

Zamówienia publiczne w prywatyzacji zadań komunalnych

1. Przedmiotem rozważań jest realizacja zadania w ramach gospodarki komunalnej, o której mowa w ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹. Ustawa ta określa zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, tj.: gminy w znaczeniu ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym²; powiatu w znaczeniu ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym³; województwa w znaczeniu ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa⁴. Zgodnie z jej postanowieniami (art. 1 ust. 1) gospodarka komunalna polega na wykonywaniu przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Powyższe wskazuje, że przedmiotem gospodarki komunalnej, jako działalności wykonywanej przez jednostki samorządu terytorialnego, jest realizowanie zadań własnych polegających na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, czyli tzw. zadań komunalnych. Tak rozumiana gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (art. 1 ust. 2)⁵.

Gospodarka komunalna (realizacja zadań komunalnych) może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w określonych formach organizacyjno-prawnych, w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego (art. 2 u.g.k.). Ponadto jednostki te, zgodnie z art. 3 u.g.k., mogą w drodze umowy powierzyć wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finan-

¹ Dz. U. z 1997 r., Nr 9, poz. 43 ze zm., dalej: u.g.k.

² Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 ze zm.

³ Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1592 ze zm.

⁴ Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1590 ze zm.

⁵ Na temat pojęcia i zakresu gospodarki komunalnej: zob. M. Ciepiela, *Formy komunalnej działalności gospodarczej*, PUG 2001, nr 6; M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008.

sach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.), w trybie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 oraz z 2010 r., Nr 106, poz. 675), przepisów ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2010 r., Nr 234, poz. 1536) i ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r., Nr 5, poz. 13) albo na zasadach ogólnych.

Powyższa regulacja przewiduje więc jako sposób realizacji zadań komunalnych przez jednostki samorządu terytorialnego powierzenie ich wykonywania podmiotom zewnętrznym (wykonawcom). Nie wchodząc w szczegóły, wskazać należy, że takie przekazanie zadań komunalnych podmiotom zewnętrznym w drodze umowy jest ujmowane jako forma prywatyzacji wykonywania zadań publicznych poprzez włączenie podmiotów prywatnych w realizację zadań, które przypisane są jednostkom samorządu terytorialnego⁶. O wyborze sposobu prowadzenia gospodarki komunalnej, a tym samym formy realizacji zadań komunalnych, co do zasady, decyduje organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (art. 4 u.g.k.). Natomiast wdrożenie wybranego rozwiązania należy do organów wykonawczych danej jednostki samorządu terytorialnego.

To powierzenie zadań komunalnych, jak wynika z art. 3 u.g.k., może nastąpić m.in. z wykorzystaniem instytucji zamówienia publicznego. A więc w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁷, która określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie (art. 1 u.p.z.p.). Może nastąpić także w trybie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁸, która określa zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej (art. 1 ust. 1). Uznać bowiem należy, że koncesję na roboty budowlane lub usługi, o których mowa w ustawie o koncesjach, stanowią kwalifikowaną postać zamówienia publicznego⁹.

⁶ Na temat prywatyzacji tych zadań zob. A. Błaś, *Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego*, [w:] A. Błaś (red.), *Studia nad samorządem terytorialnym*, Wrocław 2002, s. 352 i n.

⁷ Dalej: u.p.z.p. lub ustawa.

⁸ Dalej: ustawa o koncesji.

⁹ M. Guziński, *Koncesje na roboty budowlane i usługi jako nowa forma zarządzania mieniem przez jednostki samorządu terytorialnego*, [w:] L. Kieres (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego publicznego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, Wrocław 2010, s. 91 i n.

Powstaje więc zagadnienie, kiedy, w jakiej sytuacji ma zastosowanie przy powierzeniu w drodze umowy zadań komunalnych, o którym mowa w art. 3 u.g.k., ustawa Prawo zamówień publicznych, a kiedy ustawa o koncesji.

2. Zgodnie z postanowieniami u.p.z.p. przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym (podmiot zobowiązany do stosowania ustawy) a wykonawcą (podmiot uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zainteresowany jego uzyskaniem), których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 u.p.z.p.). Wprowadzona ustawą regulacja dotyczy więc podmiotów kwalifikowanych przez ustawę jako zamawiający. Podstawową grupę tych podmiotów, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p., stanowią jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych¹⁰, a więc m.in. jednostki samorządu terytorialnego. Wskazane podmioty poddane są ustawie, gdy udzielają zamówienia, którego przedmiotem są: a) roboty budowlane – rozumiane jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w znaczeniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane¹¹, a także rozumiane jako wykonanie robót budowlanych przez osoby trzecie, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (art. 2 pkt 8 u.p.z.p.); b) dostawy – rozumiane jako nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu (art. 2 pkt 2 u.p.z.p.); c) usługi – rozumiane jako wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a które są uznane za takie w stosownym rozporządzeniu (art. 2 pkt 10 u.p.z.p.). Poddane są ustawie, gdy realizacja powyższych zamówień związana jest z koniecznością zawarcia umowy odpłatnej z ich wykonawcą, przewidującej zwykle wynagrodzenie.

Natomiast zgodnie z postanowieniami ustawy o koncesji, przez koncesję na roboty budowlane lub usługi należy rozumieć umowy zawierane między koncesjodawcą a koncesjonariuszem, których przedmiotem jest wykonanie roboty budowlanej lub usługi za wynagrodzeniem, które stanowi wyłączone prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, lub wyłączone prawo do wykonywania usługi, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy (art. 1 ust. 2). Stosowanie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi może nastąpić, gdy spełnione zostaną łącznie dwie podstawowe przesłanki: 1) umowę koncesji zawiera wyraźnie wskazany w ustawie podmiot kwalifikowany jako koncesjodawca (art. 3), obok innych podmiotów taki status posiadają także

¹⁰ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.).

jednostki samorządu terytorialnego (art. 3 pkt 2); 2) umowa koncesji dotyczy realizacji roboty budowlanej lub usługi (art. 1 ust. 1). Z tym, że te podmioty poddane będą tej ustawie, gdy zawierają umowę odpłatną z wykonawcą zadania (koncesjonariuszem), za kwalifikowanym wynagrodzeniem – wynagrodzenie, które stanowi wyłączne prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków (w przypadku koncesji na roboty budowlane) lub wyłączne prawo do wykonywania usługi, w tym pobierania pożytków (w wypadku koncesji na usługi), albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.

Z powyższego wynika niewątpliwie, że jeżeli przedmiotem zamówienia, udzielanego przez jednostkę samorządu terytorialnego, będą takie dostawy, usługi lub też roboty budowlane, których realizacja mieści się w pojęciu zadań komunalnych, to wówczas uznać należy, iż dane zamówienie jest powierzaniem wykonywania tych zadań, o którym jest mowa w art. 3 u.g.k. Tym samym uznać należy, że jeżeli przy powierzaniu wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej przez jednostkę samorządu terytorialnego w przedmiocie odpłatnego zlecenia (zwykle wynagrodzenie) będą mieszczące się w pojęciu zadań komunalnych dostawy, usługi lub też roboty budowlane – w znaczeniu u.p.z.p. – to wówczas mamy do czynienia z zamówieniem publicznym w rozumieniu tej ustawy. Natomiast, jeżeli przedmiotem zamówienia udzielanego przez jednostkę samorządu terytorialnego będą usługi lub też roboty budowlane, których realizacja mieści się w pojęciu zadań komunalnych, a ich powierzanie następuje w drodze umowy odpłatnej w formie kwalifikowanego wynagrodzenia, to wówczas mamy do czynienia z zamówieniem ujmowanym jako koncesja na roboty budowlane lub usługi w rozumieniu ustawy o koncesji.

Z powierzeniem zadania komunalnego (w ujęciu zarówno ustawy u.p.z.p., jak i ustawy o koncesji) mamy do czynienia, gdy dochodzi do zawarcia umowy. Natomiast jednym z koniecznych elementów stosunku cywilnoprawnego powstałego na skutek zawarcia umowy jest występowanie co najmniej dwóch stron posiadających zdolność prawną bycia podmiotem praw i obowiązków. Niewątpliwie z takimi dwoma podmiotami nie będziemy mieli do czynienia w sytuacji np. występowania dwóch nieposiadających osobowości prawnej jednostek organizacyjnych – jednostek samorządu terytorialnego. W takim przypadku będziemy mieli bowiem do czynienia tylko i wyłącznie z jednym podmiotem posiadającym tę zdolność prawną, a mianowicie daną jednostką samorządu terytorialnego, która występuje poprzez swoje jednostki organizacyjne. W konsekwencji, w opisanej sytuacji nie wystąpi możliwość zastosowania regulacji art. 3 u.g.k. z zastosowaniem procedur zamówienia publicznego, przewidzianych w analizowanych ustawach.

Cechą instytucji zamówień publicznych, regulowanych ustawą Prawo zamówień publicznych, jak i ustawą o koncesji na roboty budowlane lub usługi, jest wprowadzenie rozwiązań polegających na ustanowieniu określonego reżimu zachowania przy zawieraniu umów odpłatnych przez wskazane podmioty, których przedmiotem są usługi, roboty budowlane czy dostawy. Reżim ten polega na określeniu zasad, sposobu, form postępowania w całym procesie udzielania zamówienia publicznego, poczynając od jego przygotowania, poprzez wyłonienie wykonawcy zamówienia, do realizacji w oparciu o zawartą umowę¹². Powstaje więc kolejne zagadnienie – w jakim zakresie reguły ustawy Prawo zamówień publicznych czy ustawy o koncesji mają zastosowanie przy powierzaniu zadań komunalnych, o którym mowa w art. 3 u.g.k. Zgodnie z postanowieniami tego artykułu powierzenie zadań komunalnych określonym podmiotom może nastąpić w trybie przepisów tych ustaw. Powstaje więc pytanie, czy to postanowienie art. 3 u.g.k. należy rozumieć jako odesłanie do określonych ustawą u.p.z.p. czy ustawą o koncesji zasad, sposobu, form i trybu postępowania w procesie udzielania zamówienia publicznego czy jedynie do trybu udzielania zamówień, a ściślej wyłonienia wykonawcy zadania.

Sformułowanie art. 3 u.g.k. poprzez odesłanie do trybu przepisów tych ustaw wskazuje, że ustawy te powinny być stosowane wprost, w całości, a nie w ograniczonym zakresie. Oznacza to, że jednostka samorządu terytorialnego będzie posiadała status „zamawiającego” w rozumieniu u.p.z.p., zobligowanego do stosowania jej postanowień wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami¹³. Tym samym powierzanie podmiotowi zewnętrznemu w drodze umowy wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej w trybie ustawy u.p.z.p. wiązać się będzie z przestrzeganiem przez jednostkę samorządu terytorialnego wszystkich zasad, rygorów i wymogów, jakie prawo zamówień publicznych wprowadza przy udzielaniu zamówienia publicznego. Podobnie, jednostka samorządu terytorialnego będzie posiadała status „koncesjodawcy” w rozumieniu ustawy o koncesji, zobligowanego do stosowania jej postanowień wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami.

3. Nie wchodząc w szczegółowe rozważania, wskazać należy, że powierzanie przez jednostkę samorządu terytorialnego wykonania zadania komunalnego, w trybie przepisów prawa zamówień publicznych, wiązać się winno z przestrzeganiem zasad udzielania zamówień publicznych; zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wy-

¹² Zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 150 i n.; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 132 i n.; M. Guziński (red.), *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008, s. 47 i n.; M. Guziński, *Koncesje na roboty budowlane i usługi...*, s. 97 i n.

¹³ Zob. M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej...*, s. 183 i n.

konawców; zasady prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i obiektywny; zasady udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy; zasady jawności prowadzonego postępowania; zasady zachowania formy pisemnej i języka polskiego przy prowadzeniu postępowania; zasady stosowania trybów przewidzianych w ustawie (art. 7-10 u.p.z.p.).

Powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego wykonania zadania komunalnego, w trybie przepisów prawa zamówień publicznych winno obejmować przestrzeganie rygorów i wymogów obowiązujących na etapie przygotowania postępowania o zamówienie publiczne od strony organizacyjnej i merytorycznej. Przystępując do powierzenia wykonania zadania komunalnego, w trybie zamówienia publicznego, jednostka samorządu terytorialnego winna przygotować ten proces od strony organizacyjnej, a więc rozstrzygnąć, czy związane z tym działania i czynności podejmuje przez swego kierownika czy też powierza ich przygotowanie i przeprowadzenie własnej wydzielanej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Zgodnie bowiem z rozwiązaniami zawartymi w ustawie (art. 15 ust. 1 u.p.z.p.) postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza sam zamawiający, a więc podmiot zobowiązany do stosowania jej przepisów. Działa on w tym zakresie przez swego kierownika, tj. osobę lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową jest uprawniony do zarządzania zamawiającym (art. 2 pkt 3 u.p.z.p.). Przy tego rodzaju rozwiązaniu to kierownik zamawiającego przygotowuje i podejmuje czynności oraz działania związane z udzieleniem zamówienia publicznego i ponosi za nie odpowiedzialność. Z tym że kierownik może powierzyć w drodze pisemnej te czynności pracownikom zamawiającego. Wówczas podejmuje je wyznaczony pracownik i w zakresie, w jakim zostały mu one powierzone, ponosi odpowiedzialność (art. 18 ust. 1 i 2 u.p.z.p.). Niemniej przepisy ustawy przewidują, że podmiot zobowiązany do jej stosowania może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej (art. 15 ust. 2). Podmioty, którym powierzono przygotowanie, przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, działają w imieniu i na rzecz zamawiającego, a ich działania są dla zamawiającego wiążące. Powierzenie czynności własnej jednostce organizacyjnej winno być przesądzone i określone w wewnętrznym dokumencie zamawiającego. Z tym że jednocześnie nastąpić winno udzielenie upoważnienia osobie lub osobom, które w ramach tej jednostki będą działały w imieniu zamawiającego, jego kierownika. Natomiast powierzenie dokonania tych czynności osobie trzeciej wiązać się winno z udzieleniem stosownego pisemnego pełnomocnictwa.

Przygotowanie postępowania związane jest także z ustaleniem, czy uczestniczyć będzie w tej procedurze także specjalna komisja, zwana na gruncie u.p.z.p. komisją przetargową, czy też nie i w jakim zakresie. Zgodnie z przepisami regulującymi zamó-

wienia publiczne kierownik zamawiającego zobowiązany jest do powołania takiej komisji, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p., tzw. kwoty progowe. W sytuacji, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż powyższe kwoty, kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową, ale nie musi tego czynić (art. 19 ust. 1 i 2 u.p.z.p.). Komisja ta jest powoływana – co do zasady – do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert. Mogą jednak zostać także powierzone komisji inne czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem samego postępowania o udzielenie zamówienia. Z tym iż ustalenia tej komisji nie mają charakteru wiążącego. Komisja przedstawia jedynie propozycje określonych rozwiązań czy określonego stanowiska, a do kierownika zamawiającego należy decyzja rozstrzygająca (art. 20 u.p.z.p.).

Proces ten – powierzenia wykonania zadania komunalnego w trybie zamówienia publicznego – powinien być przygotowany także od strony merytorycznej. Związane to jest przede wszystkim z obowiązkiem sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentu określającego m.in. przedmiot zamówienia, tryb wyłonienia wykonawcy, warunki i wymogi ubiegania się o realizację zadania, termin jego realizacji, sposób sporządzenia i składania oferty, kryteria wyboru wykonawcy zamówienia, istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy (art. 36 ust. 1 i 2 u.p.z.p.). Podkreślić należy, że jednostka samorządu terytorialnego, zgodnie z prawem zamówień publicznych, nie tylko zobowiązana jest do sporządzenia dokumentu zawierającego określoną treść, ale także do uczynienia tego według wskazanych reguł. Gdy idzie o wskazanie przedmiotu powierzanego zadania komunalnego, konieczne jest więc nie tylko jego określenie, ale także winno to być uczynione w sposób wskazany w ustawie. Nastąpić to powinno w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz przy użyciu dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych z zachowaniem określonych norm. Nie można natomiast tego przedmiotu opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29- 31 u.p.z.p.). Jednocześnie jednostka samorządu terytorialnego winna także określić wartość powierzanego zadania. Przy dokonywaniu tych czynności – określaniu przedmiotu i wartości – zastosowanie ma reguła zakazująca dzielenia zamówienia na części lub zaniżanie jego wartości, jeżeli miałyby to na celu uniknięcie stosowania przepisów zamówień publicznych (art. 32 ust. 2 u.p.z.p.).

Wyłonienie wykonawcy zadania komunalnego przez jednostkę samorządu terytorialnego z zastosowaniem przepisów zamówień publicznych może nastąpić jedynie w jednym z przewidzianych trybów procedowania: przetarg nieograniczony, przetarg

ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, licytacja elektroniczna. Z tym uwarunkowaniem, że podstawowym trybem wyłonienia wykonawcy zadania komunalnego jest przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Co oznacza, że mogą być one stosowane, co do zasady, zawsze, a uczynienie tego w innym trybie może nastąpić jedynie wyłącznie w okolicznościach określonych w przepisach ustawy (art. 10 u.p.z.p.).

Powierzenie zadania komunalnego przez jednostkę samorządu terytorialnego związane jest także z ustaleniem warunków udziału zainteresowanych podmiotów w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny spełnienia tych warunków. Zgodnie z przepisami ustawy mogą to być warunki pozytywne w zakresie posiadania uprawnień niezbędnych do wykonywania określonych działań lub czynności związanych z zadaniem komunalnym, jeżeli ustawy nakładają taki obowiązek, a także, jednakowe dla wszystkich podmiotów, warunki w zakresie: posiadania wiedzy i doświadczenia; potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zadania; znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zadania (art. 22 ust. 1 u.p.z.p.). Warunki te winny być ustalone w sposób jednakowy dla wszystkich potencjalnych podmiotów oraz w sposób jednoznaczny, tak aby nie utrudniały uczciwej konkurencji. Konieczne jest wskazanie sposobu oceny spełnienia tych warunków, w tym dokumentów, które mają potwierdzić ich spełnienie przez wykonawców (art. 25-26 u.p.z.p.). Ich rodzaj i zakres jest określony w rozporządzeniu¹⁴.

Samo wyłonienie wykonawcy konkretnego zamówienia o określonym przedmiocie w ramach zamówienia publicznego następuje w drodze wyboru najkorzystniejszej oferty, po uprzednim wszczęciu tego postępowania, przygotowaniu i złożeniu ofert oraz ich badaniu i ocenie. Podjęcie postępowania w zakresie wyłonienia wykonawcy zadania komunalnego – jako postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – może nastąpić więc po uprzednim wszczęciu postępowania o powierzenie tego zadania. Wszczęcie tego postępowania – w zależności od wybranego trybu – winno nastąpić albo w formie zamieszczenia ogłoszenia publicznego (art. 40, 48, 56, 60c u.p.z.p.), albo w określonych przypadkach (art. 63, 66, 71 u.p.z.p.) w formie skierowania zaproszenia do wybranych podmiotów. Wszczynając postępowanie, jednostka samorządu terytorialnego – jako zamawiający – udostępnia zainteresowanym podmiotom specyfikację istotnych warunków zamówienia. Następuje to w miejscu i terminie zależnym od wybranego trybu udzielania zamówienia (art. 42, art. 54 ust. 4, art. 57 ust. 5, art. 60e ust. 3 u.p.z.p.). Z tym że udostępnia nie tylko specyfikację, ale także wyjaśnienia jej treści. Przygotowując na podsta-

¹⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

wie specyfikacji ofertę, zainteresowani wykonawcy mogą, zgodnie z art. 38 u.p.z.p., zwrócić się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści tego dokumentu. Podmiot powierzający zadanie w takiej sytuacji jest zobowiązany do niezwłocznego udzielenia wyjaśnień pytającemu. Ponadto pytanie wraz z odpowiedzią zobowiązany jest jednocześnie udostępnić wszystkim uczestnikom postępowania, którym przekazał specyfikację, a jeżeli jest ona udostępniona na stronie internetowej, zamieszcza odpowiedź na tej stronie bez ujawniania źródła zapytania. Jeżeli dokonana zostanie modyfikacja treści specyfikacji – co może nastąpić w szczególnie uzasadnionych przypadkach przed upływem terminu składania ofert – zmiana ta musi być także przekazana wszystkim zainteresowanym podmiotom.

Wykonawca zadania komunalnego – jako zamówienia publicznego – może być wybierany w oparciu o złożoną w wyznaczonym miejscu i terminie przez zainteresowane podmioty ofertę. Przygotowana przez nich oferta winna spełniać wymagania prawa cywilnego, ponadto musi spełniać warunki określone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 u.p.z.p.). Wraz z ofertą wykonawca powinien złożyć żądane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym także wadium, jeżeli jest wymagalne. Oferta winna być złożona przez zainteresowanego wykonawcę, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej. Wyjątkowo, za zgodą zamawiającego, można złożyć ofertę w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 82 ust. 1 i 2 u.p.z.p.). Regułą jest, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę na całość zlecenia i że nie może ona mieć postaci wielowariantowej, zawierać kilku propozycji realizacji zadania czy jego realizacji w częściach, chyba że przewidziano to w specyfikacji (art. 83 u.p.z.p.). Złożona oferta wywołuje skutek prawny po upływie terminu jej złożenia; do tego czasu wykonawca dysponuje własną ofertą, może ją zmienić lub wycofać czy w miejsce wycofanej złożyć nową (art. 84 u.p.z.p.). Po upływie tego terminu składający ofertę nie może się z niej wycofać, oczekując na rozstrzygnięcie podmiotu, któremu ofertę złożył. Jest związany ofertą przez okres wskazany w specyfikacji.

Wybór wykonawcy zadania komunalnego może nastąpić w oparciu o ważną ofertę. Dlatego w toku postępowania konieczne jest sprawdzenie, czy oferta została złożona przez podmiot niepodlegający wykluczeniu z tego postępowania lub podmiot zaproszony do udziału w tym postępowaniu. Oferta złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu nie jest rozpatrywana. Ponadto sama oferta musi być ważna, nie może być przedmiotem rozpoznania oferta podlegająca odrzuceniu. W razie wystąpienia tych przesłanek jednostka samorządu terytorialnego jest zobowiązana ofer-

tę odrzucić (art. 89 u.p.z.p.). W trakcie badania i oceny ofert, poza wyraźnie wskazanymi wyjątkami, niedopuszczalne jest prowadzenie między stronami negocjacji dotyczących złożonej oferty, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (art. 87 u.p.z.p.). Tym samym wykonawca zadania komunalnego może być wybierany jedynie spośród podmiotów spełniających określone pozytywne wymagania ustawowe, ustalone przez zamawiającego, oraz spośród wykonawców niepodlegających wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie publiczne, w oparciu o ważną ofertę. Z tym że wyłonienie wykonawcy zadania komunalnego w ramach zamówienia publicznego nastąpić może nie w drodze swobodnej oceny, ale w oparciu o jawne kryteria. Kryteriami wyboru może być cena albo cena i inne parametry odnoszące się do przedmiotu powierzanego zadania. Nie mogą kryteria natomiast, co do zasady, dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 u.p.z.p.). Wskazać należy, że ustawowy zakaz stosowania kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy, podobnie jak wymóg przedkładania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków, a także wyboru niektórych trybów postępowania, doznaje ograniczenia w przypadkach m.in. powierzania zadań z zakresu usług, o których mowa w art. 5 ustawy.

Powierzyć zadanie komunalne można więc podmiotowi, którego oferta była najkorzystniejsza. Natomiast najkorzystniejsza oferta to taka, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub innych dopuszczonych kryteriów, albo oferta z najniższą ceną (art. 2 pkt 5 u.p.z.p.). W przypadku, jeżeli dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający – jako najkorzystniejszą spośród tych ofert – wybiera ofertę z niższą ceną. Natomiast w sytuacji, gdy zostały złożone oferty o takiej samej cenie, w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia ofert dodatkowych i za najkorzystniejszą uznaje tę, która w ofercie dodatkowej posiada najniższą cenę (art. 91 ust. 4 i 5 u.p.z.p.). Z tak wybranym oferentem jednostka samorządu terytorialnego może podpisać umowę o realizację zadania komunalnego, o ile nie zachodzą ustawowe przesłanki nieważności postępowania. W sytuacji ich wystąpienia winno nastąpić obowiązkowe unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem było powierzenie określonego zadania komunalnego. Zgodnie z art. 93 ust. 1 u.p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z wyjątkiem postępowania w trybie zapytania o cenę i licytacji elektronicznej; 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodle-

gających odrzuceniu; 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie zostały złożone oferty przez co najmniej dwóch wykonawców niepodlegających wykluczeniu; 4) cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; 5) zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie; 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć; 7) postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Realizacja powierzonego zadania komunalnego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z jej przepisami, winna nastąpić w drodze umowy, do której stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 139 u.p.z.p.)¹⁵. Oznacza to, że w sprawach uregulowanych w ustawie jej postanowienia mają pierwszeństwo przed postanowieniami kodeksowymi. Jednostka samorządu terytorialnego, zawierając przedmiotową umowę, musi uwzględniać te ograniczenia ustawowe. Natomiast zgodnie z przepisami ustawy przedmiotowa umowa nie może być sporządzana w dowolnej formie, ale winna być zawarta pod rygorem nieważności w formie pisemnej (art. 139 u.p.z.p.). Może być ona zawierana, co do zasady, na czas oznaczony, a jedynie w określonych sytuacjach na czas nieoznaczony (art. 142-143 u.p.z.p.). Umowa ta jest jawna i podlega udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Ponadto treść umowy jest zdeterminowana zapisami zawartymi w specyfikacji oraz zawartymi w wybranej ofercie. Natomiast zakres świadczeń wykonawcy winien być tożsamy z jego zobowiązaniami zawartymi w ofercie (art. 140 u.p.z.p.). Ustawa wprowadza zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy zadania, chyba że powierzający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana dokonana wbrew temu ograniczeniu jest nieważna (art. 144 u.p.z.p.). Niemniej jednostka samorządu terytorialnego może odstąpić od zawartej już umowy. Może to uczynić w razie zaistnienia okoliczności powodujących, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W takim wypadku należy się wykonawcy zadania jedynie wynagrodzenie z tytułu wykonania części umowy (art. 145 u.p.z.p.).

Zachowanie jednostki samorządu terytorialnego, powierzającej wykonywanie zadania komunalnego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, na zasadach w niej

¹⁵ Zob. m.in. A. Panasiuk, *Umowy w zamówieniach publicznych*, Poznań 2002, s. 59 i n.

określonych, poddane jest kontroli i ocenie dokonywanej przez zainteresowane zadaniem podmioty¹⁶. Przepisy tej ustawy bowiem nie tylko określają reżim postępowania przy udzielaniu zamówienia publicznego, ale także wprowadzają rozwiązania w zakresie kontrolowania zachowań zamawiających co do przestrzegania ustalonych reguł, w tym przez wykonawców – w formie przyznanych im środków ochrony prawnej (art. 179-198 u.p.z.p.). Tym samym wykonawcy oraz innemu podmiotowi, jeżeli mają lub mieli interes w uzyskaniu tego zadania w ramach zamówienia publicznego oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, przysługują w zakresie określonym w ustawie środki w postaci: odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, skargi do sądu powszechnego.

Możliwość korzystania ze środków ochrony prawnych przewidzianych w ustawie uwarunkowana jest przesłankami materialnoprawnymi i formalnymi. Te pierwsze dotyczą okoliczności odnoszących się do zasadności wnoszonego środka. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Natomiast przesłanki formalne (legitymacja do wniesienia środka, dochowanie terminów do wniesienia środka, formy pisma procesowego, opłacenie wpisu) odnoszą się do okoliczności, których istnienie lub nieistnienie decyduje o możliwości rozpoznania w określonym postępowaniu danej sprawy. Skuteczność wniesienia środka ochrony prawnej przez uprawniony podmiot zależy od jednoczesnego zaistnienia następujących okoliczności:

1. naruszenia przez zamawiającego swoim postępowaniem przepisów ustawy i aktów wykonawczych, wydanych na podstawie tej ustawy;
2. doznania lub możliwości doznania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia przez uprawniony podmiot;
3. istnienia związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawowych a uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy lub możliwością takiego uszczerbku (art. 179 u.p.z.p.).

Uprawniony podmiot dla skorzystania ze środków ochrony prawnej winien więc wykazać, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ochronie w ustawie podlega tylko interes prawny, nie zaś interes faktyczny, a więc taki, który ma charakter obiektywny i podstawę w normie prawnej.

Podstawowym środkiem ochrony prawnej, przewidzianym w ustawie, jest odwołanie wnoszone do Krajowej Izby Odwoławczej. Rozpoznając to odwołanie, Krajowa Izba Odwoławcza może je odrzucić, oddalić lub uwzględnić. Jeżeli uwzględni, może nakazać

¹⁶ Zob. szerzej: M. Guziński, *Środki prawne w ustawie – Prawo zamówień publicznych*, [w:] L. Kieres (red.), *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, Wrocław 2007, s. 21 i n.

wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego, lub nakazać unieważnienie czynności, a także unieważnić umowę w całości lub w części, a w określonej sytuacji nałożyć karę finansową (art. 189, art. 192 u.p.z.p.). Kolejnym środkiem jest skarga do sądu powszechnego. Rozpatrując sprawę, sąd może skargę odrzucić, oddalić, a także uwzględnić. W tym ostatnim przypadku sąd zmienia zaskarżone rozstrzygnięcie i orzeka o istocie sprawy (art. 198e, art. 198f u.p.z.p.).

Konsekwencją zastosowania środków ochrony prawnej może być więc nakazanie dokonania lub powtórzenia określonej czynności, unieważnienie jej, unieważnienie postępowania, unieważnienie umowy w całości lub części, kara finansowa. Ponadto wskazać należy, że naruszenie zasad, formy lub trybu przepisów zamówienia publicznego przy udzielaniu zamówienia przez jednostkę samorządu terytorialnego, jako jednostkę sektora finansów publicznych, traktowane jest jako nieprzestrzeganie dyscypliny finansów publicznych. W konsekwencji, kierownicy tych podmiotów, osoby uczestniczące w tym procesie ponoszą odpowiedzialność na zasadach określonych w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁷.

4. Także powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego wykonania zadania komunalnego, w trybie przepisów ustawy o koncesji, wiązać się winno z przestrzeganiem zasad tego postępowania: zapewnienia równego i niedyskryminacyjnego traktowania zainteresowanych podmiotów, działania w sposób przejrzysty, zachowania uczciwej konkurencji. (art. 6).

Przystępując do postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi, jednostka samorządu terytorialnego winna je przygotować od strony merytorycznej, co związane jest przede wszystkim ze sporządzeniem ogłoszenia o koncesji – dokumentu określającego „zapotrzebowanie” i wymogi zamawiającego, stanowiącego podstawę sporządzenia oferty przez zainteresowane podmioty i oceny ważności złożonych ofert. Wskazać należy, że ustawa o koncesji nakłada nie tylko obowiązek sporządzenia tego dokumentu i określa jego treść oraz reguluje sposób opracowania jego istotnych postanowień. Istotnym elementem tego dokumentu jest przedmiot koncesji. Koncesjodawca, przygotowując postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jest więc obowiązany dokonać przede wszystkim opisu przedmiotu koncesji, czyli przedmiotu umowy, i postaci wynagrodzenia. Z tym że obowiązek koncesjodawcy nie ogranicza się do konieczności jego sporządzenia, ale winno to być uczynione w sposób wskazany w ustawie. Ustawodawca wprowadza w zakresie jego opisu ogólne zasady, a także rozwiązania co do sposobu jego dokonania. I tak, jednostka samorządu terytorialnego, jako koncesjodawca,

¹⁷ Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.

powinna to uczynić w sposób umożliwiający zainteresowanym podmiotom jednakowy dostęp do wykonania koncesji oraz w sposób, który nie stwarza ograniczeń konkurencji w dostępie do wykonania koncesji (art. 7 ust. 1). W konsekwencji, dla zabezpieczenia realizacji wskazanych powyżej zasad, opis przedmiotu koncesji w szczególności nie może zawierać znaków towarowych, patentów, oznaczenia typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania zainteresowanego podmiotu z postępowania. Odstępstwo od tego ograniczenia jest dopuszczalne w uzasadnionych przypadkach, gdy koncesjodawca nie może opisać przedmiotu koncesji zgodnie z ogólnymi regułami, a opisowi takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 7 ust. 4). Natomiast samo opisanie przedmiotu koncesji winno być dokonane na jeden ze sposobów wskazanych w ustawie o koncesji. Może być ono uczynione przez: 1) odniesienie do specyfikacji technicznej; 2) charakterystykę lub wymagania w zakresie funkcjonalności przedmiotu koncesji, pod warunkiem, że opis taki umożliwi zainteresowanym podmiotom ustalenie przedmiotu koncesji; 3) częściowe odniesienie się do specyfikacji technicznej oraz częściowe odniesienie się do charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności (art. 7 ust. 2).

Z opisem przedmiotu koncesji związany jest obowiązek ustalenia wartości zamówienia. Ustawa nie tylko nakłada obowiązek ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu koncesji, ale wskazuje sposób jej obliczania. Podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji na roboty budowlane winna być, ustalona przez koncesjodawcę z należytą starannością, kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględni szacunkowy koszt robót budowlanych oraz szacunkową całkowitą wartość dostaw niezbędnych do ich wykonania, oddanych przez koncesjodawcę do dyspozycji koncesjonariusza, bez względu na planowany sposób zapłaty wynagrodzenia koncesjonariusza. Natomiast podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji na usługi jest, ustalona przez koncesjodawcę z należytą starannością, kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględni szacunkowy koszt świadczonych usług, bez względu na planowany sposób zapłaty wynagrodzenia koncesjonariusza (art. 9).

Przygotowanie postępowania koncesyjnego wiąże się także z koniecznością określenia przez jednostkę samorządu terytorialnego warunków udziału w tym postępowaniu zainteresowanych jego realizacją podmiotów. Warunki te, zgodnie z ustawą, dotyczyć mogą: 1) zdolności ekonomicznej i finansowej; 2) kwalifikacji technicznych lub zawodowych, w tym: a) posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, b) dysponowania potencjałem technicznym, c) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu koncesji; 3) uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień; 4) niekaralności zainteresowanego podmiotu albo współnika, partnera, komplementariusza, członka zarządu

zainteresowanego podmiotu za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji lub postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego (art. 13 ust. 1). Wraz ze wskazaniem warunków winien nastąpić opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia i dokumentów to potwierdzających.

Czynności przygotowawcze postępowania koncesyjnego obejmują także opracowanie kryteriów wyboru wykonawcy umowy koncesyjnej, poprzez określenie kryteriów oceny złożonych ofert. W tym zakresie ustawa wskazuje, jakie parametry mogą spełniać funkcję kryteriów. Zgodnie z jej postanowieniami kryteriami, na podstawie których jednostka samorządu terytorialnego wybiera ofertę, mogą być w szczególności: czas trwania koncesji, wysokość współfinansowania przedmiotu koncesji ze środków oferenta, koszty użytkowania przedmiotu koncesji, wysokość opłaty za usługę świadczoną na rzecz osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji, jakość wykonania, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, rentowność, termin wykonania przedmiotu koncesji. W przypadku koncesji na roboty budowlane mogą dotyczyć one również właściwości zainteresowanego podmiotu (art. 17 ust. 3 i 4).

Postępowania jednostki samorządu terytorialnego jako koncesjodawcy regulowane są także na etapie wyłaniania zainteresowanego podmiotu-koncesjonariusza. Następuje to poprzez wskazanie jego zachowań w zakresie: wszczęcia postępowania, negocjacji aspektów koncesji, badania i oceny ważności ofert oraz samego postępowania, wyboru oferty, dokumentowania postępowania.

Wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji może nastąpić poprzez uzewnętrznienie woli jednostki samorządu terytorialnego w formie publikacji ogłoszenia o koncesji (art. 10 ust. 1). W przypadku koncesji na usługi ogłoszenie zamieszczane jest w Biuletynie Zamówień Publicznych, udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych. Natomiast ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane przesyłane jest Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezależnie od powyższego jednostka samorządu terytorialnego zamieszcza także odpowiednie ogłoszenie o koncesji w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (art. 10 ust. 2–4). Ogłoszenie sporządzone jest według wzoru określonego w drodze rozporządzenia i winno zawierać treść wskazaną w art. 11 ustawy. Po ukazaniu się ogłoszenia zainteresowane podmioty – aby uczestniczyć w postępowaniu – zobowiązane są złożyć we wskazanym miejscu i terminie wnioski o zawarcie umowy

koncesji, zawierający oświadczenie o zgłoszeniu udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu o koncesji warunków udziału w postępowaniu (art. 13 ust. 1 i 2). Wnioski te podlegają obowiązkowej ocenie przez jednostkę samorządu terytorialnego, która rozstrzyga o ich przyjęciu lub nie, a więc o dopuszczeniu do dalszego postępowania. Zgodnie z ustawą wniosek jest nie przyjmowany w przypadku niezłożenia przez zainteresowany podmiot wymaganych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub złożenia ich w niepełnym zakresie (art. 13 ust. 3).

Kolejny obowiązkowy element procedury to zapraszanie do negocjacji podmiotów, których wnioski zostały przyjęte, i prowadzenie z nimi negocjacji. Zgodnie z przepisami ustawy negocjacje mogą dotyczyć wszystkich aspektów koncesji, w tym aspektów technicznych, finansowych i prawnych (art. 14). Po ich zakończeniu koncesjodawca zaprasza podmioty, z którymi prowadził negocjacje, do złożenia w wyznaczonym terminie ofert, przesyłając im jednocześnie opis warunków koncesji, którego treść określa ustawa o koncesji (art. 15 ust. 2).

Samo wyłonienie przez jednostkę samorządu terytorialnego wykonawcy zadania objętego przedmiotem koncesji odbywać się może jedynie w oparciu o złożone oferty. Z tym że następuje to nie w drodze swobodnej oceny, ale w oparciu o kryteria oceny ofert określone w opisie warunków koncesji – wcześniej w ogłoszeniu – na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty. Następuje to według reguły, że najkorzystniejsza oferta to taka, która przedstawia najkorzystniejszy bilans przyjętych kryteriów. Z tym że wybór oferty najkorzystniejszej może nastąpić jedynie spośród ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji (art. 17 ust. 1). Po wyborze oferty najkorzystniejszej jednostka samorządu terytorialnego zobowiązana jest poinformować o tym fakcie oferentów, podając uzasadnienie (art. 17 ust. 5). Z wybranym oferentem jednostka samorządu terytorialnego może podpisać umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi, o ile nie zachodzą wskazane w ogłoszeniu o koncesji przesłanki odwołania postępowania. W przypadku ich wystąpienia winno nastąpić obowiązkowe odwołanie postępowania koncesyjnego (art. 19).

Zachowanie jednostki samorządu terytorialnego jako koncesjodawcy jest także regulowane przez ustawę na etapie realizacji koncesji w oparciu o zawartą umowę. Następuje to poprzez uregulowanie kwestii: strony umowy, jej formy oraz treści, a także czasu obowiązywania i zmiany. Jednostka samorządu terytorialnego może, co do zasady, zawrzeć jedynie umowę z podmiotem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, i to nie wcześniej niż we wskazanym w ustawie terminie (art. 21). Umowa ta winna zawierać dane wskazane wyraźnie w ustawie o koncesji (art. 22 ust. 1 i 2). Umowa koncesji nie może być sporządzana przez jednostkę samorządową w dowolnej formie, ale – pod rygorem nieważności – w formie pisemnej (art. 21 ust. 5). Winna być ona także

zawierana, co do zasady, na czas oznaczony. Okres, na który zostaje zawarta umowa koncesji, powinien uwzględniać zwrot nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji i nie może być dłuższy niż: 1) w przypadku koncesji na roboty budowlane – 30 lat; 2) w przypadku koncesji na usługi – 15 lat. Jedyne w przypadku, gdy przewidziany okres zwrotu nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji jest dłuższy niż okres wskazany wyżej, umowa może zostać zawarta na okres dłuższy (art. 24).

W myśl art. 23 ustawy zakazane jest dokonywanie 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. Zmiana umowy koncesji dokonana z naruszeniem powyższego warunku jest nieważna. Wskazać należy, że oferta, o czym była mowa, winna spełnić wymagania określone w opisie warunków koncesji sporządzonym przez zamawiającego, a więc ewentualna zmiana nie może naruszać tych warunków. Ustawa przewiduje wprawdzie w art. 25 możliwość zawarcia umowy dodatkowej z koncesjonariuszem. Niemniej może to jednak nastąpić w odniesieniu do wykonania robót budowlanych nieobjętych koncesją i to jedynie w przypadku, gdy z uwagi na okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy koncesji, roboty stały się niezbędne do wykonania określonego w koncesji obiektu budowlanego. Ponadto łączna wartość dodatkowej umowy na roboty budowlane nie może przekroczyć 50% wartości koncesji. Wskazać należy, że umowa dodatkowa zawarta z naruszeniem tych obwarowań jest nieważna.

Przepisy ustawy o koncesji wprowadzają także rozwiązania w zakresie oceny zachowania jednostki samorządu terytorialnego co do przestrzegania ustalonych reguł i konsekwencje prawne ich naruszenia. Zainteresowanemu podmiotowi, który ma lub miał interes prawny w zawarciu umowy koncesji i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez jednostkę samorządu terytorialnego z naruszeniem przepisów ustawy, ustawa przyznała prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego. W postępowaniu tym stosuje się przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁸, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej (art. 27).

Wniesienie skargi powoduje obowiązek jej rozpoznania. Natomiast wniesienie jej na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, poza obowiązkiem jej rozpoznania, wywołuje skutek w postaci wstrzymania prawa do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie

¹⁸ Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.

przez sąd, z wyjątkiem sytuacji przewidzianej w ustawie (art. 29). Rozpatrując sprawę, sąd może skargę oddalić, może też ją uwzględnić. Uwzględnienie skargi może nastąpić, jeżeli stwierdzono naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji. W takim przypadku sąd uchyla czynności podjęte przez koncesjodawcę. Sąd, uwzględniając skargę, może w określonej sytuacji unieważnić umowę czy orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy. Sąd, uwzględniając skargę, może też nałożyć karę finansową (art. 30). Ponadto naruszenie postępowania przy udzielaniu koncesji przez jednostki samorządu terytorialnego publicznej jest traktowane jako nieprzestrzeganie dyscypliny finansów publicznych na zasadach wskazanej wcześniej ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

5. W podsumowaniu podkreślić należy, że takie przekazanie zadań komunalnych, o którym mowa jest w art. 3 u.g.k., podmiotom zewnętrznym w drodze umowy jest ujmowane jako forma prywatyzacji wykonywania zadań publicznych poprzez włączenie podmiotów prywatnych w realizację zadań, które przypisane są jednostkom samorządu terytorialnego. W przypadku powierzania przez jednostkę samorządu terytorialnego tych zadań komunalnych podmiotowi zewnętrznemu w trybie instytucji zamówienia publicznego, regulowanego przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych lub ustawy o koncesji, podmioty te podlegają – jak zamawiający czy koncesjodawca – reżimowi postępowania określonego w tych ustawach. Wyraża się to poprzez wprowadzenie przez ustawy obowiązku stosowania określonych reguł postępowania, podejmowania określonych działań faktycznych, a także czynności prawnych o określonej treści, determinujących wybór wykonawcy oraz w pewnym zakresie również sposób realizacji zadania. Niepodjęcie czy też spełnianie ich niezgodnie z przepisami ustawy wywołuje skutek w postaci konieczności ich powtórzenia czy podjęcia, niekiedy nieważności całego postępowania, a w określonych sytuacjach także zawartej umowy. Reguły te służą zachowaniu w procesie udzielania zamówienia publicznego zasad dotyczących uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.