

# Kamil Burski, Jaryna Smertyha-Burska

---

## Nowe reguły zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi przez jednostki samorządu terytorialnego w świetle ustawy z dnia 21 października 2016r.

---

Rocznik Samorządowy 6, 62-73

---

2017

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Kamil Burski, Jaryna Smertyha-Burska, *Nowe reguły zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi przez jednostki samorządu terytorialnego w świetle ustawy z dnia 21 października 2016 r.*, „Rocznik Samorządowy” 2017, t. 6, ISSN 2300-2662, s. 62-73.



Kamil Burski, Jaryna Smertyha-Burska, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński

**Nowe reguły zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi przez jednostki samorządu terytorialnego w świetle ustawy z dnia 21 października 2016r.**

**New Rules of Concluding of Concession Agreements for Construction Works or Services by Local Government Units under the Act of 21 October 2016**

**Abstrakt**

Artykuł przedstawia główne problemy wynikające z uchwalenia nowej ustawy z 21 października 2016 r., która reguluje zasady zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, jednej z form działania administracji publicznej. Ustawa ta implementowała do prawa polskiego przepisy dyrektywy 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji.

**Słowa kluczowe:** koncesja, jednostki samorządu terytorialnego, roboty budowlane, umowa administracyjna

**Abstract**

The article presents the main problems arising from the enactment of the new law of 21 October 2016, which regulates the conclusion of concession agreements for construction works or services, one of the forms of public administration activities. This Act transposed into Polish law the provisions of Directive 2014/23/EU on the award of concession.

**Keywords:** administrative agreement, concession, construction works, local government

Zaspokajanie przez jednostki samorządu terytorialnego zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w warunkach ograniczonych środków finansowych, rosnącego zadłużenia, realizacji koniecznych zadań inwestycyjnych, potrzeby podnoszenia jakości dostarczanych usług, determinuje konieczność poszukiwania alternatywnych form wykonywania zadań publicznych. Odpowiedzią na te zapotrzebowania jest model partnerstwa publiczno-privatnego oraz model koncesyjny, pozwalające realizować zadanie publiczne bez bezpośredniego angażowania środków publicznych.

Model koncesyjny uregulowany został ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>1</sup>. Ustawa ta określając zasady i tryb zawierania umowy o koncesję na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej odstąpiła od tradycyjnego rozumienia pojęcia koncesji jako kategorii aktu administracyjnego i wprowadziła umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi. Umowy takie zawierają organy władzy publicznej (w tym organy administracji rządowej), jednostki samorządu terytorialnego i ich związki oraz inne wymienione w ustawie podmioty publiczne z zainteresowanymi podmiotami (osobami fizycznymi lub prawnymi), które składają wniosek o zawarcie umowy koncesji. W porównaniu z umową o partnerstwie publiczno-privatnym umowa ta jest znacznie bardziej zbliżona do klasycznej formy umowy administracyjnej. Dzieje się tak zwłaszcza dlatego, że umowa ta została poddana kontroli sądu administracyjnego<sup>2</sup>. W piśmiennictwie wskazuje się, że umowa zmierzająca do urzeczywistnienia interesu publicznego będzie stanowiła część prawną oddziaływania samej administracji na otaczającą rzeczywistość. Wydaje się więc, że umowy takie jak koncesje na roboty budowlane czy też umowy partnerskie, będąc częścią szeroko rozumianego systemu administracji, nabywają cech publicznoprawnych instrumentów oddziaływania administracji<sup>3</sup>. W przypadku umów administracyjnoprawnych, przedmiot umowy jest na ogół tak silnie związany z administracją, iż umowy te nie mogłyby funkcjonować poza nią. Organ administracji powierza podmiotom prywatnym zadanie publiczne do wykonania, zaś podmioty te przyjmują obowiązek wykonania usług publicznych<sup>4</sup>. Jak słusznie zauważyła Joanna Lemańska umowa taka (administracja) musi gwarantować, by podmiot wykonujący zadania wykonywał je na rzecz powszechnego odbiorcy, zapewnione świadczenia były trwałe i ciągłe, a każdorazowe ich przerywanie wymagało

<sup>1</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 113, zwana dalej u.k.r.b.u.

<sup>2</sup> J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 438.

<sup>3</sup> A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 2, s. 19.

<sup>4</sup> System prawa administracyjnego, t. 5: Prawne formy działania administracji, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 267.

zgody administracji<sup>5</sup>. Umowa administracyjna, w której strona zobowiązuje się do świadczenia na rzecz organu administracji publicznej, może zostać zawarta, o ile świadczenie to służyć będzie ustalonemu przez strony celowi takiej umowy, mieszczącemu się w granicach zadań publicznych realizowanych przez ten organ na podstawie przepisów prawa. Świadczenie musi pozostawać w rzeczowym, uwzględniającym całokształt okoliczności zawierania umowy, związku z zachowaniami, do jakich zobowiązuje się organ<sup>6</sup>. Bez względu na to, czy uznamy umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi za umowę publicznoprawną czy umowę cywilnoprawną, należeć będzie ona do katalogu podstawowych form działania administracji publicznej. Konstytucja RP oraz samorządowe ustawy ustrojowe jednoznacznie przesądzają, że jednostkom samorządu terytorialnego przysługuje osobowość prawna, co uznać należy za niezbędne, aby mogły one wykonywać zadania publiczne. Z uwagi na osobowość prawną są więc one władne do zawierania umów cywilnoprawnych, których zakwalifikowanie do prawnych form działania administracji publicznej nie budzi wątpliwości w doktrynie prawa administracyjnego.

Na konieczność podejmowania działalności konsensualnej przez jednostki samorządu terytorialnego i jej egzemplifikacji w postaci umów partnerstwa publiczno-prywatnego czy umów koncesji niewątpliwie wpływ ma konieczność dbałości o efektywność i skuteczność działania organów administracji publicznej. W odniesieniu do organów administracji zasada efektywności i skuteczności działania oznacza, mówiąc ogólnie, realizację zadań i osiągnięcie zamierzonych rezultatów przy najmniejszym wkładzie pracy. Efektywne są na pewno te działania, które w pełni zaspokajają oczekiwania społeczne. Realizacja tej zasady zależy od wielu czynników: politycznych, gospodarczych, organizacyjno-technicznych, a także od czynników prawnych. Każde więc rozstrzygnięcie administracji jest rezultatem wyboru, w którym odgrywają role różne elementy. Wiele z tych elementów leży poza sferą wpływu wybierającego, a tylko niektóre z nich są od niego uzależnione. Wśród czynników prawnych wpływających na zasadę efektywności i skuteczności działania można wymienić przejrzystość budowy norm prawnych, a także stosowane przez administrację prawne formy i metody działania<sup>7</sup>. Oprócz celu efektywności i skuteczności działania istotne znaczenie ma również wspomniana na wstępie niniejszego opracowania kwestia ograniczonych środków budżetowych. Zwraca się również szczególną uwagę na możliwości wykorzys-

<sup>5</sup> J. Lemańska, *Umowa administracyjna a umowa cywilna*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego – księga jubileuszowa prof. dr hab. Józefa Filipka*, red. I. Skrzydło-Niżnik, Kraków 2001, s. 424 i n.

<sup>6</sup> *Prawo administracyjne*, red. M. Zdyb, J. Stelmasiak, Warszawa 2016, s. 208-209.

<sup>7</sup> E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015, s. 103.

tania potencjału podmiotów prywatnych przy realizacji zadań właściwych dla sektora publicznego. Stąd m.in. zrodziła się idea przygotowania odpowiedniej regulacji prawnej w postaci dyrektywy regulującej kwestie udzielania koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>8</sup>. Wydaje się również, że uzasadnienia dla harmonizacji prawa w obszarze udzielania koncesji na roboty budowlane lub usługi należy upatrywać również z punktu widzenia oddziaływania tejże regulacji na wspólny rynek europejski.

Celem uchwalenia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji<sup>9</sup> było także wprowadzenie pewnych uproszczeń do umów koncesji, sprzyjanie współdziałania publicznego i prywatnego sektorów w inwestycjach w infrastrukturę i usługi, a także ułatwienia dotyczące realizacji projektów w formie partnerstwa publiczno-prywatnego. Działania Komisji Europejskiej w celu zharmonizowania przepisów państw członkowskich UE w kwestii udzielania koncesji spotkały się z aprobatą w polskim piśmiennictwie. Jak słusznie zauważył Andrzej Panasiuk, pozostawienie obszaru koncesji w dyrektywach regulujących klasyczne zamówienia publiczne, ze względu na różnice systemowe oraz funkcjonalne, jakie występują pomiędzy klasycznym zamówieniem publicznym a koncesją, nie ułatwiłoby rozwoju tej prawnej formy realizacji zadań publicznych przez podmioty sektora publicznego<sup>10</sup>. W związku z tym, iż skala zmian, które determinuje obowiązek implementacji nowej dyrektywy koncesyjnej była na tyle duża w stosunku do obecnych polskich przepisów regulujących udzielanie koncesji na roboty budowlane i usługi, to, aby nie nowelizować obowiązującej ustawy, zdecydowano się na opracowanie nowej ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, która zastępuje ustawę z dnia 9 stycznia 2009 roku. Uchwalono ją 21 października 2016 r. i weszła w życie 14 grudnia<sup>11</sup>. W dużym skrócie, zmiany dotyczą wprowadzenia nowej definicji umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, doprecyzowania kwestii przeniesienia na koncesjonariusza ryzyka ekonomicznego, co pozwala precyzyjnie odróżnić umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi od umów o zamówienia publiczne, ustalenia progu szacunkowej wartości umów w 30 000 euro. Oprócz tego nie będzie już obowiązywała zasada jawności w postępowaniach koncesyjnych. Czas, na jaki można zawierać umowy koncesji został ograniczony, zakres dopuszczalnych zmian, rozwiązania oraz unieważnienia zawartej umowy koncesji został rozszerzony. Innymi ważnymi zmianami są wyposażenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w kompe-

<sup>8</sup> A. Panasiuk, *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/23/UE*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 7–8, s. 62.

<sup>9</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.1.

<sup>10</sup> A. Panasiuk, *Zasadnicze kierunki zmian...*, s. 55.

<sup>11</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 1920, zwana dalej u.u.k.r.b.u.

tencję organu właściwego w sprawach umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, a jeżeli chodzi o środki ochrony prawnej, to wykonawcy, którzy ubiegają się o koncesję, mają możliwość wniesienia odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej, a skargi, które były wnoszone i rozpatrywane w trybie sądownoadministracyjnym, będzie rozpoznawał sąd okręgowy w postępowaniu skargowym.

Pierwszą ustawą wprowadzającą do polskiego porządku prawnego instytucję koncesji na roboty budowlane lub usługi były przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>12</sup>. Przepisy prawa zamówień publicznych tylko w takim zakresie mogą być zaliczane do prawa publicznego, w jakim przedmiotem zamówień publicznych czynią one świadczenia wykonawców o charakterze publicznych oraz gdy w związku z tym obowiązki wykonawców kreujące te świadczenia wykonawców również mają charakter publiczny<sup>13</sup>. Wprowadzenie ustawy, która regulowała tę instytucję w sposób odmienny od przepisów p.z.p. był w 2009 roku aprobowany w piśmiennictwie. Ówczesne koncesje na roboty budowlane i usługi nie znajdowały szerokiego zastosowania. Uregulowania zawarte w p.z.p., ze względu na formalizm wyboru koncesjonariusza (analogiczny jak w pozostałym zakresie stosowania prawa zamówień publicznych), zniechęcało m.in. jednostki sektora finansów publicznych do posługiwania się tym sposobem realizacji zadań. Ustawa z 2009 roku wprowadzała odmienny od p.z.p. sposób wyboru koncesjonariusza oraz rozszerzyła zakres przedmiotowy koncesji<sup>14</sup>. O ile sam pomysł uregulowania odrębną ustawą, z uwagi na oczywiste odmienności i różnice pomiędzy zamówieniami publicznymi i koncesjami, należy aprobować, tak w naszym przekonaniu była to ustawa, która wymagała nowelizacji i to nie tylko z uwagi na obowiązki implementacyjne, do czego odniesiemy się niżej.

Ustawa z 21 października 2016 r. nie wprowadza istotnych zmian, jeżeli chodzi o charakterystykę umowy koncesyjnej. Definicja z art. 3 ust. 1 u.u.k.r.b.u., która wyznacza charakter umowy o koncesję – jako umowy powierzania przez zamawiającego koncesjonariuszowi wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług i zarządzania tymi usługami za wynagrodzeniem nie różni się od art. 1 ust. 2 u.k.r.b.u. Zauważalną zmianą jest jednak odejście od definicji „koncesjodawcy” i zastąpienie jej definicją „zamawiającego”.

Wydaje się, że ta zmiana nie była konieczna, albowiem jeśli zamiarem ustawodawcy było zrównanie terminologii z przepisami p.z.p., wówczas również

<sup>12</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm., zwana dalej p.z.p.

<sup>13</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 249.

<sup>14</sup> W. Gonet, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi. Nowe możliwości realizacji zadań JST, „Finanse Komunalne” 2009, nr 11, s. 47.*

definicja „koncesjonariusza” powinna zostać zastąpiona definicją „wykonawcy”. W naszym przekonaniu, semantycznie określenie „koncesjodawca” jest właściwsze, albowiem podkreśla, że jest to podmiot, będący organem administracji udzielającym koncesję. Ustawodawca ponadto zrezygnował ze zdefiniowania katalogu koncesjodawców i zastosował normę odsyłającą do przepisów p.z.p. Jakkolwiek negatywnie oceniamy trend ustawodawcy związany z nadużywaniem norm odsyłających w prawie, tak uważamy, że w tym przypadku nie było potrzeby zdefiniowania odrębnych katalogów podmiotów zamawiających albowiem katalog z u.k.r.b.u. i p.z.p. był właściwie zbieżny. Rozwiązania dotyczące ryzyka ekonomicznego również nie uległy zasadniczym zmianom. Ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług ponosi wyłącznie koncesjonariusz. Pojęcie ryzyka przy realizacji koncesji w polskiej ustawie jest pojęciem szerszym, jeżeli chodzi o zakres przedmiotu koncesji, z tego względu, że obejmuje również potencjalne ryzyka, które mogą wystąpić na etapie wytwarzania aktywa, na podstawie którego będzie wykonywana koncesja (świadczona usługa publiczna). Przepisy dyrektywy 2014/23/UE nie odnoszą się do tego etapu, wskazując jedynie w art. 5 pkt 1, że udzielenie koncesji wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją obiektów lub wykonywaniem usług. Możliwość określenia zakresu ryzyka operacyjnego przyjętego w dyrektywie do ryzyka związanego z popytem lub podażą, albo do obu tych obszarów ryzyk, spowoduje częstsze definiowanie przez sektor publiczny ryzyk w obszarze podaży oraz popytu. Źle rozłożone ryzyko może być barierą w faktycznym wykonaniu projektu, może jednocześnie doprowadzić do strat finansowych wynikających z konsekwencji nienależytego przygotowania stron do wykonywania nałożonych zobowiązań. Może ponadto przyczynić się do tego, że spodziewany efekt finansowy nie zostanie osiągnięty<sup>15</sup>. Ustawodawca jednoznacznie przesądził, że ryzyko ekonomiczne obejmuje również ryzyko związane z popytem lub podażą. Koncesjonariusz nie będzie miał 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. Jakkolwiek takie uregulowanie tej kwestii może stanowić barierę w podejmowaniu przez podmioty prywatne decyzji o zaangażowaniu się w realizację projektu w ramach modelu koncesyjnego, taka regulacja prawna była w naszym przekonaniu niezbędna. Ustawodawca w ten sposób nie pozostawił wątpli-

<sup>15</sup> A. Panasiuk, *Zasadnicze kierunki zmian...*, s. 58.

wości, podkreślając zasadnicze różnice pomiędzy umową zamówienia publicznego a umową koncesji.

Istotną zmianą w procedurze udzielania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi jest wprowadzenie progu stosowania przepisów ustawy. Mianowicie zgodnie z art. 4 u.u.k.r.b.u. przepisy ustawy stosuje się do umów koncesji, których wartość szacunkowa jest równa lub przekracza równowartość 30 000 euro. Przy czym wyjaśnić należy, że zgodnie z art. 6 ust. 1 u.u.k.r.b.u. szacunkową wartością umowy koncesji jest całkowity przychód koncesjonariusza uzyskany w okresie obowiązywania umowy, bez podatku od towarów i usług, oszacowany przez zamawiającego z zachowaniem należytej staranności, z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami, będących przedmiotem koncesji, powiększony o wartość dostaw i usług towarzyszących takim robotom lub usługom. W naszym przekonaniu, przepis ten zasługuje na aprobatę, a jego brak był istotną wadą poprzedniej ustawy. Nie posługiwała się ona pojęciem progu, stąd też każda umowa koncesji, bez względu na jej wartość, musiała być zawierana zgodnie z przepisami ustawy. Wydaje się, że w przypadku przedsięwzięć o wartości poniżej tej kwoty, prowadzenie postępowania koncesyjnego byłoby nieuzasadnioną uciążliwością. Rozwiązanie to jest również spójne z progiem określonym przepisami p.z.p. Jakkolwiek w piśmiennictwie zwraca się uwagę na racjonalność zwalniania kwotowo oznaczonych zamówień spod reżimu p.z.p. w ujęciu systemowym. Jak zauważył Zbigniew Czarnik, lepszym rozwiązaniem jest wprowadzenie mądrych uproszczeń w procedurze przy niższych kwotach zamówień niż wyjmowanie ich spod działania ustawy. Działanie takie, wprowadzając różną miarę w gospodarowaniu środkami publicznymi, ma zawsze wymiar „demoralizujący”. Zasady w tym zakresie nie powinny wynikać z wielkości zainwestowanych środków, ale z przeświadczenia, że są to środki publiczne, którymi należy się posługiwać z należyłą gospodarnością<sup>16</sup>. W naszym przekonaniu, wprowadzenie progu wyłączonego jest uzasadnione, albowiem sposób należytego gospodarowania środkami publicznymi jest chroniony również odrębnymi regulacjami; należy wziąć również pod uwagę wewnętrzne regulacje podmiotów publicznych, które niejednokrotnie zobowiązują do stosowania procedur, które nazwalibyśmy *quasi-przetargowymi*, zawierającymi mechanizmy ograniczające dowolność zamówień. Poszukując lepszego rozwiązania od kwotowo oznaczonego wyłączenia spod reżimu prawnego, racjonalniejszym w naszym przekonaniu unormowaniem byłoby wprowadze-

<sup>16</sup> S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Petczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el, 2013.



nie fakultatywności zawierania umowy koncesji w trybie u.u.k.r.b.u. w przypadku umów o wartości równej lub nieprzekraczającej 30 000 euro aniżeli obligatoryjne wyłączenie ze stosowania reżimu ustawowego w przypadku takich umów. Warte zwrócenia uwagi jest również umożliwienie wyboru koncesjonariusza w trybie z tzw. wolnej ręki, co również było uniemożliwione na gruncie ustawy z 2009 roku. Zamawiający będzie mógł zaprosić do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy o koncesji za pomocą zaproszenia skierowanego do wybranego przez siebie wykonawcy lub wykonawców, jednakże wyłącznie w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 20 ust. 1 u.u.k.r.b.u. Wśród nich można wyróżnić m.in. tzw. zamówienia *in-house*, możliwość wykonania robót lub świadczenia jedynie przez jednego koncesjonariusza, stworzenie lub nabycie dzieła sztuki lub wykonania artystycznego, nie złożenie żadnej oferty albo odrzucenie wszystkich w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji. Także i rozwiązanie jest właściwie spójne z rozwiązaniami określonymi przepisami p.z.p. I podobnie jak w przypadku rozwiązań z p.z.p., przepisy te są nieostre i mogą budzić spore wątpliwości interpretacyjne i praktyczne, jeżeli chodzi o wybór trybu dokonywania zamówień, przy czym należy oczywiście zastrzec, że tryb z tzw. wolnej ręki jest trybem fakultatywnym dokonywania zamówień.

Art. 23 u.k.r.b.u. wyraźnie zakazywał zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której zawarto umowę koncesji, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy, zastrzegając sankcję nieważności dla zmiany umowy dokonanej z naruszeniem tego przepisu. Nowa ustawa w art. 46 utrzymuje ten zakaz, jednakże wprowadza jasny i klarowny katalog zamknięty przesłanek, w przypadku których zmiana umowy jest możliwa. Jedną z nich jest przewidzenie zmian w ogłoszeniu o koncesji lub innym dokumencie koncesji w postaci jednoznacznych postanowień umownych; w szczególności mogą dotyczyć możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia koncesjonariusza; należy określić charakter oraz warunki wprowadzenia tych zmian. Można też wprowadzić zmiany polegające na zamawianiu od dotychczasowego koncesjonariusza dodatkowych usług lub robót budowlanych nieobjętych umową, jeżeli są niezbędne. Jest niezbędne spełnienie dwóch warunków: zmiana koncesjonariusza nie może być dokonana z powodów ekonomicznych albo technicznych oraz spowodowałyby zwiększenie kosztów dla zamawiającego. Inną przesłanką jest konieczność zmian ze względu na okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć nawet zachowując należytą staranność. Możliwa jest też zmiana umowy w przypadku zastąpienia dotychczasowego koncesjonariusza przez nowego, jeżeli zostało to

przewidziane w ogłoszeniu lub innym dokumencie koncesji, a także w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego koncesjonariusza lub jego przedsiębiorstwa. W tym drugim przypadku nowy koncesjonariusz powinien spełniać kryteria kwalifikacji, a wszystko pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy koncesji i nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Zmiana koncesjonariusza może też nastąpić w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązania koncesjonariusza względem jego podwykonawców. Jest możliwa też zmiana postanowień umowy, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż kwota określona w rozporządzeniu ministra właściwego do spraw gospodarki i jednocześnie mniejsza niż 10% wartości umowy koncesji określonej pierwotnie. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych zmian, wartość jest szacowana łącznie. Kryterium wartości zmiany nie ma znaczenia, jeżeli nie są one istotne. Te zmiany również zasługują na aprobatę. Art. 23 u.k.r.b.u. był rozwiązaniem zdecydowanie nietrafnym. Biorąc pod uwagę, że koncesja na roboty budowlane lub usługi z natury jest umową długoterminową, powinny istnieć takie rozwiązania ustawowe, które pozwolą modyfikować przepisy umowy adekwatnie do zmieniającej się sytuacji. Konstrukcja przepisu art. 23 u.k.r.b.u. była w naszym przekonaniu niejednoznaczna i narażała strony umowy koncesji na potencjalne spory co do ważności zmian umownych.

Jeżeli chodzi o czas trwania umowy, to art. 24 u.k.r.b.u. uzależniał to od przewidywanego okresu zwrotu nakładów koncesjonariusza, ograniczając ten czas do 30 lat w przypadku koncesji na roboty budowlane, a w przypadku koncesji na usługi – do 15 lat. Jeżeli okres ten miał być dłuższy, można było zawrzeć umowę na czas dłuższy. Jednakże skutkiem zawarcia umowy na czas dłuższy z naruszeniem tych zasad było uznanie, że została zawarta na odpowiednio 30 lub 15 lat. Nowa ustawa modyfikuje tę kwestię o tyle, że moment odzyskania nakładów inwestycyjnych staje się górną granicą w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 5 lat, brak natomiast sztywnych reguł dotyczących oznaczonego czasu trwania umowy. Wydaje się, że jest to rozwiązanie słuszne, albowiem z góry wyklucza możliwość zawarcia długoterminowej umowy bez uwzględnienia okresu odzyskania nakładów inwestycyjnych.

Środki ochrony prawnej dotyczące umowy koncesji też zaznały zmian w wyniku uchwalenia nowej ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza zostaje wyposażona w kompetencję do rozpoznania odwołań, a na wyrok lub postanowienie kończące postępowanie w sprawie przysługuje skarga do sądu okręgowego. Tym samym zrezygnowano z modelu kontroli umowy koncesji przez sąd administracyjny. Sądy administracyjne w Polsce powołane zostały do kontroli działań administracji publicznej. Polskie sądy

administracyjne co do zasady nie posiadają kompetencji do orzekania merytorycznego, a ich orzeczenia mają charakter kasatoryjny. Przede wszystkim merytoryczne orzekanie sądu (orzekanie reformacyjne) mogłoby dać możliwość realizacji pełnego prawa do sądu. To zawężenie ma charakter naturalny i oczywisty – wynika z przyjętej koncepcji tego sądownictwa. Wprowadzenie sądownictwa merytorycznego wymagałoby przebudowy prawa administracyjnego i co istotniejsze wymagałoby wyposażenia sądów administracyjnych w odpowiednie instrumenty dowodowe<sup>17</sup>. W piśmiennictwie od dawna podnoszono, że właściwym rozwiązaniem byłoby poddanie umów o partnerstwie publiczno-prywatnym kognicji sądu okręgowego właściwego do rozstrzygania sporów o charakterze cywilnoprawnym. Sprawy tego rodzaju nie są natomiast domeną sądów administracyjnych i zaangażowanie ich w orzecznictwo dotyczące postępowań umów koncesji oraz partnerstwa publiczno-prywatnego w trybie koncesji nie jest rozwiązaniem trafnym. Najprawdopodobniej wynika ono z błędnego zrozumienia istoty koncesji na roboty budowlane lub usługi utożsamiającego ją z koncesją będącą decyzją administracyjną w zakresie reglamentowania działalności gospodarczej<sup>18</sup>. Umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi, z uwagi na poddanie jej kontroli sądu administracyjnego, charakteryzuje się jako umowę zbliżoną do klasycznej umowy administracyjnej. Choć w uzasadnieniu do projektu ustawy, ostatecznie uchwalonej w dniu 21 października 2016 r. wskazano, że wybór sądowniczo-administracyjnej ścieżki kontroli nie uwzględniał cywilnoprawnego charakteru tej umowy. Podstawowe zarzuty, jakie można byłoby sformułować do rozwiązań ustawowych z 2009 r. to:

- zbyt krótki 10-dniowy termin na wniesienie skargi;
- wniesienie skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej co do zasady wstrzymywało prawo do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie; na wniosek koncesjodawcy, wojewódzki sąd administracyjny mógł zdecydować na posiedzeniu niejawnym, w drodze postanowienia (na które nie przysługiwało zażalenie), o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy, jeżeli negatywne konsekwencje wstrzymania zawarcia umowy dla interesu publicznego mogłyby przewyższyć wynikające z tego korzyści dla ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji;

<sup>17</sup> J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 256.

<sup>18</sup> *Partnerstwo publiczno-prywatne. 100 pytań, wyjaśnień, interpretacji*, red. R. Cieślak, Warszawa 2014, s. 226.

- wojewódzki sąd administracyjny mógł nie orzec unieważnienia umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym lub umowa została już w całości wykonana.

Z uwagi na odpowiednie stosowanie przepisów p.z.p. do uprawnień Krajowej Izby Odwoławczej, należy przyznać, że właściwie te zarzuty podniesione wyżej można byłoby podnieść ponownie, albowiem poza zmianą właściwości organu kontroli te zagadnienia zostały uregulowano w sposób tożsamy, choć pozytywnie należy ocenić wyróżnienie dłuższych terminów na złożenie odwołania – chociażby 3-miesięcznego w przypadku niezamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji albo gdy zamieszczone ogłoszenie nie zawierało uzasadnienia. Biorąc pod uwagę specyfikę umowę koncesji na roboty budowlane lub usług, licznych norm odsyłających do przepisów p.z.p., wydaje się, że przekazanie tych uprawnień Krajowej Izbie Odwoławczej nie jest złym rozwiązaniem, z uwagi na doświadczenie i kwalifikację do orzekania w tym obszarze tematycznym.

Konkludując rozważania należy przyznać, że zmiany w zawieraniu umów na roboty budowlane lub usługi w naszym przekonaniu pozytywnie wpłyną na zwiększeniu konkurencyjności i eliminację ograniczeń w równym dostępie do rynku, co legło u podstaw uchwalenia unijnej dyrektywy harmonizującej przepisy dotyczące zawierania koncesji w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Konieczność implementacji dyrektywy była idealnym momentem do przeanalizowania przez ustawodawcę rozwiązań przyjętych w dotychczasowej ustawie z 2009 roku. Wydaje się, że ustawa z października 2016 r. odpowiada na zapotrzebowanie w zakresie wyeliminowania dotychczasowych barier i wad procedury zawierania koncesji. Należy mieć nadzieję, że nowe rozwiązania ustawowe wpłyną również na zwiększenie popularności tejże formy działania administracji publicznej. Pomiędzy 1 stycznia 2009 r. a dniem 15 grudnia 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ukazało się 119 ogłoszeń o koncesji na usługi, z czego 86 ogłoszeń, gdzie zamawiającym (koncesjodawcą) jest administracja samorządowa. Natomiast w tym samym okresie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano 99 ogłoszeń o koncesji na roboty budowlane, z czego 78 ogłoszeń, gdzie zamawiającym (koncesjodawcą) była administracja samorządowa.

**Mgr Kamil Burski:** doktorant w Katedrze Prawa Administracyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, absolwent wyższych studiów prawnych na Wydziale Prawa i Administracji tego Uniwersytetu.

**Jaryna Smertyha-Burska:** studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, absolwentka licencjackich studiów z filologii polskiej na Lwowskim Uniwersytecie Narodowym im. Iwana Franki we Lwowie.

Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el, 2013.  
Gonet W., *Ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi. Nowe możliwości realizacji zadań JST*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 11.

Lemańska J., *Umowa administracyjna a umowa cywilna*, w: *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego – księga jubileuszowa prof. dr hab. Józefa Filipka*, red. I. Skrzydło-Niżnik, Kraków 2001.

Panasiuk A., *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 2.

Panasiuk A., *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/23/UE*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 7–8.

*Partnerstwo publiczno-prywatne. 100 pytań, wyjaśnień, interpretacji*, red. R. Cieślak, Warszawa 2014.

*Prawo administracyjne*, red. M. Zdyb, J. Stelmasiak, Warszawa 2016.

*System prawa administracyjnego*, t. 5: *Prawne formy działania administracji*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.

Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.

Ura E., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015.

Zimmermann J., *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013.

Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.

Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 113.

Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz.U. z 2016 r. poz. 1920.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, Dz.U.U.E.L.2014.94.1.

liczba arkuszy 0,7