

Opis przedmiotu zamówienia a forma powierzenia zadania

Budowa i eksploatacja sieci telekomunikacyjnej

Zasadnicze cechy dotyczące opisu przedmiotu zadania, które determinują właściwą podstawę prawną realizacji inwestycji w szerokopasmowe sieci telekomunikacyjne w kontekście zamówienia publicznego oraz koncesji.

Wojciech Hartung

Counsel w Praktyce Infrastruktury
i Energetyki kancelarii Domański
Zakrzewski Palinka.

Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element determinujący krąg potencjalnych wykonawców wyrażających chęć zawarcia umowy w celu realizacji zadania publicznego. Determinuje również podstawę prawną wyboru wykonawcy, a tym samym konsekwencje z tym związane dla umowy powierzenia wykonania zadania. Od czasu przyjęcia regulacji dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego oraz koncesji ustawowe możliwości realizacji zadań publicznych uległy znacznemu rozszerzeniu w porównaniu z klasycznym modelem opartym wyłącznie na ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zamówienie publiczne czy koncesja

W kontekście zadań samorządu wskazanych w art. 3 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej: uwrust) wskazać należy,

że każde z nich może być realizowane zarówno w formule zamówienia publicznego, jak i koncesji.

Nie ulega wątpliwości, że decyzje podejmowane przez podmioty publiczne i dotyczące przede wszystkim zakresu zadania oraz formy przewidzianego wynagrodzenia dla wykonawcy będą pociągały za sobą określoną formę prawną jego realizacji.

W obu przypadkach zasadniczym aspektem jest wyodrębnienie elementu powierzenia (zlecenia) realizacji określonego – opisanego w stosownym, właściwym dla danej ustawy dokumencie – zadania oraz zasady wynagrodzenia wykonawcy.

Jeśli inicjatorem działań dotyczących budowy lub eksploatacji infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych oraz zleceniodawcą wyznaczającym ich zakres będzie samorząd, który w zamian określi w umowie powierzenia dany model wynagrodzenia, będziemy mieli do czynienia z umową o charakterze zamówienia publicznego lub koncesji. Może to również dotyczyć sytuacji nabycia prawa do istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, jeśli samorząd

Art. 3 ust. 1 uwrust

1. Jednostka samorządu terytorialnego może w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej:

- 1) budować lub eksploatować infrastrukturę telekomunikacyjną i sieci telekomunikacyjne oraz nabywać prawa do infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych;
- 2) dostarczać sieci telekomunikacyjne lub zapewniać dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej;
- 3) świadczyć, z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, usługi na rzecz:
 - a) przedsiębiorców telekomunikacyjnych,
 - b) podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne,
 - c) użytkowników końcowych – w zakresie i na warunkach określonych w art. 6 i 7.

w ramach kilku odrębnych umów zleci wykonanie takiej infrastruktury lub sieci, zobowiąże się do jej nabycia w przyszłości, a następnie ją nabydzie. Za kluczowe należałoby w takim przypadku uznać przede wszystkim to, czy zlecenie zawierało zobowiązanie do nabycia takiej infrastruktury po jej wykonaniu wraz z gwarancją stosownego wynagrodzenia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyrok z dnia 16 września 2009 r. – II CSK 103/09), fakt zawierania szeregu umów o różnym charakterze nie będzie mieć znaczenia dla głównego celu, jakim jest powierzenie wykonania określonej inwestycji w zamian za wynagrodzenie.

Zaprojektowanie i wybudowanie sieci

Nie ulega wątpliwości, że realizacja zadania w zakresie projektowania i budowy infrastruktury telekomunikacyjnej, jak również sieci szerokopasmowych może zostać przeprowadzona na zasadach zamówienia publicznego. Samorząd powierza w tym przypadku wybranemu wykonawcy wskazane zadanie w zamian za określone w umowie wynagrodzenie.

W tym modelu wynagrodzenie podmiotu prywatnego nie jest związane z wielkością przychodów, jakie samorząd może uzyskać w związku z eksploatacją infrastruktury lub sieci, tj. przede wszystkim z opłatami, które uzyska od przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którym ta infrastruktura będzie udostępniana.

Udostępnianie infrastruktury lub sieci przez samorząd odbywa się na zasadach określonych w odrębnych umowach, które można nazwać umowami operatorskimi. Zakres powierzenia nie obejmuje w tym przypadku eksploatacji zbudowanej infrastruktury, a tym samym nie będzie mowy o tym, że wykonawca przejmie ryzyko ekonomiczne związane z jej wykorzystaniem. Wynagrodzenie wykonawcy

Modele powierzenia budowy lub eksploatacji infrastruktury telekomunikacyjnej

Powierzenie realizacji zadania polegającego na budowie lub eksploatacji infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych może się odbywać co najmniej w jednym z dwóch modeli:

- 1) model rozdrobniony, w którym samorząd przeprowadza dwa (lub więcej) postępowania konkurencyjne:
 - a) w pierwszym wybierze wykonawcę odpowiedzialnego za budowę (lub również zaprojektowanie) infrastruktury szerokopasmowej, co będzie się zazwyczaj odbywać w formule zamówienia publicznego,
 - b) w drugim wybierze wykonawcę – operatora infrastruktury, który będzie utrzymywał infrastrukturę na podstawie zawartej umowy w zamian za możliwość zatrzymania przychodów wynikających z jej eksploatacji, co może przybrać formę koncesji,
- 2) model kompleksowy, w którym wykonawca zostanie wyłoniony w procedurze konkurencyjnej i któremu zostanie powierzone zaprojektowanie, wybudowanie i eksploatacja sieci, co – w zależności od struktury i wielkości rynku, a tym samym również opisu przedmiotu zadania – może przybrać formułę zamówienia publicznego lub koncesji.

pozostanie bezpośrednio związane z wypełnieniem warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego i w przypadku prawidłowej realizacji zadania jest gwarantowane w określonej i wynikającej ze złożonej oferty kwocie.

Istotnym kryterium udzielenia zamówienia będzie cena, za jaką podmiot prywatny zaoferuje wykonanie zadania przy założeniu, że będzie ona obejmowała całość wydatków niezbędnych do realizacji zadania. Rzecz jasna, warte rozważenia jest również oparcie wyboru wykonawcy na innych pozacenowych kryteriach, dotyczących w szczególności technicznych aspektów oferty oraz organizacji pracy wykonawcy, w tym organizacji prac zespołu odpowiedzialnego za wykonanie zamówienia (metodyka wykonania zamówienia).

W sytuacjach, w których podmiot publiczny będzie powierzał zadanie polegające wyłącznie na projektowaniu i budowie infrastruktury telekomunikacyjnej lub sieci szerokopasmowej,

model zamówienia publicznego będzie rozwiązaniem, które znajdzie zastosowanie niezależnie od struktury rynku, tj. potencjalnych użytkowników zainteresowanych ich eksploatacją oraz warunków, na jakich ta eksploatacja miałaby zostać powierzona.

Zaprojektowanie, budowa i eksploatacja sieci

Powierzenie realizacji zadania obejmującego zarówno projektowanie i budowę oraz eksploatację infrastruktury lub sieci szerokopasmowej również może przybrać formę zamówienia publicznego. Będzie tak w szczególności w przypadkach, w których przewidziane przychody wykonawcy związane z eksploatacją nie będą wystarczające do pokrycia nakładów potrzebnych na wykonanie zadania i uzyskanie zaledowanego zysku.

Model zamówienia publicznego będzie wykorzystywany wszędzie tam, gdzie uwarunkowania lokalne związane przede wszystkim z liczbą odbiorców usług – zarówno przedsiębiorców,

↓
jak również osób prywatnych – oraz ich gotowością do ponoszenia wydatków za usługi telekomunikacyjne (np. dostęp do internetu) w powiązaniu z nakładami niezbędnymi na wykonanie przez wykonawcę powierzonych zadań nie będą wskazywały na opłacalność jego realizacji.

Opis warunków koncesji

Powierzenie realizacji zadania wskazanego w art. 3 ust. 1 uwrust będzie oparte na koncesji, gdy wykonawca będzie ponosił zasadniczą część ryzyka ekonomicznego. W przypadku powierzenia realizacji zadania polegającego na stworzeniu infrastruktury telekomunikacyjnej podstawowym źródłem wynagrodzenia wykonawcy będzie prawo do czerpania zysków z jej udostępniania podmiotom trzecim – przedsiębiorcom telekomunikacyjnym świadczącym usługi hurtowe lub detaliczne na rzecz użytkowników końcowych.

Integralnym elementem powierzenia jest w tym przypadku zarządzanie i eksploatacja infrastruktury, przy czym przez eksploatację należy rozumieć prawo do jej udostępniania oraz czerpania z tego prawa pożytków. To właśnie to prawo stanowi bowiem główny składnik wynagrodzenia wykonawcy w modelu koncesyjnym.

Należy wskazać, że model koncesyjny może znaleźć zastosowanie zarówno w przypadku powierzenia zadania obejmującego projektowanie i budowę infrastruktury wraz z jej zarządzaniem, jak również wyłącznie zarządzanie (w tym przypadku projekt i budowa zostałyby powierzone w innej procedurze na zasadach właściwych dla zamówienia publicznego).

Choć model koncesji wydaje się być atrakcyjny z punktu widzenia samorządu, to jego wykorzystanie w praktyce jest uzależnione od gotowości wykonawców do przejęcia ryzyka uzyskania wynagrodzenia, tj. sprzedaży usług telekomunikacyjnych dalszym odbiorcom. To zaś jest ściśle powiązane

ze strukturą rynku, przede wszystkim liczbą podmiotów zainteresowanych korzystaniem z tych usług oraz zdolnością do ponoszenia przez nich kosztów świadczenia tych usług.

Ryzyko w zakresie wynagrodzenia

W przypadku modelu koncesyjnego mamy do czynienia z takim ukształtowaniem warunków umowy powierzenia, z których wynika brak gwarancji uzyskania przez podmiot prywatny wynagrodzenia na poziomie, który prowadziłby do odzyskania całości związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy nakładów, co wynika z art. 1 ust. 3 ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ponadto, podmiot prywatny powinien ponosić zasadniczą część ryzyka ekonomicznego związanego z prowadzoną działalnością. Kryterium „zasadniczości” nie zostało zdefiniowane, jednak wydaje się, że oznacza ono, iż ewentualne płatności lub metoda zapewnienia ich uzyskania przewidziana w umowie przez samorząd nie powinna prowadzić do gwarancji wynagrodzenia wykonawcy znacząco przekraczającej 50%. Należy przy tym wskazać, że element „zasadniczości” nie został zdefiniowany ani w prawie krajowym, ani unijnym, ani w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości UE. Model koncesyjny wykorzystywany w innych krajach UE, np. we Francji (tzw. *Délégation de Service Public*) wskazuje, że akceptowalny jest poziom ryzyka ponoszonego przez wykonawcę na poziomie ok. 30%.

Odmienne natomiast niż w przypadku modelu opartego na ustawie Prawo zamówień publicznych, gdzie wynagrodzenie za prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia jest w całości przewidziane w umowie, w przypadku modelu koncesyjnego jego poziom jest uzależniony od popytu na usługi, tj. od opłat uzyskiwanych od przedsiębiorców telekomunikacyjnych korzystających z sieci.

Należy przy tym wskazać, że wynagrodzenie podmiotu prywatnego w modelu opartym na zamówieniu publicznym nie musi oznaczać, że jest ono wypłacane jednorazowo po zakończeniu realizacji zadania. Nie jest wykluczone ukształtowanie wynagrodzenia podmiotu prywatnego np. na zasadach równych, okresowych płatności uzależnionych od spełnienia przez podmiot prywatny standardów jakościowych realizowanego zadania, określonych w umowie powierzenia. Będzie tak w szczególności, gdy umowa powierzenia będzie długoterminowa, a istotną jej częścią będzie element utrzymania infrastruktury spełniającej określone parametry jakościowe. W takim przypadku wynagrodzenie podmiotu prywatnego może przybrać charakter tzw. opłaty za dostępność (*availability payment*), co może również stanowić element, który należy brać pod uwagę przy ewentualnej kwalifikacji umowy jako partnerstwa publiczno-prywatnego.

Podsumowując, opis przedmiotu zadania determinuje właściwą podstawę prawną realizacji inwestycji w sieci telekomunikacyjne w kontekście zamówienia publicznego oraz koncesji. W obu przypadkach zasadniczym aspektem jest wyodrębnienie elementu powierzenia (zlecenia) realizacji określonego zadania – opisanego w stosownym, właściwym dla danej ustawy dokumencie – oraz przewidywany sposób uzyskiwania wynagrodzenia za jego realizację przez wybranego w procedurze konkurencyjnej wykonawcę.

Podstawa prawna

- Ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (DzU nr 106, poz. 675 ze zm.)
- Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DzU z 2009 r. nr 19, poz. 101)