

Zagadnienia wybrane

Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jako forma PPP

Artykuł przybliży podstawowe różnice pomiędzy partnerstwem publiczno-prywatnym (PPP) a koncesjami. Koncentruje się na analizie trzech zagadnień dotyczących ustawy o umowie koncesji z 2016 r., odnosząc jej uregulowania do przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2009 r. Chodzi o definicję umowy koncesji, jej szacunkową wartość, a także przepisy przejściowe i końcowe, które pozwalają precyzyjnie ustalić obowiązujący w danym przypadku reżim prawny. Właściwe rozumienie tych regulacji jest o tyle ważne, że ewentualne błędy na etapie analiz przedrealizacyjnych, obejmujących określenie podstawy prawnej procedury wyboru i wykonania projektu oraz podczas szacowania wartości umowy koncesji na nowych zasadach, mogą skutkować jej unieważnieniem, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, a w wypadku projektów współfinansowanych z funduszy europejskich – nałożeniem korekt finansowych.

MARCIN JĘDRASIK

Na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym uchwalonej 19 grudnia 2008 r.¹ oraz dwóch ustaw o koncesjach, tj. ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi² oraz ustawy z 21 października 2016 r.

o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi³ (tzw. nowa ustawa koncesyjna), zawarto w Polsce 117 umów o łącznej wartości 5,6 mld zł. Projekty koncesyjne stanowią 64% liczby wszystkich zawartych umów i 44% ich wartości. Aktualnie planowane jest w Polsce 157 przedsięwzięć PPP/koncesji o wartości ok. 56 mld zł,

¹ (Dz.U. z 2017 r. poz. 1834).

² (Dz.U. z 2015 r. poz. 113).

³ (Dz.U. poz. 1920).

w tym w toku (czyli ogłoszonych) jest 28% postępowań⁴. Wskazuje to na duży potencjał rozwoju PPP/koncesji, ale nie w pełni wykorzystany.

Przyczyn takiego stanu rzeczy jest kilka i zostały one zidentyfikowane i opisane m.in. w niedawno przyjętym przez Radę Ministrów dokumencie „Polityka Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego”⁵. Jedną z przyczyn jest brak optymalnych rozwiązań prawnych, choć wspomniany dokument wskazuje, że nie występują bariery uniemożliwiające realizację inwestycji PPP w Polsce. Jednak polskie przepisy prawne regulujące funkcjonowanie takich przedsięwzięć są postrzegane jako nie do końca jasne i spójne. Dokument wskazuje pewne braki obowiązujących regulacji w wybranych obszarach, np. jeśli chodzi o właściwe procedury wyboru partnera prywatnego, podatki, finansowanie inwestycji czy zarządzanie umową. W efekcie część projektów PPP nie miała szansy powodzenia z uwagi na obawy sektora publicznego przed popełnieniem błędów formalnych. Z tego powodu rząd podjął inicjatywę ustawodawczą dotyczącą nowelizacji ustawy o PPP⁶.

Celem niniejszego artykułu nie jest jednak analiza całego systemu elementów składających się na partnerstwo publiczno-prywatne i omówienie relacji pomiędzy

wciąż rozproszonymi przepisami różnych ustaw. Szczegółowej analizie zostaną poddane trzy wybrane zagadnienia związane z realizacją projektów PPP w formule koncesji, a także tzw. czystej koncesji. Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi pełni bowiem podwójną rolę w prawie polskim. Z jednej strony stanowi ona samodzielną podstawę prawną do zawarcia umowy koncesji, z drugiej, zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, określa jeden z dwóch podstawowych trybów wyboru partnera prywatnego. Ustawa z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (tzw. nowa ustawa koncesyjna) obowiązuje od 14 grudnia 2016 r.⁷, czyli od niedawna. Warto więc przyrzeć się zarówno jej przepisom, jak i praktyce stosowania.

Przedstawiona w niniejszym artykule szczegółowa analiza trzech zagadnień dotyczących ustawy o umowie koncesji z 2016 r. obejmuje: przepisy definiujące umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi, w tym podział ryzyka i niebezpieczeństwa związane z niespełnianiem przez umowę zawartą na podstawie ustawy o umowie koncesji wymagań przez nią stawianych. Brak wiedzy, kiedy mamy do czynienia z umową koncesji uniemożliwia faktyczne

⁴ Dane statystyczne opracowano na podstawie Bazy projektów PPP z zawartymi umowami oraz Bazy zamierzeń inwestycyjnych PPP dostępnych na stronie <http://www.ppp.gov.pl/baza/Strony/baza_projektow_ppp.aspx>.

⁵ Pełna wersja Polityki PPP dostępna jest na stronie <http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Strony/POLITYKAPPP_przyjeta.aspx>. Dostęp 9.6.2018.

⁶ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk 2333) <<http://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=A696289E6AD05E60C1258250004FD91C>>; dostęp 9.6.2018.

⁷ Dz.U. z 2016 r. poz. 1920. Ustawa ta stanowi implementację dyrektywy 2014/23/UE z 26.2.2014 w sprawie udzielania koncesji.

skorzystanie z tej formy realizacji zadań publicznych.

Następnym zagadnieniem analizowanym w niniejszym artykule są przepisy dotyczące szacunkowej wartości umowy. Różni się ona diametralnie od dotychczas obowiązującej ustawy o koncesjach z 2009 r., a także od regulacji ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie szacowania wartości zamówienia. Zamawiający nie mają jeszcze doświadczenia w szacowaniu wartości umowy z wykorzystaniem tego nowego podejścia, a ewentualne błędy mogą spowodować poważne konsekwencje. Analizie zostały też poddane przepisy przejściowe i końcowe ustawy o umowie koncesji z 2016 r. Wprawdzie ich stosowanie nie stanowi dla administracji i sądów istotnych trudności, ponieważ jednak zagadnienie to jest też dość często pomijane, zostanie przybliżone w artykule. Przepisy te pozwalają precyzyjnie ustalić, którą ustawę powinniśmy stosować do istniejącego stosunku prawnego, tj. nową, czy poprzednią ustawę koncesyjną.

Dyrektywa a krajowy system prawny

Zgodnie z motywem 1. dyrektywy w sprawie udzielania koncesji, brak na poziomie Unii Europejskiej jasnych przepisów regulujących te zagadnienia rodził niepewność prawa oraz przeszkody w swobodnym świadczeniu usług, a także powodował zakłócenia w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. W rezultacie wykonawcy, a zwłaszcza małe i średnie przedsiębiorstwa

(MŚP), pozbawieni byli praw przysługujących im na rynku wewnętrznym oraz traciли ważne szanse handlowe, natomiast instytucje publiczne mogły mieć problem z jak najlepszym wykorzystaniem środków, pozwalającym obywatelom Unii na dostęp do wysokiej jakości usług po najkorzystniejszych cenach. Na poziomie europejskim udzielanie koncesji publicznych na roboty budowlane podlegało bowiem jedynie podstawowym przepisom dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady⁸. Natomiast procedura udzielania koncesji na usługi o zasięgu transgranicznym podlegała zasadom Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności zasadom swobody przepływu towarów, prowadzenia działalności gospodarczej i świadczenia usług, a także zasadom z nich wynikającym, takim jak: równe traktowanie, niedyskryminacja, wzajemna uznawalność, proporcjonalność i przejrzystość. Biorąc pod uwagę powyższe, ustawodawca europejski w motywie 4. dyrektywy koncesyjnej wskazał, że w poprzednim stanie prawnym istniało ryzyko niepewności prawnej związanej z rozbieżnymi interpretacjami zasad Traktatu przez ustawodawców krajowych oraz znacznych różnic między ustawodawstwem poszczególnych państw członkowskich. Odzwierciedla to obszerne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, przy czym tylko częściowo poruszało ono aspekty udzielania koncesji. Ponieważ geneza europejskich regulacji prawnych dotyczących instytucji koncesji

⁸ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, s. 114.)

została już przedstawiona w literaturze⁹, skoncentruję się na aktualnych krajowych rozwiązaniach prawnych.

Zidentyfikowana przez ustawodawcę europejskiego „niepewność prawna” nie dotyczyła jednak umów koncesji zawieranych w Polsce. Polski ustawodawca już 9 stycznia 2009 r. uchwalił ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi¹⁰, tzw. poprzednią ustawę koncesyjną. Ustawa ta dotyczyła zarówno koncesji na roboty budowlane, jak i koncesji na usługi, a rozwiązania w niej zawarte były oparte na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹¹. Wraz z wejściem w życie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2016 r. uchylona została ustawa ze stycznia 2009 r.

Polski ustawodawca dokonując implementacji dyrektywy koncesyjnej z 2014 r. nie mógł nie uwzględnić doczasowych doświadczeń rynku krajowego. W tym kontekście analizując ustawę koncesyjną z 2016 r. należy porównać ją z obowiązującymi wcześniej regulacjami, tj. ustawą koncesyjną z 2009 r. Należy także pamiętać, że koncesje są szczególną formą zamówienia publicznego, co oznacza, że przy interpretacji niektórych przepisów ustawy o umowie

koncesji należy posiłkować się regulacjami z ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, która stanowi implementację dwóch dyrektyw UE, tj. dyrektywy klasycznej 2014/24/UE¹² oraz dyrektywy sektorowej 2014/25/UE¹³. Dyrektywa koncesyjna cechuje się bowiem z jednej strony uproszczeniami w stosunku do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, z drugiej zaś zawiera znaczną część identycznych jak w obszarze zamówień publicznych przepisów, które były przewidziane w ramach tzw. pakietu zamówień publicznych, obejmującego obok dyrektywy koncesyjnej wspomnianą dyrektywę klasyczną i dyrektywę sektorową¹⁴. Ponadto koncesje są także szczególną formą partnerstwa publiczno-prywatnego, która została w Polsce uregulowana ustawą z 19 grudnia 2008 r. Ustawa o PPP nie stanowi jednak implementacji dyrektywy UE o partnerstwie publiczno-prywatnym, ponieważ nie ma takiej dyrektywy.

Sposoby implementacji dyrektywy o udzielaniu koncesji

W tym kontekście można zadać pytanie, czy potrzebowaliśmy w Polsce nowej ustawy koncesyjnej? Może wystarczające

⁹ Zobacz np. Ł. Jarocki, K. Solecka: *Nowe rozwiązania prawne ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi*, [w:] M. Stęciwiłk, A. Panasiuk (red.): *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Warszawa, 2017.

¹⁰ Dz. U. z 2015 r. poz. 113.

¹¹ Zobacz uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, druk 834, dostępne na stronie <<http://orka.sejm.gov.pl/Druk6ka.nsf/wgdruk/834>>.

¹² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 65).

¹³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.2.2014 w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.3.2014 s. 243).

¹⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi <http://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=612>.

byłoby znowelizowanie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2009 r. albo implementacja przepisów dyrektywy w sprawie udzielania koncesji 2014/23/UE w ramach nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jeżeli zmiany wprowadzane w ustawie miałyby być liczne, albo miałyby naruszać konstrukcję lub spójność ustawy, albo gdy ustawa była już poprzednio wielokrotnie nowelizowana, zgodnie z § 84 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”¹⁵ opracowuje się projekt nowej ustawy. Moim zdaniem ustawodawca postąpił trafnie, decydując się na uchylenie ustawy koncesyjnej z 2009 r. i uchwalenie nowej ustawy o umowie koncesji z 2016 r. Pomiedzy tymi aktami prawnymi występują istotne różnice merytoryczne, więc uchwalenie nowej ustawy było konieczne. Za wcześniej na porównanie wykorzystania „starej i nowej” ustawy koncesyjnej, gdyż poprzednia ustawa o koncesjach obowiązywała 8 lat, a obecna o umowie koncesji tylko półtora roku.

Dodatkowo należy pamiętać, że sprawy związane z udzielaniem koncesji były już uregulowane w ustawie – Prawo zamówień publicznych¹⁶ i nie spowodowało

to realizacji tego typu zadań publicznych. Podobne poglądy są wyrażane w odniesieniu do kwestii uregulowania koncesji w odrębnej dyrektywie UE. Zdaniem przedstawicieli doktryny pozostawienie obszaru koncesji w dyrektywach regulujących klasyczne zamówienia publiczne, ze względu na różnice systemowe oraz funkcjonalne pomiędzy klasycznym zamówieniem publicznym a koncesją, nie ułatwiłoby rozwoju tej prawnej formy realizacji zadań publicznych przez podmioty sektora publicznego¹⁷. Istnieją też jednak i inne poglądy, że „odrębne unormowanie koncesji budowlanych i usługowych w ramach innej ustawy (innej niż prawo zamówień publicznych – przypis. MJ) można tolerować tylko przejściowo”¹⁸.

Umowa koncesji a umowa partnerstwa

Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi pełni podwójną rolę w prawie polskim. Po pierwsze stanowi ona samodzielną podstawę prawną do zawarcia umowy koncesji, po drugie, zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z 19 grudnia 2008 r. o PPP, stanowi jeden z dwóch podstawowych trybów wyboru partnera prywatnego¹⁹ (obok

¹⁵ Dz. U. 2016 r. poz. 283.

¹⁶ Artykuły 128-131 ustawy z 29.1.2004 – Prawo zamówień publicznych.

¹⁷ A. Panasiuk: *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/23/UE*, „Samorząd Terytorialny” nr 7-8/2015.

¹⁸ R. Szostak: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych* [w:] M. Stęciwilk, A. Panasiuk (red.): *Funkcjonowanie systemu zamówień...*, op.cit.

¹⁹ M. Jędrasik: *Sposoby wyboru partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego lub koncesji*, „Kontrola Państwowa” nr 5/2010 r.; Prezentacja M. Jędrasika w ramach Systemu Szkoleń Wewnętrznych dla pracowników Ministerstwa Rozwoju, 28.9.2017, M. Wawrzyniak: *Uwagi postimplementacyjne do ustawy o umowie koncesji* [w:] M. Stęciwilk, A. Panasiuk (red.): *Funkcjonowanie systemu zamówień...*, op.cit.

przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych (PZP)²⁰.

Szczegółowe omówienie różnic pomiędzy umową koncesji, a umową PPP jest tematem na odrębne opracowanie, jednak w tym miejscu zostały zasygnalizowane najważniejsze z nich. Jedną z podstawowych różnic jest podział ryzyka. Ustawa o PPP nie narzuca podziału ryzyka pomiędzy partnerów i dotyczy to zarówno projektów partnerstwa realizowanych z wykorzystaniem procedury PZP, jak i procedury określonej w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Jeśli zamawiający będzie realizował zamówienie wyłącznie na podstawie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi niezbędne będzie zastosowanie obligatoryjnych przepisów dotyczących podziału ryzyka pomiędzy zamawiającego i koncesjonariusza. Zagadnienie to zostało rozwinięte poniżej w części dotyczącej definicji koncesji. Kolejne różnice, pomiędzy umową koncesji (tj. bez wykorzystania ustawy o PPP) a umową PPP, są wynikiem albo elastyczności ustawy o PPP i obejmują m.in. możliwość wniesienia wkładu własnego, powołania spółki celowej, czasu trwania umowy, sposobu szacowania

wartości umowy; albo rygoryzmu ustawy o PPP i obejmują m.in. obowiązki sprawozdawcze, konieczność uzyskania zgody Ministra Finansów (jeśli inwestycja jest finansowana z budżetu państwa i kwotą przekraczającą 100 mln zł), konieczność uzyskania opinii Prokuratorii Generalnej.

Definicja koncesji

Na etapie analiz przedrealizacyjnych, to jest przygotowawczym należy ustalić, czy projekt jaki zamierzamy zrealizować rzeczywiście spełnia definicję koncesji określoną w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zgodnie z art. 5 pkt. 1 i 2 dyrektywy w sprawie udzielenia koncesji, koncesja na roboty budowlane oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jeden zamawiający powierza wykonanie robót budowlanych co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością. Koncesja na usługi oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jeden zamawiający powierza

²⁰ Powyższy pogląd nie był podzielany przez Najwyższą Izbę Kontroli w 2013 r. W informacji o wynikach kontroli projektów PPP (*Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego*, KGP-4101-01-00/2012, NIK, 24.4.2013, s. 6) czytamy, że „kontrola wykazała, że niektóre podmioty publiczne nie traktowały umów koncesji jako przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego. W konsekwencji – nie stosowały ustawy o PPP w postępowaniach zmierzających do wyłonienia koncesjonariusza”. Zdaniem NIK, jeśli zawierane umowy koncesji spełniały ustawową definicję PPP, czyli polegały na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyka to powinno się stosować także ustawę o PPP. Wielu przedstawicieli doktryny i praktyków, a także Ministerstwo Finansów (*Raport na temat sprawozdawczości podmiotów publicznych w zakresie zobowiązań wynikających z umów partnerstwa publiczno-prywatnego za IV kwartał 2017 roku*, opracowany 2.3.2018 przez Departament Gwarancji i Poręczeń – DG1.664.1.2018) nie podziela takiego stanowiska. Każda umowa (także o „zwykłe” zamówienie publiczne) polega na podziale zadań i ryzyka, a mimo to nikt nie wymaga od zamawiających stosowania ustawy PZP razem z ustawą o PPP.

świadczenie usług – innych niż wykonanie robót budowlanych, o których mowa w powyższej definicji koncesji na roboty budowlane – i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością. Powyższe definicje zostały implementowane do krajowego porządku prawnego w art. 3 ust. 2 pkt. 1 i pkt. 2 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2016 r.

Dyrektywa 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 (obecnie uchylona) zawierała jeszcze mniej definicji tych pojęć. Zgodnie z art. 1 ust. 3 i 4 dyrektywy 2004/18/WE, koncesja na roboty budowlane oznaczała umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem tego, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością. Koncesja na usługi oznaczała zaś umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem tego, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

Biorąc to pod uwagę, bardzo często można się spotkać ze stanowiskiem,

że z projektem koncesyjnym mamy do czynienia, gdy pobierane są korzyści od użytkowników. Takie podejście to zbytnie uproszczenie, które może prowadzić do błędnych wniosków i błędnych decyzji zamawiającego. Samo pobieranie korzyści od użytkowników to za mało, aby stwierdzić, że mamy do czynienia z umową koncesji w rozumieniu ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Z umową dotyczącą zamówienia publicznego, a nie koncesji mamy przykładowo do czynienia jeśli koncesjonariusz gwarantuje wykonawcy minimalne wynagrodzenie odpowiadające poniesionym na realizację przedsięwzięcia nakładom, w sytuacji gdy wysokość przychodu uzyskanego od użytkowników nie osiągnie pewnego minimalnego poziomu. Wynika to m.in. z utrwalonego orzecznictwa ETS²¹. Dodatkowo warto podkreślić, że brak pobierania korzyści bezpośrednio od użytkowników nie oznacza, że ta umowa nie może spełniać definicji koncesji w rozumieniu ustawy koncesyjnej z 2016 r. Możliwe są bowiem takie regulacje umowne, że koncesjonariusz jest wynagradzany za każdego użytkownika, który skorzysta z danej infrastruktury, ale płatności tej dokonuje podmiot publiczny. Z punktu widzenia użytkownika korzystanie z infrastruktury jest bezpłatne. Ten model umowny nosi nazwę *shadow toll*, co na język polski można przetłumaczyć jako płatności ukryte.

O umowie koncesji możemy mówić w sytuacji, gdy koncesjonariusz ponosi

²¹ Orzeczenie ETS z 18.7.2007 w sprawie Komisja WE przeciwko Republice Włoskiej.

ryzyko ekonomiczne²² związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą (art. 3 ust. 3 ustawy koncesyjnej z 2016 r.). Przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne (art. 3 ust. 4 ustawy koncesyjnej z 2016 r.). Innymi słowy, jeśli podmiot prywatny pobiera opłaty od użytkowników, ale nie ponosi ryzyka ekonomicznego, nie jest on koncesjonariuszem, bo taka umowa nie jest umową koncesji. Taki stosunek prawny będzie zamówieniem publicznym i do wyboru wykonawcy należy stosować Prawo zamówień publicznych. Ryzyko ekonomiczne powinno wynikać z czynników, które pozostają poza kontrolą stron. Takie rodzaje ryzyka, jak to związane ze złym zarządzaniem, przypadkami złego wykonania umowy przez wykonawcę lub działaniem siły wyższej nie są decydujące przy klasyfikowaniu koncesji, ponieważ są częścią każdej umowy, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie

publiczne, czy o koncesję²³. Ponoszenie ryzyka ekonomicznego przez koncesjonariusza należy rozpatrywać w kontekście wszystkich regulacji umownych w danym projekcie. Zamawiający muszą zwracać szczególną uwagę, aby nie zostały wprowadzone mechanizmy, które powodują, że *de facto* podmiot prywatny nie ponosi ryzyka ekonomicznego. Przykładem takiego mechanizmu mogą być regulacje na wypadek rozwiązania umowy, jeśli niezależnie od przyczyny zakończenia współpracy zamawiający będzie zobowiązany do spłaty wszystkich zobowiązań wobec instytucji finansowych. Takie regulacje umowne ułatwiają z oczywistych względów uzyskanie finansowania dla danej inwestycji, ale umowa nie będzie spełniała ustawowej definicji koncesji. Innym przykładem mechanizmu korygującego przeniesienie ryzyka jest gwarantowanie minimalnego przychodu dla podmiotu prywatnego. Nie może dojść do sytuacji, kiedy podmiot publiczny uwolniłby wykonawcę od wszelkich potencjalnych strat, gwarantując minimalny przychód co najmniej równy poczynionym inwestycjom i kosztom, które wykonawca musi ponieść w związku z realizacją koncesji²⁴. Liczba możliwych rozwiązań, które w rzeczywistości gwarantują odzyskanie poniesionych przez podmiot prywatny nakładów jest olbrzymia. Dlatego też zamawiający powinni na ten aspekt zwrócić szczególną uwagę.

²² Dyrektywa w sprawie udzielania koncesji 2014/23/UE mówi o ryzyku operacyjnym, ale jest ono tożsame z ryzykiem ekonomicznym w krajowym porządku prawnym.

²³ Motyw 20 dyrektywy w sprawie udzielania koncesji 2014/23/UE.

²⁴ A. Panasiuk: *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej.....*, op.cit.

Z powyższego nie należy jednak wyciągnąć wniosku, że koncesjonariusz powinien ponosić całe ryzyko w projekcie. Aby partnerstwo publiczno-prywatne, w tym koncesja, były rzeczywiście bardziej efektywne od tradycyjnego zamówienia, ryzyko powinno być przydzielone każdorazowo tej stronie, która potrafi nim lepiej zarządzać²⁵.

Szacowanie wartości umowy

Jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego w ramach procedury przewidzianej w nowej ustawie koncesyjnej jest należyte oszacowanie wartości umowy. Nowy sposób szacowania wartości zamówienia może nastroczać zamawiającym trudności. W istocie zamawiającego obciąża obowiązek modelowania przepływów pieniężnych w całym cyklu życia umowy koncesji. To z kolei wiąże się z koniecznością korzystania z fachowych usług doradczych w zakresie analityki ekonomiczno-biznesowej²⁶. Szacowanie wartości umowy koncesji jest bardzo istotnym elementem przygotowania postępowania o udzielenie koncesji. Ewentualne błędy na tym etapie mogą skutkować unieważnieniem umowy (art. 49 ustawy o umowie koncesji z 2016 r.), naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, a w wypadku projektów współfinansowanych z funduszy europejskich nałożeniem korekt finansowych. Zgodnie z art. 17a

ust. 8 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych²⁷, jej naruszeniem jest niezgodne z przepisami o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi ustalenie szacunkowej wartości umowy koncesji o niższej wartości, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest także zawarcie umowy koncesji z naruszeniem przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi dotyczących obowiązku publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia informacyjnego (art. 17a ust. 1 pkt 2). Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo, związanych z udzielaniem zamówień²⁸, niedopełnienie obowiązku odpowiedniego ogłoszenia może skutkować korektą finansową w wysokości od 25% do 100%. Jej wysokość jest uzależniona od rodzaju naruszenia.

Szacowanie wartości umowy koncesji różni się znacznie pomiędzy poprzednią a obecną ustawą koncesyjną. Ustawa koncesyjna z 2009 r. nie wymagała od zamawiającego przeprowadzenia

²⁵ M. Jędrasik: Prezentacja na temat: *Narzędzia do oceny przygotowania projektu PPP w ramach tzw. szkoleń regionalnych*, Rzeszów, Gdańsk, Lublin, Łódź, Kraków, 2017 r.

²⁶ M. Wawrzyniak: *Uwagi postimplementacyjne...*, op.cit. [w:] M. Stęciwilk, A. Panasiuk (red.): *Funkcjonowanie systemu zamówień...*, op.cit.

²⁷ Dz.U. z 2017 r. poz. 1311, 2110.

²⁸ Dz.U. z 2016 r. poz. 200 ze zm.

analiz i szacunków dotyczących przewidywanych przychodów koncesjonariusza w całym okresie obowiązywania umowy. Szacowanie wartości umowy koncesji ma wpływ nie tylko na procedurę jej udzielenia (tj. miejsce publikacji ogłoszenia), ale także na czas trwania umowy i tym samym na przychody koncesjonariusza. Celem szacowania wartości umowy koncesji jest także określenie jaki reżim prawny trzeba stosować do zawarcia konkretnej umowy, tj. albo przepisy ustawy o koncesjach z 2016 r. w ogóle nie mają zastosowania, albo należy stosować przepisy dotyczące zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, albo przepisy dotyczące publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Przy szacowaniu wartości umowy koncesji można posiłkować się dotychczasowym orzecznictwem w zakresie zamówień publicznych. Trzeba jednak robić to umiejętnie, ponieważ sposób wynagradzania wykonawców w tych aktach prawnych różni się diametralnie.

Ustawa o koncesji z 2009 r. nie przewidywała progu, od którego należało ją stosować. Formalnie miała więc zastosowanie dla koncesji o wartości od 1 grosza. Ustawa o umowie koncesji z 2016 r. w art. 4 wprowadza tzw. próg bagatelności, czyli przepisy ustawy stosuje się do umów koncesji,

których szacunkowa wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równoważność kwoty 30 tys. euro, ustaloną z zastosowaniem średniego kursu złotego w stosunku do euro określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 35 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Próg ten jest analogiczny do progu bagatelności określonego w PZP i jego równoważność w złotych wynosi 129 351²⁹. Innymi słowy, przepisy ustawy o umowie koncesji stosuje się do koncesji, których szacunkowa wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równoważność kwoty 30 tys. euro. Ustawodawca europejski określił jeden próg stosowania dyrektywy 2014/23/UE, tj. ten sam dla koncesji na usługi i koncesji na roboty budowlane, na poziomie 5 548 000 euro (23 921 312 zł³⁰), co oznacza, że dał państwu członkowskim UE dużą swobodę w kształtowaniu przepisów dotyczących zawierania umów poniżej tego progu.

Wprowadzenie wymogu stosowania ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (i tym samym dyrektywy w sprawie udzielania koncesji³¹) już od progu 30 tys. euro, choć dyrektywa określa go znacznie wyżej, należy ocenić jako bardzo dobre rozwiązanie. Dyrektywa w preambule wyraźnie wskazuje, że celem jej uchwalenia było wprowadzenie pewności

²⁹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 28.12.2017 w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. 2017 poz. 2477).

³⁰ Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 22.12.2017 w sprawie określenia kwot wartości umów koncesji, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. 2017 poz. 2478).

³¹ Precyzyjnie rzecz ujmując dyrektywa w pełnym zakresie ma zastosowanie dla koncesji powyżej progu UE, gdyż poniżej tego progu ogłoszenia o koncesji zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych i publikuje w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jednak zastosowany skrót myślowy wydaje się odpowiedni dla prowadzonych rozważań.

prawa. Takiej pewności nie byłoby można uzyskać, gdyby zamawiający mieli swobodę w wyborze koncesjonariusza do umowy o szacunkowej wartości prawie 24 mln złotych. Powstaje bowiem pytanie: na jakiej zasadzie zawierano by takie umowy. Czy postępowano by analogicznie, jak przy zamówieniach publicznych poniżej 30 tys. euro, tj. np. stosowano by wewnętrzne regulaminy? Który z zamawiających zdecydowałby się na zawarcie umowy o tak dużej wartości na podstawie wiadomości e-mail wysłanej do trzech wybranych wykonawców? Implementując dyrektywę, nie można zapominać o dotychczasowym doświadczeniu i dorobku krajowym w danej dziedzinie prawa. Krajowy ustawodawca wyprzedził ustawodawcę europejskiego o 7 lat, gdyż ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi uchwalono już w 2009 r. a dyrektywę implementowano w 2016 r. Pozostawienie progu dla umów koncesji na poziomie dyrektywy w sprawie udzielania koncesji dałoby skutek odwrotny od zamierzonego w dyrektywie, tj. wzrosłaby niepewność prawna. Na szczęście ustawodawca, co do zasady, obniżył próg stosowania dyrektywy do 30 tys. euro. Jedynie w przypadku koncesji na usługi społeczne lub inne szczególne usługi (art. 51) ustawodawca krajowy nie zdecydował się na obniżenie obowiązującego progu unijnego³².

Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2009 r. określała, że podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji

była, ustalona przez koncesjodawcę (czyli obecnie zamawiającego) z należytą starannością, kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględniała 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 (art. 9 ust. 1). Podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji na usługi była, ustalona przez koncesjodawcę z należytą starannością, kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględniała szacunkowy koszt świadczonych usług bez względu na planowany sposób zapłaty wynagrodzenia (art. 9 ust. 2). Szacunkowa wartość koncesji na usługi nie uwzględniała wartości dostaw niezbędnych do świadczenia usług.

Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2016 r. wprowadziła, co już było wspomniane, nowy sposób szacowania wartości umowy koncesji³³. Zgodnie z art. 6 nowej ustawy koncesyjnej jest nią całkowity przychód (a nie obrót) koncesjonariusza uzyskany w okresie obowiązywania umowy, bez podatku od towarów i usług, oszacowany przez zamawiającego z zachowaniem należytej staranności, z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie i zarządzanie usługami będącymi przedmiotem koncesji, powiększony o wartość dostaw

³² Zagadnienie dotyczące umowy koncesji na usługi społeczne lub inne szczególne usługi zostało bardzo szczegółowo opisane w R. Cieślak (red.): *Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Warszawa 2018 r.

³³ Zagadnienie szacowania wartości umowy koncesji zostało bardzo szczegółowo opisane w R. Cieślak (red.): *Ustawa o umowie koncesji...*, op.cit.

i usług towarzyszących. Metoda obliczania szacunkowej wartości koncesji jest jednako- kowa dla tych na realizację robót budowlanych i na świadczenie usług, jako że oba rodzaje koncesji mogą zawierać elementy robót budowlanych i usług – podejście to zostało bardzo wyraźnie podkreślone w dyrektywie w sprawie udzielania koncesji (pkt 23 preambuły). Zamawiający jest zobowiązany do szacowania wartości umowy przy użyciu obiektywnej metody określonej w dokumentach koncesji. Podlega to upublicznieniu w bardzo szczegółowym zakresie w ogłoszeniu o zawarciu umowy koncesji³⁴. Szacując wartość umowy koncesji, należy uwzględnić m.in.:

- Wartość opcji i przedłużenia okresu obowiązywania koncesji. Zgodnie z orzecznictwem KIO, np. 2399/15, prawo opcji realizuje cel, jakim jest elastyczna realizacja umowy, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian. Wykonanie tego prawa może, ale nie musi nastąpić, w zależności od potrzeb zamawiającego, przy czym zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich może dojść do skorzystania z niego, powinny być opisane zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i umożliwiający złożenie oferty. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych³⁵ korzystanie z prawa opcji nie stanowi zmiany umowy,

ale jest realizacją umowy zawartej w zakresie ustalonych przez nią warunków przez złożenie przez zamawiającego pi-semnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji. Inaczej jest jeśli chodzi o przedłużenie umowy, które stanowi istotną jej zmianę i musi być zgodne z art. 46 ustawy koncesyjnej z 2016 r.;

- przychody z opłat i kar uiszczanych przez użytkowników robót budowlanych lub usług, z wyjątkiem pobieranych w imieniu zamawiającego;
- płatności lub inne korzyści finansowe otrzymane od zamawiającego lub innego organu publicznego, w tym rekompensatę z tytułu spełnienia obowiązku świadczenia usługi publicznej i dotacje celowe na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji;
- wartości dotacji lub innych korzyści finansowych od osób trzecich;
- przychody ze sprzedaży aktywów wchodzących w skład przedmiotu umowy koncesji;
- wartości dostaw i usług udostępnionych koncesjonariuszowi przez zamawiającego, jeżeli są niezbędne do wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług oraz
- nagrody lub płatności na rzecz wykonawców lub koncesjonariusza.

Nowa ustawa koncesyjna w art. 6 ust. 2 wskazuje, że szacunkowa wartość umowy obowiązuje na dzień przekazania

³⁴ Zob. załącznik nr 5 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z 28.4.2017 w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczących zawierania umów koncesji (Dz.U. z 2017 r. poz. 1017).

³⁵ Opinia UZP *Prawo opcji w ustawie Prawo zamówień publicznych* dostępna w bazie wiedzy na stronie <www.uzp.gov.pl>. (dostęp 27.1.2018).

do publikacji albo zamieszczenia ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia informacyjnego, a w wypadku niepublikowania albo niezamieszczenia takiego ogłoszenia, na dzień przekazania wykonawcy lub wykonawcom zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji. Ustawa o umowie koncesji z 2016 r. (art. 6 ust. 3), w ślad za dyrektywą 2014/23/UE wskazuje, że w sytuacji, gdy wartość umowy koncesji, bez podatku od towarów i usług, w dniu jej zawarcia jest wyższa o więcej niż 20% od wartości szacowanej w dniu przekazania do publikacji albo zamieszczenia ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia informacyjnego, a w wypadku niepublikowania albo niezamieszczenia takiego ogłoszenia, w dniu przekazania wykonawcy lub wykonawcom zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji, przyjmuje się, że wartością szacunkową umowy koncesji jest wartość z dnia jej zawarcia. Powyższy przepis daje zamawiającym margines elastyczności przy szacowaniu wartości umowy. Jest ona niezbędna, gdyż szacunkowa wartość umowy ma wpływ nie tylko na zastosowaną procedurę, ale i czas trwania umowy koncesji – o czym poniżej. Dodatkowo przepisy nowej ustawy koncesyjnej wyraźnie wskazują, że zamawiający nie może ani dokonywać wyboru metody wykorzystywanej do szacowania wartości umowy koncesji (art. 7), ani dzielić umowy koncesji (chyba że jest to uzasadnione ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych – art. 8 ust. 1), w celu

uniknięcia stosowania przepisów ustawy. W wypadku, gdy proponowane wykonanie obiektu budowlanego lub świadczenie usług i zarządzanie nimi może skutkować zawarciem odrębnych umów koncesji, przy zawarciu każdej z nich przyjmuje się, że szacunkową wartością każdej z umów jest łączna szacunkowa ich wartość.

Szacunkowa wartość umowy koncesji ma obecnie bardzo duży wpływ na czas trwania umowy i tym samym zysk koncesjonariusza. Artykuł 45 ust. 2 ustawy o umowie koncesji z 2016 r. w praktyce ogranicza czas trwania umowy. Pod rządami ustawy o koncesjach z 2009 r. czas trwania koncesji na roboty budowlane ograniczony był do 30 lat, a w wypadku koncesji na usługi do lat 15, ale zawarcie umowy na dłuższy okres było możliwe w sytuacji, gdy przewidziany czas zwrotu nakładów koncesjonariusza był dłuższy niż ten maksymalny okres.

Obecnie, w wypadku umowy koncesji zawartej na czas dłuższy niż 5 lat, umowa nie może trwać dłużej niż okres, w którym koncesjonariusz ma prawo zasadnie oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji początkowych i inwestycji dokonanych w czasie trwania koncesji. Innymi słowy, termin realizacji koncesji jest ściśle związany z rentownością całego przedsięwzięcia³⁶, ale dodatkowo przepis art. 45 ust. 2 ogranicza także nadmierny zysk koncesjonariusza.

³⁶ A. Panasiuk: *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji...*, op.cit

Przepisy przejściowe i końcowe

Niżej opisane zagadnienia nie stanowią dla administracji i sądów istotnych trudności interpretacyjnych, jednak z uwagi na ich znaczenie praktyczne warto przypomnieć kilka podstawowych zasad, jeśli chodzi o przepisy przejściowe i końcowe. Regulują one kwestie intertemporalne istniejące w okresie przejściowym poprzedniej i nowej ustawy koncesyjnej. Z uwagi na długotrwałość postępowań prowadzonych na podstawie ustawy koncesyjnej z 2009 r. uregulowanie kwestii intertemporalnych było istotnym zadaniem ustawodawcy³⁷. Zgodnie z dokumentem „Ocena skutków regulacji”, opracowanym na etapie prac nad implementacją dyrektywy w sprawie udzielania koncesji, który powołuje się na Centralną Bazę Orzeczeń Sądów Administracyjnych – w okresie obowiązywania ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, tj. od 20 lutego 2009 roku, sądy administracyjne wydały 38 orzeczeń (postanowień i wyroków), które dotyczyły skarg na czynności podjęte przez koncesjodawcę. Liczba ta nie robi wrażenia, jednak warto podkreślić, że projekty koncesyjne, z uwagi na ich specyfikę, mają istotne znaczenie dla lokalnej społeczności, a także uważa się je za „wrażliwe” społecznie. Dlatego też podmioty publiczne muszą dokładać szczególnej staranności do realizacji tego typu projektów.

Zgodnie z § 30 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” w przepisach przejściowych reguluje się wpływ

nowej albo znolizowanej ustawy na stosunki powstałe pod działaniem ustawy albo ustaw dotychczasowych bez względu na to, czy do nich zamierza się stosować przepisy dotychczasowe, nowe czy regulujące ten wpływ w sposób odmienny od przepisów dotychczasowych i nowych. Przepisy końcowe określają z kolei kiedy dana ustawa traci moc i kiedy inna ustawa wchodzi w życie, co oznacza w praktyce, że wykładnia przepisów każdej ustawy powinna zostać poprzedzona analizą przepisów końcowych.

Nawet najlepsza wykładnia przepisów prawa nie ma znaczenia, jeśli zostanie oparta na nieobowiązującym stanie prawnym. Zgodnie z art. 71 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2009 r. utraciła moc w dniu wejścia w życie nowej ustawy koncesyjnej. Art. 72 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi stanowi, że ustawa ta weszła w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem pewnej grupy przepisów, które zaczęły obowiązywać 1 stycznia 2017 r. Dotyczą one tzw. zamówień *in-house*, odwróconych zamówień *in-house* i wspólnych zamówień *in-house*. Późniejsze wejście w życie tych przepisów zostało dostosowane do wejścia w życie analogicznych uregulowań w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Uwzględniając termin publikacji nowej ustawy koncesyjnej w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej oraz określony w niej *vacatio legis*, należy wskazać, że ustawa o umowie koncesji na roboty

³⁷ M. Wawrzyniak: *Uwagi postimplementacyjne...*, op.cit. [w:] M. Stęciwilk, A. Panasiuk (red.): *Funkcjonowanie systemu zamówień...*, op.cit.

budowlane lub usługi weszła w życie 14 grudnia 2016 r., a ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2009 r. obowiązywała do 13 grudnia 2016 r. (włącznie).

Podane wyżej daty mają istotne znaczenie dla skarg wniesionych do sądu administracyjnego oraz postępowań o zawarcie umowy koncesji wszczętych na podstawie starej ustawy koncesyjnej i niezakończonych do 14 grudnia 2016 r., a także dla umów koncesji zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań o zawarcie umowy koncesji wszczętych (tj. ogłoszonych) przed 14 grudnia 2016 r. Zgodnie z art. 68 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawa koncesyjna z 2009 r. jest nadal stosowana do skarg wniesionych do sądu administracyjnego oraz postępowań o zawarcie umowy koncesji wszczętych i niezakończonych przed 14 grudnia 2016 r. Dodatkowo, poprzednią ustawę koncesyjną należy stosować do umów koncesji zawartych zarówno przed, jak i po dniu 14 grudnia 2016 r., jeśli zawarto je w następstwie przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji wszczętego do 13 grudnia 2016 r. włącznie. Zgodnie z art. 10 ust. 1 poprzedniej ustawy koncesyjnej postępowanie o zawarcie umowy koncesji było wszczynane przez publikację ogłoszenia o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych – dla koncesji na usługi, albo w Dzienniku Urzędowym UE dla koncesji na roboty budowlane. Oznacza to, że czynności poprzedzające wszczęcia postępowania, tj. np. analizy przedrealizacyjne nie są wystarczające do uznania,

że postępowanie o zawarcie umowy koncesji zostało wszczęte. W przypadku projektów koncesyjnych, dla których nie opublikowano ogłoszenia o koncesji do 13 grudnia 2016 r., należy stosować nową ustawę koncesyjną w pełnym zakresie. Jak wskazano powyżej, ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi przewidywała inne miejsce publikacji ogłoszenia dla koncesji na usługi i koncesji na roboty budowlane. Pod tym względem nowa ustawa koncesyjna nie przewiduje różnic. Innymi słowy, zgodnie z art. 18 ogłoszenia o umowie koncesji są albo zamieszczane w BZP, albo publikowane w Dzienniku Urzędowym UE. Zarówno umowy koncesji na roboty budowlane, jak i umowy koncesji na usługi o wartości szacunkowej pomiędzy 30 000 euro (tj. 129 351 zł) a poniżej 5 548 000 euro (tj. 23 921 312 zł) publikowane są w publikatorze krajowym – Biuletynie Zamówień Publicznych, a umowy koncesji w wartości szacunkowej równej lub wyższej od tego progu publikowane są w Dzienniku Urzędowym UE. Ponieważ dyrektywa w sprawie udzielania koncesji z 2014 r. dotyczy wyłącznie umów koncesji równej lub wyższej od progu 5 548 000 euro, ustawodawca europejski nie opracował wzorów ogłoszeń dla umów poniżej tego progu. Wzory ogłoszeń dla koncesji powyżej progu UE zostały opublikowane w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze

(UE) nr 842/2011³⁸. Państwa członkowskie Unii, jeśli zobowiązują zamawiających do korzystania z krajowych publikatorów, a ma to miejsce w Polsce, muszą opracować wzory takich ogłoszeń we własnym zakresie.

W Polsce krajowe wzory ogłoszeń zostały określone rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z 28 kwietnia 2017 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczących zawierania umów koncesji³⁹. Obowiązuje ono od 9 czerwca 2017 r. W okresie od 14 grudnia 2016 r. do 8 czerwca 2017 r. (włącznie), zgodnie z art. 70 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, w odniesieniu do koncesji na usługi zamawiający byli zobowiązani do stosowania przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 10 ust. 5 ustawy koncesyjnej z 2009 r., a w zakresie koncesji na roboty budowlane, do publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, niezależnie od szacunkowej wartości umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Na podstawie upoważnienia wynikającego z art. 10 ust. 5 ustawy koncesyjnej z 2009 r., Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie z 3 marca 2009 r. w sprawie wzoru ogłoszenia o koncesji na usługi (nie na roboty budowlane – przypis M.J.) zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych⁴⁰.

Ustawodawca nie określił jedyne go, prawidłowego sposobu szacowania wartości umowy koncesji. Jednak biorąc pod uwagę

art. 3 ust. 5 ustawy o umowie koncesji z 2016 r., jednym z działań jakie powinien podjąć zamawiający, jest zdyskontowanie całkowitego przychodu koncesjonariusza. Działanie to może istotnie wpływać na rozbieżności pomiędzy szacunkami zamawiającego a otrzymanymi rzeczywistymi ofertami i bezpośrednio przekładać się na czas trwania umowy oraz zysk z przedsięwzięcia.

Podsumowanie

Niniejszy artykuł nie wyczerpuje bardzo trudnego i szerokiego tematu dotyczącego przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego oraz umów koncesji. Poruszone w nim trzy główne zagadnienia zostały subiektywnie dobrane przez autora, jako jedne z kluczowych. Ewentualne błędy na etapie analiz przedrealizacyjnych obejmujących określenie podstawy prawnej procedury wyboru i realizacji projektu oraz nowe podejście do szacowania wartości umowy koncesji, mogą skutkować unieważnieniem umowy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, a w przypadku projektów współfinansowanych z funduszy europejskich nałożeniem korekt finansowych w wysokości od 25 do 100% wartości dofinansowania.

Poza wskazanymi powyżej konsekwencjami prawnymi ewentualne błędy powodują też konsekwencje o charakterze biznesowym, tj. zaledwie 1/4 ogłoszeń o zawarciu umowy PPP/koncesji kończy się sukcesem.

³⁸ Dz.Urz. UE L Nr 296, s. 1.

³⁹ Dz.U. z 2017 r. poz. 1017.

⁴⁰ Dz.U. z 2009 r. poz. 311.

Wychodząc naprzeciw trudnościom związanym z realizacją takich projektów w Polsce, warto wspomnieć o przygotowywanych w parlamencie zmianach ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk nr 2333).

Zgodnie z projektowanym art. 2b ustawy o PPP, każdy podmiot publiczny będzie mógł wystąpić do ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego z wnioskiem o opinię na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w tym trybie. Minister będzie opiniował przedłożoną dokumentację w zakresie poprawności i kompletności przeprowadzonych analiz poprzedzających realizację przedsięwzięcia, przyjętego modelu prawnego-organizacyjnego,

mechanizmów wynagradzania partnera prywatnego, w tym wysokości opłat pobieranych od użytkowników, jeżeli są planowane, oraz warunków ich zmiany, a także proponowanego podziału ryzyka w terminie 60 dni od dnia otrzymania kompletnego wniosku.

Te działania to tak zwana certyfikacja projektów, która została zaplanowana przez rząd w celu pobudzenia rynku PPP/koncesji.

dr MARCIN JĘDRASIK
radca prawny,
specjalista w dziedzinie PPP i koncesji*

Słowa kluczowe: koncesja na roboty budowlane, koncesja na usługi, PPP, definicja koncesji, partnerstwo publiczno-prywatne, szacowanie wartości umowy koncesji

Key words: works concession, service concession, PPP, public private partnership, definition of concession, estimating the value of the concession agreement

* *Doświadczenie dotyczące PPP i koncesji zdobywał w administracji publicznej, a także w Europejskim Centrum Wiedzy PPP (EPEC) w Luxemburgu (EBI). Jest współautorem wielu przepisów związanych z tą dziedziną. Publikacja odzwierciedla wyłącznie prywatne poglądy Autora.*