

## **Kiedy wybrać koncesję na zamówienie publiczne?**

Różnica między znaną już samorządowcom Ustawą o zamówieniach publicznych, a wprowadzoną pod koniec zeszłego roku Ustawą o koncesji na roboty budowlane i usługi, w niektórych przypadkach może być bardzo nieznaczna. Chociaż obie ustawy mają na celu ułatwienie dokonywania inwestycji, a przede wszystkim zagwarantowanie transparentności wydatkowania pieniędzy publicznych, to jednak ich zapisy nie są dostatecznie zróżnicowane. Miejszem, które może niebezpiecznie zbliżyć powyższe ustawy do siebie jest forma płatności za wykonane działania, czyli przedmiot umowy między samorządem a przedsiębiorcą. W tej kwestii należy zwrócić uwagę na trzy bardzo ważne kwestie, które w istotny sposób pozwalają na odróżnienie umowy o koncesję od zamówienia publicznego.

### **Prawo, a nie zapłata**

Istotą koncesji na roboty budowlane jest fakt, że zapłata za ich wykonanie następuje nie w formie pieniężnej (jak przy zamówieniu publicznym), a w postaci prawa do eksploatacji wykonanego obiektu budowlanego. W niektórych przypadkach prawo to połączone jest z płatnością ze strony koncesjodawcy, czyli samorządu.

W praktyce oznacza to, że przedsiębiorca (koncesjonariusz) nie otrzymuje zapłaty za roboty budowlane np. za wybudowanie parkingu od władz lokalnych (koncesjo dawcy), tylko w formie pojedynczych wpłat za możliwość korzystania z niego od kierowców. W takiej sytuacji ryzyko inwestycyjne ponoszone jest w całości przez przedsiębiorcę, co stanowi główną zasadę Ustawy o koncesjach na roboty budowlane i usługi wyrażoną w art. 1 ust. 3. Powyższa koncepcja została ugruntowana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, który w wyroku w sprawie C-324/98 oraz postanowieniu C-358/00 stwierdził, iż wynagrodzeniem za realizację zadania w drodze koncesji jest możliwość eksploatacji, czyli wykorzystywania przedmiotu koncesji w zamian za pobierania opłat.

### **Częściowe dofinansowanie**

W przypadku, gdy inwestycja jest ważna dla samorządu ze względów socjalnych, np. przedmiotem inwestycji jest parking lub basen, władze lokalne mogą zdecydować się na częściową dopłatę. Jednak dofinansowanie dotyczy opłaty za korzystanie z przedsięwzięcia przez mieszkańców i uzależnione jest od ilości osób korzystających z inwestycji. Nie jest natomiast formą wsparcia koncesjonariusza, przez pokrycie części kosztów budowlanych.

Jeśli koncesjodawca gwarantuje koncesjonariuszowi zwrot lub wyrównanie poniesionych nakładów, wówczas poziom ryzyka inwestycyjnego tego drugiego jest niewystarczający, aby można było uznać, że doszło do zawarcia umowy koncesji. Wynika to z charakteru umowy, gdyż opłacenie przez samorząd kosztów budowy jest istotą zamówienia publicznego, gdzie poprzez wynagrodzenie przedsiębiorcy zostały pokryte poniesione przez niego wydatki. Natomiast umowa o koncesję nie przewiduje bezpośredniej zapłaty w formie pieniężnej.

### **Prawo eksploatacji a hipoteka**

Nie jest możliwe udzielenie przez samorząd na rzecz koncesjonariusza zabezpieczenia dla finansowania udzielonego koncesjonariuszowi przez instytucje finansową np. bank, na realizację przedmiotu koncesji. Niedopuszczalne jest więc ustanowienie przez koncesjodawcę hipoteki na nieruchomości lub udzielenie innego zabezpieczenia spłaty kredytu, albo innych

zobowiązań finansowych koncesjonariusza, gdy skutkuje to przeniesieniem całego ryzyka inwestycyjnego z przedsiębiorcy na władze samorządowe. W przypadku bowiem niewykonywania przez koncesjonariusza zobowiązań wynikających z umów kredytowych lub innych, odpowiedzialność za ich spłatę w całości może obciążyć samorząd. W dodatku ewentualne postępowanie egzekucyjne może pozbawić koncesjodawcę prawa własności do przedmiotu koncesji (inwestycji budowlanej) wraz z prawem własności nieruchomości, na której jest ono realizowane.

Samorząd może natomiast udzielić swoistego wsparcia koncesjonariuszowi przez wpisanie w księgze wieczystej nieruchomości, na której przedmiot koncesji ma zostać zrealizowany, prawa koncesjonariusza do eksploatacji obiektu w okresie obowiązywania umowy. Może to ułatwić przedsiębiorcy pozyskanie funduszy od instytucji finansowych na planowane roboty budowlane.

### **Gdy koncesja jest zamówieniem**

Powyższe kwestie stanowią tylko główne zasady realizacji umowy o koncesję. Warto o nich pamiętać, gdyż zakwalifikowanie umowy, jako zamówienia publicznego może skutkować poważnymi konsekwencjami.

Gdy umowa o koncesję jest w istocie zamówieniem publicznym udzielonym bez stosowania ustawy, zamawiający obarczony będzie odpowiedzialnością wynikającą z ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkującą nałożeniem kary pieniężnej nawet do 150 tys. zł.

Dodatkowo zawarcie umowy niezgodnie z przepisami powyższej ustawy, stanowi także naruszenie przepisów Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, za co osoba odpowiedzialna może zostać ukarana upomnieniem, naganą, a nawet karą pieniężną, w wysokości 30-krotności wynagrodzenia, czy zakazem pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środków publicznych do 5 lat.

W ostatecznym rozrachunku błędne zakwalifikowanie umowy jako koncesji zamiast zamówienia publicznego może skutkować jej unieważnieniem ze wszystkimi tego konsekwencjami. Koncesjodawca musi liczyć się także z ryzykiem odpowiedzialności odszkodowawczej wobec koncesjonariusza.

Autor: Piotr Liberski, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy