

# Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>1</sup>

z dnia 21 października 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1920)<sup>2</sup>

## Spis treści

	Art.
Rozdział 1. Przepisy ogólne . . . . .	1–5
Rozdział 2. Szacunkowa wartość umowy koncesji i umowy mieszane	6–11
Rozdział 3. Zasady zawierania umowy koncesji . . . . .	12–16
Rozdział 4. Ogłoszenia i inne dokumenty koncesji . . . . .	17–27
Rozdział 5. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji . . . . .	28–31
Rozdział 6. Kwalifikacja wykonawców i wybór najkorzystniejszej oferty	32–41
Rozdział 7. Umowa koncesji . . . . .	42–50
Rozdział 8. Umowa koncesji na usługi społeczne lub inne szczególne usługi . . . . .	51
Rozdział 9. Organy właściwe . . . . .	52–53
Rozdział 10. Środki ochrony prawnej . . . . .	54–56
Rozdział 11. Zmiany w przepisach obowiązujących . . . . .	57–67
Rozdział 12. Przepisy przejściowe i końcowe . . . . .	68–72

## Rozdział 1. Przepisy ogólne

### Art. 1. [Zakres przedmiotowy ustawy]

Ustawa określa zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, zwanej dalej „umową koncesji”, środki ochrony prawnej oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.

<sup>1</sup> Niniejsza ustawa wdraża dyrektywę 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, Dz.Urz. UE L 114 z 05.05.2015, str. 24 oraz Dz.Urz. UE L 307 z 25.11.2015, str. 9).

<sup>2</sup> Niniejszą ustawą zmienia się ustawy: ustawę z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, ustawę z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, ustawę z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawę z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, ustawę z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawę z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, ustawę z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym oraz ustawę z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

## Spis treści

	Nb
1. Uwagi wprowadzające . . . . .	1
2. Koncesja na roboty budowlane lub usługi w prawie UE . . . . .	2
3. Definicja koncesji . . . . .	3
4. Regulacja koncesji na roboty budowlane lub usługi w Polsce . . . . .	4
5. Systematyka UmowaKoncU . . . . .	5
6. Koncesja a partnerstwo publiczno-prywatne . . . . .	6
7. Zagadnienia dotyczące koncesji nieujęte w ustawie . . . . .	7
8. Zastosowanie koncesji w Polsce . . . . .	8

**1 1. Uwagi wprowadzające.** Komentowana ustawa z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2016 r. poz. 1920) zastąpiła obowiązującą w latach 2009–2016 ustawę z 9.1.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 113 ze zm.), która utraciła moc obowiązywania z 14.12.2016 r. Nowa ustawa – UmowaKoncU – stanowi transpozycję dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 1), która przyjęta została łącznie z tzw. nową dyrektywą klasyczną, tj. dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 65, ze sprost. i ze zm.). Rozwiązania przyjęte w UmowaKoncU wprowadziły daleko idące zmiany zarówno w odniesieniu do aspektów materialno-prawnych związanych z instytucją koncesji na roboty budowlane lub usługi, jak też procedury wyboru koncesjonariusza i wykonywania umowy koncesji. Zmiany te obejmują m.in. wdrożenie do prawa krajowego uregulowań UE dotyczących definicji koncesji, wprowadzenia progu stosowania ustawy, doprecyzowania pojęcia ryzyka ekonomicznego związanego z eksploatacją infrastruktury, metody szacowania wartości umowy koncesji, wprowadzenia tzw. koncesji mieszanych, kryteriów kwalifikacji podmiotowej wykonawców, zapewnienia przejrzystości udzielania koncesji przy zachowaniu znacznej swobody w prowadzeniu postępowania koncesyjnego, jak również wprowadzenia wielu rozwiązań wzorowanych na przepisach o zamówieniach publicznych, w tym w zakresie wyłączeń stosowania ustawy i środków ochrony prawnej wykonawców. Rozwiązanie to należy uznać za trafne i uzasadnione. Obowiązująca wcześniej KoncesBudU miała charakter nader ogólny i zawierała przede wszystkim przepisy proceduralne, co w praktyce niejednokrotnie rodziło trudności interpretacyjne, w szczególności zaś wiązało się z ryzykiem naruszenia przepisów ZamPublU. UmowaKoncU od strony systemowej uwzględniła także obszerną nowelizację ZamPublU, tj. ustawę z 22.6.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020 ze zm.). Nie ulega wątpliwości, że UmowaKoncU „uszczerbiona” procedurę zawierania umów koncesji, czyniąc ją bardziej przejrzystą i spójną z przepisami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych. Jednocześnie procedura koncesyjna zachowuje istotne odrębności, dzięki którym pozostaje wciąż bardziej elastyczna niż shtywny z natury gorset regulacji ZamPublU.

**2 2. Koncesja na roboty budowlane lub usługi w prawie UE.** Koncesja na roboty budowlane lub usługi wpisuje się w ramy szeroko pojętego partnerstwa publiczno-prywatnego i jest najdłużej stosowaną metodą wykorzystania prywatnego kapitału do świadczenia usług publicznych (por. *E.R. Yescombe*, Partnerstwo publiczno-prywatne. Zasady wdrażania i finansowania, Kraków 2008, s. 31). W świetle regulacji Unii Europejskiej nabywanie przez sektor publiczny robót budowlanych, dostaw lub usług, odbywa się z wykorzystaniem zamówień publicznych lub właśnie koncesji. Warto zauważyć, że Unia Europejska przyjęła niedawno definicję legalną partnerstwa publiczno-prywatnego, według której „partnerstwa publiczno-prywatne”

(PPP) oznaczają formę współpracy między podmiotami publicznymi a sektorem prywatnym, których celem jest poprawa realizacji inwestycji w projekty infrastrukturalne lub inne rodzaje operacji realizujących usługi publiczne, poprzez dzielenie ryzyka, wspólne korzystanie ze specjalistycznej wiedzy sektora prywatnego lub dodatkowe źródła kapitału [por. art. 2 pkt 24 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) Nr 1083/2006 (Dz.Urz. UE L Nr 347, s. 320)]. Nie ulega wątpliwości, że koncesja na roboty budowlane lub usługi stanowi jedną z form partnerstwa publiczno-prywatnego, i opiera się na wieloletniej współpracy między sektorem publicznym a prywatnym, której celem jest realizacja określonych zadań publicznych przy wykorzystaniu prywatnego kapitału [szerzej na temat rozwoju instytucji koncesji zob. np. *M. Bejm* (red.), *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi*. Komentarz, Warszawa 2011, s. 7 i n.; *A. Panasiuk*, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi*. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz, Warszawa 2009, s. 24–26]. Podział zamówień dokonywanych przez sektor publiczny na „klasyczne” zamówienia publiczne i koncesje został wprowadzony w przepisach poprzedniej, nieobowiązującej już dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L Nr 134, s. 114; por. art. 1 ust. 2, 3 i 4), pomimo że źródeł możliwości powierzenia realizacji zadań publicznych z wykorzystaniem modelu koncesyjnego poszukiwać można w jeszcze wcześniejszych regulacjach unijnych (EWG) (por. dyrektywa Rady 89/440/EWG z 18.7.1989 r. zmieniająca dyrektywę Rady 71/305/EWG z 26.7.1971 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, Dz.Urz. EWG L Nr 210, s. 1). Różnica pomiędzy zamówieniem publicznym a koncesją na roboty budowlane lub usługi polega przede wszystkim na źródle wynagrodzenia wykonawcy zamówienia oraz podziale ryzyka pomiędzy strony takiego kontraktu.

**3. Definicja koncesji.** Zgodnie z motywem 11 dyrektywy 2014/23/UE koncesje są umowami o charakterze odpłatnym, poprzez które co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza wykonanie robót budowlanych, lub świadczenie usług i zarządzanie nimi, co najmniej jednemu wykonawcy; przedmiotem umowy jest nabycie roboty budowlanej lub usługi w drodze koncesji, za które wynagrodzenie stanowi prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub korzystania z usług lub to prawo wraz z odpłatnością. Umowy koncesji mogą (ale nie muszą) pociągać za sobą przekazanie własności infrastruktury na rzecz instytucji zamawiających lub podmiotów zamawiających, ale instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające zawsze osiągają korzyści z danych robót budowlanych lub usług. Prawodawca unijny wprowadza rozróżnienie tego typu umów na koncesje na roboty budowlane oraz koncesje na usługi. Stosownie do art. 5 pkt 1 lit. a dyrektywy 2014/23/UE „koncesja na roboty budowlane” oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot 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. Natomiast art. 5 pkt 1 lit. b cyt. dyrektywy definiuje „koncesję na usługi” jako umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca

lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług (innych niż wykonanie robót budowlanych, o których mowa w lit. a) – 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. Udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza tzw. ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją tych obiektów lub wykonywaniem tych usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z podażą, albo oba te rodzaje ryzyka. Uznaje się przy tym, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Część ryzyka przeniesiona na koncesjonariusza obejmuje „rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne ani nieistotne” (art. 5 pkt 1 *in fine* dyrektywy koncesyjnej). Definicja koncesji przyjęta w dyrektywie 2014/23/UE została przeniesiona na grunt obowiązującej UmowaKoncU.

- 4 4. Regulacja koncesji na roboty budowlane lub usługi w Polsce.** Instytucja koncesji nie jest rozwiązaniem nowym. Koncesja (formalnie jako akt administracyjny, posiadający przy tym istotne cechy współcześnie rozumianej instytucji koncesji) znana była już w okresie międzywojennym (zob. np. nieobowiązującą ustawę z 14.10.1921 r. o udzielaniu koncesji na koleje żelazne prywatne, Dz.U. Nr 88, poz. 646). Na włączenie koncesji do krajowego porządku prawnego po II wojnie światowej trzeba było czekać jednak aż do 2004 r., kiedy to koncesja na roboty budowlane (wyłącznie) pojawiła się w przepisach ZamPublU. Pomimo że ustawodawca poświęcił tej materii jedynie cztery przepisy, koncesja na roboty budowlane znalazła zastosowanie praktyczne, czego przejawem była budowa np. parkingu podziemnego pod Placem Na Groblach w Krakowie, zrealizowana w latach 2006–2009. Jednak dopiero uchwalenie KoncesBudU, której wejście w życie zbiegło się z wdrożeniem przepisów PartPublPrywU, dało zauważalny efekt rynkowy. Nie ulega wątpliwości, że wzrost zainteresowania taką formą realizacji zadań publicznych wynikał z zasad wynagradzania wykonawcy umowy koncesji.

Aktualnie obowiązująca UmowaKoncU, śladem dyrektywy koncesyjnej, wprowadza definicję koncesji i przewiduje zasady jej realizacji. Stosownie do postanowień art. 3 ust. 1 UmowaKoncU na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. W przypadku powierzenia koncesjonariuszowi wykonania robót budowlanych, wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (art. 3 ust. 2 pkt 1 UmowaKoncU), natomiast w przypadku powierzenia mu świadczenia usług i zarządzania tymi usługami – wynagrodzenie obejmuje wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy (albo takie prawo wraz z płatnością) – art. 3 ust. 2 pkt 2 UmowaKoncU. Należy zauważyć, że koncesja na roboty budowlane zazwyczaj zawierała będzie w sobie koncesję na usługi.

W przeciwieństwie do KoncesBudU, która dla określenia struktury koncesji posługiwała się niejasnym pojęciem „zasadniczej części ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji”, w UmowaKoncU ustawodawca – na wzór dyrektywy koncesyjnej – dookreśla treść ryzyka ekonomicznego poprzez powiązanie go z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług. Ryzyko ekonomiczne jest to ryzyko obejmujące popyt lub podaż (art. 3 ust. 3 UmowaKoncU). Uszczegółowieniu uległo również samo pojęcie ryzyka ekonomicznego. Zgodnie z art. 3 ust. 4 UmowaKoncU 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. Ocena ryzyka ekonomicznego musi uwzględniać przy tym w spójny i jednolity sposób wartość bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza. Nie ulega wątpliwości, że z uwagi na wieloletni charakter umów koncesyjnych, dokonanie oceny ryzyka ekonomicznego, szczególnie w powiązaniu z szacowaniem wartości umowy koncesji, nie będzie zadaniem łatwym, zwłaszcza że ustawodawca nie proponuje żadnych metod oceny ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji, nakazując jedynie posługiwanie się przez zamawiającego metodami „obiektywnymi”, uwzględniającymi wybrane przepływy pieniężne realizowane w ramach koncesji (por. art. 6 ust. 4 UmowaKoncU).

5. **Systematyka UmowaKoncU.** Ustawa składa się z 12 rozdziałów, zawierających łącznie 72 artykuły. W porównaniu do ZamPubU jest to regulacja raczej „skromna”. Wydaje się jednak, że celem ustawodawcy nie było szczegółowe normowanie nawiązywania i realizacji stosunku prawnego w ramach koncesji, a to z uwagi na jej istotę. Skoro bowiem to koncesjonariusz jest podmiotem narażonym na ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji, to procedura wyboru podmiotu prywatnego powinna cechować się dużą elastycznością, przy zachowaniu podstawowych gwarancji równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania (por. też Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, druk sejmowy Nr 612, s. 23–24).

Ustawodawca dokonał następującego podziału komentowanej ustawy:

- 1) Rozdział 1. Przepisy ogólne (art. 1–5),
- 2) Rozdział 2. Szacunkowa wartość umowy koncesji i umowy mieszane (art. 6–11),
- 3) Rozdział 3. Zasady zawierania umowy koncesji (art. 12–16),
- 4) Rozdział 4. Ogłoszenia i inne dokumenty koncesji (art. 17–27),
- 5) Rozdział 5. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji (art. 28–31),
- 6) Rozdział 6. Kwalifikacja wykonawców i wybór najkorzystniejszej oferty (art. 32–41),
- 7) Rozdział 7. Umowa koncesji (art. 42–50),
- 8) Rozdział 8. Umowy koncesji na usługi społeczne lub inne szczególne usługi (art. 51),
- 9) Rozdział 9. Organy właściwe (art. 52–53),
- 10) Rozdział 10. Środki ochrony prawnej (art. 54–56),
- 11) Rozdział 11. Zmiany w przepisach obowiązujących (art. 57–67),
- 12) Rozdział 12. Przepisy przejściowe i końcowe (art. 68–72).

UmowaKoncU została uchwalona 21.10.2016 r., ogłoszona 29.11.2016 r., zaś weszła w życie 14.12.2016 r., z wyjątkiem art. 20 ust. 1 pkt 4–7 oraz ust. 3–5, art. 48 ust. 3 i art. 50, które weszły w życie 1.1.2017 r. Ustawa wprowadziła zmiany w jedenastu innych ustawach. Do ustawy wydane zostały dwa akty wykonawcze: rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 22.12.2017 r. w sprawie określenia kwot wartości umów koncesji, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2478) oraz rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 28.4.2017 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczących zawierania umów koncesji (Dz.U. z 2017 r. poz. 1017). Dotychczas (stan prawny na dzień: 10.1.2018 r.) nie miała miejsca ani jedna zmiana ustawy.

6. **Koncesja a partnerstwo publiczno-prywatne.** Pomimo że instytucja koncesji stanowi jedną z form wykonywania zadań w ramach partnerstwa publiczno-pry-

watnego i wykazuje z nim wiele podobieństw, to w świetle obowiązujących przepisów UmowaKoncU i PartPublPrywU z pewnością nie można ich utożsamiać. Po pierwsze, decydującym czynnikiem, w oparciu o który należy różnicować te dwie instytucje, jest obowiązek przejścia przez stronę prywatną ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji, podczas gdy PPP oparte jest na podziale zadań i ryzyk (przy czym ustawodawca nie przesądza który z podmiotów ma przejąć określone ryzyko – por. art. 1 ust. 2 PartPublPrywU). Podział ten rzutuje zazwyczaj na konstrukcję wynagrodzenia wykonawcy (odpowiednio koncesjonariusza bądź partnera prywatnego) – w przypadku koncesji dominującym składnikiem wynagrodzenia są opłaty od użytkowników infrastruktury, zaś w ramach umów PPP kwestia ta pozostawiona została do ustalenia stronom; w PPP wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa (art. 7 ust. 2 PartPublPrywU). W koncesji prawo do eksploatacji infrastruktury powinno odpowiadać zakresowi zadań przyjętych przez koncesjonariusza, co ma szczególne znaczenie w przypadku koncesji na roboty budowlane, jako że obejmuje także wartość nakładów inwestycyjnych i koszty finansowania tych nakładów. Warto zauważyć, że PPP – przeciwnie do koncesji – nie narzuca zarządzania infrastrukturą i świadczenia usług przez partnera prywatnego, którego rola może ograniczyć się do utrzymania technicznego inwestycji (por. art. 2 pkt 2 PartPublPrywU). Kolejna różnica pomiędzy koncesją a PPP przejawia się we własności aktywów wykorzystywanych do świadczenia usług. Ustawa koncesyjna nie zawiera przepisów pozytywnych, które umożliwiłyby transfer własności infrastruktury na koncesjonariusza (należy jednak zauważyć, że dyrektywa koncesyjna nie wyklucza takich transferów, wręcz przeciwnie – zakłada że właścicielem majątku może być strona prywatna – por. motyw 11 dyrektywy 2014/23/UE, natomiast UmowaKoncU nie zabrania wykorzystywania do realizacji koncesji aktywów prywatnych). Natomiast PartPublPrywU wprost reguluje możliwość wniesienia wkładu rzeczowego przez podmiot publiczny w formie sprzedaży (lub w oparciu o jakikolwiek inny tytuł prawnie dopuszczalny prowadzący do przeniesienia własności), o czym mowa w art. 9 ust. 1 PartPublPrywU. Podobnie, UmowaKoncU nie przewiduje możliwości zawiązania spółki zamawiającego z koncesjonariuszem (co mogłoby doprowadzić do zmiany alokacji ryzyka przyjętej w umowie koncesji), podczas gdy art. 14 PartPublPrywU dopuszcza takie rozwiązanie.

Szczególnie dużo problemów sprawia zamawiającym odróżnienie samej koncesji od tzw. PPP „w trybie koncesji”, czyli sytuacji, w której partner prywatny – z uwagi na przewidywane źródło jego wynagrodzenia – wybierany jest w trybie przepisów UmowaKoncU (por. art. 4 ust. 1 PartPublPrywU). W obu przypadkach wynagrodzenie strony prywatnej pochodzi ma bowiem z eksploatacji infrastruktury, zaś płatności zamawiającego dopuszczalne są jedynie posiłkowo. Należy wyraźnie podkreślić, że różnica polega tu na alokacji ryzyka w ramach wspólnego przedsięwzięcia. Przy PPP „w trybie koncesji” ryzyko ekonomiczne nie musi spoczywać na partnerze prywatnym w takim zakresie, jak ma to miejsce w przypadku samej koncesji [zob. więcej na ten temat: *R. Cieślak* (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne: 100 pytań, wyjaśnień, interpretacji*, Warszawa 2014, s. 36 i n.].

W rezultacie należy stwierdzić, że pomimo wpisywania się koncesji na roboty budowlane lub usługi w definicję partnerstwa publiczno-prywatnego, instytucja koncesji charakteryzuje się dużo mniejszą elastycznością w odniesieniu do potencjalnego zakresu współpracy międzysektorowej, a przez to – koncesja sprawdzać się może jedynie w wybranych obszarach działalności sektora publicznego, tj. głównie tych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Nie zmienia to faktu, że sama procedura wyboru koncesjonariusza cechuje się mniejszym stopniem sformalizowania niż procedura wyboru partnera prywatnego w oparciu o przepisy ZamPublU.

**7. Zagadnienia dotyczące koncesji nieujęte w ustawie.** Podobnie jak partnerstwo publiczno-prywatne, instytucja koncesji na roboty budowlane lub usługi nie tworzy odrębnego porządku prawnego i z tego względu jej przepisy nie mogą być stosowane bez uwzględnienia szeregu regulacji bezpośrednio związanych z przygotowaniem postępowań i realizacją umów koncesji. Najsilniejsze związki UmowaKoncU wykazuje z przepisami ZamPublU, tworząc wspólnie z nimi system zamówień publicznych i koncesji w Polsce. Natomiast zgodnie z art. 16 ust. 1 UmowaKoncU, jeżeli przepisy ustawy koncesyjnej nie stanowią inaczej, do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz odpowiednio wykonawcę i koncesjonariusza w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji – stosuje się przepisy KC. Rozwiązanie to jest analogiczne do dyspozycji art. 14 ust. 1 ZamPublU i potwierdza cywilnoprawny charakter zarówno postępowania koncesyjnego, jak też stosunku prawnego (umowy) łączącego zamawiającego i koncesjonariusza.

UmowaKoncU nie wprowadza także żadnych szczególnych rozwiązań w zakresie podatkowym. Już na etapie planowania koncesji strona publiczna powinna zatem wziąć pod uwagę kwestie podatku od towarów i usług, podatków dochodowych, a także podatku od nieruchomości, który w przeważającej liczbie przypadków obciążał będzie koncesjonariusza jako użytkownika aktywów. Z wykonywaniem koncesji wiąże się także problematyka pomocy publicznej, w tym pomocy *de minimis*, szczególnie w przypadku dokonywania istotnych zmian umowy koncesji. Na odrębną uwagę zasługuje też możliwość dofinansowania inwestycji będących przedmiotem koncesji ze środków europejskich. Tzw. hybrydowe projekty PPP, do których zaliczać się będą również umowy koncesji, wpływają korzystnie na efektywność finansową przedsięwzięcia, umożliwiając także realizację przedsięwzięć o mniejszym stopniu rentowności. W tym zakresie na szczególną uwagę zasługują nowe rozwiązania przewidziane przepisami rozporządzenia 1303/2013 (por. art. 62–64) oraz krajowymi aktami prawnymi i innymi regulacjami (zob. wytyczne Ministra Rozwoju i Finansów z 18.2.2017 r. w zakresie zagadnień związanych z przygotowaniem projektów inwestycyjnych, w tym projektów generujących dochód i projektów hybrydowych na lata 2014–2020, znak: MR/H 2014-2020/7(2)/02/2017). Rzecz jasna, w każdym przypadku zastosowanie znajdą też obowiązujące przepisy dotyczące m.in. zagospodarowania przestrzennego, procesu inwestycyjnego, jak również szczegółowe regulacje branżowe związane z konkretnym rodzajem realizowanych inwestycji i świadczonych usług.

Pomimo że aktualnie sprawa ta powinna wydawać się oczywista, warto przypomnieć także kwestię fundamentalną – koncesja na roboty budowlane lub usługi stanowi cywilny stosunek prawny pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, nie zaś decyzję administracyjną w rozumieniu art. 46 i n. SwobDziałGospU.

**8. Zastosowanie koncesji w Polsce.** Na podstawie analizy danych zawartych w dostępnych raportach dotyczących rynku PPP i koncesji (por. np. *R. Cieślak, B. Korbus, D. Zalewski*, Rynek partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji w Polsce w 2014, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2014; *B. Korbus, D. Zalewski, K. Szymański*, Analiza rynku PPP za okres od 2009 r. do 30 czerwca 2017 r., Ministerstwo Rozwoju, Warszawa 2017) można stwierdzić, że w ramach szeroko rozumianego partnerstwa publiczno-prywatnego, koncesja zajmuje pozycję dominującą. Na blisko 500 postępowań w sprawie wyboru partnera prywatnego/koncesjonariusza, ogłoszenia o koncesji stosowano w ponad 73% przypadków, przy czym największą popularnością cieszy się koncesja na usługi (ponad 30% postępowań ogółem). Koncesję jako formę wyboru partnera prywatnego (tzw. PPP „w trybie koncesji”) stosowano w więcej niż 20% ogłoszeń. Jedyne 26% stanowiły postępowania PPP w trybie ZamPublU. Przyczyn w tak znacznym zainteresowaniu koncesjami trzeba upatrywać przede wszystkim w zasadach

współpracy strony publicznej z koncesjonariuszem (wykonawcą), przejawiających się w przeniesieniu na podmiot prywatny większości ryzyka związanego z realizacją umowy koncesji oraz oparciu wynagrodzenia koncesjonariusza o opłaty pobierane od użytkowników infrastruktury (a nie z budżetu zamawiającego), przy jednoczesnym braku transferu własności aktywów na sektor prywatny. Z punktu widzenia sektora publicznego struktury takie stanowić mogą pożądaną kierunek współpracy z rynkiem prywatnym. Pytanie jednak, na ile tego typu współpraca jest atrakcyjna dla przedsiębiorców? Odpowiedzi można szukać w powołanych wcześniej statystykach. Okazuje się bowiem, że stosunkowo duża liczba ogłoszeń o koncesjach nie przekłada się na zawarte umowy i realizowane projekty. W przypadku koncesji na roboty budowlane raptem 1 na 8 postępowań kończyło się zawarciem umowy z koncesjonariuszem (do tego – nie wszystkie umowy weszły w fazę wykonawczą); koncesje na usługi charakteryzują się wyższym stopniem skuteczności (średnio 1 „udana” koncesja na 3 prowadzone postępowania); natomiast PPP „trybie koncesji” – stosunkiem 1 do 6. Powodem takiego stanu rzeczy jest zazwyczaj niewłaściwa ocena potencjału gospodarczego planowanego przedsięwzięcia, dokonywana przez stronę publiczną. Koncesje powinny być stosowane wyłącznie w przypadku zadań charakteryzujących się określonym potencjałem dochodowym. Wśród zadań z zakresu użyteczności publicznej oraz usług na styku publicznym i komercyjnym, wymienić tu można np. sektor gospodarki wodno-ściekowej, budowę parkingów miejskich, transport publiczny, ochronę zdrowia, a w pewnych przypadkach – infrastrukturę sportową, a ponadto – rewitalizację obszarów miejskich, budowę centrów handlowych oraz infrastruktury turystycznej. Koncesja nie sprawdzi się natomiast w odniesieniu do zadań, które ze swej istoty nie mają potencjału przychodowego (np. budowa basenów przyszkolnych, urzędów publicznych, infrastruktury otwartej i powszechnie dostępnej) – takie przedsięwzięcia mogą być natomiast realizowane na podstawie PartPublPrywU w modelach zakładających przede wszystkim partycypację finansową podmiotu publicznego. Na przestrzeni ostatnich 2–3 lat można także zauważyć, że trend „koncesyjny” ulega stopniowemu ograniczaniu na rzecz projektów PPP opartych o płatności podmiotu publicznego albo przedsięwzięć cechujących się wynagrodzeniem w formie mieszanej.

## Art. 2. [Objaśnienie pojęć]

Ileokroć w ustawie jest mowa o:

- 1) **dokumentach koncesji** – należy przez to rozumieć dokumenty, które wytworzył lub do których odwołuje się zamawiający, służące do opisanie lub ustalenia elementów umowy koncesji lub postępowania o zawarcie umowy koncesji, w tym ogłoszenie o postępowaniu o zawarcie umowy, zwane dalej „ogłoszeniem o koncesji”, wstępne ogłoszenie informacyjne, zaproszenie do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji, zaproszenie do składania ofert, opis przedmiotu umowy koncesji oraz inne dokumenty, w tym dotyczące sposobu przedstawiania dokumentów przez wykonawców;
- 2) **działalności sektorowej** – należy przez to rozumieć działalność w zakresie jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.), zwanej dalej „Prawem zamówień publicznych”, lub działalność związaną ze świadczeniem usług, o których mowa w art. 132 ust. 3 Prawa zamówień publicznych;
- 3) **koncesjonariuszu** – należy przez to rozumieć wykonawcę, z którym zawarto umowę koncesji;
- 4) **minimalnych wymaganiach** – należy przez to rozumieć określone przez zamawiającego w dokumentach koncesji wymagania techniczne, fizyczne, funkcjonalne i prawne, którym ma odpowiadać oferta;



- 5) obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć obiekt budowlany w rozumieniu art. 2 pkt 5d Prawa zamówień publicznych;
- 6) postępowaniu o zawarcie umowy koncesji – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, wstępnego ogłoszenia informacyjnego albo przekazania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji w celu dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa koncesji;
- 7) robotach budowlanych – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 1, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2014/23/UE”, lub obiektu budowlanego, lub realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;
- 8) środkach komunikacji elektronicznej – należy przez to rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2016 r. poz. 1030 i 1579) lub faks;
- 9) usługach – należy przez to rozumieć świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych;
- 10) wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej lub grupę takich podmiotów, które ubiegają się o zawarcie umowy koncesji lub złożyły ofertę;
- 11) zamawiającym – należy przez to rozumieć:
  - a) podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Prawa zamówień publicznych,
  - b) przedsiębiorstwo publiczne, przez które należy rozumieć przedsiębiorstwo, na które podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Prawa zamówień publicznych, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio może wywierać dominujący wpływ przez:
    - 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,
  - c) podmiot inny niż określony w lit. a i b, jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub praw wyłącznych innych niż prawa, o których mowa w art. 3 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

## Spis treści

	Nb
1. Dokumenty koncesji . . . . .	1
2. Jawność a poufność postępowania . . . . .	2
3. Zamówienia sektorowe . . . . .	3
4. Progi stosowania zamówień sektorowych . . . . .	4
5. Definicja koncesjonariusza . . . . .	5

6. Definicja minimalnych wymagań . . . . .	6
7. Definicja obiektu budowlanego . . . . .	7
8. Definicja postępowania o zawarcie umowy koncesji . . . . .	8
9. Definicja robót budowlanych . . . . .	9
10. Wpływ zamawiającego na roboty . . . . .	10
11. Środki komunikacji elektronicznej . . . . .	11
12. Usługi . . . . .	12
13. Wykonawca . . . . .	13
14. Zamawiający . . . . .	14
15. Koncesjodawca a zamawiający . . . . .	15
16. Podmioty prawa publicznego . . . . .	16
17. Związki podmiotów . . . . .	17
18. Przedsiębiorca publiczny . . . . .	18
19. Podmioty działające na zasadach praw wyłącznych lub specjalnych . . . . .	19

- 1 1. Dokumenty koncesji.** UmowaKoncU reguluje zasady dotyczące zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, jak i zasady dotyczące realizacji umów koncesji, w tym ich zmian, oraz środki ochrony prawnej, a także organy właściwe w sprawach zawierania umów koncesji. W świetle dyrektyw unijnych sektor publiczny może zamawiać świadczenia (udzielać zamówień) na podstawie odpłatnych umów w formie zamówień publicznych na dostawy, usługi lub roboty budowlane albo umów koncesji na roboty budowlane lub usługi – które różnią się od siebie źródłem pochodzenia środków finansowych służących do sfinansowania wynagrodzenia wykonawcy lub koncesjonariusza oraz przede wszystkim podziałem ryzyk między zamawiającym i wykonawcą lub koncesjonariuszem. Definicja „dokumentów koncesji” posiada swój odpowiednik w przepisach dyrektywy 2014/23/UE (por. art. 5 ust. 12 cyt. dyrektywy). Uzasadnienie dla wprowadzenia tej definicji zostało odzwierciedlone w motywie 68 Preambuły i jest wyrazem dążenia do standaryzowania sposobu prowadzenia postępowań koncesyjnych oraz zwiększenia gwarancji ich przejrzystości. Szeroka definicja obejmuje swoim zakresem wszelkie dokumenty wytworzone przez zamawiającego w związku z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji, jak i dokumenty, do których zamawiający się odwołuje, opisując poszczególne elementy koncesji lub postępowania. Przywołany katalog dokumentów ma charakter otwarty (mogą być to np. protokoły z poszczególnych czynności podejmowanych przez zamawiającego). Należy odróżnić dokumenty koncesji od dokumentów wykonawców składanych w trakcie postępowania (np. wniosek o zawarcie umowy koncesji, oferta), które nie należą do definicji „dokumentów koncesji”. Rozróżnienie to ma znaczenie w kontekście zasady jawności postępowania i dokumentów wytworzonych przez zamawiającego oraz ochrony dokumentów wykonawcy (np. ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa).
- 2 2. Jawność a poufność postępowania.** Jak wskazano w motywie 60 dyrektywy 2014/23/UE, aby zapewnić poufność w trakcie postępowania, instytucje zamawiające i podmioty zamawiające oraz wykonawcy nie powinni ujawniać przekazanych im informacji oznaczonych jako poufne.
- 3 3. Zamówienia sektorowe.** Zgodnie z UmowaKoncU przez działalność sektorową należy rozumieć działalność w zakresie jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ust. 1 ZamPublU, lub działalność związaną ze świadczeniem usług, o których mowa w art. 132 ust. 3 ZamPublU. Działalność sektorowa obejmuje pewien podstawowy zakres usług tradycyjnie związanych ze świadczeniem usług publicznych (związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła, tworzeniem sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej, obsługą sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego i autobusowego,

świadczeniem usług przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych) wprost wskazanych w przepisach ZamPublU.

**4. Progi stosowania zamówień sektorowych.** Przepisy UmowaKoncU stanowią, że regulacje dotyczące zamówień sektorowych będą mieć zastosowanie dopiero wtedy, gdy oprócz zaistnienia przesłanek związanych z rodzajem działalności, wartość zamówienia przekroczy kwoty określone w art. 133 UmowaKoncU (podwyższony próg). Obecnie obowiązujące przepisy dotyczące zamówień sektorowych są regulowane przez rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2479). Zgodnie z tym rozporządzeniem progi te zostały ustalone dla zamówień, których wartość w złotych stanowi równowartość 443 000 euro – dla dostaw lub usług, oraz 5 548 000 euro – dla robót budowlanych. W przypadku UmowaKoncU ustawodawca krajowy wprowadził rozwiązanie, które nakazuje zamawiającym sektorowym stosowanie przepisów teje ustawy do udzielania koncesji, których szacunkowa wartość przekracza równowartość 30 000 euro.

**5. Definicja koncesjonariusza.** Zgodnie z definicją zawartą w UmowaKoncU przez koncesjonariusza należy rozumieć wykonawcę, z którym zawarto umowę koncesji. Ustawodawca krajowy na wzór definicji zawartej w art. 5 pkt 5 dyrektywy 2014/23/UE sformułował definicję legalną koncesjonariusza. Pod pojęciem tym rozumie się wykonawcę, któremu udzielono koncesji (zawarto umowę koncesji).

**6. Definicja minimalnych wymagań.** Zgodnie z definicją przyjętą w UmowaKoncU przez minimalne wymagania należy rozumieć określone przez zamawiającego w dokumentach koncesji wymagania techniczne, fizyczne, funkcjonalne i prawne, którym ma odpowiadać oferta. Warto zwrócić uwagę na motyw 67 preambuły do dyrektywy koncesyjnej, w którym ustawodawca unijny podkreśla, że wymogi techniczne i funkcjonalne sporządzane przez zamawiających muszą umożliwiać otwarcie procesu udzielania koncesji na konkurencję. Zaznacza on konieczność powiązania tychże wymogów z przedmiotem koncesji w sposób proporcjonalny do wartości i celów koncesji. Specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w sposób umożliwiający uniknięcie sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. W każdym przypadku oferty obejmujące roboty budowlane lub usługi, w tym dostawy towarzyszące takim robotom i usługom, zgodne w równoważny sposób z wymaganymi cechami, powinny być uwzględniane przez instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające.

**7. Definicja obiektu budowlanego.** Pojęcie obiektu budowlanego w rozumieniu art. 2 pkt 5 UmowaKoncU nie jest tożsame z pojęciem obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 1 PrBud, a z definicją zawartą w art. 2 pkt 5d ZamPublU. Prawo budowlane wskazuje, że przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek, budowle bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 5d ZamPublU „obiekt budowlany” oznacza **wynik całości** robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Definicja ta odwołuje się do pojęcia obiekt budowlany w znaczeniu nadanym przez dyrektywę dotyczące zamówień publicznych. Definicja „obektu budowlanego” przyjęta przez prawo unijne (tj. dyrektywę 2014/23/UE, 2014/24/UE, jak i dyrektywę 2014/25/UE) jest wspólna i autonomiczna w systemie zamówień publicznych, a więc przepisy prawa krajowego, w tym przepisy prawa budowlanego, nie mają znaczenia dla interpretacji tego pojęcia na gruncie UmowaKoncU. Zasadni-

cze znaczenie dla ustalenia, czy mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany, będzie mieć to, czy wynik całości robót budowlanych lub inżynierskich może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Ocena zaś, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym, powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które będzie spełniał.

8. **Definicja postępowania o zawarcie umowy koncesji.** Zgodnie z definicją zawartą w UmowaKoncU należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, wstępnego ogłoszenia informacyjnego albo przekazania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji w celu dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa koncesji. Postępowanie można zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą upublicznienia przez zamawiającego ogłoszenia o koncesji wstępnego ogłoszenia informacyjnego albo przesłania zaproszenia do zawarcia umowy koncesji. Warto wskazać, że art. 2 pkt 6 UmowaKoncU nie określa natomiast momentu zakończenia postępowania o zawarcie umowy koncesji. Aktualne na gruncie przepisów komentowanej ustawy pozostaje stanowisko SN wyrażone w uchwale z 17.12.2010 r. (III CZP 103/10, Biul. SN 2010, Nr 12, s. 11), zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się **z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego**. Innymi przypadkami zakończenia postępowania jest np. jego unieważnienie w przypadkach przewidzianych w UmowaKoncU. Warto przypomnieć, że zamawiający dysponuje dużą swobodą w organizacji postępowania. Minimalne wymogi w tym zakresie określone zostały w treści art. 30 ust. 1 dyrektywy 2014/23/UE (wskazując konieczność równego dostępu do informacji dla kandydatów lub oferentów, zasadę równego traktowania, proporcjonalności, niedyskryminacji i przejrzystości), co zostało odzwierciedlone w przepisach UmowaKoncU.
9. **Definicja robót budowlanych.** Zgodnie z UmowaKoncU należy pod tym pojęciem rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy 2014/23/UE lub obiektu budowlanego, lub realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Pojęcie robót budowlanych w rozumieniu art. 2 pkt 8 UmowaKoncU oraz dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE jest autonomicznym pojęciem i ma znaczenie tylko na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych. Ewentualne rozbieżności z definicjami przyjętymi przez przepisy prawa polskiego (zwłaszcza przepisami prawa budowlanego) nie będą mieć znaczenia prawnego w przypadku sporów interpretacyjnych. Definicja „robót budowlanych”, która została zawarta w dyrektywie 2014/23/UE różni się od definicji przyjętej w przepisach UmowaKoncU oraz ZamPubU.
10. **10. Wpływ zamawiającego na roboty.** Dyrektywa 2014/23/UE wskazuje, że wymogi określone przez zamawiającego powinny mieć „decydujący wpływ na rodzaj lub projekt obiektu. Definicja przyjęta w UmowaKoncU odpowiada natomiast treści przepisów UmowaKoncU. Roboty budowlane polegają na wykonaniu albo zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych lub obiektu budowlanego, a także realizacji obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Różnica ta może być istotna, zwłaszcza w sytuacjach gdyby powstały wątpliwości dotyczące roli zamawiającego w określaniu przedmiotu robót. Realizacja obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego” to sytuacja, w której koncesjonariusz ma wykonać gotowy obiekt budowlany, jak również umowy o roboty budowlane, których przedmiotem będzie wykonanie

objektu budowlanego zgodnego z wymaganiami zamawiającego na gruncie niestanowiącym własności zamawiającego, a następnie przeniesienie własności lub innych praw do gotowego obiektu. Kwestia uznania za roboty budowlane przeniesienia własności budynku dopiero po jego wybudowaniu była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w wyroku z 16.9.2009 r. (II CSK 104/09, Legalis), w którym SN przesądził, że w przypadku nabycia budynku przed jego wybudowaniem, gdy obiekt spełnia wymogi co do przyszłego obiektu czy finansuje prace, mamy do czynienia z zamówieniem na roboty budowlane.

11. **Środki komunikacji elektronicznej.** Zgodnie z UmowaKoncU przez środki komunikacji elektronicznej należy rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1219) lub faks. Zgodnie z art. 2 pkt 5 ŚwiadUsłElektU środki komunikacji elektronicznej są to rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną. Elektroniczne środki komunikacji powinny być traktowane na równi z formą pisemną. „Pisemne” lub „na piśmie” oznacza każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić, a następnie przekazać, w tym informacje przesyłane i przechowywane za pomocą środków elektronicznych.

12. **Usługi.** Zgodnie z definicją w UmowaKoncU przez usługi należy rozumieć świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 ZamPublU. Zgodnie z art. 2 pkt 2 ZamPublU przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy (definicja negatywna). Co ciekawe, w dyrektywie 2014/24/UE zamówienie publiczne na usługi jest zdefiniowane jako zamówienie, którego przedmiotem jest świadczenie usług innych niż roboty budowlane.

13. **Wykonawca.** Zgodnie z definicją zawartą w UmowaKoncU przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej lub grupę takich podmiotów, które ubiegają się o zawarcie umowy koncesji lub złożyły ofertę. Pojęcie wykonawcy powinno być interpretowane szeroko, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą dane osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności, a także udziału w danym postępowaniu (np. konsorcjum; TSUE podkreślił w wyr. z 18.12.2014 r., C-568/13, Legalis, iż szerokie znaczenie pojęcia „wykonawca” ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia konkurencji na rynku). Katalog zamawiających w stosunku do podmiotów obowiązanych do stosowania KoncesBudU uległ rozszerzeniu o zamawiających sektorowych, tj. jednostki sektora finansów publicznych, podmioty prawa publicznego i przedsiębiorstwa publiczne, którzy staną się uprawnieni do zawierania umów koncesji w celu prowadzenia tzw. działalności sektorowej, zgodnie z definicją zawartą w przepisach UmowaKoncU. Polski ustawodawca wyodrębnił dwie definicje – koncesjonariusza oraz wykonawcy, różnicując te pojęcia fazą postępowania.

14. **Zamawiający.** Zgodnie z definicją przyjętą w UmowaKoncU przez zamawiającego należy rozumieć:

- 1) podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ZamPublU;
- 2) przedsiębiorstwo publiczne, przez które należy rozumieć przedsiębiorstwo, na które podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ZamPublU, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio może wywierać dominujący wpływ przez:
  - a) posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji w tym przedsiębiorstwie,

- b) kontrolowanie ponad połowy głosów przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo,
- c) prawo do powoływania ponad połowy członków organ zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa,
- d) jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej.

**15 15. Koncesjodawca a zamawiający.** W aktualnej UmowaKoncU zastąpiono używane na gruncie KoncesBudU pojęcie „koncesjodawca” – pojęciem „zamawiający”, które jest określeniem właściwszym z uwagi na fakt, że ta sama grupa podmiotów jest zobowiązana do udzielania zamówień w drodze zarówno zamówień publicznych, jak i umów koncesji na roboty budowlane lub usługi. UmowaKoncU odsyła w zakresie definicji zamawiającego do odpowiednich przepisów ZamPublU (tu do art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ZamPublU). Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ZamPublU zamawiającym są: jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Przepisy FinPubU w art. 9 wprowadzają zamknięty katalog jednostek sektora finansów publicznych, obejmując swoim zakresem m.in. jednostki samorządu terytorialnego, ZUS, uczelnie publiczne. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 ZamPublU zamawiającym będą także inne niż określone powyżej państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

**16 16. Podmioty prawa publicznego.** Artykuł 3 ust. 3 UmowaKoncU obejmuje także kategorię „podmiotów prawa publicznego”. Definicja ta jest autonomicznym pojęciem prawa unijnego i jest tożsama dla systemu zamówień publicznych. Status podmiotu prawa publicznego jest uzależniony od łącznego spełnienia następujących cech:

- 1) zostały utworzone w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- 2) posiadają osobowość prawną; oraz
- 3) są finansowane w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; lub których zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów lub władz; lub ponad połowa członków ich organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

W motywie 21 do dyrektywy 2014/23/UE, wskazano że definicja podmiotu prawa publicznego nie powinna obejmować podmiotów działających „w zwykłych warunkach rynkowych, mający na celu wypracowanie zysku i ponoszący straty wynikające z prowadzenia działalności nie powinien być uważany za «podmiot prawa publicznego», ponieważ potrzeby w interesie ogólnym, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których jest jego zadaniem, można uważać za potrzeby o charakterze przemysłowym lub komercyjnym”. Podobnie, motyw 21 dyrektywy 2014/23/UE wskazuje, że warunek dotyczący źródła finansowania w zakresie rozumienia pojęcia „finansowany w przeważającej części” oznacza w części większej niż połowa, oraz że finansowanie takie może obejmować wpłaty od użytkowników, które są nakładane, obliczane i ściągane zgodnie z przepisami prawa publicznego. Takimi podmiotami publicznymi będą spółki gminne (o 100% udziale/akcjach JST), które zostały utworzone przez JST w celu realizacji ściśle określonych zadań publicznych (np. w zakresie odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców gmin).

**17 17. Związki podmiotów.** Zamawiającym będą także związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.

**18 18. Przedsiębiorca publiczny.** UmowaKoncU w art. 2 pkt 11 lit. b wskazuje, że zamawiającym jest przedsiębiorstwo publiczne, w którym podmioty wskazane

w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ZamPublU pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio mogą wywierać dominujący wpływ na taki podmiot (rozumiane jako posiadanie większości udziałów, kontrola nad ponad połową udziałów lub dysponowanie prawem powoływania ponad połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa), a umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej. Katalog ten uległ rozszerzeniu w stosunku do podmiotów zobowiązanych do stosowania KoncesBudU o tzw. zamawiających sektorowych, którzy nie byli wprost objęci przepisami poprzedniej ustawy.

**19. Podmioty działające na zasadach praw wyłącznych lub specjalnych.** UmowaKoncU w art. 2 pkt 11 lit. c obejmuje także inne podmioty niż te wskazane w lit. a i b omawianego przepisu, które wykonują działalność sektorową na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych, o których mowa w przepisach ZamPublU. Zgodnie z definicją określoną w 3 ust. 2 ZamPublU prawami specjalnymi lub wyłącznymi są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty. Prawami szczególnymi lub wyłącznymi nie będą prawa przyznane w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji, ale także inne postępowania (np. dot. wydania zezwoleń czy koncesji). Motyw 22 dyrektywy koncesyjnej także podkreśla, że jeśli takie prawo zostało przyznane w drodze procedury opartej na obiektywnych kryteriach, zgodnych w szczególności z prawodawstwem unijnym, i w przypadku której zapewniono odpowiednie upublicznienie postępowania, to nie będzie mieć miejsca nadanie prawa wyłącznego/specjalnego.

### **Art. 3. [Zakres umowy koncesji, ryzyko ekonomiczne koncesjonariusza]**

**1.** Na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem.

**2.** W przypadku powierzenia koncesjonariuszowi:

- 1) wykonania robót budowlanych – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane);
- 2) świadczenia usług i zarządzania tymi usługami – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi).

**3.** Koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą.

**4.** 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.

**5.** Oceniając ryzyko ekonomiczne, uwzględnia się w spójny i jednolity sposób wartość bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza.

## Spis treści

	Nb
1. Definicja umowy koncesji . . . . .	1
2. Cechy umowy koncesji . . . . .	2
3. Wyłączenia stosowania przepisów ustawy o koncesji . . . . .	3
4. Korzyść i odpłatność jako elementy umowy koncesji . . . . .	4
5. Bezpośrednie przysporzenie gospodarcze . . . . .	5
6. Koncesja jako jeden ze sposobów realizacji zadań publicznych . . . . .	6
7. Definicja nabycia . . . . .	7
8. Ryzyko ekonomiczne jako kluczowe pojęcie koncesji . . . . .	8
9. Ryzyko popytu . . . . .	9
10. Ryzyko, większość ryzyka . . . . .	10
11. Gwarancja pokrycia zwrotu nakładów przez zamawiającego . . . . .	11
12. Ograniczenie ryzyka ekonomicznego . . . . .	12
13. Koncesja a zagospodarowanie przestrzenne – możliwe problemy prawne . . . . .	13
14. Koncesja na gruncie należącym do koncesjonariusza . . . . .	14
15. Nieruchomość jako element wynagrodzenia koncesjonariusza . . . . .	15
16. Koncesja a umowa urbanistyczna . . . . .	16
17. Analizy przedrealizacyjne – brak ustawowego obowiązku ich przeprowadzania, brak sankcji . . . . .	17
18. Analiza opłacalności koncesji . . . . .	18
19. Korzyść z przeprowadzenia analizy przedrealizacyjnej . . . . .	19
20. Prace legislacyjne . . . . .	20

- 1 1. Definicja umowy koncesji.** Zgodnie z art. 3 ust. 1 UmowaKoncU na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. Ustawodawca rozróżnia umowę koncesji na roboty budowlane [gdy w przypadku wykonania robót budowlanych – wynagrodzenie stanowi wyłączenie prawa do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością oraz umowę koncesji na usługi, gdy wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi)]. Definicja koncesji została wypracowana na gruncie prawa unijnego, wobec czego kwalifikacja konkretnego stosunku prawnego w prawie krajowym pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy jest on objęty zakresem stosowania odpowiednich przepisów prawa unijnego, w tym przypadku dyrektywy 2014/23/UE (por. art. 5 pkt 1 dyrektywy 2014/23/UE), a także odpowiedniego orzecznictwa TSUE (ocena, czy dana umowa stanowi zamówienie publiczne czy umowę koncesji jest możliwa przy wzięciu pod uwagę wszelkich okoliczności sprawy i należy do sądu krajowego. Por. wyr. z 10.11.2011 r., C-348/10, Legalis, w którym TSUE wskazał, że „zamówieniem na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d tej dyrektywy jest umowa, przez którą kontrahent na podstawie przepisów prawa publicznego i klauzul umownych regulujących świadczenie usług nie przejmuje znacznej części ryzyka, które ponosi organ zamawiający. Do sądu krajowego należy ocena, czy sporna w postępowaniu przed nim transakcja powinna zostać zaklasyfikowana jako koncesja na usługi lub jako zamówienie publiczne na usługi z uwzględnieniem wszystkich charakterystycznych cech rzeczonyj transakcji).
- 2 2. Cechy umowy koncesji.** Koncesją jest umowa o charakterze odpłatnym zawierana na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług lub robót budowlanych i zarządzanie tymi usługami lub robotami co najmniej jednemu wykonawcy,



w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością (por. art. 5 pkt 1 lit. a i b dyrektywy 2014/23/UE).

**3. Wyłączenia stosowania przepisów ustawy o koncesji.** O wyłączeniach 3  
stosowania przepisów UmowaKoncU zob. kom. do art. 5.

**4. Korzyść i odpłatność jako elementy umowy koncesji.** Kluczowe znaczenie 4  
dla ustalenia zakresu pojęciowego koncesji mają zatem pozostałe elementy jej definicji, a mianowicie:

- 1) uzyskanie przez zamawiającego „korzyści” ze strony koncesjonariusza w postaci „nabycia” określonego świadczenia oraz
- 2) zasady dotyczące wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego lub koncesji, czyli element odpłatności.

Elementy dotyczące „korzyści” i „nabycia” – pierwotnie niewyrażone wprost w przepisach, ani krajowych, ani unijnych – stanowią wyraz odpowiedzi TSUE na coraz to bardziej złożone transakcje dokonywane w państwach członkowskich. Elementy „korzyści” i „nabycia” określonego świadczenia są wspólne zarówno dla definicji zamówienia publicznego, jak i koncesji. Związek ten wynika zwykle z faktu, że świadczenia takie są realizowane z inicjatywy zamawiającego i odpowiadają jego specyficznym i określonym potrzebom o charakterze materialnym. Charakterystykę umowy w sprawie zamówienia publicznego w tym kontekście przedstawił TSUE, który wskazał, że: „[...] odpłatny charakter umowy oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę zamówienia publicznego, **otrzymuje z tego tytułu świadczenie w zamian za świadczenie wzajemne**” (wyr. TSUE z 25.3.2010 r., C-451/08, Zb. Orz. 2010, s. I-02673, pkt 48).

**5. Bezpośrednie przysporzenie gospodarcze.** Rozwijając znaczenie terminu 5  
świadczenie wzajemne, podkreśla się, że z punktu widzenia zamawiającego powinno dojść do bezpośredniego przysporzenia gospodarczego, które leży w interesie zamawiającego, przy czym nie jest konieczne, by świadczenie to miało formę nabycia przedmiotu materialnego (uzyskania prawa własności). Można wyróżnić przykłady transakcji związanych z bezpośrednim przysporzeniem gospodarczym, np. gdy zamawiający staje się właścicielem robót lub obiektu budowlanego stanowiącego przedmiot zamówienia, zamawiający ma tytuł prawny zapewniający mu możliwość dysponowania obiektem budowlanym będącym przedmiotem zamówienia publicznego, w celu przeznaczenia go na cele publiczne (na przykład na podstawie umowy dzierżawy lub najmu), zamawiającemu przysługują korzyści gospodarcze czerpane z użytkowania lub zbycia obiektu budowlanego w przyszłości, zamawiający współfinansował inwestycję lub ponosi ryzyko ewentualnego niepowodzenia gospodarczego związanego z użytkowaniem obiektu (wyr. TSUE z 25.3.2010 r., C-451/08, Zb. Orz. 2010, s. I-02673, pkt 50–52). Tradycyjnie przyjmuje się, że prawo do eksploatacji jest związane bezpośrednio z obiektem będącym przedmiotem koncesji (klasyczny przykład koncesji na budowę i eksploatację autostrady). Nie jest natomiast konieczne, by zamawiający stał się właścicielem przedmiotu zamówienia (obektu budowlanego). W wyr. TSUE z 18.1.2007 r. (C-220/05, Legalis) sąd zbadał relacje prawne pomiędzy zamawiającym – miastem Roanne a wykonawcą, które przewidywały realizację parku rozrywki w kilku częściach. Pierwsza część zakładała budowę kompleksu kinowego i obiektu handlowego z przeznaczeniem do sprzedaży osobom trzecim, jak również obiektów budowlanych, które miały zostać oddane miastu, a mianowicie budynku parkingowego oraz dróg dojazdowych i powierzchni publicznych. Kolejne części, których realizacja zakładała podpisanie dodatkowych umów, obejmowały przede wszystkim budowę innych obiektów handlowo-usługowych i hotelu. Celem transakcji z punktu widzenia miasta była zmiana kwalifikacji nieatrakcyjnej części terenu urbanistycznego oraz

stworzenie warunków dla promocji rozwoju i turystyki w mieście. TSUE uznał to za wystarczający argument, aby stwierdzić, że umowa zawarta między miastem a wykonawcą spełnia funkcję gospodarczą, którą uznaje się za jeden z elementów definicji zamówienia publicznego a roboty budowlane. Ponadto, TSUE uznał, że realizacja parku rozrywki odpowiada wymogom określonym przez miasto Roanne.

- 6 6. Koncesja jako jeden ze sposobów realizacji zadań publicznych.** Unijne przepisy o koncesji nie mają na celu objęcia wszystkich sposobów wydatkowania środków publicznych czy dysponowania majątkiem publicznym, lecz tylko takie, które dotyczą **nabycia** określonego świadczenia, które może być kwalifikowane jako roboty budowlane, dostawa lub usługa (w wyr. z 25.3.2010 r., C-451/08, *Legalis*, TSUE wykluczył z koncepcji bezpośredniego przysporzenia w sensie gospodarczym jedynie samo wykonywanie kompetencji regulacyjnych przypisanych zamawiającemu, np. działania zamawiającego na gruncie przepisów prawa budowlanego, czy przyjmowanie planów miejscowych).
- 7 7. Definicja nabycia.** Termin „nabycie” należy rozumieć szeroko i zgodnie z kierunkiem wyznaczonym przez TSUE, jako uzyskiwanie bezpośrednich korzyści gospodarczych, dla osiągnięcia których uzyskanie przez zamawiającego prawa własności nie jest konieczne. Dla przykładu, w wyroku z 29.10.2009 r. (C-536/07, *Komisja przeciwko Niemcom*, *Legalis*), Trybunał badając transakcję, w ramach której zamawiający (Miasto Kolonia) zawarło długoterminową umowę najmu obiektów hal targowych, które miałyby dopiero zostać wybudowane przez wykonawcę na jego gruncie, podkreślił, że „bezpośrednim celem umowy **nie mógł być najem** nieruchomości, których budowa jeszcze się nie rozpoczęła. Tak więc priorytetowym celem tej umowy była (...) budowa tych obiektów, które następnie miały zostać oddane do dyspozycji miastu, za pośrednictwem umownego stosunku zakwalifikowanego jako «umowa najmu»” (wyr. TSUE z 29.10.2009 r., C-536/07, *Komisja przeciwko Niemcom*, *Legalis*, pkt 56). Kluczowe dla wyodrębnienia koncesji jako umowy odpłatnej jest zatem uzyskanie bezpośredniej korzyści gospodarczej w zamian za świadczenie wzajemne (wyr. TSUE z 29.10.2009 r., C-536/07, *Komisja przeciwko Niemcom*, *Legalis*, pkt 48; *M. Szydło*, Prawna koncepcja zamówienia publicznego, s. 179 i n.).
- 8 8. Ryzyko ekonomiczne jako kluczowe pojęcie koncesji.** W typowych zamówieniach publicznych wynagrodzeniem wykonawcy jest zazwyczaj płatność przekazywana przez zamawiającego (względnie przekazywana przez osobę trzecią na polecenie zamawiającego), co z kolei wiąże się z tym, że wykonawca nie ponosi ryzyka operacyjnego w zakresie otrzymania tego wynagrodzenia, bowiem jeśli prawidłowo zrealizuje świadczenie, to otrzyma wynagrodzenie w pełnej wysokości. Główna cecha koncesji, czyli prawo do eksploatacji obiektów budowlanych lub wykonywania usług, zawsze pociąga za sobą przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka o charakterze ekonomicznym wykonywania koncesji. W taki sposób ustawodawca zrehabilitował przepis art. 3 ust. 3 UmowaKoncU, wskazując że udzielenie koncesji na roboty budowlane wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją tych obiektów i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z podażą, albo oba te rodzaje ryzyka. Ustawodawca w art. 3 ust. 4 UmowaKoncU zdecydował się na zdefiniowanie pojęcia „ryzyko ekonomiczne”. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu UmowaKoncU, brak tej definicji na gruncie KoncesBudU rodził wątpliwości prawne i praktyczne związane ze stosowaniem modelu koncesyjnego. W UmowaKoncU wskazano, że koncesjonariusz ponosi ryzyko wahanía rynku, tak aby potencjalnie szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie mogły mieć jedynie charakteru nominalnego lub nieistotnego. Ryzyko ekonomiczne powinno wynikać z czynników, które pozostają poza kontrolą stron.