odwołań przysługujących do KIO.
23. Odnośnie do art. 36 ust. 2 – czy pod pojęciem referencji rozumie się również dokumenty potwierdzające spełnianie kryteriów ekonomicznych, np. bilans, rachunek zysków i strat.
24. Art. 37 kładzie nacisk na konieczność udowodnienia przez wykonawcę zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w ciągu całego okresu realizacji umowy koncesji. W odniesieniu do sytuacji finansowej wprowadzono możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawców i podmiotów udostępniających zasoby solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy koncesji. Proponowana regulacja jest bardzo podobna do już istniejącej regulacji w ustawie PZP. Należy pamiętać, że w praktyce posługiwanie się zasobami podmiotów trzecich oraz udowadnianie rzeczywistego nimi dysponowania stwarza wiele problemów formalnych na etapie oceny ofert oraz problemów praktycznych przy realizacji zamówienia. Trzeba pamiętać, że kwestia dostępności zasobów podmiotów trzecich jest jedną z najbardziej kłopotliwych dla wykonawców i stwarza znaczne pole do nieuczciwości, zarówno w procedurze wyboru wykonawców, jak i na etapie wykonania zamówienia.
25. Art. 38 wprowadza elastyczne rozwiązania promujące innowacyjność produktów i usług, wskazując, iż w przypadku takiej oferty Zamawiający może zmienić kolejność kryteriów oceny ofert w celu uwzględnienia tego rozwiązania. Nie do końca możemy się zgodzić, aby taki sposób promowania ofert innowacyjnych był właściwy. W naszej ocenie należy raczej już w ogłoszeniu poinformować potencjalnych oferentów, iż oferty zawierające

rozwiązania innowacyjne będą wyżej oceniane i ustalić zasady tej oceny (np. poprzez przyznanie ofertom innowacyjnym dodatkowych punktów). Zmiany zasad oceny ofert po zapoznaniu się wszystkich oferentów z ofertami budzą wątpliwość, gdyż łamią kardynalną zasadę, iż reguły gry powinny być ustalane przed jej rozpoczęciem. Brak ustalenia zasad opisu innowacyjności ofert i sposobu oceny tej innowacyjności przez Zamawiającego może nie tylko powodować spory co do właściwej oceny rzeczywistej innowacyjności danej oferty, ale wręcz uniemożliwić porównanie ofert. Ponadto, należy zauważyć, że określenia: „rozwiązanie innowacyjne, nowa metoda marketingowa lub nowa metoda organizacyjna” nie mają definicji ustawowej. W jaki zatem sposób Zamawiający oceni zastosowanie ww. rozwiązań przez Wykonawcę? Jak należy rozumieć określenie „w drodze wyjątku”? Kiedy wyjątek istnieje, a kiedy nie?

26. W art. 42 ust 3 Zamawiający zobowiązany został do podjęcia stosowych środków w celu zapewnienia na etapie realizacji umowy koncesji przestrzegania przez wybranego koncesjonariusza przepisów z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska oraz przepisów o zabezpieczeniu społecznym; w szczególności w klauzulach umownych zawiera stosowne zobowiązania koncesjonariusza do przestrzegania przepisów z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska oraz przepisów o zabezpieczeniu społecznym oraz określa sankcje w przypadku stwierdzenia nieprzestrzegania wskazanych zobowiązań. Powstaje w związku z tym pytanie, jak należy rozumieć określenie „stosowne środki”. Wskazany w przepisie katalog dopuszczalnych środków jest katalogiem otwartym. Przepis wymaga doprecyzowania – zwrot „stosowne środki” powinien zostać usunięty lub doprecyzowany.