

Tomasz Srokosz

Dostawa wody pitnej jako przedmiot koncesji na usługi komunalne

W ciągu 25 lat funkcjonowania samorządu terytorialnego w Polsce gminy stopniowo rezygnowały z bezpośredniego wykonywania zadań własnych, dopuszczając do ich realizacji, zgodnie z zasadą subsydiarności, przedsiębiorców. Zbiorowe zaopatrzenie w wodę to jeden z tych obszarów działalności komunalnej, w którym obecność przedsiębiorców niezależnych od gmin jest ciągle stosunkowo nieznaczna. Artykuł ma na celu wykazanie, że i ta działalność może być z powodzeniem powierzona poza strukturę gminy. Już obecnie istnieją ku temu podstawy prawne, a jedną z nich stanowi ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Gmina w przypadku powierzenia zaopatrzenia w wodę przedsiębiorcy, zachowuje funkcje regulacyjne, gwarantujące w pełni nadzór nad realizacją tego zadania.

Polska do 2016 r. obowiązana jest implementować dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE¹, która reguluje działalność między innymi w zakresie:

- zapewniania lub obsługi stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej,
- dostawy wody pitnej do takich sieci,
- odprowadzania lub oczyszczania ścieków.

W wyniku implementacji dyrektywy 2014/25/UE powinny zostać wprowadzone regulacje właściwe dla „zapewnienia rzeczywistego otwarcia rynku i uczciwej równowagi w stosowaniu przepisów dotyczących zamówień w sektorach gospodarki wodnej, a jednocześnie należy zadbać o równe traktowanie podmiotów działających w sektorze publicznym oraz podmiotów działających w sektorze prywatnym”. Dyrektywa 2014/25/UE reguluje także: zasady zamówień lub konkursów, które są udzielane lub organizowane przez podmioty zamawiające, wykonujące jedną z działalności określonych powyżej. Dyrektywa

tylko pośrednio odnosi się do prowadzenia gospodarki wodno-ściekowej, jednak przy okazji jej implementacji warto przyrzeć się możliwości przetargowego powierzenia tej działalności przedsiębiorcom niepowiązanym z gminą.

W artykule zamierzam wykazać możliwość zastosowania koncesji uregulowanej przepisami ustawy z 9.01.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi², jako transparentnej formy powierzenia zbiorowego zaopatrzenia w wodę, zgodnie z art. 3 ustawy z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej³. Tytułem przypomnienia, koncesja według ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi to umowa cywilna, którą zawierają (w tym przypadku) gmina oraz przedsiębiorca zainteresowany współpracą. Wzajemne relacje strony wypracowują w negocjacjach poprzedzających zawarcie umowy. Przeciwnieństwem tej konstrukcji jest koncesja administracyjna regulowana przepisami ustawy z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁴, która nie ma tu zastosowania. Umowa koncesji reguluje różne zobowiązania każdej ze stron, jednak jej cechą nadrzędną jest przejęcie ryzyka ekonomicznego realizacji celu publicznego przez koncesjonariusza. Współpraca

¹ Dz. Urz. 2014 L 94/243; dalej: dyrektywa 2014/25/UE.

² Tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 113; dalej: u.k.r.b.u.

³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236; dalej: u.g.k.

⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.

gminy z przedsiębiorcami powinna być transparentna, a jej nawiązanie powinno być poprzedzone publicznym i konkurencyjnym postępowaniem koncesyjnym uregulowanym w ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

W zasadzie już obecnie istnieją przesłanki do wykorzystania koncesji umownej do regulacji zbiorowego zaopatrzenia w wodę. Ze względu na małą popularność tej konstrukcji prawnej warto jednak rozważyć nowelizację ustawy z 7.06.2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków⁵. Istotą zmiany, moim zdaniem, powinno być odwołanie się wprost w przepisach ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków do form prowadzenia gospodarki komunalnej określonych w art. 2 oraz art. 3 u.g.k. Artykuł 2 u.g.k. wskazuje jako formę działalności komunalnej samorządowy zakład budżetowy lub spółkę prawa handlowego. Natomiast zgodnie z art. 3 u.g.k. gmina może także powierzać realizację zadań komunalnych w drodze umowy osobom fizycznym, prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem m.in. ustaw:

- z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁶,
- z 9.01.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi,
- z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁷.

Takie odwołanie do przepisów ustawy o gospodarce komunalnej wykorzystano już przy nowelizacji ustawy z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach⁸. Zgodnie z jej art. 3a ust. 1 gminy, realizując zadanie polegające na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (dalej: RIPOK), są obowiązane do: 1) przeprowadzenia przetargu na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował RIPOK albo 2) dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał

lub eksploatował RIPOK, na zasadach określonych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, albo 3) dokonania wyboru takiego podmiotu na zasadach określonych w ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Oczywiście, nie chodzi mi o dosłowne powielenie tego rozwiązania w działalności wodociągowej, ale o podobne odwołanie do przepisów ustawy o gospodarce komunalnej. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 21 u.z.z.w. zbiorowe zaopatrzenie w wodę to działalność polegająca na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody, prowadzona przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne. Uszczegółowienie tej definicji, przez określenie sposobu wyłonienia przedsiębiorcy prowadzącego przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne na terenie gminy, mogłoby polegać właśnie na odwołaniu do art. 2 lub art. 3 u.g.k., a tym samym na dopuszczeniu różnych form działalności wodociągowej. Spośród powyższych trybów przetargowych koncesja wydaje się ciekawym rozwiązaniem. Zgodnie z art. 1 u.k.r.b.u. koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. Poniżej rozwinę konstrukcję koncesji umownej, w kontekście świadczenia, z jej wykorzystaniem, usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę.

1. Zaopatrzenie w wodę – uwagi ogólne *de lege lata*

Zaopatrzenie w wodę w Polsce reguluje przywołana już ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Pomimo potocznego łączenia zaopatrzenia w wodę z odprowadzaniem ścieków komunalnych, na potrzeby dalszej analizy, pozwolę sobie rozdzielić te dwie usługi. Moim celem jest opisanie modelu, dlatego skoncentruję się na zbiorowym zaopatrzeniu w wodę. Sytuacja taka znajduje potwierdzenie w strukturze gospodarki wodno-ściekowej w Polsce na obszarze wielu gmin, np. w gminach wiejskich

⁵ Tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 139; dalej: u.z.z.w.

⁶ Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.; dalej: u.p.p.p.

⁷ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.; dalej: p.z.p.

⁸ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.

występuje wyłącznie zaopatrzenie w wodę bez „odpowiednika ściekowego”. Taką możliwość dopuszcza także ustawowa definicja przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, którym jest przedsiębiorca, jeżeli prowadzi działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków. Wykorzystanie alternatywy rozłączonej wskazuje na niezależność obu działalności.

Znaczna część infrastruktury wodociągowej istniejącej obecnie w Polsce została wybudowana przez przedsiębiorstwa państwowe lub została przejęta po wojnie w trybie przepisów o nacjonalizacji, w szczególności na podstawie ustawy o przejęciu na własność państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej. Majątek przedsiębiorstw, w skład których wchodziły wodociągi, objęty był – co do zasady – jednolitą własnością państwa. Samorządy terytorialne z kolei przejmowały składniki majątku od Skarbu Państwa. Nabycie przez gminy określonych składników mienia ogólnonarodowego (państwowego) nastąpiło w drodze tzw. komunalizacji, w tym także przez komunalizację przedsiębiorstw państwowych. Gminy mogły zachować własność urządzeń przesyłowych, przekazując je w zarządzanie swoim zakładom budżetowym, lub mogły wnieść te urządzenia (sieci przesyłowe) do utworzonych przez siebie spółek komunalnych.

Własność urządzeń wodociągowych, nabytych przez gminy lub spółki komunalne w latach 90., jest tu kluczowa. Status prawny nowo wybudowanych elementów sieci w większości przypadków był determinowany przez ich przyłączenie do już istniejących zgodnie z art. 47 w zw. z art. 49 § 1 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny⁹. W ten sposób własność komunalna rozciągała się z mocy prawa na istniejące i nowo powstałe sieci dostawy wody. Zmiana tego stanu prawnego nastąpiła wraz z nowelizacją art. 49 k.c. i obecnie może zostać przesądzona umową. Warto wprost zacytować tu orzeczenie Sądu Najwyższego (SN), potwierdzające odrębność urządzeń przesyłowych od nieruchomości gruntowych. Zgodnie z art. 140 k.c. granice

wykonywania prawa własności są wyznaczone przez ustawy, zasady współżycia społecznego i społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa. Przepisem ustawy, który w niniejszej sprawie ogranicza wykonywanie prawa własności nieruchomości, jest art. 49 § 1 k.c., stosownie do którego urządzenia służące m.in. do doprowadzania energii elektrycznej nie należą do części składowych nieruchomości, jeżeli wchodzą w skład przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z 8.03.2006 r.¹⁰ SN wyjaśnił m.in., że status prawny przyłączonych do sieci urządzeń objętych treścią art. 49 k.c. zależy od tego, czy stają się one częścią składową instalacji należącej do przedsiębiorstwa. Odpowiedź pozytywna na to pytanie oznacza, że „urządzenia te tracą swoją odrębność i stają się własnością właściciela instalacji. W przeciwnym razie, stanowią one odrębne rzeczy ruchome i o ich własności zdecydować mogą strony umowy o przyłączenie. W braku umowy urządzenia te pozostają własnością dotychczasowego właściciela”. Powyższe orzeczenie podkreśla, że przyłączenie nowych sieci do istniejących w większości przypadków decyduje o ich statusie prawnym. Jeżeli w wyniku procesów komunalizacyjnych sieci przesyłowe oraz urządzenia tworzące przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ k.c. stały się własnością gminy, to pośrednio implikuje to prawo własności gminy przysługujące jej do kolejnych odcinków sieci w wyniku ich przyłączenia do już istniejących.

Czym jest zaopatrzenie w wodę, a co za tym idzie – jakiego rodzaju usługi świadczy przedsiębiorstwo wodociągowe? Zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 2 pkt 21 u.z.z.w. zbiorowe zaopatrzenie w wodę to działalność polegająca na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody, prowadzona przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne. Woda jako płynąca, powierzchniowa jest wyłączona z obrotu cywilnego zgodnie z art. 10 ustawy – Prawo wodne¹¹, w innych przypadkach stanowi samoistny przedmiot obrotu cywilnego, np. woda w zbiornikach, jeszcze

⁹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.; dalej: k.c.

¹⁰ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 8.03.2006 r. (III CZP 105/05), OSNC 2006/10, poz. 159.

¹¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 145 ze zm.; dalej: p.w.

w innej sytuacji będzie stanowić część składową nieruchomości gruntowej i jako taka będzie podlegać obrotowi wraz z nieruchomością gruntową. Przez wydzielenie wody z cieków naturalnych i wprowadzenie jej do infrastruktury przesyłowej można jej przypisać następujące cechy: 1) woda stanowi wyodrębniony element, 2) jest mierzalna i policzalna, 3) stanowi samoistny przedmiot obrotu w ten sposób, że można jej przypisać wartość, cechy, skład. Woda wodociągowa stanowi przedmiot prawa prywatnego, a przesłanką wyłączenia wody spod regulacji prawa wodnego jest jej odłączenie od nieruchomości gruntowej. Woda musi się znajdować w jakiejś formie naczynia, dlatego konieczne jest po wyłączeniu wody od gruntu wprowadzenie jej do urządzeń przesyłowych. W przypadku wprowadzenia wody do wodociągu nastąpi nie tylko fizyczne oderwanie wody od nieruchomości, lecz także prawne za pomocą normy art. 49 k.c. – urządzenia służące do przesyłu wody nie stanowią części składowej nieruchomości, a więc woda w obiegu urządzeń służących do jej przesyłu stanowi przedmiot odrębnego od gruntu prawa rzeczowego. Ten, kto ujmie i uzdatni wodę, może ją dostarczyć w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego.

Jaki status prawny ma woda pitna? Legalną definicję wody przeznaczonej do spożycia zawiera art. 9 ust. 1 pkt 24 p.w. i oznacza nie tylko „wodę w stanie pierwotnym lub po uzdatnieniu, przeznaczoną do picia, przygotowania żywności lub innych celów domowych, niezależnie od jej pochodzenia i od tego, czy jest dostarczana z sieci dystrybucyjnej, cystern, w butelkach lub w pojemnikach”, ale również „wodę wykorzystywaną przez przedsiębiorstwo produkcji żywności do wytworzenia, przetworzenia, konserwowania lub wprowadzania do obrotu produktów lub substancji przeznaczonych do spożycia przez ludzi”. Równobrzmiąca definicja wody przeznaczonej do spożycia znajduje się w art. 2 pkt 18 u.z.z.w. Przedstawione definicje stanowią wynik implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy Rady 98/83/WE z 3.11.1998 r. w sprawie jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi¹².

W prawie polskim wymagania dotyczące jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi wskazano w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 29.03.2007 r. w sprawie jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi¹³, określając również warunki, jakie powinna spełniać.

Co do formy organizacyjnoprawnej, w której gminy wykonują zadanie w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę, to aktualne przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków nie regulują tej kwestii. Gminy na zasadach ogólnych zawartych w ustawie o gospodarce komunalnej, w szczególności zgodnie z jej art. 2, realizują to zadanie w formie spółki handlowej lub zakładu budżetowego. Orzecznictwo sądów administracyjnych prowadziło także dodatkowe rozwiązanie. Mimo że gmina samodzielnie, z pominięciem formy zakładu budżetowego, nie mieści się w definicji przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, to na taką możliwość wskazał Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) w wyroku z 21.07.2005 r.¹⁴ Sąd ten uznał, że – prowadząc faktycznie działalność usługową w zakresie dostarczania wody oraz odprowadzania ścieków – gmina posiadająca osobność prawną z mocy art. 2 ust. 2 u.s.g. usytuowała się w takiej samej sytuacji, jak każdy inny dostawca prowadzący działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę w rozumieniu art. 2 pkt 4 u.z.z.w. Podobnie orzekł Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA) w Warszawie w wyroku z 18.07.2006 r.¹⁵, twierdząc, że „definicja przedsiębiorstwa zamieszczona w art. 2 pkt 4 u.z.z.w., wskazująca także na gminne jednostki organizacyjne, nie wyklucza powierzenia prowadzenia gospodarki wodno-kanalizacyjnej komórce organizacyjnej (referatowi) urzędu gminy. Urząd gminy jest bowiem kierowaną przez wójta gminną jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej, działającą jako jednostka budżetowa”. Przywołane orzeczenia wskazują na możliwość prowadzenia zaopatrzenia w wodę przez gminę

¹³ Dz. U. Nr 61, poz. 417 ze zm.

¹⁴ Wyrok NSA z 21.07.2005 r., OSK 1814/04, LEX nr 190576.

¹⁵ Prawomocny wyrok WSA z 18.07.2006 r., IV SA/Wa 503/06, LEX nr 271622.

¹² Dz. Urz. 1998 L 330/32.

także bezpośrednio, bez konieczności wykształcenia odrębnej formy organizacyjnej dla prowadzenia gospodarki wodno-kanalizacyjnej.

Warto zwrócić uwagę, że zbiorowe zaopatrzenie w wodę to sekwencja czynności cywilnoprawnych, które podlegają regulacji prawa prywatnego. Oznacza to możliwość powierzenia tych czynności do realizacji innemu podmiotowi, taką formę powierzenia w przypadku gminy stanowi koncesja, która zgodnie z art. 5 u.k.r.b.u. jest także umową cywilną.

2. Uwagi ogólne *de lege ferenda*

Mimo że moim postulatem jest nowelizacja ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, poniżej wykażę, że już w obecnym stanie prawnym nie ma przeszkód do koncesyjnego powierzenia zaopatrzenia w wodę jako jednego z możliwych trybów powierzenia tej działalności. Większość elementów konstrukcji zbiorowego zaopatrzenia w wodę odpowiada konstrukcji koncesji umownej. Stanowisko polemiczne prezentuje wprawdzie Jerzy Rotko¹⁶, który twierdzi, że „gdyby powierzenie, o jakim mowa w art. 3 ust. 1 u.g.k., miało dotyczyć wyłącznie zadania polegającego na zbiorowym zaopatrzeniu w wodę, to nie da się zastosować ani ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, ani ustawy – Prawo zamówień publicznych. Brak możliwości zastosowania tych przepisów wynika z faktu pominięcia działalności tego rodzaju w definicji usług”. Jednak w dalszej części komentarza modyfikuje swój pogląd co do możliwości zastosowania koncesji; jego zdaniem „niemożność wynika z konstrukcji ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, a przede wszystkim przyjętej w nich siatki pojęciowej, gdyż żadna z tych ustaw nie obejmuje całościowo zbiorowego zaopatrywania w wodę, a co najwyżej wybrane fragmenty takiej działalności. Po uchwaleniu ustawy o koncesji

na roboty budowlane lub usługi część problemów zniknęła, ale nie wszystkie. Z uzasadnienia do projektu tej ustawy wynika, że jej celem było stworzenie nowej instytucji, odmiennej od zamówienia publicznego. W zamówieniu publicznym mamy do czynienia ze stosunkiem między zamawiającym a wykonawcą, który w zamian za z góry określone wynagrodzenie wykonuje określone świadczenie na rzecz zamawiającego. Odmierna jest sytuacja, gdy odbiorcą świadczenia mogą być osoby trzecie, tj. faktyczni użytkownicy przedmiotu koncesji. W takim przypadku miejsce wynagrodzenia określonego z góry zastępuje prawo wykonywania usług, w tym pobierania pożytków (...). Dostrzeżenie tych okoliczności jest niewątpliwie zdecydowanym postępem, natomiast cząstkowe definicje usług pozostają mankamentem nowej regulacji¹⁷. Autor trafnie zauważa niespójność pomiędzy opisem zaopatrzenia w wodę w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków oraz w art. 7 u.s.g., a także w opisie usług według Polskiej Klasyfikacji Działalności. Jednak ta niespójność nie oznacza, że usługi opisane we wskazanych regulacjach stanowią odmienne pojęcia, a regulacje ustawowe nie mogą się uzupełniać. Postępowania koncesyjne prowadzone dotychczas w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę rozwiewają powyższe, teoretyczne wątpliwości. Jednak ewentualne zmiany prawa powinny uwzględniać także powyższe uwagi.

„Koncesja wodociągowa”, moim zdaniem, odpowiada już obecnie przepisom ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi w zakresie podziału zadań i ryzyk pomiędzy strony umowy. Przepisy u.s.g. przypisują wprawdzie obowiązek zapewnienia zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków gminie (art. 7 ust. 1 pkt 3), z kolei przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków w żaden sposób nie obligują jej do prowadzenia takiej działalności. Przeciwnie – ustawa wprowadza pojęcie przedsiębiorcy, który na prowadzenie takiej działalności powinien otrzymać stosowne zezwolenie, właśnie udzielone przez organy gminy. Z tych przepisów wynika rozdzielność gminy i przedsiębiorcy wodno-kanalizacyjnego.

¹⁶ J. Rotko, *Komentarz do art. 16 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków*, w: P. Bojarski, W. Radecki, J. Rotko, *Ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Komentarz*, LEX 2011.

¹⁷ J. Rotko, *Komentarz do art. 16...*

Zatem zaopatrzenie w wodę powinno być realizowane przez podmiot odrębny od gminy. Gmina, przekazując zadanie przedsiębiorcy, zachowuje dla siebie wyłącznie funkcję regulatora, który zgodnie z ustawą o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków:

- udziela zezwolenia na prowadzenie zbiorowego zaopatrzenia w wodę (art. 16 u.z.z.w.),
- ustanawia regulamin świadczenia usług (art. 19 u.z.z.w.) oraz
- uchwała taryfy wodno-ściekowe (art. 24 u.z.z.w.).

Sektor usług wodociągowych podlega szczególnym prawom. Skorzystam tu z analizy przeprowadzonej szczegółowo w raporcie „Kierunki ochrony konkurencji i konsumentów w sektorze wodno-kanalizacyjnym”¹⁸. O monopolu w dostawie wody przesądza jej specyfika jako towaru, w szczególności:

- brak jakiegokolwiek substytutu wody używanej głównie do celów bytowych oraz procesów technologicznych (podczas gdy np. do wytwarzania energii cieplnej lub elektrycznej można używać wielu surowców: gazu, węgla, ropy naftowej),
- ograniczona możliwość używania, odmienne niż to następuje w przypadku usług energetycznych, telekomunikacyjnych bądź kolejnictwa, jednej, wspólnej sieci do przesyłania produktów różnych producentów.

Monopol naturalny w gospodarce, oparty na systemach sieciowych, nie oznacza braku jakichkolwiek możliwości wprowadzenia elementów rynkowych i stworzenia warunków dla funkcjonowania ograniczonej bądź quasi-konkurencji. Jednym z rozwiązań może być zastąpienie realnej konkurencji na rynku konkurencją o rynek. Jest to możliwe między innymi na podstawie formuły postępowań przetargowych, których efektem byłoby podpisanie kontraktu (udzielenie koncesji) pomiędzy właścicielem sieci a przedsiębiorcą na eksploatację i świadczenie usług dostarczania wody. Rozwiązanie takie jest możliwe, gdy

infrastruktura przesyłowa pozostaje własnością podmiotu ogłaszającego przetarg (w trybie zamówień publicznych) lub organizatora innego konkurencyjnego postępowania, np. koncesyjnego.

Ewentualna nowelizacja ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, moim zdaniem, niewiele zmieni w tej kwestii, gdyż bez prawa do infrastruktury koncesja udzielona przez gminę będzie pozbawiona faktycznej możliwości jej realizacji (zgodnie z zasadą *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*). Konstrukcja cywilnoprawna koncesji na zaopatrzenie w wodę pitną opiera się (i to także pozostanie bez zmian) na połączeniu elementów prawa rzeczowego oraz prawa zobowiązań i zgodnie z art. 22 u.k.r.b.u. powinna regulować:

- rodzaj i zakres prawa gminy do infrastruktury przesyłu i poboru wody,
- zasady przekazania infrastruktury koncesjonariuszowi w celu realizacji koncesji,
- relacje prawne koncesjonariusza z mieszkańcami gminy jako odbiorcami usług,
- zakres usług, w tym zasady dostawy wody,
- zasady wynagrodzenia koncesjonariusza na podstawie taryfy.

Warto dodać, że oprócz ewentualnej umowy koncesji kwestie zaopatrzenia w wodę będą uregulowane zgodnie z art. 19 u.z.z.w. przez radę gminy w formie regulaminu, który jako akt prawa miejscowego określi m.in.:

- minimalny poziom usług świadczonych w zakresie dostarczania wody,
- szczegółowe warunki i tryb zawierania umów z odbiorcami usług,
- sposób rozliczeń na podstawie cen i stawek opłat ustalonych w taryfach,
- warunki przyłączania do sieci,
- standardy obsługi odbiorców usług.

3. Koncesjonariusz jako przedsiębiorca wodociągowy

Przedmiotem umowy koncesji będzie współpraca pomiędzy gminą – równocześnie dysponentem infrastruktury i regulatorem rynku – a przedsiębiorcą. Ten z kolei ma zapewnić

¹⁸ Raport Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Kierunki ochrony konkurencji i konsumentów w sektorze wodno-kanalizacyjnym*, Warszawa 2011.

operacyjną zdolność urzędzeń do zbiorowego zaopatrzenia w wodę na terenie gminy i takie zaopatrzenie utrzymywać. Gmina jest regulatorem rynku dostawy wody na swoim terenie, jednak dopiero prawa do infrastruktury wodociągowej, opisane powyżej, legitymują ją do udzielenia koncesji. Po stronie gminy zatem głównym obowiązkiem jest przekazanie (udostępnienie) w ramach koncesji urzędzeń nadających się do prowadzenia takiej działalności.

Przyszły koncesjonariusz w pierwszej kolejności zobowiązuje się do uzyskania statusu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego (jeżeli już go nie posiada). Oznacza to, zgodnie z definicją zawartą w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, który prowadzi działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków. Dla wyjaśnienia statusu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego w kontekście przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi konieczna jest analiza chronologiczna. Zbiorowe zaopatrzenie w wodę wymaga uzyskania zezwolenia wydawanego przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w drodze decyzji (art. 16 u.z.z.w.). Zezwolenie może być wydane na wniosek przedsiębiorstwa, które:

- ma na terytorium RP siedzibę i adres, oddział lub przedstawicielstwo w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej,
- posiada środki finansowe lub udokumentuje możliwość ich uzyskania w wysokości niezbędnej do prawidłowego prowadzenia zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków,
- posiada środki techniczne odpowiednie do zakresu działalności.

Ustalenie statusu przedsiębiorcy wodociągowo-kanalizacyjnego lub możliwości uzyskania zezwolenia, przesądzającego w przyszłości taki status, powinno nastąpić w trakcie postępowania koncesyjnego. Oferent, przystępując do postępowania koncesyjnego, powinien bądź dysponować zezwoleniem (jako dotychczasowy dostawca wody pitnej), bądź spełniać przesłanki do jego uzyskania

(jeżeli konkuruje z dotychczasowym dostawcą). Powyższe założenie, choć logiczne, nie jest oczywiste. Zgodnie z art. 3 ust. 2 u.g.k., jeżeli dla prowadzenia działalności komunalnej jest wymagane uzyskanie zezwolenia, wówczas gmina może powierzyć wykonywanie zadań wyłącznie podmiotowi posiadającemu wymagane zezwolenie. Odmienne wnioski nasuwają się po analizie przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Wprawdzie regulacja ta nie stanowi wyraźnie, że zezwolenia wydawane są dopiero po zawarciu umowy z podmiotem wyłonionym w trybie koncesyjnym, jednak stosowanie takiego trybu dla konkretnego podmiotu, dysponującego już jedynym dostępnym zezwoleniem, jest sprzeczne z konkurencyjnym postępowaniem i *de facto* jest fikcją. W jednym z wyroków WSA we Wrocławiu¹⁹ pojawiło się zagadnienie znaczenia art. 3 ust. 2 u.g.k., ale dotyczyło sprawy, w której organy rozstrzygały na podstawie przepisów sprzed nowelizacji z 2.07.2004 r., która weszła w życie 1.01.2005 r.²⁰ (a w wyniku której dodano art. 17b). Sąd wskazał, przywołując treść art. 3 u.g.k., że powierzenie wykonywania zadań w drodze umowy na zasadach ogólnych podmiotom zewnętrznym oparte jest na przesłance dysponowania zezwoleniem. Artykuł 17b pkt 4 u.z.z.w. przyjmuje kolejność przeciwną do tej, która wynika z art. 3 ust. 2 u.g.k., i tak: wójt (burmistrz, prezydent miasta) odmawia udzielenia zezwolenia lub może ograniczyć jego zakres w stosunku do wniosku o udzielenie zezwolenia, jeżeli w wyniku postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych została zawarta przez gminę umowa na prowadzenie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków z innym przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym. W tym przepisie umowa ma charakter pierwotny dla uzyskania zezwolenia, jednak dodatkowo należy przyjąć interpretację rozszerzającą dla pojęcia „zamówienia publiczne”, które powinno rozciągać się także na postępowanie koncesyjne. W dacie nowelizacji ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę

¹⁹ Prawomocny wyrok WSA we Wrocławiu z 28 stycznia 2005 r., II SA/Wr 441/04, LEX nr 825342.

²⁰ Ustawa z 2.07.2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 173, poz. 1808 ze zm.

i zbiorowym odprowadzaniu ścieków i wprowadzenia art. 17b nie obowiązywała jeszcze ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Na potrzeby niniejszej analizy przyjmuję szczególnie rozwiązanie z art. 17b pkt 4 u.z.z.w., względem art. 3 u.g.k. Kolejność przy koncesyjnym powierzeniu zaopatrzenia w wodę powinna być następująca: 1) postępowanie koncesyjne, 2) wybór przedsiębiorcy, 3) zawarcie umowy, 4) uzyskanie zezwolenia. Powyższe rozważania mają wymiar głównie teoretyczny, obie czynności, tj. zawarcie umowy i wydanie zezwolenia, pozostają w gestii wójta (burmistrza, prezydenta miasta) działającego jako organ gminy lub jej przedstawiciel jako osoby prawnej zawierającej umowę koncesji. Ewentualna nowelizacja powinna wyraźnie regulować także tę kwestię.

Jako przedsiębiorca wodno-kanalizacyjny koncesjonariusz po zawarciu umowy koncesji przejmuje na siebie obowiązki umowne związane z realizacją koncesji, których stroną było dotychczasowe przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne. Korzystając z rozwiązań kodeksu cywilnego, nawiązanie umów z nowym dostawcą wody może odbyć się w drodze cesji praw i obowiązków. Prawu polskiemu nie jest znana, jako instytucja normatywna, umowna zmiana strony. Dlatego zmiany całej strony zobowiązania wzajemnego może dokonać w drodze przelewu wierzycelności (art. 509 k.c.) i przejęcia długu (art. 519 k.c.). Jest przy tym obojętne, czy nastąpi to w ramach jednej złożonej czynności, czy sukcesywnie. Konieczne jest natomiast, aby czynności prawne stron zawierały elementy niezbędne dla obu tych instytucji. Praktyka nie jest doskonała i zamiany podmiotowe następują często w sposób dorozumiany. I tutaj można oczekiwać wskazania w nowelizowanych przepisach sposobu zamiany operatora urzędzeń wodociągowych.

4. Podział zadań i ryzyk pomiędzy strony koncesji

Ważnym elementem „koncesji wodociągowej” dla prezentowanej tu koncepcji będzie podział ryzyk. Każda ze stron koncesji na zbiorowe zaopatrzenie w wodę ponosi określone ryzyko związane z wykonaniem umowy.

Gmina w szczególności ponosi ryzyko: 1) prawidłowego wykonywania koncesji na bazie majątku przekazanego koncesjodawcy, 2) inwestycji w sieci przesyłowe jako ich właściciel, zgodnie z wieloletnim planem rozwoju, 3) wzrostu kosztów wykonania planowanych inwestycji oraz 4) polityczne odpowiedzialności przed wyborcami między innymi za wysokości taryf.

Koncesjonariusz ponosi w szczególności ryzyko związane z: 1) wymaganiami jakościowymi wody pitnej, 2) kosztem bieżącej eksploatacji instalacji, w tym wzrostu opłat za korzystanie ze środowiska, podatków i innych opłat publicznoprawnych, ubezpieczeń, utrzymania pracowników oraz innych podobnych kosztów, 3) wykonywaniem umów przez odbiorców usług, a także z nielegalnym poborem wody, nielegalnym przyłączeniem do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej, 4) brakiem po stronie odbiorców usług zapotrzebowania na usługi zbiorowego zaopatrywania w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków, 5) utratą uprawnień koniecznych do wykonywania koncesji.

Gmina, jako uprawniona do dysponowania infrastrukturą przesyłu wody, powinna przekazać ją koncesjonariuszowi w umowie koncesji lub na podstawie innej umowy cywilnej. W takiej sytuacji naturalną umową wydaje się dzierżawa, ze względu na gospodarczy charakter wykorzystania sieci i urządzeń oraz prawo pobierania z nich pożytków, co stanowi cechę charakterystyczną koncesji. Umowa – niezależnie od nazwy – nabiera cech dzierżawy, gdy osoba korzystająca z rzeczy (lub zbioru rzeczy) – w tym przypadku koncesjodawca – uprawniona jest także do pobierania z niej pożytków. Czas trwania dzierżawy infrastruktury przesyłowej powinien być tożsamy z okresem, na który została zawarta umowa koncesji. Jeżeli elementy dzierżawy zostały zawarte w umowie koncesji, czasowe powiązanie obu stosunków prawnych jest następujące: każdorazowo jest to czas określony zgodnie z art. 24 u.k.r.b.u., a jednocześnie, zgodnie z art. 695 § 1 k.c., czas, na który gmina może wydzierżawić infrastrukturę sieciową, nie może być dłuższy niż 30 lat.

Przedmiotem dzierżawy w przypadku zbiorowego zaopatrzenia w wodę powinny być nie tylko sieci przesyłowe oraz nieruchomości, na których

posadowione są elementy tych sieci, ale także stacje uzdatniania wody, przepompownie itd. Jeżeli infrastruktura przesyłowa tworzy zorganizowaną część przedsiębiorstwa zgodnie z art. 55¹ k.c., to powinna zostać przekazana w całości koncesjonariuszowi. Przez zorganizowaną część przedsiębiorstwa (w tym wodociągowego) rozumiem zespół:

- składników materialnych i niematerialnych,
- istniejący w ramach danego przedsiębiorstwa,
- wyodrębniony organizacyjnie,
- wyodrębniony finansowo,
- mogący stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujące te zadania gospodarcze, które realizuje w ramach przedsiębiorstwa.

Gmina, przekazując infrastrukturę przesyłu wody jako zorganizowaną część przedsiębiorstwa, zapewnia, że nadaje się ona w całości do wykonywania koncesji.

5. Taryfy wodociągowe jako sposób kalkulacji ceny usług koncesjonariusza

Wynagrodzenie z tytułu koncesji na dostawę wody jest obliczane na podstawie taryfy przez koncesjonariusza i należne mu od mieszkańców jako odbiorców tych usług. Taryfa to zestawienie ogłoszonych publicznie cen i stawek opłat za zbiorowe zaopatrzenie w wodę oraz warunki ich stosowania. Ustawowa konstrukcja kształtowania zasad odpłatności za usługi dostawy wody zapewnia ochronę interesów zarówno odbiorców usług, jak i przedsiębiorstwa będącego koncesjonariuszem. Zasadność ponoszenia określonych kosztów działalności podlega nadzorowi rady gminy, ale przedsiębiorstwo dzięki taryfom uzyskuje gwarancje pokrycia wydatków oraz możliwość narzucenia marży zysku (potwierdzoną przepisem ustawy oraz rozporządzenia), która z punktu widzenia koncesjonariusza stanowi *de facto* jego wynagrodzenie. Kwestia zyskowności zbiorowego zaopatrzenia w wodę stanowi kluczową kwestię dla ekonomicznej zasadności powierzenia tej działalności, w drodze koncesji, przedsiębiorcy.

Dostawa wody należy do zadań własnych gminy, dlatego jej mieszkańcy oczekują realizacji zadań po najniższych cenach, nie bacząc

na interes ekonomiczny przedsiębiorcy. Wprowadzone mechanizmy, w tym podział kompetencji (opracowanie wniosku należy do przedsiębiorstwa, a zatwierdzanie taryfy do rady gminy), pozwalają wypracować kompromis pomiędzy interesem ekonomicznym przedsiębiorcy a oczekiwaniami odbiorców usług. Koncesjonariusz, zgodnie z art. 23 u.z.z.w., ustala niezbędne przychody na potrzeby obliczenia cen taryfowych oraz stawek opłat planowanych na rok obowiązywania taryf, uwzględniając:

- koszty eksploatacji i utrzymania, w tym amortyzację lub wartość umorzenia,
- raty kapitałowe (ponad wartość amortyzacji),
- odsetki od zaciągniętych kredytów i pożyczek,
- rezerwy na należności nieregularne,
- marżę zysku przy zapewnieniu ochrony interesów odbiorców przed nieuzasadnionym wzrostem cen,
- koszty zakupu wody, podatki i opłaty niezależne od przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego.

Koncesjonariusz, jako przedsiębiorca, prowadzi działalność i oczekuje zysku. Dlatego art. 23 ust. 2 pkt 1 lit. e u.z.z.w. upoważnia ministra właściwego do spraw budownictwa, lokalnego planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa do szczegółowego określenia składowych taryfy, w tym marży zysku, przy jednoczesnym zapewnieniu ochrony interesów odbiorców przed nieuzasadnionym wzrostem cen. Postępowanie „taryfowe” składa się z dwóch części: kontroli formalnej (art. 24 ust. 5 u.z.z.w.) i zatwierdzenia taryf (art. 24 ust. 4 u.z.z.w.). Sama procedura zatwierdzania taryf obejmuje cztery etapy postępowania:

- określenie przez przedsiębiorstwo projektu taryf i przedłożenie wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi miasta) wniosku o ich zatwierdzenie,
- sprawdzenie przez organ wykonawczy gminy, czy projektowane taryfy (i plan) zostały opracowane zgodnie z przepisami ustawy oraz weryfikacja kosztów związanych ze świadczeniem usług poniesionych w poprzednim roku obrachunkowym przez

przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, a także kosztów wynikających z planowanych wydatków inwestycyjnych,

- zatwierdzenie projektu taryfy przez radę gminy,
- ogłoszenie taryfy.

Rada gminy, zgodnie z art. 24 ust. 3 u.z.z.w., akceptując taryfy, może także uchwalić dopłaty dla poszczególnych grup taryfowych. Uprawnienie rady gminy do ustalenia dopłat wydaje się spójne z koncepcją oddzielenia interesów ekonomicznych przedsiębiorstwa od społecznej presji na obniżanie cen jego usług. Przedsiębiorca ma na celu wypracować zysk i taryfy powinny być skalkulowane w sposób to umożliwiający. Gmina natomiast może za pośrednictwem swojego budżetu odciążyć mieszkańców, ustalając dopłaty. Zgodnie z powyższym, przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków interpretowane szeroko dopuszczają następującą treść uchwały: 1) akceptację taryfy, 2) odmowę akceptacji, 3) ustalenie dopłat. Dopuszczalne jest także niewydanie uchwały przez radę w terminie 45 dni od dnia złożenia wniosku, wtedy obowiązują dotychczasowe taryfy. Ustawa nie przewiduje natomiast możliwości modyfikowania taryf przez radę gminy w sposób odmienny od wniosku taryfowego.

Reasumując, taryfa zanim stanie się podstawą rozliczeń pomiędzy przedsiębiorstwem wodociągowym a mieszkańcami gminy, przechodzi proces wyliczenia oraz kontroli zasadności zmian. Konstrukcja kształtowania taryf jest niezależna od formy, w jakiej gmina realizuje zadanie zbiorowego zaopatrzenia w wodę. Jednak w przypadku powierzenia zadania w trybie koncesji skutki przyjęcia taryfy przez gminę wiążą strony umowy o dostawę wody, tj. koncesjonariusza i mieszkańców. Gmina, która zawarła umowę koncesji, w ten sposób sprawuje ekonomiczną kontrolę nad jej realizacją. „Taryfa wodociągowa” stanowi charakterystyczny przykład wynagrodzenia koncesjonariusza, jest pobierana od odbiorców usług, jednak wcześniej ustalana władczo przez dającego koncesję, czyli gminę jako regulatora tego rynku.

Tomasz Srokosz
jest radcą prawnym.

6. Podsumowanie

Koncesja wodociągowa może stanowić elastyczną formę gospodarki komunalnej, dopuszczoną przez art. 3 u.g.k. oraz pośrednio przepisami dyrektywy 2014/25/UE. Gmina, jako podstawowa jednostka samorządu terytorialnego zobowiązana do zaspokajania podstawowych potrzeb wspólnoty lokalnej, powinna najefektywniej wykorzystać różnorodne formy realizacji zadań publicznych. Usługi komunalne, w tym zbiorowe zaopatrzenie w wodę, są wymienione w art. 7 u.s.g. i mogą być zaspokajane przez świadczenie usług zgodnie z art. 1 u.g.k. Obowiązek świadczenia takich usług może zostać przekazany poza gminę zgodnie z art. 3 u.g.k. W takim przypadku umowa koncesji pomiędzy gminą i przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym, oprócz praw i obowiązków koncesjonariusza, będzie regulować jego relacje z odbiorcami usług, tj. mieszkańcami gminy. Postulowana zmiana ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków w zakresie wskazanym na początku artykułu stanowiłaby wyłącznie potwierdzenie i uporządkowanie powyższych wniosków.

Udzielenie koncesji wymaga przeprowadzenia postępowania, które zgodnie z przepisami ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi spełnia dwie główne funkcje. Po pierwsze, służy ukształtowaniu treści umowy przez strony prowadzące negocjacje, a po drugie, realizuje przesłankę konkurencji pomiędzy zainteresowanymi podmiotami, pozwalając na wybór najkorzystniejszej oferty. Celem postępowania jest wybór koncesjonariusza:

- wiarygodnego ekonomicznie,
- mającego wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonywania koncesji,
- dysponującego zasobami ludzkimi i technicznymi niezbędnymi do realizacji przyszłej koncesji w sposób najefektywniejszy z punktu widzenia odbiorców jego usług, tj. mieszkańców gminy.