



## Umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi i zamówienia publiczne w PPP

Źródło: Michał Kania, *Partnerstwo publiczno-prywatne: komentarz do ustawy po nowelizacji z 5 lipca 2018 r.*, Warszawa: Wydawnictwo Difin, 2018

### Wprowadzenie

- Obecnie w Polsce występują dwa podstawowe modele (warianty) prawne PPP, tj.: model (wariant) koncesyjny oraz model (wariant) opłaty za dostępność, nazywany również modelem (wariantem) zamówieniowym. Kryterium wyboru pomiędzy wskazanymi modelami stanowi przede wszystkim kwestia ponoszenia ryzyka ekonomicznego związanego z realizacją przedsięwzięcia, którego pochodną jest źródło wynagrodzenia partnera prywatnego. Jeżeli takie ryzyko ponosi partner prywatny, wówczas występuje model koncesyjny.
- Istotnym jest, iż na poziomie Unii Europejskiej model koncesyjny regulowany jest obecnie przepisami Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania koncesji. Regulacja ta wpłynęła na zmianę pierwszej polskiej ustawy poświęconej problematyce umów koncesji, tj.: ustawy z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. 2009 Nr 19, poz. 101).
- Artykuł 4 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, który konstytuuje dwa wskazane powyżej modele podlegał do tej pory kilku zmianom. **W pierwotnym brzmieniu kryterium podziału pomiędzy modelem koncesyjnym i modelem opłaty za dostępność stanowiło expressis verbis źródło wynagrodzenia partnera prywatnego.** Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 4 ustawy, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego było prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, wyboru partnera prywatnego dokonywało się, stosując przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesjach na roboty

budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101), z uwzględnieniem przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym”. Zgodnie zaś z ust. 2, w przypadkach innych niż określone w ust. 1, wyboru partnera prywatnego dokonywało się, stosując przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505), z uwzględnieniem przepisów niniejszej ustawy.

- Nowelizacja ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym dokonana w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 16 października 2016 roku wprowadziła istotną zmianę art. 4 ustawy. Zmiana ta miała na celu dostosowanie brzmienia wskazanego artykułu do treści nowej ustawy z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 ustawy, po nowelizacji z grudnia 2016 roku, jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego zostało określone w sposób, o którym mowa w art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U., poz. 1920), do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-privatnym stosowało się przepisy tej ustawy w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie. W świetle ust. 2 w przypadkach innych niż określone w ust. 1, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-privatnym zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn. zm.) w zakresie nieregulowanym w niniejszej ustawie. Zgodnie zaś z ust. 3 w przypadkach, w których nie miała zastosowania ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi ani ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, wyboru partnera prywatnego dokonywało się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2014 2015 r., poz. 518, z późn. zm 1774 i 1777 oraz z 2016 r., poz. 65, 1250, 1271 i 1579).
- Przed nowelizacją art. 4 jego treść brzmiała w sposób następujący. Zgodnie z ust. 1, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego było prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-privatnego albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-privatnym stosowało się przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2015 r., poz. 113) w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie. Zgodnie z ust. 2 w przypadkach innych niż określone w ust. 1, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-privatnym stosowało się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn.

zm.) w zakresie nieregulowanym w niniejszej ustawie. W przypadkach, w których nie miała zastosowania ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi ani ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, wybór partnera prywatnego dokonywany był w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2014 r., poz. 518, z późn. zm.).

- **Obecnie kryterium podziału powiązane zostało z brzmieniem art. 3 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.** Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. W świetle zaś art. 3 ust. 3 koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą.
- Zgodnie z art. 3 ust. 4 ustawy **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.** Oceniając ryzyko ekonomiczne, uwzględnia się w spójny i jednolity sposób wartość bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza (art. 3 ust. 5 ustawy). Ryzyko związane z prowadzeniem działalności na podstawie umowy koncesji jest w ścisły sposób związane z mechanizmem wynagrodzenia koncesjonariusza. Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy w przypadku powierzenia koncesjonariuszowi: 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). W przypadku zaś 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).

## Zakres zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi do projektów PPP



- Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawa Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie w dwóch zasadniczych kwestiach, tj.: wyboru partnera prywatnego oraz umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.
- Ustawą bazową w stosunku do projektów PPP pozostaje w każdym wypadku zastosowania konstrukcji PPP ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. **Kluczowe znaczenie podczas procedury wyboru najkorzystniejszej oferty odgrywa element negocjacji warunków umowy.** W trakcie prowadzonych negocjacji podmiot publiczny powinien w szczególności dążyć do realizacji zasady efektywności. Związane jest to również z wprowadzeniem odpowiednich elementów umowy o PPP, umożliwiające podmiotowi publicznemu wpływ na sposób realizacji projektu (por. M. Burnett, Public Private Partnership Contract Management – Still in Need of More Attention?, EPPPL Nr z 2 z 2013, s. 217).
- Nowelizacja ustawy PPP z lipca 2018 roku wprowadza bardzo istotną zmianę w zakresie możliwości wykorzystania przez podmioty publiczne ścieżek prawnych wyboru partnera prywatnego, jak również regulacji dotyczącej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. **De lege lata w przypadku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 3 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, istnieje możliwość wykorzystania przez podmioty publiczne zarówno przepisów tej ustawy, jak i bardziej sformalizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych.** Nowelizacja uwzględnia zatem zasadniczą cechę projektów PPP. Ustalenia wypracowane na etapie planowania, jak również te, które zostały przyjęte w ocenie efektywności realizacji zadania publicznego, mogą podlegać zmianom w wyniku negocjacji z przedstawicielami sektora prywatnego we właściwym etapie wyboru najkorzystniejszej oferty. **Zmiany mogą dotyczyć przede wszystkim struktury źródeł przychodów partnerów prywatnych, które wynikają z pierwotnych założeń analiz *Net Present Value*.** Przyjęte przez podmiot publiczny wstępne założenia mogą bowiem nie korespondować z oczekiwaniami rynku, co może doprowadzić m.in. do zmian w zakresie źródeł przychodów partnera prywatnego, jak również oczekiwań wobec ponoszenia ryzyka ekonomicznego związanego z projektem. Partner prywatny może zatem np. oczekiwać

dopłat ze strony podmiotu publicznego, których wysokość przesądzić może o zmianie wariantu prawnego, w którym realizowanym powinien być projekt PPP.

- Możliwym jest również zmiana odwrotna, kiedy to partner prywatny zrezygnuje z przewidywanych pierwotnie przez podmiot publiczny dopłat, zwykle kosztem np. wydłużenia okresu umowy PPP, bądź rozszerzenia sfery komercyjnej przedsięwzięcia. Zmiany, o których mowa powyżej, mogą nastąpić już na etapie wszczętego postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, co w stanie prawnym obowiązującym do nowelizacji z lipca 2018 roku oznaczało konieczność unieważnienia toczącego się postępowania oraz wszczęcie nowego we właściwej procedurze prawnej. Jeżeli podmiot publiczny prowadził postępowanie w trybie ustawy koncesyjnej, to jego zwieńczeniem musiała być umowa koncesji. Z kolei jeżeli prowadził postępowanie zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, to uprawniony był do zawarcia wyłącznie umowy o zamówienie publiczne.
- W kontekście PPP takie ścisłe rozdzielenie zakresów zastosowania ustaw proceduralnych rodziło istotne trudności praktyczne (por. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw, Druk 2333, s. 6).
- **De lege lata z punktu widzenia podmiotu publicznego bezpieczniejszym będzie wszczęcie postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem szczególnej regulacji, zawartej w art. 6 i 45 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.** Przepis art. 6 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi określa specyficzny dla umów koncesyjnych sposób szacowania wartości zamówienia, a przepis art. 45 ogranicza możliwość uzyskiwania nadmiernych zysków z umowy koncesji.
- Biorąc pod uwagę powyższe, zastosowanie tych przepisów musi być obligatoryjne, niezależnie od wybranej procedury wyboru partnera prywatnego na podstawie art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ponieważ przepisy Prawa zamówień publicznych są bardziej rygorystyczne niż przepisy ustawy o umowie koncesji, z uwagi na konieczność zachowania zgodności z prawem Unii Europejskiej, pierwszeństwo należało przyznać stosowaniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Zawarcie umowy zamówienia publicznego w trybie ustawy o umowie koncesji będzie bowiem niewątpliwie sprzeczne z tym prawem. Natomiast gdy umowa koncesji zostanie zawarta w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie sposób skutecznie postawić zarzutu naruszenia prawa unijnego. **Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej wszczęcie postępowania w bardziej tradycyjnym trybie jest rozwiązaniem bezpieczniejszym z punktu widzenia zachowania zasad prawa europejskiego** (por. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw, Druk 2333, s. 7 i powołany tam Dokument Komisji Europejskiej „Explanatory note, competitive

dialogue, classic directive, document that corresponds to CC/2005/04\_rev 1” z dnia 5 października 2005 roku).

- Na gruncie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi WSA stwierdził, iż *ustawa ta nie jest tak dalece sformalizowana w zakresie procedur zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, jak uregulowania Prawa zamówień publicznych. Postępowanie koncesyjne cechuje się pewną elastycznością w porównaniu z procedurami funkcjonującymi w ramach reżimu zamówień publicznych. Charakter umowy koncesyjnej i powiązany z nią niezbędny podział ryzyka – konieczny dla wspólnej z partnerem prywatnym realizacji konkretnego zadania publicznego – ma odpowiadać przedmiotowi koncesji i możliwościom koncesjodawcy. Koncesjodawca, określając wymagania, kieruje się swoimi potrzebami, przy czym wymagania, jakie stawia oferentom, nie powinny cechować się nadmiernym formalizmem, skoro nadrzędnym celem powinno być dla podmiotu publicznego w partnerstwie publiczno-prywatnym zagwarantowanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dla wykonania zadania publicznego* (por. Wyrok WSA we Wrocławiu z 27 stycznia 2017 roku, III SA/Wr 1357/16).
- Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, podmiot publiczny może w każdym przypadku dokonać wyboru partnera prywatnego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych także wówczas, gdy umowa będzie umową koncesji. Stosowanie ustawy o umowie koncesji do wyboru partnera prywatnego będzie zatem fakultatywne. **Dzięki temu podmiot publiczny, który dopuszcza różne modele partnerstwa, wszczynając postępowanie w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie będzie miał powodów do obaw, że zastosował nieprawidłowy tryb wyboru partnera prywatnego, jeżeli negocjacje zakończą się zawarciem umowy koncesji.** Dopuszczenie w każdym przypadku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych uchroni podmioty publiczne i partnerów prywatnych przed niepotrzebnym powtarzaniem postępowania, gdy podmiot publiczny (niewłaściwie oceniając perspektywy zawarcia umowy) wszczął postępowanie w trybie ustawy o umowie koncesji, a faktycznie wynegocjowana umowa nie może być uznana za umowę koncesji (por. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw, Druk 2333, s. 6, 7).
- Ustawodawca w przepisach przejściowych i końcowych ustawy przyjął rozwiązanie, zgodnie z którym do postępowań w sprawie wyboru partnera prywatnego, wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, do których zastosowano



## Model koncesyjny w projektach PPP



- Obecnie problematyka umów koncesji unormowana została w ustawie z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ustawa z 2016 roku zastąpiła pierwszą polską ustawę poświęconą w całości problematyce umów koncesji, tj. ustawę z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Celem przyjętej regulacji było przede wszystkim wprowadzenie jasnych i przejrzystych zasad oraz procedur udzielania zamówień w drodze umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, zapewniających zgodność z obowiązującym w tym zakresie prawem Unii Europejskiej (zob. Uzasadnienie do projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, Druk 612, s. 2).
- Podstawami uchwalenia drugiej w polskim porządku prawnym ustawy – w całości poświęconej umowom koncesji – była przede wszystkim konieczność dostosowania regulacji krajowych do brzmienia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania koncesji.
- Warto zauważyć, iż przed uchwaleniem dyrektywy koncesyjnej udzielanie koncesji publicznych na roboty budowlane podlegało przepisom Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, natomiast procedura udzielania koncesji na usługi o zasięgu transgranicznym podlegała ogólnym zasadom Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności zaś zasadom: swobody przepływu towarów, swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług, a także zasadom z nich wynikającym, takim jak: zasada równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnej uznawalności, proporcjonalności i przejrzystości.
- Nowe rozwiązania dotyczące koncesji zapowiedziane zostały w Komunikacie Komisji Europejskiej w 2011 roku. Komunikat pt. „Akt o jednolitym rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania” zawierał zamiar przyjęcia inicjatywy ustawodawczej w przedmiotowym zakresie. **Zdaniem Komisji koncesje są szczególnie atrakcyjnym sposobem realizacji projektów w interesie publicznym w sytuacji, gdy instytucje państwowe lub lokalne muszą zmobilizować kapitał prywatny oraz know-how celem uzupełnienia ograniczonych zasobów publicznych.** Komisja podkreśliła, iż koncesje stanowią podstawę znaczącej części działalności gospodarczej w Unii Europejskiej

i są szczególnie powszechne w sektorach sieciowych oraz w przypadku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Koncesjonariusze mogą np. budować autostrady i zarządzać nimi, świadczyć usługi portu lotniczego lub eksploatować sieci wodociągowe. Jako model, w ramach którego wynagrodzenie partnera prywatnego opiera się na prawie do eksploatacji obiektu budowlanego lub świadczenia usług, co wiąże się z nieodłącznym ryzykiem finansowym, koncesje zapewniają – zdaniem Komisji – dogodne ramy prawne dla realizacji zadań publicznych poprzez PPP, a tym samym umożliwiają przeprowadzenie niezbędnych robót budowlanych i świadczenie usług, przy jednoczesnym utrzymywaniu tych aktywów poza bilansem budżetu państwa. Ogólnym celem inicjatywy prawodawczej w zakresie koncesji było stworzenie ram wspierających szersze wykorzystywanie koncesji, a tym samym przyczynienie się do wzrostu gospodarczego i innowacyjności. Inicjatywa ta koncentrować się miała na rozwiązaniach umożliwiających poprawę jakości i dostępności wielu usług o dużej wadze społecznej i gospodarczej poprzez ułatwianie inwestycji oraz większą konkurencję w ubieganiu się o koncesje, zwiększając w ten sposób możliwości handlowe dla przedsiębiorstw z UE i przyczyniając się do rozwoju innowacyjności. Komisja podkreślała również, iż usługi niemające charakteru priorytetowego (np. ochrona zdrowia, edukacja i usługi socjalne) obecnie są tylko częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, gdyż uznano, że nie mają znaczącego potencjału dla handlu transgranicznego. Niemniej jednak w świetle najnowszych ustaleń Komisji w wyniku oceny skutków i efektywności prawodawstwa Unii w dziedzinie zamówień publicznych okazało się, że wiele kategorii usług klasyfikowanych wcześniej jako usługi niemające charakteru priorytetowego cechuje wysoki odsetek obrotu transgranicznego

- **Kolejnym z powodów uchwalenia dyrektywy był brak na poziomie Unii jasnych przepisów regulujących udzielanie koncesji, co skutkowało niepewnością prawa oraz przeszkodami w swobodnym świadczeniu usług, a także zakłóceniami w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego.** Wynikiem takiego rozwiązania była trudna sytuacja wykonawców, zwłaszcza zaś małych i średnich przedsiębiorstw oraz organów publicznych mogących mieć problem z jak najlepszym wykorzystaniem środków publicznych, pozwalających obywatelom Unii korzystać z wysokiej jakości usług po najkorzystniejszych cenach.
- Głównymi celami uchwalenia dyrektywy było zatem: 1 – otwarcie nowych rynków; 2 – mobilizacja nowego kapitału do realizacji inwestycji publicznych; 3 – kreowanie nowych miejsc pracy; 4 – podniesienie jakości świadczonych usług publicznych. Nowa dyrektywa koncesyjna znajduje zastosowanie wyłącznie do umów koncesji o wartości wynoszącej nie mniej niż określony próg, który zdaniem prawodawcy powinien odzwierciedlać wyraźny transgraniczny wymiar koncesji dla wykonawców z państw członkowskich innych niż państwo członkowskie instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego. Próg ten ustalono na poziomie równym lub przewyższającym kwotę 5 186 000 EUR.



- Kolejnym powodem uchwalenia nowej ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi była chęć uporządkowania kwestii terminologicznych i semantycznych związanych z występowaniem w polskim porządku prawnym obok umów koncesji (jako formy realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego), koncesji – decyzji administracyjnych przewidzianych w ustawie Prawo przedsiębiorców. Obie koncesje różnią się od siebie w sposób zasadniczy, przede wszystkim w przedmiocie formy prawnej wykorzystywanej przez administrację publiczną. Cechą wspólną obu konstrukcji jest natomiast cel działania podmiotów uzyskujących koncesję, którym jest realizacja zadań w interesie publicznym.
- Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi wdraża do prawa krajowego uregulowania prawa unijnego dotyczące: 1 – definicji umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi; 2 – konieczności przeniesienia na koncesjonariusza ryzyka ekonomicznego związanego z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług, obejmującego ryzyka związane z popytem lub podażą, jak również zdefiniowania wymienionych ryzyk w celu precyzyjnego odróżnienia umów koncesji na roboty budowlane lub usługi od zamówień publicznych; 3 – rozszerzenia zakresu podmiotowego zastosowania przepisów o umowach koncesji przez umożliwienie zamawiającym sektorowym zawieranie umów koncesji na roboty budowlane lub usługi; 4 – szacowania wartości umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, przez odniesienie jej do całkowitego przychodu koncesjonariusza, uzyskanego w okresie obowiązywania umowy, z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane lub usługi będące przedmiotem umowy koncesji, z uwzględnieniem m.in. opcji i przedłużeń okresu obowiązywania umowy koncesji, przychodów z opłat i kar uiszczanych przez użytkowników, dotacji lub innych korzyści finansowych uzyskiwanych z tytułu realizacji umowy koncesji; 5 – ukształtowania wyłączeń od stosowania przepisów ustawy w odniesieniu do umów koncesji przez zawężenie katalogu wyłączeń przedmiotowych przewidzianych w dyrektywie koncesyjnej o sektor gospodarki wodno-kanalizacyjnej i sektor transportu publicznego (przepisy dyrektywy koncesyjnej, regulujące kwestie wyłączeń od jej stosowania, nie wprowadzają skierowanego do jej adresatów, zakazu udzielania koncesji w sektorach, objętych wyłączeniami, pozostawiając ustawodawcy krajowemu decyzję o ich ewentualnym stosowaniu).
- W pozostałym zakresie wyłączenia ukształtowano w sposób zbieżny z projektem ustawy – Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do zamówień publicznych: klasycznych, sektorowych oraz w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ze szczególnym uwzględnieniem wyłączeń dotyczących zamówień: in-house, odwróconych zamówień in-house i wspólnych zamówień in-house oraz współpracy publiczno-publicznej; 6 – wprowadzenia progu stosowania przepisów ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi do zawierania umów o szacunkowej wartości równej lub wyższej od wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Rozwiązanie to jest zbieżne z regulacją określającą próg stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych (próg

bagatelności). Przekroczenie progu unijnego przewidzianego w dyrektywie koncesyjnej wiąże się z koniecznością publikacji ogłoszenia o takiej koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; 7 – koncesji mieszanych obejmujących jednocześnie różne rodzaje umów koncesji (roboty budowlane, usługi, usługi społeczne i inne szczególne usługi) oraz umów udzielanych na podstawie różnych reżimów prawnych, tj. obejmujących zarówno umowy koncesji, jak również zamówienia klasyczne, zamówienia sektorowe, zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zamówienia objęte wyłączeniem z art. 346 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej; 8 – uwzględnienia wśród zasad zawierania umów koncesji konieczności wykrywania i eliminowania konfliktów interesów; 9 – wprowadzenia zasady przejrzystości postępowania koncesyjnego, polegającej na udzielaniu informacji z nim związanych wyłącznie w przypadkach przewidzianych w przepisach, w miejsce obecnie obowiązującej zasady jawności postępowań koncesyjnych; 10 – umów koncesji zastrzeżonych oraz umów na usługi społeczne i inne szczególne usługi, mających służyć uwzględnieniu aspektów społecznych przy udzielaniu i realizacji umów koncesji na roboty budowlane lub usługi; 11 – przyznania zamawiającym swobody w zakresie organizowania postępowania o zawarcie umowy koncesji; 12 – zasad ogłaszania o wszczęciu postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji, w szczególności w zakresie miejsca publikacji ogłoszeń przewidzianych w ustawie, stosowania formularzy standardowych określonych w rozporządzeniu Komisji Europejskiej, wyjątków od obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji oraz przewidzenia dopuszczalności publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy koncesji; 13 – kryteriów kwalifikacji podmiotowej, obligatoryjnych i fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji oraz kryteriów oceny ofert; 14 – ograniczenia czasu, na jaki mogą być zawierane umowy koncesji, w celu ograniczenia niekorzystnych zjawisk polegających na ograniczeniu konkurencji w dostępie do rynku; 15 – realizacji umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, m.in. w zakresie uwzględnienia szczególnych warunków związanych z realizacją umów koncesji, odnoszących się do aspektów gospodarczych, środowiskowych, społecznych, innowacyjnych i związanych z innowacyjnością, podejmowania stosownych środków w celu przestrzegania przez koncesjonariusza przepisów prawa pracy, ochrony środowiska i zabezpieczenia społecznego, podwykonawstwa; 16 – rozszerzenia zakresu dopuszczalnych zmian; 17 – rozwiązania oraz unieważnienia zawartej umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi; 18 – przyznania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych kompetencji organu właściwego w sprawach umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, określenia kompetencji i sposobu realizacji zadań oraz zakresu współpracy z ministrem właściwym ds. rozwoju regionalnego przy realizacji tego rodzaju czynności; 19 – ukształtowania środków ochrony prawnej w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji w sposób analogiczny do mających zastosowanie w zamówieniach publicznych, a tym samym przyznanie wykonawcom ubiegającym się o koncesje możliwości wniesienia

odwołania rozpoznawanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym i skargi przez właściwy sąd okręgowy w postępowaniu skargowym, w miejsce wnoszenia skarg i skarg kasacyjnych w trybie sądownoadministracyjnym (por. Uzasadnienie do projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, Druk 612, s. 2–4).

- Istotne znaczenie dla wykorzystywania w praktyce umów koncesji na roboty budowlane lub usługi posiada art. 12 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym zamawiający nie może przygotować i prowadzić postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób mający na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy. **Przyjęte rozwiązanie oznacza, iż ilekroć konkretny stan faktyczny obejmować będzie cechy konstytutywne współpracy pomiędzy przedstawicielami sektora publicznego z sektorem prywatnym, określone w ustawie o umowie koncesji, a ocena efektywności, o której mowa w art. 3a ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym wskaże na PPP jako najbardziej korzystny sposób realizacji zadania publicznego, wówczas podmiot publiczny nie powinien stosować innych rozwiązań normatywnych.**
- Przypomnieć przy tym warto, iż umowa koncesji jako metoda nie stanowi jedyne go środka realizacji zadań publicznych. Istnieją również inne rozwiązania, takie jak np. klasyczne zamówienia publiczne, zamówienia in house, czy też model partnerstwa publiczno-prywatnego oparty o wariant zamówieniowy. W świetle art. 2 **przepisy dyrektywy koncesyjnej nie wpływają na swobodę decydowania przez państwa członkowskie o bezpośrednim wykonywaniu robót budowlanych lub świadczeniu usług na rzecz ogółu społeczeństwa czy też o zlecaniu wykonywania tych robót lub świadczenia usług osobom trzecim. Organom władzy publicznej służy zatem swoboda decydowania o tym, jak najlepiej zarządzać wykonaniem robót budowlanych lub świadczeniem usług, tak aby zapewnić w szczególności wysoki poziom jakości, bezpieczeństwa i przystępności, równe traktowanie i propagowanie powszechnego dostępu oraz praw użytkowników w dziedzinie usług publicznych.** Organom władzy publicznej pozostawiono zatem decyzje dotyczącą tego, czy będą one wykonywać swoje zadania w zakresie interesu publicznego z wykorzystaniem własnych zasobów, czy też we współpracy z innymi organami, lub czy powierzają ich wykonanie wykonawcom. Powyższa zasada respektuje optymalizacyjny charakter norm zadaniowych, na podstawie których organy władzy publicznej zobowiązane zostały do realizacji określonych zadań publicznych. Normy te wskazują na cel, jaki ma zostać osiągnięty, nie wskazując jednocześnie środków, jakie do optymalizacji tych celów prowadzą. Dobór środków pozostawiony zostaje adresatowi normy – w tym wypadku organowi władzy publicznej. Za dokonany wybór będzie on naturalnie ponosił odpowiedzialność, głównie na podstawie kryteriów gospodarności i celowości. **Umowa koncesji powinna być zatem stosowana tam, gdzie w wyniku analiz ustalona zostanie**

**korzyść w stosunku do innych metod i instrumentów przewidzianych prawem (analiza Value for Money).**

- Celem uzyskania koncesji dla koncesjonariusza jest prawo do czerpania pożytków z eksploatacji obiektu lub świadczenia usług w stosunkach z jego użytkownikami. Koncesja wiąże się zatem z prawem wyłącznego zarządu określonym obiektem budowlanym lub świadczenia usług wraz z prawem do uzyskania korzyści ekonomicznych, ale też i z ryzykiem gospodarczym, które w innej sytuacji spoczywałoby na przedstawicielu sektora publicznego. Na wskazany aspekt wskazuje art. 3 ust. 3 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, zgodnie z którym koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą. W świetle art. 3 ust. 4 ustawy 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. Ryzyko ekonomiczne powinno zatem wynikać z czynników, które pozostają poza kontrolą stron. Na potrzeby oceny ryzyka ekonomicznego, zgodnie z art. 3 ust. 5 ustawy, powinna być uwzględniana w spójny i jednolity sposób wartość bieżąca netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza (por. Uzasadnienie do projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, Druk 612, s. 7).
- Przedmiot współpracy pomiędzy zamawiającym a koncesjonariuszem dotyczy robót budowlanych lub usług.
- **Przez roboty budowlane w świetle ustawy rozumieć należy wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 1, z późn. zm.4) lub obiektu budowlanego, lub realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (art. 2 pkt. 7).**
- **Przez usługi rozumieć należy zaś wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy (art. 2 pkt. 9).**
- Zgodnie z art. 4 ustawy 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. Szacowanie wartości koncesji, przyjęte na gruncie obecnie obowiązującej regulacji, diametralnie różni

się od przepisów obowiązujących na gruncie art. 9 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi, stosownie do którego wartością koncesji był tylko szacunkowy koszt robót budowlanych i całkowita wartość związanych z nimi dostaw, a w przypadku koncesji na usługi – szacunkowy koszt świadczonych usług. Szacunkową wartość umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi stanowi obecnie przychód koncesjonariusza uzyskiwany w okresie obowiązywania umowy netto (bez podatku od towarów i usług), oszacowany przez zamawiającego z należytą starannością, z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane lub usługi, będące przedmiotem koncesji oraz dostawy towarzyszące takim robotom lub usługom.

- Zgodnie z art. 6 ust. 4 ustawy zamawiający szacuje wartość umowy koncesji przy użyciu obiektywnej metody określonej w dokumentach koncesji, uwzględniając w szczególności: 1) wartość opcji i przedłużenie okresu obowiązywania umowy koncesji; 2) przychody z opłat i kar uiszczanych przez korzystających z obiektów budowlanych lub usług, z wyjątkiem opłat i kar pobieranych w imieniu zamawiającego; 3) płatności lub inne korzyści finansowe, niezależnie od ich formy, przekazywane koncesjonariuszowi przez zamawiającego albo inny organ publiczny, w tym rekompensatę z tytułu spełnienia obowiązku świadczenia usługi publicznej i publiczne dotacje inwestycyjne; 4) wartość dotacji lub innych korzyści finansowych, niezależnie od ich formy, od osób trzecich z tytułu wykonania umowy koncesji; 5) przychody ze sprzedaży aktywów wchodzących w skład przedmiotu umowy koncesji; 6) wartość dostaw i usług udostępnianych koncesjonariuszowi przez zamawiającego, jeżeli są one niezbędne do wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług; 7) nagrody lub płatności na rzecz wykonawcy lub koncesjonariusza. Jako szacunkową wartość umowy koncesji przyjmuje się wartość umowy koncesji obowiązującą na dzień przekazania ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia informacyjnego do publikacji, a w przypadku gdy takie ogłoszenie nie jest publikowane – wartość obowiązującą na dzień wysłania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji (art. 6 ust. 2 ustawy). W zgodzie z postanowieniami nowej dyrektywy koncesyjnej, w ustawie z 2016 roku zawarta została regulacja, zgodnie z którą w przypadku, gdy wartość zawieranej umowy koncesji netto będzie wyższa o ponad 20% od szacunkowej wartości umowy koncesji, ustalonej na dzień przekazania ogłoszenia lub na dzień wysłania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji, to za szacunkową wartość umowy koncesji będzie poczytywało się wartość umowy koncesji z momentu zawarcia tej umowy (art. 6 ust. 3 ustawy). Ustawodawca wyraźnie wskazał również, iż zamawiający nie może wybierać sposobu szacowania wartości umowy koncesji w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.
- Zasadnicze cele związane z umową koncesji określić należy jako: 1 – **zagwarantowanie na rzecz interesu publicznego realizacji zadań publicznych we współpracy z przedstawicielami sektora prywatnego na najwyższym możliwym i dostępnym dla jednostki sektora publicznego standardzie**; 2 – **promocję w realizacji zadań publicznych najwyższych**

standardów jakościowych, w tym uwzględnienie rozwiązań innowacyjnych; 3 – promocję w realizacji zadań publicznych aspektów zrównoważonego rozwoju, w tym rozwiązań: prospołecznych, proekologicznych i wspierających sektor małych i średnich przedsiębiorców; 4 – promocję i rozwój konkurencji na rynku prywatnym.

- Realizacji wskazanych celów służyć powinny zasady związane z procedurą prowadzącą do zawarcia umowy koncesji, określone w rozdziale 3 ustawy (art. 12–16). **Do zasad tych ustawodawca zaliczył: zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz zasadę przejrzystości.** Ustawodawca de lege lata nie zdecydował się na wprowadzenie do regulacji koncesji komunikacji elektronicznej jako obligatoryjnej formy kontaktu pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami. Zgodnie z art. 14 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. 21, odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego, w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej.
- Zasadniczą część ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi stanowią przepisy dotyczące wyboru wykonawcy, którego oferta okaże się najkorzystniejsza dla zamawiającego. **Warto wskazać, iż ustawa wprowadza generalną zasadę gospodarowania przez zamawiającego procedurą zmierzającą do wyboru najkorzystniejszej oferty.** W świetle art. 28 ustawy zamawiający organizuje postępowanie o zawarcie umowy koncesji w sposób odpowiadający jego potrzebom. Kluczową z punktu widzenia praktyki kwestią staje się określenie zasad, według jakich wskazane postępowanie powinno się toczyć. Zasady te pełnią zaś służebną rolę w stosunku celów, jakie mają zostać osiągnięte w wyniku wykorzystania konstrukcji umowy koncesji. Warto również wskazać, iż zasady postępowania są pochodną zasad określonych na szczeblu ustawodawstwa unijnego. Nadrzędnym celem regulacji UE w zakresie zamówień publicznych oraz koncesji na roboty budowlane lub usługi jest zapewnienie transparentnego wyboru kontrahenta strony publicznej, przy zachowaniu reguł uczciwej konkurencji i niedyskryminacji.
- Wskazuje się, iż zapewnienie osiągnięcia tego celu następuje poprzez reguły określone w TFUE oraz stosowanie procedur określonych w obecnym stanie prawnym w wyżej wymienionych dyrektywach UE. Zgodnie z motywem 1 dyrektywy UE 2014/24/UE udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Z tego powodu kluczowe znaczenie posiadają zasady określone w obu Dyrektywach. W dyrektywie zamówieniowej, zgodnie z art. 18, instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób



przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. W dyrektywie koncesyjnej w art. 3 wskazano natomiast, iż instytucje zamawiające i podmioty zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców i brak dyskryminacji oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Przygotowanie postępowania o udzielenie koncesji, w tym oszacowanie wartości, nie może zostać dokonane z zamiarem wyłączenia koncesji z zakresu stosowania dyrektywy lub nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców lub niektórych robót budowlanych, dostaw lub usług.

- Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o zawarcie umowy koncesji w sposób zapewniający zachowanie zasad: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zagwarantowanie realizacji zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji polega przede wszystkim na takim działaniu zamawiającego, które zmierzać będzie do eliminowania wszelkich zachowań, które wypełniać mogą znamiona czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 Nr 47, poz. 211) oraz naruszających przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50, poz. 331).
- **Na konieczność zagwarantowania zasady uczciwej konkurencji w procedurze wyboru koncesjonariusza zwróciła uwagę Komisja Europejska, która w komunikacie z dnia 12 kwietnia 2008 roku wskazała, iż celem przepisów prawa wspólnotowego jest umożliwienie wszystkim zainteresowanym przedsiębiorcom ubiegania się o zamówienia publiczne i koncesje w drodze sprawiedliwej i przejrzystej procedury – zgodnie z zasadami rynku wewnętrznego – przyczyniając się w ten sposób do podniesienia standardu tego typu projektów i oszczędności w wydatkach dzięki większej konkurencji.** Zasada równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu oznacza obowiązek traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów, które ubiegają się o zawarcie umowy koncesji.
- W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji komunikacja, w tym przekazywanie wniosków o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, ofert, oświadczeń i zawiadomień co do zasady odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego, w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej. Wyjątki stanowią przypadki, o których mowa w art. 18 i art. 22 ustawy (art. 14 ust.1 i ust. 3 ustawy). Wybrany sposób komunikacji powinien być ogólnie dostępny i niedyskryminacyjny oraz nie może ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o zawarcie umowy koncesji. Środki komunikacji

elektronicznej oraz ich właściwości techniczne powinny być interoperacyjne z urządzeniami teleinformatycznymi będącymi w powszechnym użyciu. Za zgodą zamawiającego informacje mogą być przekazywane również ustnie, w tym telefonicznie, jednak tylko wtedy, gdy nie dotyczą istotnych elementów postępowania o zawarcie umowy koncesji oraz ich treść zostanie odpowiednio utrwalona na trwałym nośniku (art. 14 ust.2 ustawy).

- **Obligatoryjna forma wykorzystania instrumentów elektronicznych przewidziana została w art. 24 ustawy.** Zgodnie ze wskazanym przepisem zamawiający udostępnia dokumenty koncesji na stronie internetowej od dnia opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych lub od dnia przekazania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji. W ogłoszeniu o koncesji lub zaproszeniu do składania ofert zamawiający podaje adres strony internetowej, na której udostępnia dokumenty koncesji. Jeżeli jednak z uwagi na szczególne względy techniczne lub związane z bezpieczeństwem zamawiający nie może udostępnić niektórych dokumentów koncesji na stronie internetowej, wskazuje w ogłoszeniu o koncesji lub zaproszeniu do składania ofert, że dokumenty koncesji zostaną przekazane w inny sposób niż za pomocą środków komunikacji elektronicznej. W takich przypadkach zamawiający przedłuża termin składania ofert. 28. W świetle art. 17 ustawy zamawiający zaprasza do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji 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. Ogłoszenie o koncesji zamawiający publikuje w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (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) oraz zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 18 ust.1 i ust.2).
- W przypadku ogłoszenia o koncesji zamawiający przygotowuje to ogłoszenie 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) (art. 18 ust. 3). Zamawiający przekazuje ogłoszenie o koncesji 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 (art. 28 ust. 4). Zamawiający zamieszcza ogłoszenie o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych za pomocą formularzy umieszczonych na stronie internetowej Urzędu

Zamówień Publicznych (art. 18 ust. 5). Może, również 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 (art. 19). Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 7, 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. W świetle art. 21 ustawy w ogłoszeniu o koncesji 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.

- Zaprośzenie do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji zamawiający przekazuje wybranemu przez siebie wykonawcy lub wykonawcom – w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 1. ustawy, a zatem w sytuacji gdy: roboty budowlane lub usługi mogą być wykonane lub świadczone tylko przez jednego koncesjonariusza: a) z powodu braku konkurencji ze względów technicznych; b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych; c) z przyczyn związanych z ochroną praw własności intelektualnej oraz praw wyłącznych, innych niż określone w art. 3 ust. 2 Prawa zamówień publicznych – jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia warunków zawarcia umowy koncesji; celem umowy koncesji jest stworzenie lub nabycie dzieła sztuki lub wykonania artystycznego; w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji nie wpłynął wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, nie została złożona oferta albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji zostały odrzucone ze względu na wykluczenie wykonawców na podstawie art. 31 lub niespełnienie przez nich kryteriów kwalifikacji określonych przez zamawiającego zgodnie z art. 32, albo żadna ze złożonych ofert bez istotnych zmian nie może zaspokoić potrzeb zamawiającego i spełnić wymogów określonych w dokumentach koncesji, o ile warunki umowy koncesji nie zostały w istotny sposób zmienione; 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 1–3 a 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 wchodzi 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.

- W zaproszeniu do składania ofert lub innych dokumentach koncesji zamawiający zamieszcza opis kryteriów oceny ofert oraz minimalne wymagania, o ile zostały określone. W przypadku wszczęcia postępowania w oparciu o zaproszenie do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji zamawiający może przekazać do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy koncesji zawierające co najmniej: 1 – nazwę oraz adres zamawiającego; 2 – określenie przedmiotu umowy koncesji oraz jej wielkości lub zakresu; 3 – uzasadnienie zamiaru zawarcia umowy koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych; 4 – imię i nazwisko albo nazwę oraz adres wykonawcy, z którym zamawiający zamierza zawrzeć umowę koncesji.
- Zgodnie z art. 25 ustawy wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o przekazanie dodatkowych informacji dotyczących dokumentów koncesji. Jeżeli wniosek o przekazanie dodatkowych informacji wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa terminu składania ofert, zamawiający jest obowiązany, nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, bez ujawniania źródła wniosku: 1) przekazać informacje wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji; 2) zamieścić informacje na swojej stronie internetowej, jeżeli wniosek dotyczy dokumentu koncesji udostępnianego przed przystąpieniem wykonawców do postępowania o zawarcie umowy koncesji.
- **W świetle art. 26 ustawy zamawiający określa w dokumentach koncesji wymogi techniczne lub funkcjonalne robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji.** Wymogi dotyczące przedmiotu umowy koncesji mogą odnosić się również do określonego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczenia usług, pod warunkiem że są powiązane z przedmiotem umowy koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów i mogą obejmować w szczególności: poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko i klimat, dostosowanie do określonych potrzeb, w tym potrzeb osób niepełnosprawnych, oraz przeprowadzenie oceny zgodności, wydajność, bezpieczeństwo lub wymiary, stosowaną terminologię, oznakowanie oraz instrukcje użytkowania, a także przeprowadzone testy i ich metody (art. 26 ust. 2). Przedmiotu umowy koncesji nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów,

pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, lub mogłoby prowadzić do uprzywilejowania albo wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów (art. 26 ust. 3). Wskazanie, o którym mowa powyżej, jest dopuszczalne w wyjątkowych przypadkach, jeżeli opisanie przedmiotu umowy koncesji w sposób precyzyjny i zrozumiały jest niemożliwe, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 26 ust. 4). Do opisu przedmiotu umowy koncesji stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień (art. 26 ust. 5). 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).

- **Obecnie istnieją trzy warianty przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy koncesji (art. 29 ustawy).** 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 zamawiający zaprasza do składania ofert albo do negocjacji i składania ofert wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji; 3 – przeprowadza negocjacje z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, a następnie zaprasza ich do składania ofert.
- Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy 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 wniosek 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. 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. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, o ile dokona tego w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria oraz liczba wykonawców, których zamierza zaprosić, zapewni konkurencję. Zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o zawarcie umowy koncesji w wybrany przez siebie sposób.
- Zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert związane z przedmiotem umowy koncesji w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (art. 37, ust. 1). W wyjątkowych jednak przypadkach, gdy oferta zawiera rozwiązanie innowacyjne, stanowiące wdrażanie nowego



lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym procesu produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej, organizowania pracy, lub relacji zewnętrznych, w szczególności mających 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 (art. 37 ust. 3). W takim przypadku zamawiający informuje wszystkich wykonawców o zmianie kolejności kryteriów oceny ofert oraz przekazuje nowe zaproszenie do składania ofert, z zachowaniem terminów, o których mowa w art. 30 ust. 3 i 4.

- Jeżeli kryteria oceny ofert zostały opublikowane w ogłoszeniu o koncesji, zmiana kolejności kryteriów oceny ofert wymaga publikacji nowego ogłoszenia o koncesji (art. 37 ust. 4). 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 (art. 37 ust. 5).
- Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 1 – wyborze najkorzystniejszej oferty, podając imię i nazwisko albo nazwę oraz adres wybranego wykonawcy; 2 – powodach odrzucenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz o przysługujących wykonawcy środkach odwoławczych; 3 – unieważnieniu postępowania o zawarcie umowy koncesji; 4 – ponownym wszczęciu postępowania o zawarcie umowy koncesji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
- Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty przekazuje wykonawcy, którego oferta nie została odrzucona, informację zawierającą: 1 – uzasadnienie wyboru najkorzystniejszej oferty; 2 – punktację, jaką otrzymał wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą; 3 – punktację, jaką otrzymał wykonawca, któremu jest przekazywana informacja (art. 38 ust. 2). Zamawiający odstępuje natomiast od obowiązku informowania o powodach odrzucenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, jeżeli przemawiają za tym względy związane z informacjami niejawnymi dotyczące bezpieczeństwa państwa i organ, który przekazał te informacje, zastrzegł, że nie wyraża zgody na ich dalsze przekazanie (art. 38 ust. 3).
- **Nowa ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi przewiduje zasadniczą zmianę w stosunku do uregulowań zawartych na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z 2009 roku. Zmiana ta ma charakter instytucjonalny. Wojewódzkie sądy administracyjne, do tej pory rozpatrujące skargi na czynności podejmowane w postępowaniu, zastąpione zostały przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zdaniem projektodawcy nowej ustawy w praktyce korzystanie przez podmioty uprawnione ze ścieżki sądownoadministracyjnej znacznie wydłużało postępowanie o zawarcie umów koncesji, co nie sprzyjało realizacji zadań**

publicznych w drodze koncesji na roboty budowlane lub usługi. Bardziej korzystne dla prawidłowego przebiegu postępowań o udzielenie koncesji, a w konsekwencji efektywnej realizacji zadania publicznego w trybie koncesji będzie określenie terminów dla właściwych organów na rozpoznanie odwołana w postępowaniu odwoławczym przed KIO oraz skargi na orzeczenie KIO przed SO. W dotychczasowym stanie prawnym terminy te wynosiły odpowiednio 15 dni i 30 dni. Powyższa argumentacja przemawia za ujednoczeniem środków ochrony prawnej dla uczestników postępowań o zawarcie umowy koncesji oraz o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadzenie proponowanych regulacji przyczyni się zdaniem ustawodawcy m.in. do: ujednoczenia orzecznictwa na gruncie obu postępowań, zarówno o zawarcie umowy koncesji, jak i udzielenie zamówienia publicznego, zwiększenia konkurencyjności w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji przez szybsze rozstrzygnięcia postępowań odwoławczych i sądowych, co w efekcie poprawi ochronę prawną uczestników postępowań i może być dodatkowym czynnikiem zachęcającym do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji (por. Uzasadnienie do projektu ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, Druk 612, s. 39–40).

- *Lege iuris* wykonawcy, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy. Do wnoszenia i rozpoznawania odwołań stosuje się odpowiednio przepisy działu VI rozdziału 2 Prawa zamówień publicznych, z wyjątkiem art. 180 ust. 2 tej ustawy, jeżeli przepisy rozdziału nie stanowią inaczej (art. 54 ust. 2). Zgodnie z art. 55 ustawy odwołanie wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni, jeżeli została przekazana w inny sposób; 2) 10 dni od dnia opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o koncesji lub zamieszczenia dokumentów koncesji na stronie internetowej, w przypadku odwołania wobec treści ogłoszenia o koncesji lub dokumentów koncesji; 3) 10 dni od dnia opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy koncesji, w przypadku odwołania wobec zawarcia umowy koncesji bez uprzedniej publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o koncesji; 4) 30 dni od dnia, w którym zamawiający opublikował ogłoszenie o zawarciu umowy koncesji, pod warunkiem że ogłoszenie to zawiera uzasadnienie decyzji zawarcia umowy koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia ogłoszenia o

koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych; 5) 30 dni od dnia, w którym zamawiający opublikował ogłoszenie o zmianie umowy koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieścił ogłoszenie o zmianie umowy koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych; 6) 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy koncesji w przypadku nieopublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji albo gdy opublikowane ogłoszenie nie zawierało uzasadnienia; 7) 3 miesiące od dnia zawarcia umowy koncesji w przypadku niezamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji albo gdy zamieszczone ogłoszenie nie zawierało uzasadnienia. Na wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze Krajowej Izby Odwoławczej stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu okręgowego (art. 56).

### Model zamówieniowy



- W Zielonej Księdze Komisji Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2004 roku w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego zawarto zalecenia w zakresie zagwarantowania prawidłowych zasad wyboru partnera prywatnego. **Jako rekomendowany tryb wyboru partnera prywatnego wymieniono dialog konkurencyjny.** Tryb ten uwzględnia bowiem w największym stopniu partnerski charakter nawiązywanej współpracy. Pozwala również w dużym stopniu zagwarantować faktyczne realizowanie zasady swobody kontraktowania, w szczególności w zakresie kształtowania treści przyszłej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.
- Tryb dialogu konkurencyjnego wprowadzony został na grunt ustawy – Prawo zamówień publicznych dla udzielania szczególnie skomplikowanych zamówień, na co wskazują przesłanki, o których mowa w art. 60b ustawy Prawo zamówień publicznych. Istotą dialogu konkurencyjnego jest znalezienie i zdefiniowanie rozwiązań w największym stopniu zaspokajających potrzeby zamawiającego. Tryb dialogu konkurencyjnego uregulowany został w art. 60a–60e ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle tego artykułu dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a

następnie zaprasza ich do składania ofert. W świetle wskazanego przepisu dialog konkurencyjny składa się z trzech etapów postępowania. W ramach pierwszego z nich zamawiający wyłania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, którzy spełniają podmiotowe i przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu prowadzonym po publicznym wezwaniu wykonawców.

- Zgodnie z art. 60 b ustawy zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą okoliczności określone w art. 55 ust. 1. W świetle zaś tego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 4 lub 5 albo zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione; 2) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; 3) rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego; 4) roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne; 5) zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności albo uwarunkowań prawnych lub finansowych albo z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami; 6) jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. c, wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. d, lub referencji technicznej.
- Wszczęcie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego następuje w drodze ogłoszenia o zamówieniu. Ze względu na specyfikę tego rodzaju postępowania, charakteryzującą się dużą dozą dyskrecjonalności ze strony zamawiającego, prawodawca unijny dużą uwagę przywiązuje do zachowania w tym trybie jawności i przejrzystości oraz równego traktowania poszczególnych oferentów, w szczególności poprzez zapewnienie im równego dostępu do informacji. W celu zagwarantowania pełnej przejrzystości i jawności procedury wyłaniania partnera prywatnego, na gruncie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w art. 5 przewidziany został potrójny system upubliczniania przez podmioty publiczne informacji dotyczących planowanego przedsięwzięcia. Podmiot publiczny obowiązany jest do zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (seria C) oraz Biuletynie Informacji Publicznej podmiotu publicznego. Należy wskazać, iż wzajemna relacja trzech powyższych obowiązków przedstawia się w ten sposób, iż w zależności od rodzaju i skali planowanego przedsięwzięcia ogłoszenia podmiotu publicznego publikowane są bądź to w Biuletynie Zamówień Publicznych, bądź

też w Dzienniku Urzędowym UE, natomiast umieszczenie informacji w Biuletynie Informacji Publicznej jest zawsze obowiązkowe, niezależnie od skali i charakteru planowanego przedsięwzięcia. W drugim etapie zamawiający prowadzi negocjacje z wybranymi uprzednio wykonawcami w celu doprecyzowania warunków zamówienia, dookreślenia przyszłego przedmiotu zamówienia, a w szczególności jego realizacji w zakresie odpowiadającym potrzebom i wymaganiom zamawiającego.

- Zgodnie z art. 60d ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż trzy. Zamknięcie etapu następuje w chwili, gdy zamawiający jest w stanie określić swoje wymagania co do przedmiotu zamówienia i jego realizacji. W trzecim etapie zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził dialog, do składania ofert. Oferty te są przygotowywane na podstawie dołączonej do zaproszenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.