

Formy partnerstwa publiczno-privatnego

Koncesja na roboty budowlane i usługi

Liczba koniecznych do zrealizowania inwestycji przy ograniczeniach finansowych sektora publicznego wymusza poszukiwanie nowych źródeł pozyskiwania środków na realizację wielu przedsięwzięć.

mec. Tomasz Srokosz

Radca prawny, partner w Kancelarii KSP Legal & Tax Advice. Specjalista w zakresie gospodarki komunalnej, prawa ochrony środowiska, a także zamówień publicznych i koncesji.

Marzena Pytlarz

Aplikantka radcowska i doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego. Zajmuje się problemami rynku partnerstwa publiczno-privatnego w służbie zdrowia.

W sytuacji gdy władze lokalne zmuszone są przyciągać kapitał prywatny oraz transfer jego wiedzy, umiejętności i posiadanych kompetencji w celu uzupełnienia mocno ograniczonych zasobów publicznych, koncesje wydają się szczególnie atrakcyjne.

Są one chętnie wykorzystywane przez organy publiczne do zapewniania dostaw usług komunalnych lub budowy infrastruktury (zgodnie z dostępnymi informacjami ponad 60% wszystkich umów o ppp można zaklasyfikować jako koncesje). Przedsiębiorcy prywatni mogą

w ten sposób budować autostrady i zarządzać nimi, eksploatować sieci wodno-kanalizacyjne czy spalarnie odpadów, a także świadczyć usługi zdrowotne itp.

Rodzaje koncesji

Ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi (dalej: ukrbu) przewiduje możliwość realizacji inwestycji publicznych w trybie dwóch typów koncesji, tj. koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na świadczenie usług. Legalna definicja koncesji utrudnia jednak rozróżnienie koncesji na roboty budowlane od koncesji na świadczenie usług (a także koncesji a zamówienia publicznego)¹. Powyższa ustawa nie zawiera również regulacji precyzyjnie wskazujących, którą z nich należy zastosować w konkretnym przypadku.

W związku z tym można postawić pytanie: Czy tzw. przedsięwzięcia mieszane, które przewidują zarówno wykonanie robót budowlanych, jak i świadczenie usług, powinny być objęte jedną wspólną koncesją? A jeżeli tak, to którą?

Definicja koncesji

Koncesje na roboty budowlane i koncesje na usługi stanowią przykład

Cechy koncesji

1. Koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi w przypadku:
 - a) koncesji na roboty budowlane – wyłącznie prawo do korzystania z obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy,
 - b) koncesji na usługi – wyłącznie prawo do korzystania z usługi albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.
2. Płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza.
3. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji.

↙ współpracy między jednostkami samorządu terytorialnego a biznesem, zapewniając dogodne ramy prawne dla realizacji zadań publicznych poprzez partnerstwo publiczno-prywatne (ang. public-private partnerships; dalej: ppp). Polegają one na ustaleniach umownych między partnerem publicznym a inwestorem prywatnym, w ramach których ten ostatni świadczy usługi lub wykonuje roboty budowlane i otrzymuje w zamian wynagrodzenie z budżetu pod-

nie wprowadzając legalnych definicji obu tych pojęć, odwołując się do znaczenia przyjętego na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. I tak, zgodnie z art. 2 pkt 8 i 10 pzp:

1) roboty budowlane rozumiane są jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a także realizacja obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiające-

jakichkolwiek uprzednich robót budowlanych czy dostaw. Taka interpretacja pomijałaby jednak pkt 10 preambuły do Dyrektywy 2004/18/WE (będącej podstawą przyjęcia polskiej ustawy), zgodnie z którym zamówienia publiczne na usługi, zwłaszcza w zakresie usług zarządzania mieniem, mogą w pewnych okolicznościach obejmować roboty budowlane. Ale tylko wtedy, gdy roboty takie mają charakter dodatkowy w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia oraz stanowią jego uzupełnienie.

Mając na uwadze pojawiające się wątpliwości, jaki typ koncesji będzie miał zastosowanie dla realizacji konkretnego projektu, zasadne wydaje się wskazanie, w jakich sytuacjach będziemy stosować koncesję na roboty budowlane, a w jakich koncesję na usługi.

Koncesja na roboty budowlane ma na celu wybudowanie obiektu współfinansowanego przez koncesjonariusza, który uzyskuje później prawo do korzystania z tego budynku przez określony w umowie czas.

Kiedy koncesja na roboty budowlane

Koncesja na roboty budowlane ma na celu wybudowanie obiektu współfinansowanego przez koncesjonariusza, który uzyskuje później prawo do korzystania z tego budynku przez określony w umowie czas (art. 1 ust. 2 pkt 1 ukrbu). Ustawa ta traktuje koncesję na roboty budowlane jako obejmującą zaprojektowanie, budowę oraz korzystanie z obiektu w celu czerpania pożytków (w tym dla odzyskania poniesionych nakładów, jak i w zamiarze osiągnięcia zysku)³. Jednak element budowy jest przeważający w stosunku do pozostałych elementów koncesji.

Co ważne, ukrbu nie wspomina jednak nic o dalszych obowiązkach koncesjonariusza związanych z utrzymaniem obiektu. Nie określa też, czy w umowie koncesji możliwe jest ograniczenie sposobu korzystania z wybudowanego obiektu budowlanego, w tym poprzez zobowiązanie koncesjonariusza do świadczenia określonych usług. Tymczasem w przypadku niektórych projektów koncesjodawca może być zainteresowany ograniczeniem prawa

miotu publicznego lub w formie prawa do eksploatacji powstałego obiektu.

Konstrukcja prawna koncesji przyjęta w polskiej ustawie oparta jest odpowiednio na art. 1 ust. 3 (odnośnie koncesji na roboty budowlane) i art. 1 ust. 4 (odnośnie koncesji na usługi) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Koncesja występuje, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu koncesjonariusza do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przez niego usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie (patrz ramka **Cechy koncesji**).

Zakres przedmiotowy

Już sama nazwa ukrbu wskazuje, iż przedmiotem umowy koncesji będą zarówno roboty budowlane, jak i usługi. Niestety, przepisy te

go²; przez roboty budowlane należy zatem rozumieć budowę, ale także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego,

2) usługi definiowane są jako wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami wymienionymi w załączniku II do dyrektywy 2004/18/WE lub w załącznikach XVII A i XVII B do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r., koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Z uwagi na wyłączenie z pojęcia koncesji na usługi czynności obejmujących roboty budowlane i dostawy, można by uznać, że koncesja na usługi może dotyczyć tylko świadczenia takich usług, przy realizacji których nie ma potrzeby wykonywania

korzystania z obiektu tylko na określone cele służące zaspokajaniu zbiorowych potrzeb społeczeństwa.

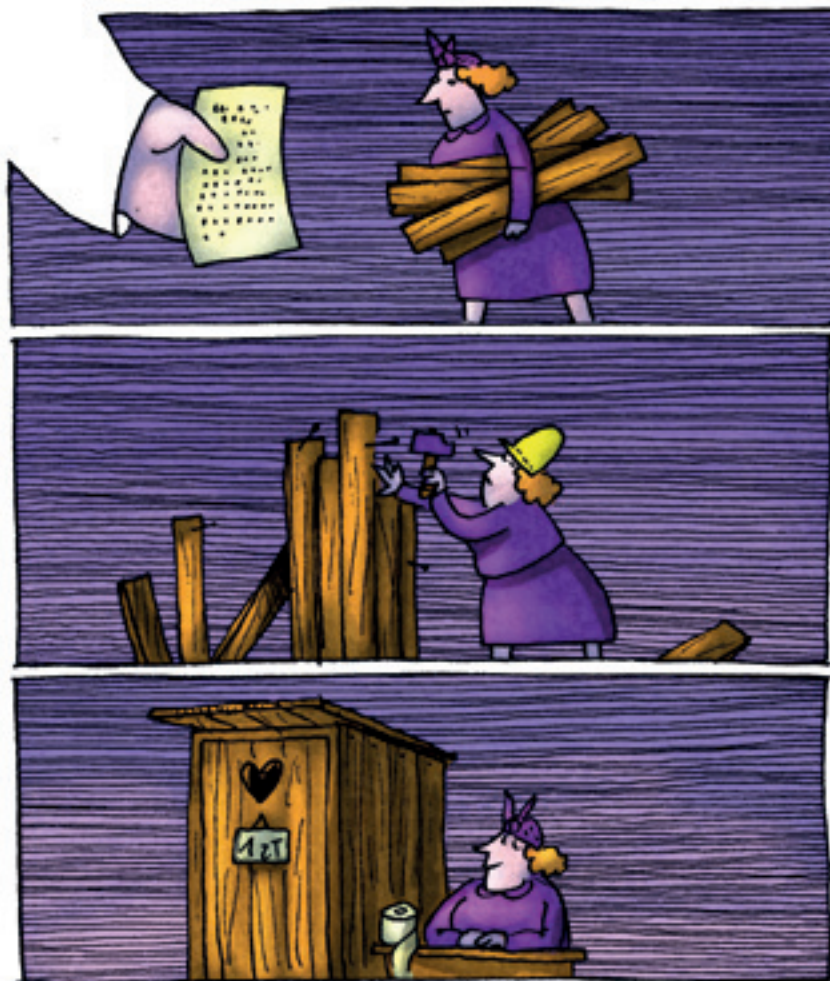
Artykuł 22 ukrbu, który określa obligatoryjne elementy treści umowy koncesji, nie daje wprost podstawy do przyjęcia, że prawo korzystania z obiektu budowlanego udzielone w ramach koncesji na roboty budowlane może być ograniczone do określonych czynności dostawców i odbiorców⁴. Ponadto, nie zawiera też żadnych wskazań, że prawo korzystania z obiektu budowlanego może być uzupełnione obowiązkiem jego eksploatacji, zarządzania czy świadczenia usług dla ludności. Wynagrodzenie w postaci prawa eksploatacji obiektu ma bowiem rekompensować wydatki poniesione na wybudowanie tego obiektu, a nie świadczenie usług. W konsekwencji sposób eksploatacji obiektu przez koncesjonariusza niekoniecznie musi być zgodny z oczekiwaniami koncesjodawcy.

Natomiast Komisja Europejska, w wyjaśnieniach w sprawie koncesji według prawa wspólnotowego, do obowiązków koncesjonariusza zalicza jego odpowiedzialność za techniczny stan obiektu, kwestie finansowe i zarządzanie, aby zapewnić odpowiednio wysoki standard konstrukcji. Dlatego wydaje się, że obowiązek koncesjonariusza w zakresie utrzymywania obiektu na odpowiednim poziomie jest ściśle związany z ryzykiem, jakie go obciąża. Tylko bowiem sprawny obiekt jest w stanie zapewnić odpowiedni standard usług i społeczną użyteczność.

Nie można także pominąć faktu, iż w przypadku ppp obowiązek utrzymania oraz zarządzania obiektem stanowi element przedmiotowo istotny partnerstwa, którego brak powoduje nieważność umowy partnerskiej lub zmianę kwalifikacji umowy.

Przykład 1

Najczęściej koncesje budowlane wykorzystuje się do realizowania i finansowania dużych projektów



infrastrukturalnych dotyczących zwykle sieci dróg, tuneli, mostów, metra, oczyszczalni ścieków, składowisk odpadów, jak również mniejszych inwestycji, takich jak m.in. budowa parków wodnych, parkingów podziemnych, budynków administracji publicznej itp.

Kiedy koncesja na świadczenie usług

Należy zaznaczyć, że ukrbu nie zawiera definicji koncesji na usługi sensu stricte, lecz określa tylko model wynagrodzenia koncesjonariusza. Kwestii kwalifikacji danych czynności jako objętych koncesją na usługi dotyczy natomiast szereg orzeczeń ETS⁵. W świetle utrwalonego orzecznictwa „koncesja na świadczenie

usług występuje wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu usługodawcy do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie”⁶.

Przy koncesji na usługi mamy do czynienia z umową o świadczenie w oparciu o istniejący już obiekt, będący własnością podmiotu publicznego. Zasadniczo chodzi tu o przysporzenie korzyści stronie publicznej w postaci doświadczenia technicznego i organizacyjnego w danej dziedzinie. Głównym przedmiotem tego rodzaju koncesji jest bowiem usprawnienie procesu świadczenia usług.



Warto także podkreślić, iż w ramach koncesji na usługi koncesjodawca może nałożyć na koncesjonariusza obowiązek świadczenia usług na określonych warunkach⁷. Jeżeli koncesjonariusz, w ramach umowy koncesji na usługi, ma obowiązek świadczenia tych usług, nie może swobodnie zrezygnować z ich świadczenia w trakcie obowiązywania umowy⁸. W ramach koncesji na usługi koncesjodawca może zatem, odmiennie niż przy koncesji na roboty budowlane, zobowiązać koncesjonariusza do świadczenia określonych usług na rzecz określonych podmiotów i za określoną opłatą.

Elementem przeważającym koncesji jest świadczenie usług. Może jednak zachodzić także konieczność wykonywania drobnych robót budowlanych, ale stanowiących jedynie niewielką część inwestycji (np. roboty remontowe przy obiekcie, którym później ma zarządzać koncesjonariusz). W takim przypadku możliwe jest przyznanie koncesji na świadczenie usług, pomimo że koncesja obejmuje obowiązek wykonania robót budowlanych przy założeniu, że roboty te będą miały jedynie dodatkowy charakter w stosunku do zamierzonych usług, a koncesjonariusz poniesie zasadnicze ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Odbiorcą takich usług będą, co do zasady, osoby trzecie, a nie koncesjodawca.

Regulacje powyższe znajdują odzwierciedlenie także w art. 6 ust. 4 pzp, zgodnie z którym jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług. W konsekwencji, dokonując oceny, czy dany projekt może być realizowany w trybie koncesji na roboty budowlane, czy w trybie koncesji na usługi, należy uprzednio ustalić, jaki jest główny cel projektu oraz jaki ewentualnie charakter mają roboty budowlane potrzebne do realizacji projektu.

Przykład 2

Koncesja na usługi najczęściej znajdzie zastosowanie do realizacji takich świadczeń, jak: dostarczanie wody oraz innych mediów, usuwanie nieczystości, zbiórka, segregacja i utylizacja odpadów, zapewnianie sprawnego transportu, prowadzenia szeroko rozumianych badań dotyczących na przykład stanu zdrowia, pobierania opłat itp.

Koncesyjne kontrakty mieszane

Koncesja może mieć także charakter mieszany i obejmować nie tylko wykonanie robót budowlanych, ale także korzystanie i zarządzanie inwestycją. W praktyce sytuacja taka występuje najczęściej, pomimo iż polska ukrbu nie wypowiada się w tej kwestii (koncesja mieszana została uregulowana w pzp).

Ponieważ dyrektywa 2004/18/WE także zawiera regulacje dotyczące jedynie koncesji na roboty budowlane, należałoby zastanowić się, jakim rodzajem koncesji jest umowa mieszana, zawierająca również elementy dotyczące świadczenia usług.

ETS w orzeczeniu z 5 grudnia 1989 r.⁹ stwierdził, iż jeśli możliwe jest wyodrębnienie niezależnych cech danego kontraktu (np. dostawy i świadczenia usług), wówczas do każdej części umowy należy zastosować odrębne regulacje¹⁰. Mając na uwadze powyższe, w sytuacji gdy możliwe jest wyodrębnienie przedmiotów koncesji (np. na roboty budowlane oraz na usługi), sugeruje się zastosowanie dwóch odrębnych trybów (pkt 2.3 akapit 8 Komunikatu Komisji Europejskiej)¹¹.

Do koncesji mieszanej nawiązuje również dyrektywa 2004/17/WE w motywie 16, w której czytamy, że jeżeli roboty budowlane mają charakter dodatkowy w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia oraz stanowią jego ewentualną konsekwencję lub uzupełnienie, fakt włączenia

takich robót w zakres zamówienia nie uzasadnia zakwalifikowania zamówienia jako zamówienia na roboty budowlane¹².

Należy jednak zauważyć, iż realizacja tego samego projektu w trybie najpierw koncesji na roboty budowlane, a następnie – po wybudowaniu obiektu – w trybie koncesji na usługi, jak to wskazuje komunikat KE, jest wątpliwa. A to dlatego, iż koncesja na roboty budowlane wiąże się zwykle z wieloletnią eksploatacją, która ma m.in. na celu pokrycie nakładów koncesjonariusza za wykonane roboty budowlane i osiągnięcie konkretnego zysku. Z tego względu wybudowanie obiektu w trybie koncesji na roboty budowlane, a następnie – po zakończeniu budowy – oddanie go do zarządzania w oparciu o koncesję na usługi, jest mało prawdopodobne. Strona publiczna nie może bowiem zagwarantować koncesjonariuszowi, który wykonał roboty budowlane, iż otrzyma on koncesję na usługi niezwłocznie po wybudowaniu danego obiektu. Inne podmioty mogą bowiem uczestniczyć w postępowaniu o koncesję na usługi i złożyć oferty korzystniejsze niż wykonawca koncesyjnych robót budowlanych.

W tym stanie rzeczy warto podkreślić, iż wskazany komunikat nie jest odpowiedzią na wszystkie wątpliwości dotyczące zastosowania do danego przedsięwzięcia koncesji na usługi czy koncesji na roboty budowlane. Zwłaszcza iż został wydany na kilka lat przed uchwaleniem dyrektywy 2004/18/WE, będącej podstawą przyjęcia polskiej ukrbu.

.....
Przypisy:

¹ Orzecznictwo ETS dostarcza wyjaśnień pomagających odróżnić koncesje od zamówienia publicznego. W sprawie C-324/98 Telaustria oraz w postanowieniu C-358/00 Buchhändler ETS podniósł, że koncesję odróżnia od zamówienia to, iż:

„wynagrodzeniem za realizację zadania w drodze koncesji może być możliwość eksploatacji przedmiotu koncesji w zamian za pobieranie opłat”.

- ² W rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (DzU nr 89, poz. 414).
- ³ Takie rozumienie koncesji na roboty budowlane potwierdza zarówno art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy, jak i art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy.
- ⁴ Chociaż w ramach art. 22 ust. 2 pkt 1 lub art. 22 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy można podjąć próbę narzucenia takich ograniczeń.
- ⁵ M.in.: orzeczenie C-382/05; C-324/98 *Telaustria and Telefonadress* [2000] ECR I 10745, par. 58; C 358/00 *Buchhändler-Vereinigung* [2002] ECR I 4685, par. 27 i 28; *Parking Brixen* C-458/03, par. 40.
- ⁶ Orzeczenie C-382/05 Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej, par. 19, 21, 34.
- ⁷ Wniosek taki płynie także z art. 22 ust. 2 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym w umowie koncesji można określić warunki udostępnienia koncesjonariuszowi składników majątkowych niezbędnych do wykonania koncesji, a więc np. warunki udostępnienia obiektu w zamian za określoną usługę.
- ⁸ Z uwagi na zakaz zmian treści umowy przewidziany w art. 23 ust. 1 ustawy.
- ⁹ Orzeczenie ETS z 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/38, *Data Processing*, ECR, p. 4035.
- ¹⁰ Podobne rozstrzygnięcie przedstawiono w orzeczeniu TSWE z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 – *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano and AGAC di Reggio Emilia*.
- ¹¹ Komunikat Interpretacyjny Komisji Europejskiej o koncesjach w prawie wspólnotowym z 29 kwietnia 2000 r. (2000/C121/02).
- ¹² Podobnie ETS w orzeczeniu wydanym w sprawie *Gestion Hotelera International* (orzeczenie z dnia 19.04.1994 r., C-33/92 ECR I-1329)

Wybór konkretnego rodzaju koncesji

W wielu przedsięwzięciach, dla których przewidywaną formą współpracy jest umowa koncesji, przedmiotem zainteresowania stron umowy jest pozyskanie zarówno obiektu budowlanego, jak i szeregu usług świadczonych w oparciu o wybudowaną już infrastrukturę. Możliwe jest również, że podstawowym celem udzielenia koncesji jest pozyskanie świadczenia usług, jednak ich wykonywanie jest uzależnione od wcześniejszego wybudowania przez koncesjonariusza niezbędnego obiektu. W takim przypadku mamy do czynienia z koncesją mieszaną – obejmującą zarówno usługi, jak i roboty budowlane.

Sytuacja, w której koncesja występuje w „czystej postaci”, tj. tylko na roboty budowlane lub tylko na usługi, należy do rzadkości. Niestety, prawo nie przewiduje formy koncesji mieszanej. Dlatego należy dokonać wyboru właściwego rodzaju koncesji, również gdy jej przedmiot jest mieszany.

Analogia do pzp (art. 6) oraz prawo europejskie pozwalają sformułować dwie podstawowe zasady, według których powinien być dokonany wybór konkretnego rodzaju koncesji:

- 1) jeżeli koncesja obejmować ma równocześnie usługi oraz roboty budowlane, do udzielenia

koncesji stosować należy przepisy dotyczące tego rodzaju koncesji, którego udział w danym przedsięwzięciu jest większy,

- 2) jeżeli koncesja obejmować ma równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usługi, do udzielenia koncesji stosować się powinno przepisy dotyczące usług.

Trafność powyższych twierdzeń znajduje odzwierciedlenie również w orzecznictwie ETS¹³, z którego wynika, iż w przypadku gdy roboty budowlane mają charakter incydentalny w stosunku do świadczonych przez koncesjonariusza usług (np. drobny remont czy budowa niewielkiego obiektu związanego z istniejącą już infrastrukturą), to wówczas transakcja ta ma charakter koncesji na usługi. Jeżeli jednak obowiązkiem koncesjonariusza jest budowa infrastruktury, a następnie jej eksploatacja, to niezależnie od tego, czy faza eksploatacji będzie droższa, zawsze będziemy mieć do czynienia z koncesją na roboty budowlane. Nie można bowiem uznać robót budowlanych za incydentalne i nieistotne z punktu widzenia całej inwestycji. Dlatego w naszym przekonaniu każda koncesja na roboty budowlane jest jednocześnie koncesją na usługi.

stwierdził, że „tam gdzie roboty [...] są jedynie dodatkiem do głównego zamówienia, zamówienie, brane jako całość, nie może zostać zakwalifikowane jako zamówienie publiczne na roboty budowlane”.

- ¹³ Np. wyrok z 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 i C-28/01 *Miasto Bockhom*.

Podstawa prawna

- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.)
- Ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane i usługi (DzU nr 19, poz. 101)