

Koncesja na usługi komunalne

 **K S P**
legal & tax advice

associated with
 **SALANS**

Tomasz Srokosz

radca prawny, partner kancelarii Krupa Srokosz Patryas Sp. k. w Katowicach

W krajach Unii Europejskiej Partnerstwo Publiczno-Prywatne jest znaną formą zarządzania spółkami komunalnymi. Na Wyspach Brytyjskich na zasadach PPP pracują wszystkie przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjne. Artykuł wyjaśnia najważniejsze kwestie PPP.

Pomimo, że Ustawodawca wskazał dwie nowe drogi współpracy publiczno-privatnej (dwie ustawy, dwa różne tytuły, przy zbieżności czasowej i systemowej), to nie powinny być one czytane rozdzielnie i koncesja udzielona przez samorząd przedsiębiorcy na realizację usług komunalnych powinna być traktowana jako forma partnerstwa publiczno-privatnego. Zgodnie z szerokimi definicjami PPP podmiot publiczny (w tym przypadku samorząd) i partner prywatny (przedsiębiorca) podejmują długoterminową współpracę w realizacji zadania publicznego z uwzględnieniem zasad rynkowej gospodarki, której celem jest osiągnięcie obopólnych korzyści zarówno w wymiarze celów społecznych, jak i komercyjnych (wypracowanie zysku przez podmiot prywatny). Zatem koncesja na usługi komunalne powinna być traktowana jako jedna z form szeroko rozumianego PPP mimo, że nie stanowi wprost przedmiotu regulacji ustawy o PPP. Koncesja na usługi nie stanowi także szczególnego trybu zamówień publicznych. Jednak w ustawie o koncesji zostały zawarte główne myśli tych dwóch wskazanych powyżej ustaw.

Ogólne zasady funkcjonowania

Zgodnie z ustawą o koncesji, koncesjonariusz, któremu ma zostać powierzone wyłączne wykonywanie usługi komunalnej, wybierany jest w trybie przetargowym, jednak na zasadach opisanych w ustawie o koncesji. Po zakończeniu postępowania (dwuetapowego), zostaje powierzona mu realizacja usługi często poprzedzona przekazaniem infrastruktury komunalnej także do wyłącznego dysponowania. Zatem udzielenie koncesji przez samorząd na usługi o charakterze komunalnym łączy dwa elementy:

- Przekazanie usług komunalnych podmiotowi prywatnemu na zasadach komercyjnych (lub zbliżonych w tym sensie, że ich istotą jest wypracowanie zysku), na terenie jednostki samorządowej.
- przekazanie infrastruktury komunalnej na stosunkowo długi czas w z porównaniu z innymi cywilnymi umowami jednak nie dłuższy niż 15 lat (z zastrzeżonymi wyjątkami).

Do katalogu usług komunalnych, które mogą zostać przekazane na podstawie koncesji przedsiębiorcy należą w szczególności:

- dostawa wody i odbiór ścieków oraz ich oczyszczanie,
- gospodarka odpadami (zbieranie, transport, segregacja unieszkodliwianie),
- zarządzanie obiektami publicznymi w tym: szkołami, obiektami sportowymi, parkingami,
- utrzymanie czystości na terenie gminy.

W konstrukcji łącznego dysponowania zadaniem i infrastrukturą istotne jest elastyczne połączenie aspektów: prawno-rzeczowych – dysponowanie infrastrukturą, zobowiązaniowych – przekazanie zadań własnych i świadczenie tych oraz administracyjnych – o charakterze regulacyjnym poprzez nadzór gminy nad realizacją koncesji.

Majątek

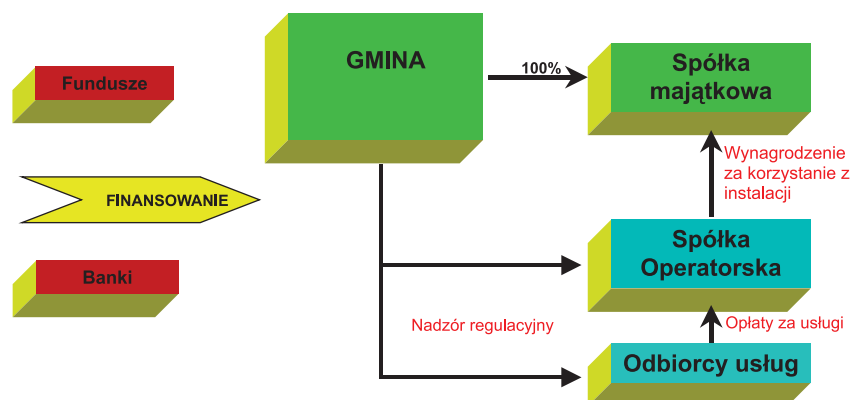
Majątek w postaci infrastruktury komunalnej zostaje przekazany przez samorząd koncesjonariuszowi na podstawie umowy cywilnej (dzierżawy lub najmu). Przedmiotem przekazania powinno być co do zasady przedsiębiorstwo w postaci sieci wodociągowych i

Na podstawie przepisów ustaw: z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (dalej ustawa o koncesji), oraz z 18 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-privatnym (dalej ustawa o PPP), jednostki samorządu terytorialnego zyskały dodatkową możliwość współpracy z podmiotami prywatnymi w zakresie realizacji zadań własnych. Nową formę współdziałania stanowić może koncesja na usługi komunalne. Usługi komunalne (odpowiadające zadaniom własnym gmin) mogły być przekazywane innym podmiotom na podstawie przepisów ustawy o samorządzie gminnym z pomocniczym stosowaniem art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej, przy uzupełniającym zastosowaniu odpowiedniej regulacji „branżowej”. Poprzednia ustawa z 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-privatnym w zasadzie pozostała „martwym” aktem, przyczyną tego stanu to osobny temat.

kanalizacyjnych, składowiska odpadów stacji sortowania odpadów. Oczywiście przedmiotem przekazania może być pojedynczy obiekt, taki jak hala sportowa, basen lub parking. Okres przekazania majątku powinien być równy okresowi udzielenia koncesji. Maksymalny okres udzielenia koncesji, 15 lat, jest na tyle długi, aby operator mógł czynić nakłady na powierzoną mu infrastrukturę i czerpać z niej samej oraz poczynionych nakładów korzyści, tak aby w okresie trwania dzierżawy zamortyzowały nakłady. Przy tym gmina nie wyzbywa się prawa własności infrastruktury, jednocześnie nabywając prawo do nakładów i ulepszeń. Poza kwestiami prawnymi, długi okres udzielenia koncesji pozwala na jej oddzielenie od kwestii politycznych. Dobrym rozwiązaniem gwarantującym rozdzielenie kwestii komer-

cyjnych od zadań własnych samorządu może być utworzenie przez samorząd kapitałowej spółki majątkowej. Spółka funkcjonująca poza organizmem gminy powinna:

- mieć 100% udziału Gminy zatem będzie przez nią kontrolowana i nadzorowana,
- być wyposażona przez samorząd w infrastrukturę komunalną służącą realizacji projektu,



- ściślej współpracować z Gminą, a jednocześnie odciążać ją z realizacji zadania własnego,
- być uprawniona do amortyzacji przekazanej infrastruktury oraz do jej modernizacji,
- odpowiedzialna za współpracę z koncesjonariuszem,
- spółka taka może zostać zobowiązana do wyboru koncesjonariusza.

Zobowiązania cywilno-prawne

Operator – koncesjonariusz, pozostaje w dwóch relacjach cywilno-prawnych (zobowiązaniowych). Z jednej strony z gminą (lub jej spółką zależną), jako właścicielem i dysponentem infrastruktury, a także zlecającym wykonanie zadań, z drugiej zaś strony z mieszkańcami, jako odbiorcami usług komunalnych. Samo przekazanie infrastruktury skutkuje obowiązkiem zapłaty czynszu, koniecznością utrzymania majątku w dobrym stanie, a w skrajnych sytuacjach także obowiązkiem rozbudowy np. poprzez budowę kolejnych przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych.

W umowie o udzielenie koncesji kluczowe jest ustalenie charakteru prawnej relacji pomiędzy operatorem a odbiorcami świadczeń, gdyż w wielu przypadkach, zarówno w ustawie o odpadach, jak i ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, ustawodawca posługuje się pojęciem „opłaty”, niejako rozróżniając ją od pojęcia „ceny” w rozumieniu kodeksu cywilnego. Wydaje się, że cywilistyczny charakter relacji pomiędzy

operatorem, a odbiorcami usług komunalnych jest bezsporny, uprawnienia gminy w takich relacjach mają charakter regulacyjny i ich adresatem może być wyłącznie operator.

Warto także podkreślić, że chociażby ze względu na samą definicję koncesji na usługi, tj. uprawnieniu do wyłącznego świadczenia usług, koncesjonariusz działać będzie w warunkach lokalnego monopolu, a to poddaje jego

działalność także kontroli organów ochrony konkurencji i konsumentów. Zatem niezależnie od rynkowych i regulacyjnych reguł działania, relacje pomiędzy koncesjonariuszem a odbiorcami jego usług winny być zgodne z regułami działania w warunkach monopolu.

Nadzór

Przekazując infrastrukturę, gmina przekazuje obowiązek realizacji usług, zachowując status regulatora. Uprawnienia gminy mają szczególnie istotny charakter w przypadku zbiorowego zaopatrzenia w wodę, utrzymania czystości, gospodarki odpadami oraz zasad korzystania z infrastruktury drogowej. Uprawnienia regulatora mają charakter:

- finansowy, polegający na uprawnieniu do zatwierdzania lub kształtowania opłat za określony typ usług, w tym kontrolę procesu kształtowania tych opłat. Ma to szczególne znaczenie przy ustalaniu taryf za dostawę wody i odprowadzanie ścieków oraz za zbiórkę odpadów komunalnych. Samorząd może także kształtować inne ceny za korzystanie z majątku komunalnego, takiego jak parkingi lub obiekty sportowe. Adresatem takiego ustalenia będzie zarówno koncesjonariusz, jak i każdy korzystający z urządzeń gminnych.
- regulaminowy, polegający na ustalaniu lub zatwierdzaniu regulaminów świadczenia poszczególnych kategorii usług. Podobnie jak w pierwszym przypadku szczególne ustawy np. o zbiorowym zaopatrzeniu

w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków przekazują gminie uprawnienia do zatwierdzania regulaminu świadczenia usług obowiązującego na zasadach prawa miejscowego zatem zarówno koncesjonariusza jak i odbiorców usług.

W obu przypadkach koniecznym jest ustalenie, jak władcze uprawnienia samorządu przekładają się na relacje cywilne pomiędzy samorządem i koncesjonariuszem. Ponieważ uprawnienia regulacyjne samorządu mają publiczno-prawny, stąd ich ograniczenia, bądź możliwości umownego kształtowania są wyłączone. Zatem gmina, jako regulator poddana jest wprost przepisom nakazującym ukształtowanie czy to taryf, czy regulaminu świadczenia usług w sposób wprost wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

W takiej sytuacji rysuje się możliwość wewnętrznej sprzeczności. Z jednej strony gmina jako strona umowy ukształtuje swoje relacje z koncesjonariuszem w sposób elastyczny i uwzględniający interes koncesjonariusza, z drugiej strony już jako regulator zakwestionuje jego umowne uprawnienia. W szczególności możliwość takiego „zgrzytu” widoczna jest na podstawie przepisu o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, gdzie umownie ustalany poziom cen usług w żaden sposób nie może zostać narzucony radzie gminy tak, aby tak uchwałała je zgodnie z zawartą umową koncesyjną. Strony muszą zatem zgodzić się na fakt, że kwestie finansowe ustalone aktami, czy to prawa miejscowego, czy uchwałami rady gminy są wyłączone z regulacji umownej.

Kształtowanie poziomu odpłatności za usługi należy do ryzyka koncesjonariusza, jednak należy pamiętać, że powszechnie obowiązujące przepisy prawa tak zostały ukształtowane, aby świadczenie usług nie było obciążone ryzykiem ponoszenia strat. Koszty działalności objętej koncesją powinny zostać pokryte wpływami z ceny świadczonych usług. Ryzyko polega na tym, że w umowie koncesyjnej można narzucić koncesjonariuszowi wyższy poziom świadczonych usług, jednak koszty świadczenia usług na wyższym poziomie nie zostaną przeniesione do opłat za te usługi w sytuacji, gdy rada gminy nie zgodzi się na podwyżkę cen tych usług odpowiadającą podwyższeniu jakości. Jest to słaby punkt umowy koncesyjnej i wymaga dużej elastyczności i ciągłej współpracy pomiędzy gminą i koncesjonariuszem, a także elastyczności w kształtowaniu poziomu cen usług przez koncesjonariusza, zmuszając go do

wprowadzenia optymalizacji kosztów, wysokiej efektywności działalności gospodarczej na infrastrukturze komunalnej. Dopiero podjęcie takich działań zagwarantować może dochodowość prowadzonej działalności.

Postępowanie o udzielenie koncesji

Warto wskazać na elastyczne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie koncesji, w szczególności w relacjach pomiędzy udzielającym koncesję a oferentami, przy kształtowaniu ostatecznej specyfikacji warunków koncesji. Sama procedura rozdzielona jest na dwa etapy, z których pierwszy ma na celu poznanie oferentów przez zamawiającego, w tym ich pozycji rynkowej, potencjału finansowego oraz posiadanego know-how. Na tym etapie dopuszczalne są indywidualne negocjacje formy przyszłej współpracy. Po zakończeniu pierwszego etapu przedstawiciele samorządu powinni wypracować ostateczny kształt przyszłej formy współpracy i opisać go w specyfikacji warunków koncesji. Pierwszy etap stanowi możliwość zapoznania się przedstawicieli samorządu lub spółki majątkowej z szerokim spektrum form realizacji zadań komunalnych przez podmioty działające w różnych miejscach Europy (lub świata).

Drugi etap postępowania ma charakter formalny i co do zasady stanowi przetarg, którego celem jest przyznanie koncesji na usługi jednemu z oferentów. Warto podkreślić ciągłość postępowania polegającą na zawężeniu kręgu oferentów, którym przekazywana jest specyfikacja warunków koncesji do tych podmiotów, które złożyły wniosek o udzielenie koncesji, a następnie przystąpiły do negocjacji. Poszczególne etapy negocjacji to:

- Zaproszenie do składania wniosków ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych,
- Negocjacje z kandydatami,
- Ogłoszenie warunków koncesji,
- Składanie ofert,
- Wybór najkorzystniejszej oferty,
- Zawarcie umowy operatorskiej

W wyniku przeprowadzonego postępowania (przy założeniu braku skarg) zostaje zawarta umowa koncesyjna. Umowa ma charakter cywilno-prawny i ze względu na specyfikę przedmiotu jej regulacji powinny zawierać się w niej postanowienia dotyczące zarządzania majątkiem komunalnym oraz regulacje dotyczące świadczonych usług komunalnych. W drugim przypadku umowa powinna zawierać wyznaczenie standardów oczekiwanych usług komunalnych. Jest to dobra okazja do podniesienia

jakości usług komunalnych poprzez wskazanie koncesjonariuszowi wyższych standardów niż obowiązujące na podstawie przepisów prawa powszechnego. Dotyczy to w szczególności jakości wody, możliwości segregacji odpadów, częstotliwości prac porządkowych lub odśnieżania miasta.

Wynagrodzenie koncesjonariusza za świadczone usługi powinno pochodzić wprost od odbiorców usług, przy czym istnieje możliwość zachowania prawa poboru opłat przez samorząd i bezpośredniego wynagradzania koncesjonariusza. Drugie rozwiązanie wydaje się skomplikowane zarówno z prawnego i podatkowego punktu widzenia, jak również organizacyjnie.

Niezależnie od kluczowych postanowień umowy, koncesja, ze względu na długi czas na jaki może być udzielona, powinna przewidywać możliwości zmian warunków gospodarczych, technologicznych czy społecznych. Umowa zawarta np. w 2010 roku może błędnie założyć strukturę społeczną gminy np. w roku 2020, a co za tymi idzie – może nie przewidzieć stopnia wygenerowanych odpadów komunalnych ani też regulacji prawnych dotyczących obowiązku ich recyklingu. Jednak zmiana sytuacji społecznej powinna móc zostać uwzględniona przez strony umowy, bez konieczności jej rozwiązania.

AKTUALNOŚCI

Bielskie inwestycje

Na peryferiach miasta nieczystości często trafiają do ziemi, rowów i strumieni. Ale niedługo ma się to zmienić. Spółka wodociągowa Aqua zdobyła ponad 107 mln zł na budowę kanalizacji w peryferyjnych dzielnicach miasta. Wszystkie prace pochłoną aż 206 mln zł. – *To jeden z największych kontraktów realizowanych w mieście ze środków unijnych* – mówi Jacek Krywult, prezydent Bielska-Białej.

Efekty inwestycji na pierwszy rzut oka nie będą widoczne, bo zostaną pod ziemią. Spółka

zbuduje 143,5 km kanalizacji. Prace obejmą peryferyjne dzielnice Bielska-Białej: Komorowice Krakowskie i Śląskie, Lipnik, Stare Bielsko, Olszówka, Kamienica i Mikuszowice Śląskie. Do nowej kanalizacji zostanie przyłączonych niemal 18 tys. osób. Teraz znaczna część nieczystości w tych dzielnicach trafia do ziemi, rowów i strumieni.

– *Po zakończeniu prac, Bielsko będzie skanalizowane w 98 %. Dzięki temu zyska nie tylko*

środowisko naturalne, ale też miasto nie będzie musiało tracić pieniędzy na płacone unijnych kar – mówi Piotr Dudek, prezes spółki Aqua.

Takie kary, liczone nawet w milionach złotych, Bruksela będzie naliczać miastom, które pozbywają się ścieków w nieodpowiedni sposób. Dotyczy to gmin, gdzie kanalizacja obejmuje mniej niż 95 % mieszkańców.

Prace rozpoczną się wiosną przyszłego roku i potrwać do 2013 roku.

Finał prac w Szczecinie

Kończy się warta 280 milionów euro realizacja programu „Poprawa jakości wody dla Szczecina”. Zakład Wodociągów i Kanalizacji uruchamia ostatnie elementy całego systemu.

– *Jednym z nich jest potężny kolektor, który gromadzi ścieki z północnych dzielnic miasta. Rozpoczęły się już pierwsze próby jego spraw-*

ności – mówi Tomasz Makowski ze ZWiK-u. – *To już niemal ostatnie z potrzebnych do wykonania prac* – zapewnia dyrektor zakładu do spraw inwestycji Elżbieta Ostatek.

– *Ostatnie prace dotyczą też oczyszczalni dla prawobrzeżnego Szczecina* – dodaje Makowski. – *Zakończył się kontrakt dotyczący rozbudowy i modernizacji oczyszczalni Zdroje.*

Na oczyszczalni Pomorzany, największym przedsięwzięciu całego programu także kończą się już ostatnie prace. Trwa dostosowywanie urządzeń do założonych wcześniej parametrów czystości, jakie muszą osiągnąć ścieki po oczyszczeniu.

Prace rozpoczną się wiosną przyszłego roku i potrwać do 2013 roku.