

Grzegorz Stankiewicz  
*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii*  
*Uniwersytet Wrocławski*

## Umowa koncesji na roboty budowlane

### Concession contract for construction work

#### Streszczenie

Nowo uchwalona ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane z października 2016 r. implementuje tzw. dyrektywę koncesyjną do polskiego porządku prawnego.

W artykule przedstawiono rozwiązania prawne dotyczące implementacji przepisów Unii Europejskiej, w tym problem ryzyka związanego z wynagrodzeniem koncesjonariusza w ramach umowy koncesji na roboty budowlane. Umowę o koncesję na roboty budowlane zawiera podmiot publiczny z wykonawcą robót, który złożył najlepszą ofertę w wyniku przeprowadzonej procedury określonej przepisami ustawy. Umowa w trakcie jej realizacji w ściśle określonych przypadkach przewidzianych w ustawie może być zmieniona, rozwiązana lub unieważniona.

W artykule dokonano analizy porównawczej kwestii wynagrodzenia wykonawcy robót i ryzyka zamawiającego dla umów o roboty budowlane zawieranych w ramach koncesji, prawa zamówień publicznych, partnerstwa publiczno-prywatnego. Umowa koncesji o roboty budowlane, w porównaniu do umów zawieranych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego lub umów zawieranych w związku z zamówieniami publicznymi, w największym stopniu wpływa na ochronę finansów publicznych i zmniejsza ryzyko ich wydatkowania.

#### Słowa kluczowe

koncesja, koncesja na roboty budowlane, umowa, umowa na roboty budowlane, ryzyko, zamawiający, wykonawca, koncesjonariusz, partnerstwo publiczno-prywatne, podmiot publiczny, partner prywatny

#### Abstract

The recently adopted law on the concession for construction work contract of October 2016 implements the so-called concession directive to the Polish legal order. The article presents new legal solutions related to the implementation of the European Union law, including the problem of risk connected with the remuneration of the concessionaire under the concession contract for construction work. The contract for the concession for construction work contains a public entity with the contractor who submitted the best bid as a result of the procedure specified in the Act. The contract during its implementation in the cases specified in the Act may be amended, terminated or revoked.

The article provides a comparative analysis of remuneration of the contractor and risk issues of the purchaser for construction contracts concluded under concession, public procurement law, or public-private partnership. The concession contract, as compared to contracts concluded under public-private partnerships or contracts concluded in connection with public procurement, has the greatest impact on the protection of public finances and reduces the risk of disposing of them.

## Key words

concession, concession for construction work, contract, contract for construction work, risk, contracting authority, contractor, concessionaire, public-private partnership, public entity, private partner

## Wstęp

Koncesja to pojęcie prawa administracyjnego. Udzielenie koncesji przez organ administracji publicznej podmiotowi gospodarczemu na prowadzenie określonego typu działalności gospodarczej jest przejawem ochrony monopolu państwa w niektórych strategicznych dla państwa dziedzinach działalności, takich jak np. obronność lub bezpieczeństwo obywateli. Koncesja jest decyzją administracyjną strategiczną dla interesu państwa. Decyzja administracyjna zgodnie z art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego<sup>1</sup> jest załatwieniem sprawy przez organ administracji publicznej. Decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji.

Jak twierdzi B. Adamiak, decyzja administracyjna to indywidualny akt administracyjny zewnętrzny, który stanowi: „Władcze działanie prawne organu administracji skierowane na wywołanie konkretnych, indywidualnie oznaczonych skutków prawnych. Akt administracyjny jest więc szczególną formą czynności prawnych organów administrujących, regulowaną przez przepisy prawa administracyjnego. Prawo administracyjne reguluje akty administracyjne jako działania jednostronne i władcze, a więc takie, które posiadają wobec adresata moc obowiązującą i których wykonanie zapewnia szereg środków, którymi administracja dysponuje we własnym zakresie”<sup>2</sup>.

Wśród decyzji administracyjnych, związanych z koniecznością uzyskania uprawnień na prowadzenie działalności gospodarczej, występuje koncesja obok licencji, zezwolenia i zgody. Zdaniem T. Kocowskiego „istota koncesji jako konstytutywnej decyzji administracyjnej jest zbieżna z istotą innych aktów administracyjnych zezwalających (zezwoleń, licencji, zgód czy pozwoleń), gdyż celem ich jest dopuszczenie przedsiębiorców do prowadzenia działalności gospodarczej, czyli usunięcie ustawowej przeszkody do podjęcia i prowadzenia takiej działalności. To usunięcie tej ustawowej przeszkody wymaga pewnego wysiłku ze strony podmiotu ubiegającego się o otrzymanie koncesji. Związany jest on z koniecznością spełnienia przez podmiot koncesjonowany wielu przewidzianych przepisami prawa wymogów, niezbędnych do jej uzyskania”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 30, poz. 168 z późn zm.), dalej k.p.a.

<sup>2</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego – komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 391.

<sup>3</sup> T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009, s. 274.

Umowa koncesji na roboty budowlane nie jest decyzją administracyjną, lecz umową cywilno-prawną. Kodeks cywilny<sup>4</sup> nie reguluje umowy koncesji na roboty budowlane, lecz umowę o roboty budowlane. Zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego, zawierając umowę o roboty budowlane, wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Z kolei roboty budowlane regulowane są w przepisach prawa budowlanego. Zgodnie z art. 3 pkt 7) ustawy Prawo budowlane<sup>5</sup> przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Wykonywanie robót budowlanych związane jest z uzyskaniem szeregu decyzji administracyjnych i zezwoleń. Wymaga ono zazwyczaj uprzedniego uzyskania indywidualnego zezwolenia w postaci decyzji administracyjnej – pozwolenia na budowę – oraz stosownych zgłoszeń do organów nadzoru budowlanego, np. o rozpoczęciu robót budowlanych. Zgodnie z art. 3 p.b. pozwolenie na budowę jest decyzją administracyjną zezwalającą na rozpoczęcie i prowadzenie budowy lub wykonywanie robót budowlanych innych niż budowa obiektu budowlanego. Zezwolenie jest zatem ograniczeniem związanym z koniecznością uzyskania aktów indywidualnych, a koncesja jest ograniczeniem związanym z koniecznością uzyskania uprawnień na prowadzenie określonej działalności gospodarczej koncesjonowanej.

Podmioty publiczne, zgodnie z ustawą o finansach publicznych<sup>6</sup>, zobligowane są do gromadzenia i rozdysponowania finansów publicznych. W dobie racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi szukają one dodatkowych zewnętrznych środków na finansowanie inwestycji budowlanych. Możliwość taką daje udzielenie zamówienia na roboty budowlane przez podmioty publiczne w formie partnerstwa publiczno-prywatnego lub umowy koncesji na roboty budowlane.

Umowa koncesji na roboty budowlane nie dotyczy osób fizycznych, lecz podmiotów publicznych i gospodarczych. Umowa ta została uregulowana w nowej ustawie z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>7</sup>. Ustawa u.k.r.b. została wprowadzona w związku z implementacją prawa Unii Europejskiej,

---

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 z późn. zm.), dalej p.b.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920), dalej u.k.r.b.

dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji<sup>8</sup> i derogowała ustawę z roku 2009<sup>9</sup>.

## 1. Pojęcie koncesji na roboty budowlane

Pomimo długiej historii koncesji<sup>10</sup> w doktrynie przyjęto, że koncesja, obok zezwolenia, jest podstawowym środkiem reglamentacji działalności gospodarczej w Polsce. „Wyraża również akt zgody władzy publicznej na podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej przez dany podmiot, ma więc cechy pozwolenia, lecz różni się tym, że jest udzielana w pewnym tylko zakresie działalności gospodarczej oraz z odrębnych powodów i dla szczególnych celów, co uzasadnia zastosowanie specjalnego trybu postępowania przy udzielaniu koncesji”<sup>11</sup>.

„Koncesją nazywa się decyzję administracyjną wydawaną na wniosek przedsiębiorcy, wyrażającą zgodę oraz określającą warunki prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie wskazanym przez ustawę o swobodzie działalności gospodarczej i ustawy szczególne”<sup>12</sup>. W klasycznym ujęciu koncesja stanowi akt administracyjny o charakterze konstytutywnym i uznaniowym, wydawany przez centralne organy administracji państwowej, na czas oznaczony – długookresowy, na podstawie uznania admi-

<sup>8</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 1, z późn. zm.), [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.).

<sup>10</sup> Jako forma zamówienia publicznego, w wyniku którego wykonawca robót otrzymywał wynagrodzenie za realizację inwestycji w postaci korzystania z pożytków, Koncesja znana już była od czasów rzymskich. „2000 lat temu za transport poczty na obszarze cesarstwa rzymskiego, czyli «vehiculation», odpowiedzialny był Cesarz, natomiast wspólnoty lokalne (municipia) za «stationes», to znaczy stacje pocztowe. Na mocy umowy zawieranej w wyniku przetargu przez władze lokalne z zarządcami tych olbrzymich budynków pocztowych, powierzano tym ostatnim budowę takich obiektów, ich utrzymanie i prowadzenie przez okres pięciu lat”. Zob. opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) i wpływu PPP na wzrost, 2005/C 234/12, 10 marca 2005 r. (Dz. Urz. UE C 234 z 22.09.2005 r., s 52). Jak zauważa D.R. Kijowski: „w polskiej literaturze przedmiotu wskazuje się koncesję otrzymaną w 1438 r. przez francuskiego szlachcica Luis de Bernam, która dotyczyła pobierania opłat za towary przewożone po Renie” – *idem*, *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Temida 2, Białystok 2000, s. 35. Jak podaje P. Nowicki: „koncesje w prawie francuskim przeszły dużą metamorfozę w czasach Wielkiej Rewolucji Francuskiej. W XIX w. Koncesji używano przede wszystkim w ramach inwestycji związanych z budową kolei oraz dróg (tzw. concession de travaux publics), ale również dla zapewnienia usług publicznych, takich jak woda, gaz, elektryczność czy też wywóz odpadów. Na początku XX w. ich znaczenie zaczęło jednak słabnąć, ze względu na postępującą nacjonalizację różnych sektorów gospodarki” – *idem*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013, s. 398.

<sup>11</sup> C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim*, Instytut Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych, Kraków 1996, s. 19.

<sup>12</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Wolters Kluwer Polska SA, Warszawa 2011, s. 261.

nistracyjnego, którego treść kształtowana jest z użyciem zwrotów niedookreślonych”<sup>13</sup>. „W literaturze uznawano ją za akt zgody władz publicznych na podjęcie działalności w obszarze zastrzeżonym na rzecz państwa lub objętym jego monopolem przez podmioty niepaństwowe, albo też mającym znaczenie dla bezpieczeństwa państwa i obywateli, związanym z ważnym interesem publicznym”<sup>14</sup>.

Prawo polskie nie przewiduje koncesji na roboty budowlane, lecz koncesją objęte jest prowadzenie określonych działalności gospodarczych. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>15</sup> w art. 46 określiła zakres przedmiotowy działalności objętych koncesją, w tym poszukiwania, rozpoznawania złóż węglowodorów oraz kopalini stałych objętych własnością górnictw, wydobywania kopalini ze złóż, wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym; wytwarzania, przetwarzania, magazynowania lub przeładunku, przesyłania, dystrybucji i obrotu paliwami i energią itp.

Umowę koncesji na roboty budowlane wprowadzono w związku z koniecznością dostosowania polskiego prawa do przepisów Unii Europejskiej wynikających z dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane<sup>16</sup>.

Zakres jej stosowania określono początkowo w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>17</sup>. W art. 2 ust. 4 p.z.p. wprowadzono definicję koncesji na roboty budowlane jako zamówienia publicznego na roboty budowlane, z tym że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z zapłatą. Zgodnie z ustawą koncesjonariusz to wykonawca, który uzyskał zamówienie na wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem koncesji (któremu została udzielona koncesja), podpisał umowę w sprawie zamówienia publicznego. W art. 118 ust. 2 p.z.p. wskazano tryby odpowiednie dla koncesji na roboty budowlane – „koncesji udziela się stosując odpowiednio przepisy o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym albo negocjacjach z ogłoszeniem”. Zdaniem

---

<sup>13</sup> M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej – komentarz*, Komentarz do art. 46, Lex 2013; M. Karpiuk, *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia. Problematyka prawna i aksjologiczna*, Alma Mer Szkoła Wyższa, Warszawa 2011, s. 61–82.

<sup>14</sup> E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabczyk, *Działalność gospodarcza i jej koncesjonowanie na gruncie ustawy Prawo działalności gospodarczej*, „Rejent” 2001, nr 4, s. 68.

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.).

<sup>16</sup> M. Lemke, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, wyd. II poprawione, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 217.

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.), dalej p.z.p.

A. Panasiuka „koncesja na roboty budowlane jako umowa publicznoprawna może być również formą wykonywania zadań i realizacji uprawnień, stosowaną przez administrację publiczną. Co prawda funkcjonowanie koncesji opiera się na przepisach prawa cywilnego, jednak cel i istota koncesji dotyczy realizacji zadań publicznych. Zatem – zdaniem autora – jest to instytucja prawa administracyjnego. Od typowego aktu administracyjnego różni się tym, że dla jej powstania potrzebne jest osiągnięcie konsensusu zamawiającego, będącego zazwyczaj podmiotem publicznym, oraz wykonawcy (koncesjonariusza), będącego podmiotem prywatnym”<sup>18</sup>.

Koncesję na roboty budowlane wyłączono z ustawy Prawo zamówień publicznych już w 2009 r. i objęto ją szczególną regulacją ustawową, odnoszącą się wyłącznie do koncesji na roboty budowlane i usługi<sup>19</sup>. Ustawa nie wprowadziła definicji legalnej koncesji na roboty budowlane, lecz określiła zasady, tryb i środki ochrony prawnej. Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą zobowiązywał się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które w przypadku koncesji na roboty budowlane stanowiło wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.

W wyniku konieczności implementacji przez prawo polskie prawa unijnego – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji<sup>20</sup> (dalej dyrektywa koncesyjna) ustawa z 2009 r. została uchylona i zastąpiona obecnie obowiązującą ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Nowa ustawa doprecyzowała pojęcie zasadniczego ryzyka związanego z zapłatą za roboty budowlane. Zgodnie z ustawą zapłata koncesjonariusza występuje w formie eksploatacji wybudowanego obiektu budowlanego objętego umową koncesji oraz pobierania pożytków. Ryzyko ekonomiczne związane z prawem popytu i podaży ponosi koncesjonariusz (wykonawca) i nie ma on gwarancji odzyskania nakładów inwestycyjnych oraz kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego.

Nowa ustawa zastąpiła ustawę z 2009 r. i wprowadziła minimalny próg jej stosowania tożsamy z progiem stosowania ustawy p.z.p. Sprecyzowała w sposób jednoznaczny ryzyko ekonomiczne wykonawcy w związku z zapłatą za realizację umowy koncesji, wprowadziła fakultatywne i obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonaw-

---

<sup>18</sup> A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi – komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 192.

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.).

<sup>20</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r.), [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

cy z postępowania na wzór przesłanek uwzględnionych w p.z.p. Zmieniła organy państwa, do których należy się zwrócić w celu egzekwowania środków ochrony prawnej – zamiast skargi w drodze postępowania sądowo-administracyjnego wprowadzono odwołanie na zasadach określonych w p.z.p. *etc.*

Ustawa u.k.r.b. wprowadziła definicję legalną roboty budowlanej. Zgodnie z art. 2 ust. 7 ustawy pod pojęciem robót budowlanych należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy lub realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Aby określić pojęcie obiektu budowlanego, ustawa u.k.r.b. odesłała do art. 2 pkt 5d ustawy p.z.p., zgodnie z którym obiektem budowlanym jest wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Definicja roboty budowlanej w ustawie u.k.r.b. ma węższe znaczenie niż powszechnie obowiązująca definicja w ustawie Prawo budowlane<sup>21</sup> i ograniczona jest zakresem robót wymienionych enumeratywnie w załączniku I dyrektywy koncesyjnej. Zgodnie z art. 3 ust. 7 ustawy p.b. pod pojęciem robót budowlanych należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Natomiast pod pojęciem obiektu budowlanego (art. 3 ust. 1 p.b.) należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.

Pojęcie roboty budowlanej zdefiniowano również w art. 2 ust. 8 ustawy p.z.p. Należy przez nią rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, określonych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych<sup>22</sup>. Rozporządzenie zawiera zamknięty wykaz robót budowlanych podlegających definicji roboty budowlanej oraz jest efektem implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 z późn. zm.).

<sup>22</sup> Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. poz. 1125.).

<sup>23</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r.), [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

## 2. Umowa koncesji na roboty budowlane

Ustawodawca w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi u.k.r.b. określił w art. 3 cel zawarcia umowy o roboty budowlane. Zgodnie z ustawą na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych za wynagrodzeniem, a wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego.

Umowa o koncesję na roboty budowlane musi być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 43 ust. 1 ustawy u.k.r.b.), a zakres świadczeń wykonawcy musi być zgodny z ofertą złożoną przez niego w postępowaniu o udzielenie koncesji (art. 42 ustawy u.k.r.b.). Umowa, poza wyjątkami zawartymi w ustawie, powinna być zawierana na czas oznaczony 5 lat (art. 45 ust. 1 ustawy u.k.r.b.). Ustawa określiła również tzw. próg bagatelności, do wartości którego przy zawieraniu umów koncesji nie stosuje się ustawy i który wynosi 30 000 euro (art. 4 ustawy u.k.r.b.). Ustawa wskazuje też konieczność publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych i w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 18 ust. 1 u.k.r.b.) po przekroczeniu granicznej, szacunkowej wartości umowy tzw. progu unijnego<sup>24</sup>.

Przed publikacją ogłoszenia zamawiający jest zobligowany określić szacunkową wartość umowy koncesji. Musi to uczynić z zachowaniem należytej staranności, przez uwzględnienie całkowitego przychodu koncesjonariusza uzyskanego w okresie obowiązywania umowy, bez podatku od towarów i usług, z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami, będących przedmiotem koncesji, powiększonego o wartość dostaw i usług towarzyszących takim robotom lub usługom (art. 6 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Umowa koncesji na roboty budowlane podlega szeregowi ograniczeń podmiotowych i przedmiotowych. Jednym z ograniczeń stosowania ustawy u.k.r.b. jest próg finansowy wartości szacunkowej umowy, od którego należy stosować ustawę. Zgodnie z art. 4 przepisów ustawy nie stosuje się do umów koncesji, których szacunkowa wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 000 euro, ustaloną z zastosowaniem średniego kursu złotego w stosunku do euro określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 35 ust. 3 ustawy p.z.p.

Ustawa określa też pozytywne i przedmiotowe przesłanki jej stosowania dotyczące katalogu robót budowlanych, dla jakich można zawierać umowę koncesji na roboty budowlane. Ma ona zastosowanie do robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów

---

<sup>24</sup> Projekt rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie określenia kwot wartości umów koncesji, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Rządowe Centrum Legislacji, 27 grudnia 2016 r.), [www.legislacja.rcl.gov.pl](http://www.legislacja.rcl.gov.pl).

działalności określonych w załączniku I do dyrektywy koncesyjnej. Są nimi między innymi następujące grupy robót budowlanych:

- przygotowanie terenu pod budowę;
- wznoszenie kompletnych obiektów budowlanych lub ich części, inżynieria lądowa i wodna;
- wykonywanie instalacji budowlanych;
- wykończeniowe roboty budowlane;
- usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń z obsługą operatorską.

### 3. Strony umowy koncesji na roboty budowlane

Obowiązująca ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane w odniesieniu do ustawy z 2009 r. określiła na nowo strony umowy. Zamiast koncesjodawcy wprowadziła pojęcie zamawiającego, natomiast pojęcia: zainteresowany podmiot, kandydat, oferent lub koncesjonariusz, zastąpiła pojęciami wykonawcy i koncesjonariusza.

Zamawiającym zgodnie z art. 2 ust. 11 są:

- podmioty określone w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ustawy p.z.p., w tym jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych<sup>25</sup> oraz państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego;
- przedsiębiorstwo publiczne, na które mogą wywierać dominujący wpływ podmioty wymienione powyżej, poprzez:
  - posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji w tym przedsiębiorstwie,
  - kontrolowanie ponad połowy głosów przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo,
  - prawo do powoływania ponad połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa,
  - jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej.

Ustawa rozszerzyła również krąg zamawiających na podmioty wykonujące działalność sektorową wskazaną w art. 132 ustawy p.z.p., między innymi działalność z zakresu:

- wydobywania ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwania lub wydobywania węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych;

---

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

- zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła;
- tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej;
- obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych.

W art. 5 ust. 1 pkt 11 ustawy u.k.r.b. wskazano przesłanki negatywne zastosowania umowy o koncesję na roboty budowlane, określając katalog podmiotów wyłączonych spod reżimu koncesyjnego. Zgodnie z tą regulacją przepisów ustawy nie stosuje się do zawierania umów koncesji przez podmioty wykonujące działalność sektorową, jeżeli umowa koncesji jest zawierana z podmiotami, które są zależne kapitałowo od zamawiającego, np.:

- z którymi zamawiający sporządza roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości;
- w których zamawiający posiada ponad połowę udziałów albo akcji, kontroluje ponad 50 procent akcji lub posiada prawo wybierania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego;
- kontrolują ponad połowę głosów przypadających na akcje wyemitowane przez zamawiającego lub posiadają prawo wybierania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego.

Wykonawcą zgodnie z art. 2 ust. 10 ustawy u.k.r.b. jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej lub grupa takich podmiotów, które ubiegają się o zawarcie umowy koncesji lub złożyły ofertę. W odróżnieniu od definicji wykonawcy określonej w ustawie p.z.p. nie uwzględniono podmiotu, który zawarł już umowę. Podmiot, który zawarł umowę koncesji, jest określony koncesjonariuszem (art. 2 ust. 3 ustawy u.k.r.b.). Ustawa daje też możliwość zmiany koncesjonariusza na nowego koncesjonariusza, jeśli taka możliwość była przewidziana w ogłoszeniu o koncesji (art. 46 ust. 1 ustawy u.k.r.b.). Wykonawcą zgodnie z art. 15 ustawy u.k.r.b. może być również konsorcjum przedsiębiorstw, którego utworzenie i działanie oparte jest na zasadach określonych przepisami p.z.p.

## 4. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o zawarcie umowy koncesji w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 12 ust. 1 ustawy u.k.r.b.). Postępowanie jest jawne, w związku z tym zamawiający ma obowiązek udostępnić informacje związane z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji, a po zakończeniu postępowania albo po unieważnieniu tego postępowania informacje z nim związane podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej (art. 13 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Nowa ustawa u.k.r.b. wprowadziła nowe rozwiązania dotyczące procedury wyboru koncesjonariusza. Jedną z nowości jest rozszerzenie trybów wyboru koncesjonariusza. Dotychczasowe przepisy przewidywały, że wybór koncesjonariusza musi być poprzedzony negocjacjami z zaproszonymi do nich kandydatami. Nowa ustawa z grudnia 2017 r. jest bardziej elastyczna, gdyż określa trzy tryby wyboru koncesjonariusza<sup>26</sup>. Postępowanie jest wszczynane zazwyczaj w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji. Zamawiający może przeprowadzić postępowanie o zawarcie umowy koncesji w jednym z wybranych trybów pod warunkiem spełniania kryteriów wyboru danego trybu określonych w ustawie. Zamawiający może przeprowadzić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, w którym:

- w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji wszyscy zainteresowani wykonawcy składają oferty wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji albo
- w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji wszyscy zainteresowani wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji, a następnie zamawiający zaprasza do składania ofert albo do negocjacji i składania ofert wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji, albo
- przeprowadza negocjacje z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 29 ust. 1 u.k.r.b.).

Ogłoszenie o koncesji powinno być przygotowane przez zamawiającego zgodnie ze wzorcami formularzy określonymi w rozporządzeniu wykonawczym<sup>27</sup> i musi być pu-

---

<sup>26</sup> M. Oszczak, *Koncesja na roboty budowlane*, „Rzeczpospolita” z 6.12.2017 r., [www.rp.pl/Nieruchomosci](http://www.rp.pl/Nieruchomosci).

<sup>27</sup> Rozporządzenie wykonawcze Komisji UE 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze UE 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015 r.), [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

blikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 18 ust. 1 ustawy u.k.r.b.), jeśli umowa przekroczy wartość określoną w ustawie. Przeprowadzenie samych negocjacji z wykonawcami robót, bez konieczności publikacji ogłoszenia za pośrednictwem Biuletynu Zamówień Publicznych i Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, może być zastosowane jedynie w wyjątkowych przypadkach przewidzianych w art. 20 ust. 1 ustawy u.k.r.b. Między innymi w przypadku, gdy roboty budowlane lub usługi mogą być wykonane lub świadczone tylko przez jednego koncesjonariusza z powodu braku konkurencji, ze względów technicznych lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych albo praw własności intelektualnej, w przypadku gdy w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji nie wpłynął wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, nie została złożona oferta albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji zostały odrzucone ze względu na wykluczenie wykonawców.

W ogłoszeniu o koncesji zamawiający jest zobowiązany zamieścić: opis przedmiotu umowy koncesji, przesłanki wykluczenia wykonawców, kryteria kwalifikacji, w tym sytuację ekonomiczną i finansową oraz zdolność techniczną lub zawodową, opis kryteriów oceny ofert, minimalne wymagania, jakie muszą spełnić wykonawcy (art. 21 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji określone jest w rozdziale 5 ustawy u.k.r.b. W zależności od wybranego przez zamawiającego trybu podstawowego, w odpowiedzi na ogłoszenie, wykonawcy:

- składają oferty, z których najkorzystniejsza zostanie wybrana przez zamawiającego wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji;
- składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji, a następnie zaproszeni wykonawcy składają oferty i negocjują umowę albo składają oferty bez negocjacji umowy.

Dla trybu negocjacyjnego zamawiający przeprowadza negocjacje z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 29 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy u.k.r.b. zamawiający ma obowiązek przedstawić wykonawcom opis postępowania o zawarcie umowy koncesji. W opisie postępowania musi określić w szczególności kryteria kwalifikacji, sposób komunikowania się z wykonawcami, warunki, którym mają odpowiadać, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, pod rygorem ich odrzucenia oraz planowany termin zakończenia postępowania.

Na wzór art. 17 ust. 1 ustawy p.z.p. ustawa u.k.r.b. w art. 30 ust. 1 określa przesłanki wykluczenia osób wykonujących czynności w postępowaniu, jeżeli ich bezstronność lub niezależność w związku z tym postępowaniem jest lub może być zagrożona, z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania. Nawiązując do art. 24 ust. 1 p.z.p., ustawa u.k.r.b. w art. 32 określa również bogaty katalog obligatoryjnych i fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania związany między innymi z prawomocnymi orzeczeniami sądów za przestępstwa karne lub skarbowe w stosunku do osób fizycznych albo członków organów zarządzających czy nadzorczych spółek.

Postępowanie o udzielenie umowy koncesji na roboty budowlane kończy się informacją zamawiającego skierowaną do wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, powodach odrzucenia oferty wraz z przysługującymi środkami odwoławczymi lub informacją o unieważnieniu lub ponownym wszczęciu postępowania (art. 34 ust. 1 ustawy u.k.r.b). Zamawiający, na podstawie kryteriów oceny ofert, zawiera umowę koncesji z wybranym wykonawcą (art. 40 ustawy u.k.r.b.).

## **5. Zmiana, rozwiązanie i unieważnienie umowy koncesji**

W trakcie realizacji umowy koncesji nie można zmieniać warunków umowy, chyba że zaistniała jedna z przesłanek określonych w art. 46 ust. 1 ustawy u.k.r.b.:

- możliwość takich zmian została przewidziana w ogłoszeniu o koncesji;
- konieczność zmiany spowodowana była okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
- dotychczasowego koncesjonariusza zastąpił nowy, co zostało przewidziane i szczegółowo określone w ogłoszeniu o koncesji;
- zmiany nie przekraczają 10% oszacowanej przez zamawiającego wartości umowy koncesji i nie przekraczają wartości określonych w rozporządzeniu określonym w art. 18 ust. 2 ustawy u.k.r.b.;
- zmiany nie mogą być zmianami istotnymi, powodującymi, że charakter zmienionej umowy różni się w sposób istotny od pierwotnego jej charakteru i spełniającymi co najmniej jedną z przesłanek określonych w ust. 6 art. 46 ustawy u.k.r.b.

Zamawiający może rozwiązać umowę koncesji w przypadku przekroczenia zmian umowy uznanych za dopuszczone w art. 46 ust. 1 oraz w przypadku, gdy koncesjonariusz w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu z powodu i w wyniku prawomocnego skazania go jako osoby fizycznej lub członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego jako osoby prawnej. Inną przesłanką rozwiązania umowy jest stwierdzenie

Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, że zamawiający zawarł umowę koncesji z naruszeniem przepisów prawa Unii Europejskiej (art. 47 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Umowa koncesji podlega unieważnieniu zgodnie z art. 49 ust. 1 ustawy u.k.r.b. w następujących przypadkach:

- jeżeli zamawiający zawarł umowę koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji we wskazanych w ustawie publikacjach;
- jeśli umowa została zawarta przed minimalnym terminem wskazanym w art. 41 ust. 1 ustawy u.k.r.b. od dnia ogłoszenia o wyborze oferty lub umowa została zawarta przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w przypadku odwołania się wykonawcy od informacji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, co uniemożliwiło KIO uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- jeśli przedmiot umowy wykracza poza zakres koncesji.

## **6. Wynagrodzenie koncesjonariusza za roboty budowlane i ryzyko dotyczące wynagrodzenia**

Wynagrodzenie za roboty budowlane dla wykonawcy robót wypłacane jest w różny sposób w zależności od przepisów, na podstawie których została zawarta umowa. Inaczej kształtuje się płatność dla umów zawieranych w wyniku postępowania przetargowego, inaczej dla partnerstwa publiczno-prywatnego i zupełnie inaczej dla koncesji na roboty budowlane.

W umowie o roboty budowlane, zawartej w wyniku zamówienia publicznego, rozliczenie dla wykonawcy robót następuje po wykonaniu części robót budowlanych lub po dokonaniu odbioru końcowego. Prawo zamówień publicznych w zakresie w nim nieuregulowanym w odniesieniu do wynagrodzenia odsyła do Kodeksu cywilnego<sup>28</sup> (art. 139 ust. 1 p.z.p.). Artykuł 647 Kodeksu cywilnego nakłada na strony umowy o roboty budowlane podstawowe obowiązki: na wykonawcę robót budowlanych obowiązek oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a na inwestora – dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W przypadku gdy sposób zapłaty nie jest określony przez strony, inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia (art. 654 ustawy k.c.). Odnosnie

---

<sup>28</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej k.c.

do wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane k.c. reguluje jedynie wynagrodzenie za roboty budowlane dla umów, których termin wykonania jest dłuższy niż 12 miesięcy, uzależniając wynagrodzenie dla generalnego wykonawcy od dokonania rozliczenia się z podwykonawcami (art. 143a ust. 1 ustawy p.z.p.). W przypadku zamówień publicznych zamawiający przed zawarciem umowy musi mieć zapewnione środki na jej realizację.

W praktyce rozróżnia się dwa sposoby wynagradzania za roboty budowlane. Pierwszym jest umowa ryczałtowa, która obejmuje roboty budowlane opisane projektem budowlanym i dla których wartość wynagrodzenia umownego jest stała. Drugim jest umowa obmiarowa, w której rozliczenia obliczane są na podstawie stałych stawek robocizny i nakładów rzeczowych uwzględnionych w rozliczeniach przygotowanych w postaci obmiarów i kosztorysów za rzeczywiście wykonane roboty, a wartość umowna może ulec zmianie w zależności od obliczonej liczby rzeczywiście wykonanych robót budowlanych.

Jak podkreśla się w literaturze, ryzyko jest zjawiskiem obiektywnym wynikającym z zewnętrznej rzeczywistości, dającym się zmierzyć<sup>29</sup>. W umowie ryczałtowej wykonawca bierze na siebie ryzyko związane z ewentualnym niedoszacowaniem robót, gdyż musi je dokładnie skalkulować i wykonać zgodnie z projektem budowlanym, a w przypadku gdy jakieś prace pominięto w szacowaniu robót, to nie otrzyma za nie dodatkowego wynagrodzenia, jeśli ich wykonanie wynikało z projektu budowlanego. Ryzyko w umowie obmiarowej niedoszacowania ceny ofertowej nie istnieje, gdyż umowa rozliczana jest na podstawie obmiarów po wykonaniu robót i kosztorysów powykonawczych – ten rodzaj umowy jest bardziej korzystny dla wykonawcy robót, gdyż w umowie ryczałtowej zamawiający przenosi je w całości na wykonawcę robót.

Zamawiający, zawierając umowę o koncesję na roboty budowlane, ponosi mniejsze ryzyko niż w przypadku zamówienia publicznego, gdyż nie musi dysponować środkami na realizację inwestycji. Zamawiający nie płaci wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, lecz następuje to dopiero po realizacji inwestycji w postaci użytkowania i czerpania pożytków z wybudowanego przez wykonawcę obiektu budowlanego. Zamawiający – podmiot publiczny – w ten sposób jakby na koszt koncesjonariusza (wykonawcy robót budowlanych) realizuje inwestycję budowlaną bez uszczerbku na finansach publicznych na etapie jej realizacji.

Koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego, obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą (art. 3 ust. 3 ustawy u.k.r.b.). Ustawodawca w nowej ustawie u.k.r.b. wskazał, że ryzyko dotyczy eksploatacji obiektu budowlanego oraz dookreślił pojęcie ryzyka tak, by w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości przeniesione zostało one wyłącznie na koncesjonariusza, wzmac-

---

<sup>29</sup> M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Wolters Kluwer Polska SA, Warszawa 2006, s. 116.

niając w ten sposób swoją pozycję w stosunku do wykonawcy robót i bardziej chroniąc finanse publiczne, niż to miało miejsce w poprzedniej ustawie dotyczącej koncesji na roboty budowlane z roku 2009. W art. 1 ust 3 ustawy o koncesji na roboty budowlane z roku 2009 ryzyko wykonawcy dotyczyło jedynie części wynagrodzenia, wskazanej jako płatność na rzecz koncesjonariusza, która nie mogła prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Element ryzyka powinien zostać odpowiednio zidentyfikowany i opisany w umowie koncesji (w takim przypadku dochodzi bowiem do określenia sposobu podziału ryzyka). Polega on na przypisaniu ryzyka określonej stronie umowy partnerskiej, która to strona w przypadku zaistnienia okoliczności powodujących pojawienie się stanu będącego wynikiem określonego ryzyka, będzie ponosiła negatywne konsekwencje wystąpienia określonych okoliczności<sup>30</sup>. W umowie koncesji nie wolno tym samym zamieszczać postanowień, na podstawie których koncesjodawca mógłby zostać zobowiązany do zapewnienia określonego przychodu koncesjonariuszowi<sup>31</sup>.

Dyrektywa koncesyjna określa zakres ryzyka przy udzielaniu koncesji jako ryzyko operacyjne, związane z realizacją przedmiotu koncesji, obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą albo oba te ryzyka jednocześnie. Nie wymaga ona przeniesienia na koncesjonariusza całości ryzyka, istotne jest jednak, aby ryzyko przeniesione na koncesjonariusza obejmowało rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne lub nieistotne z punktu widzenia całego projektu. Podstawą ryzyka muszą być czynniki pozostające poza kontrolą stron, ryzyko zaś związane ze złym zarządzaniem czy działaniem siły wyższej nie powinno być decydujące przy klasyfikowaniu koncesji, gdyż jest ono częścią każdej zawieranej umowy<sup>32</sup>.

Art. 3 ust. 4 u.k.r.b. definiuje ryzyko w sposób następujący – „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 [...] 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”. W przepisie tym jednoznacznie wska-

<sup>30</sup> A. Panasiuk, *Koncesja na roboty...*, s. 192.

<sup>31</sup> W. Szydło, *Sytuacja prawna stron umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, zawieranej w zakresie wykonywania zadań jednostek samorządu terytorialnego*, „Partnerstwo Publiczno-Prywatne” 2012, nr 3/7, s. 26.

<sup>32</sup> A. Panasiuk, *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/13/UE*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 7–8, s. 53–62.

zuje się, że ryzyko wahań rynkowych musi skalkulować koncesjonariusz (a nie tylko ponieść tzw. znaczne ryzyko jak w poprzedniej ustawie). Koncesjonariusz nie ma gwarancji na odzyskanie potencjalnych nakładów.

Niewspółmiernie mniejsze niż w umowie koncesji na roboty budowlane ryzyko ponosi wykonawca robót budowlanych (partner prywatny), jeśli wykonuje roboty budowlane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. W art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>33</sup> przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. W odróżnieniu od koncesji klasyczne partnerstwo publiczno-prywatne (dalej PPP) nie wymaga od partnerów oparcia wynagrodzenia inwestora prywatnego wyłącznie na prawie eksploatacji obiektu, co oznacza, że poziom płatności ze strony podmiotu publicznego może nawet w całości pokrywać koszty ponoszone przez przedsiębiorcę<sup>34</sup>. Zamawiający publiczny w przypadku PPP musi dysponować częścią środków już na etapie realizacji inwestycji budowlanej i ponosi większe ryzyko niż zamawiający, który zlecił realizację inwestycji w ramach umowy o koncesję na roboty budowlane, gdyż w tym przypadku nie musi dysponować środkami na realizację inwestycji.

Zmiany wprowadzane ustawą koncesyjną będą miały znaczenie nie tylko dla przedsięwzięć o charakterze „czysto” koncesyjnym, ale także dla projektów realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, bowiem postępowanie zmierzające do wyboru partnera prywatnego, w zależności od modelu jego wynagradzania, może być prowadzone albo w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, albo właśnie na podstawie przepisów o udzielaniu koncesji<sup>35</sup>.

## Zakończenie

Jak wykazano w niniejszym artykule, umowa koncesji na roboty budowlane przyczynia się do racjonalnego dysponowania środkami publicznymi. Dzieje się tak dzięki przeniesieniu ryzyka i ciężaru wydatku środków publicznych dotyczących realizacji inwestycji budowlanej na podmiot prywatny, w zamian za możliwość eksploatacji przez ten podmiot zrealizowanego obiektu budowlanego i korzystania z pożytków.

W umowie koncesji na roboty budowlane pozycja zamawiającego publicznego jest chroniona bardziej niż w typowych umowach na roboty budowlane wykonywanych

---

<sup>33</sup> Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.).

<sup>34</sup> R. Cieślak, *PPP czy koncesja*, „Builder”, wrzesień 2009, s. 20.

<sup>35</sup> A. Kawik T. Korczyński, *Koncesja na roboty budowlane i usługi na nowych zasadach*, „Rzeczpospolita”, 13.12.2016, [www.rp.pl/Administracja](http://www.rp.pl/Administracja) [dostęp 20.12.2016].

w ramach PPP lub zamówienia publicznego. Zamawiający publiczny w tych przypadkach musi dysponować częścią (dla PPP) lub całością (dla zamówienia publicznego) środków, aby sfinansować inwestycję na etapie jej realizacji, a dla umowy koncesji na roboty budowlane zamawiający nie musi dysponować środkami publicznymi.

Wynagrodzenie dla koncesjonariusza jest płatne w postaci użytkowania i czerpania pożytków z wybudowanego przez wykonawcę obiektu budowlanego, a nie za wykonane roboty budowlane lub ich część jak w typowej umowie o roboty budowlane zawartej w wyniku zamówienia publicznego lub w ramach PPP.

Zamawiający publiczny w wyniku zawarcia umowy koncesji realizuje inwestycję budowlaną na koszt koncesjonariusza (wykonawcy robót budowlanych), minimalizując własne ryzyko, oraz zleca ją bez uszczerbku na finansach publicznych na etapie jej realizacji, a po zakończeniu umowy koncesji przejmuje inwestycję na własny użytek i może pobierać również pożytki związane z jej eksploatacją.

## Bibliografia

### Akty prawne

- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 30, poz. 168 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 101 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920).
- Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. poz. 1125).
- Projekt rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie określenia kwot wartości umów koncesji, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Rządowe Centrum Legislacji, 27.12.2016 r.), [www.legislacja.rcl.gov.pl](http://www.legislacja.rcl.gov.pl).

- Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) i wpływu PPP na wzrost, 2005/C 234/12, 10 marca 2005 r. (Dz. Urz. UE C 234 z 22.09.2005 r.), [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r.), [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r.), [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).
- Rozporządzenie wykonawcze Komisji UE 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze UE nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015 r.), [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

## Literatura

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego – komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Bieniek-Koronkiewicz E., Sieńczyło-Chlabicz J., *Działalność gospodarcza i jej koncesjonowanie na gruncie ustawy Prawo działalności gospodarczej*, „Rejent” 2001, nr 4.
- Cieślak P., *PPP czy koncesja*, „Builder”, wrzesień 2009.
- Karpiuk M., *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia. Problematyka prawna i aksjologiczna*, Alma Mer Szkoła Wyższa, Warszawa 2011.
- Kawik A., Korczyński T., *Koncesja na roboty budowlane i usługi na nowych zasadach*, „Rzeczpospolita”, 13.12.2016 r., [www.rp.pl/Administracja](http://www.rp.pl/Administracja).
- Kijowski D.R., *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Temida 2, Białystok 2000.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009.
- Kosikowski C., *Koncesje w prawie polskim*, Instytut Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych, Kraków 1996.
- Kulesza M., Bitner M., Kozłowska A., *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska S. A., Warszawa 2006.
- Lemke M., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, wyd. II poprawione, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001.
- Nowicki P., [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013.
- Oszczak M., *Koncesja na roboty budowlane*, „Rzeczpospolita” 06.12.2017 r., [www.rp.pl/Nieruchomosci](http://www.rp.pl/Nieruchomosci).
- Panasiuk A., *Koncesja na roboty budowlane lub usługi – komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Panasiuk A., *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/13/UE*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 7–8.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Wolters Kluwer Polska SA, Warszawa 2011.
- Szydło W., *Sytuacja prawna stron umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, zawieranej w zakresie wykonywania zadań jednostek samorządu terytorialnego*, „Partnerstwo Publiczno-Prywatne” 2012, nr 3/7.

