

Warszawa, 21 czerwca 2023 r.

**Stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie waloryzacji wynagrodzenia
koncesjonariusza za etap robót budowlanych w ramach umów koncesji, w których
wynagrodzeniem koncesjonariusza jest wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu
budowlanego albo takie prawo wraz z płatnością**

Umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, podobnie jak umowy w sprawach zamówień publicznych, są umowami celu publicznego, ale w odróżnieniu od zamówień publicznych zasadniczo nie wiążą się z zaangażowaniem środków pieniężnych pochodzących od zamawiających w celu zapłaty wynagrodzenia za świadczenia zrealizowane przez koncesjonariuszy. W przypadku umowy koncesji na roboty budowlane świadczeniem koncesjonariusza na rzecz zamawiającego jest realizacja robót budowlanych objętych taką umową, czego rezultatem jest powstanie zamówionego obiektu budowlanego, natomiast świadczeniem zamawiającego jest udostępnienie koncesjonariuszowi wybudowanego obiektu w celu gospodarczego wykorzystania tego obiektu. Świadczenia obu stron umowy koncesji są ekwiwalentne co oznacza, że wartość nabywanego przez koncesjonariusza prawa do korzystania z wybudowanego przez niego obiektu opowiada wartości rynkowej robót budowlanych, które będą zrealizowane przez koncesjonariusza na rzecz zamawiającego, niezależnie od tego, że obiektywnie wartość ekonomiczna tych świadczeń nie musi być jednakowa. W niektórych umowach koncesji ekwiwalentność świadczeń zapewniana jest dodatkowo poprzez dopłaty realizowane przez zamawiającego na rzecz koncesjonariusza.

Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2023 r. poz. 140), dalej „ustawa o umowie koncesji” w art. 3 ust. 1 i 2 stanowi, że 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 (umowa koncesji na roboty budowlane), a w przypadku 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).

Ponadto jak wynika z art. 3 ust. 3 ustawy o umowie koncesji, koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą.

W oparciu o powyższą definicję możliwe są dwa modele wynagrodzenia koncesjonariusza w odniesieniu do umowy koncesji na roboty budowlane: albo wyłącznie prawo do eksploatacji przez koncesjonariusza obiektu budowlanego zrealizowanego przez niego w ramach umowy koncesji albo takie prawo wraz z płatnością. Pierwszy model wynagrodzenia przewiduje wyłącznie prawo

do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy koncesji – zamawiający stosując ten model nie wypłaca koncesjonariuszowi wynagrodzenia za wykonanie obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy koncesji w pieniądzu. Waloryzacja wynagrodzenia w pierwszym z wymienionych wyżej modeli wynagrodzenia nie znajdzie zatem zastosowania, gdyż odnosi się ona do świadczenia pieniężnego; ma na celu, w związku ze zmianą siły nabywczej pieniądza w okresie obowiązywania umowy, utrzymanie realnej wartości świadczenia pieniężnego na poziomie takim, jaki został ustalony w dniu zawarcia umowy.

Waloryzacja może być brana pod uwagę w drugim modelu wynagrodzenia - mieszanej konstrukcji wynagrodzenia koncesjonariusza – prawie do eksploatacji połączonym z płatnością ze strony zamawiającego (płatności te mogą być realizowane przez zamawiającego w formule płatności za dostępność jak i w formule stałych dopłat do płatności wnoszonych przez użytkowników końcowych). Waloryzacja wynagrodzenia w tym przypadku może być przeprowadzona bądź na podstawie postanowień umowy koncesji takich jak klauzule adaptacyjne, a jeżeli takich postanowień umowa koncesji nie zawiera – poprzez zmianę postanowień umowy koncesji w przypadkach wystąpienia sytuacji określonych ustawą o umowie koncesji; na podstawie co najmniej jednej z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 1 pkt 1-6 ustawy o umowie koncesji.

W szczególności zmiany w umowie koncesji, stosownie do art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy o umowie koncesji, w tym odnoszące się do waloryzacji wynagrodzenia, mogą być dokonane na podstawie takich postanowień umownych, które zostały przewidziane na etapie postępowania o zawarcie umowy koncesji w postaci jednoznacznych postanowień umownych określających zakres zmian, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia koncesjonariusza, charakter oraz warunki wprowadzenia tych zmian.

Na podstawie art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy o umowie koncesji zmiana umowy jest możliwa, gdy konieczność takiej zmiany spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Zmiany na tej podstawie są zatem możliwe wówczas, gdy ich wprowadzenie jest konieczne oraz gdy są one związane z okolicznościami, których wystąpienie na etapie zawierania umowy nie było brane przez zamawiającego pod uwagę, gdyż zostało uznane za nieprawdopodobne lub mało prawdopodobne. Do takich okoliczności w przypadku konkretnej umowy koncesji mogą być zaliczone np.: klęska żywiołowa, hiperinflacja, pandemia COVID-19 czy wojna na Ukrainie. Nie uwzględnianie określonych okoliczności na etapie zawierania umowy koncesji ze względu na małe prawdopodobieństwo ich wystąpienia powinno być oceniane w odniesieniu do zachowania granic należytej staranności przez zamawiającego, a więc z uwzględnieniem takich czynników jak: charakter przedmiotu umowy koncesji, ogólna sytuacja rynkowa i polityczna oraz dobre praktyki i zwyczaje przyjęte w odniesieniu tego typu kontraktów i konstrukcji warunków finansowych umowy. Przy czym, w przypadku umowy koncesji zawartej przez zamawiającego dla celów wykonywania działalności innej niż działalność sektorowa, każdorazowe zwiększenie wartości umowy koncesji w okolicznościach wcześniej nieprzewidywanych, o których mowa w art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy o umowie koncesji, nie może

przekroczyć 50% wartości umowy koncesji określonej pierwotnie oraz zmiany nie mogą mieć na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (art. 46 ust. 3 ustawy o umowie koncesji). Ustawa o umowie koncesji w art. 46 ust. 2 przewiduje dalsze ograniczenie we wprowadzaniu zmian postanowień umowy koncesji na podstawie art. 46 ust. 1 pkt 3 – zmiany te nie mogą prowadzić do zmiany ogólnego charakteru umowy. W odniesieniu do umowy koncesji zmianą ogólnego charakteru umowy może być np. zmiana przedmiotu czy sposobu realizacji umowy koncesji na inny lub zmiana prowadząca do przeniesienia większości ciężaru ryzyka ekonomicznego umowy na zamawiającego i uzyskanie przez koncesjonariusza gwarancji zwrotu kosztów związanych z umową koncesji. Należy podkreślić, że możliwość modyfikacji umowy koncesji na podstawie art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy o umowie koncesji istnieje również wtedy, gdy zamawiający przewidział klauzule przeglądowe w oparciu o art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy o umowie koncesji, ale ze względu na okoliczności, których wcześniej nie można było przewidzieć zakres tych klauzul okazuje się niewystarczający.

W kontekście zagadnienia przedstawionego do oceny i ekwiwalentności świadczeń w umowie koncesji należy również zauważyć, że podniesienie wartości świadczenia realizowanego przez koncesjonariusza – wykonywanych robót budowlanych - z zasady przekłada się na odpowiednie podniesienie wartości świadczenia realizowanego przez zamawiającego w postaci prawa do korzystania przez koncesjonariusza z wybudowanego przez niego obiektu budowlanego. Zmiany umowy mające na celu zachowanie ekwiwalentności świadczeń w ramach umowy koncesji odnosić się mogą zatem nie tylko do waloryzacji pieniężnego wynagrodzenia koncesjonariusza, ale również do innych elementów umowy koncesji, które oddziałują na warunki ekonomiczne umowy. Wśród takich warunków finansowych umowy są m.in. przychody uzyskiwane przez koncesjonariusza, w tym nie tylko płatności od zamawiającego, jeżeli takie są przewidziane umową, ale także przychody z opłat od użytkowników obiektu eksploatowanego przez koncesjonariusza, dotacje celowe uzyskane od zamawiającego i innych podmiotów publicznych, usługi i dostawy uzyskane od zamawiającego na poczet realizacji umowy, oraz inne elementy umowy składające się wartość ekonomiczną świadczenia uzyskiwanego przez koncesjonariusza. Należy przy tym zaznaczyć, że zmiany umowy, o których mowa wyżej powinny być ograniczone do przywrócenia ekwiwalentności świadczeń w ramach umowy koncesji. Jeżeli zamawiający zamierza zmienić warunki umowy koncesji, które wykraczają poza zmiany umowy dopuszczalne zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy o umowie koncesji, zobowiązany jest on przeprowadzić nowe postępowanie o zawarcie umowy koncesji lub postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jak wskazuje art. 46 ust. 9 ustawy o umowie koncesji. Zmiany w zakresie warunków finansowych umowy koncesji są zatem co do zasady możliwe na ogólnych zasadach poprzez zmianę postanowień umowy koncesji w przypadku wystąpienia sytuacji określonych ustawą o umowie koncesji; na podstawie co najmniej jednej z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 1 pkt 1 - 6 ustawy o umowie koncesji. Wprowadzenie takich zmian nie może jednak prowadzić do zmiany ogólnego charakteru i zasadniczych warunków umowy, w tym do przeniesienia większości ryzyka

związanego z wykonywaniem umowy koncesji na zamawiającego – po wprowadzeniu zmian ryzyko ekonomiczne związane z popytem i podażą powinno nadal obciążać przede wszystkim koncesjonariusza.

Przedstawione wyżej stanowisko odnosi się wyłącznie do zagadnień, które na podstawie art. 52 ust. 1 ustawy o umowie koncesji pozostają w zakresie właściwości Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i nie uwzględnia odniesienia się do kwestii zmian umów o partnerstwie publiczno-prywatnym w modelu koncesyjnym ze względu na brak kompetencji w odniesieniu do dokonywania wykładni przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2023 r. poz. 30 i poz. 203).