

INWESTYCJE

Problem zabezpieczania umów koncesji w partnerstwie publiczno-prywatnym

Przepisy o koncesjach stanowią elastyczne narzędzie współpracy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. Jednak ogólny charakter wielu z nich powoduje w praktyce problemy interpretacyjne. Wątpliwości dotyczą m.in. tego, czy dopuszczalne jest zabezpieczenie przez koncesjodawcę kredytu udzielonemu koncesjonariuszowi, np. poprzez ustanowienie hipoteki na nieruchomości, będącej przedmiotem projektu PPP.

Wątpliwości dotyczące dopuszczalności zabezpieczenia przez koncesjodawcę, np. samorząd, poprzez ustanowienie hipoteki na nieruchomości będącej przedmiotem projektu realizowanego w formule partnerstwa publiczno-prywatnego kredytu udzielonego koncesjonariuszowi ogniskują się wokół jednego pytania. **Czy takie działanie nie spowoduje przeniesienia ryzyka ekonomicznego inwestycji na podmiot publiczny, co może skutkować koniecznością zmiany kwalifikacji umowy z koncesji na zamówienie publiczne?**

W przypadku koncesji na roboty budowlane i usługi, to koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji (art. 1 ust. 3 ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi).

W doktrynie prawniczej nie zostało dotychczas wypracowane jednolite stanowisko w tej sprawie. Niektórzy prawnicy są zdania (np. Piotr Liberski w nr. 13/14 z 2010 r. „Gazety Samorządu i Administracji”), że nie jest dopuszczalne ustanowienie zabezpieczenia spłaty kredytu albo innych zobowiązań finansowych koncesjonariusza, gdyż skutkuje to przeniesieniem całego ryzyka inwestycyjnego z przedsiębiorcy na władze samorządowe. Z kolei np. Michał Zieniewski (ABC Wolters Kluwer Business, 25.7.2008 r.) uważa, że koncesjodawca powinien liczyć się z koniecznością zabezpieczenia pozycji kredytodawców, w przypadku gdy koncesjonariusz nie jest w stanie obsługiwać kredytu, przynajmniej w przypadku zaistnienia okoliczności, za

które – zgodnie z umową koncesyjną – koncesjonariusz nie ponosi odpowiedzialności.

Pojęcie „wykonywanie koncesji”

Rozważania problemu należy rozpocząć od ustalenia, co powinno się rozumieć przez pojęcie „wykonywanie koncesji”. Jeśli przyjmie się, że termin ten odnosi się do całego okresu, na który zawarta zostaje umowa, to **ryzyko ekonomiczne należy rozpatrywać w długoterminowej perspektywie czasowej**. W takiej sytuacji powinno się brać pod uwagę okres eksploatacji, a więc przede wszystkim ryzyko popytowe związane z niepewnością koncesjonariusza odnośnie do przyszłych zysków z inwestycji. Jeżeli natomiast uzna się, że wykonywanie koncesji wiąże się jedynie z nakładami na realizację obiektu, wówczas problematyka szacowania ryzyka ekonomicznego powinna zostać zawężona.

O koncesjach pisaliśmy w nr. 13/14 z 2010 r. „GSiA” w artykule pt. „Kiedy wybrać koncesję, a kiedy zamówienie publiczne”.

Patrz strona www.gsia.infor.pl

>> Archiwum >> Rok 2010 >> nr 13/14.

W analizie pomocne może okazać się prawo europejskie. W Komunikacie z 2000 r. *Commission interpretative communication on concessions under Community law (2000/C 121/02)* Komisja Europejska stwierdziła, że **ryzyko wynikające z koncesji przenoszone jest na koncesjonariusza w przypadku prawa eksploatacji obiektu**. Nie ma się natomiast do czy-



Przy ocenie ryzyka należy brać pod uwagę cały okres, na jaki zawarta jest umowa koncesji.

nienia z koncesją w sytuacji, w której zasadnicza część kosztów budowy ponoszona jest przez podmiot publiczny i jednocześnie wykonawca nie otrzymuje zwrotu nakładów od użytkowników obiektu. Także w **orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości** widoczna jest linia orzecznicza, zgodnie z którą **element odróżniający koncesję od zamówienia publicznego stanowi ryzyko popytowe związane z poziomem dochodów** (np. wyrok ETS z 18 lipca 2007 r. C-382/05).

Wydaje się, że stanowiska te bliższe są szerokiemu ujmowaniu ryzyka w umowach koncesji, tzn. przy ocenie ryzyka nakazują brać pod uwagę cały okres, na który zawarta jest umowa koncesji.

Decyzja na podstawie analizy

Nawet jednak uznając, że przez pojęcie „wykonywanie koncesji” należy rozumieć realizację obiektu budowlanego, nie można, naszym zdaniem, jednoznacznie przesądzić, że zabezpieczenie przez koncesjodawcę kredytu koncesjonariusza wyklucza ponoszenie przez niego zasadniczej części ryzyka ekonomicznego. **Każdorazowo konieczna jest bowiem dogłębna analiza okoliczności faktycznych i prawnych.** Nie jest wykluczone, że pomimo zabezpieczenia znacznej części kredytu przez podmiot publiczny, wciąż będzie się miało do czynienia z koncesją. Podmiot publiczny może bowiem tak ułożyć warunki umowy z koncesjonariuszem, aby zminimalizować ponoszone ryzyko ekonomiczne, np. poprzez **wymóg dokonania przez koncesjonariusza cesji umowy ubezpieczenia.**

Przy tej ocenie równie istotne będą takie okoliczności, jak status prawny potencjalnego koncesjonariusza, jego sytuacja finansowa itp. Dopiero po szczegółowej analizie można określić, jaką część ryzyka będą ponosić strony umowy.

Należy zatem stwierdzić, że ocena ryzyka ekonomicznego w umowie koncesji powinna następować każ-

dorazowo na podstawie konkretnego stanu prawnego i faktycznego.

Tworząc przepisy o koncesjach, **ustawodawca pozostawił podmiotom publicznym znaczny zakres swobody**, m.in. poprzez zastosowanie zwrotów niedookreślonych, takich jak „ryzyko ekonomiczne”, czy „wykonywanie koncesji”.

To podmiot publiczny, dokonujący wszechstronnej analizy złożonej oferty, musi zdecydować, czy przedstawiona w toku postępowania oferta spowoduje przeniesienie zasadniczej części ryzyka ekonomicznego z koncesjonariusza na koncesjodawcę.

Na koniec warto jeszcze raz podkreślić, że brak jednoznacznego stanowiska odnośnie do możliwości zabezpieczenia kredytu podmiotu prywatnego w umowie koncesji niesie za sobą istotne konsekwencje praktyczne. Problem ten dotyczy już kilku postępowań prowadzonych w trybie ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Trudno się zresztą dziwić, że banki żądają ustanawiania zabezpieczeń udzielanych inwestorom kredytów na nieruchomościach. Z pewnością podobne sytuacje będą powtarzać się w przyszłości.

Rafał Cieślak
Zbigniew Wojciechowski

Kancelaria Doradztwa Gospodarczego
Cieślak & Kordasiewicz



Podstawa prawna

- Ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. nr 19, poz. 101; ost.zm. Dz.U. z 2010 r. nr 106, poz. 675)