

2012

# Analiza stanu prawnego w zakresie realizacji projektów w formule PPP

Sporządzony na potrzeby

"Analizy potencjału podmiotów publicznych  
i przedsiębiorstw do realizacji projektów  
Partnerstwa Publiczno-Prywatnego"

dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości

Irena Herbst

Aleksandra Jadach-Sepiolo

# Analiza stanu prawnego w zakresie realizacji projektów w formule PPP

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości  
Warszawa 2012

Raport został opracowany w ramach projektu systemowego: „Partnerstwo publiczno-prywatne” realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3 „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”

**Opracowanie:**

Irena Herbst

Aleksandra Jadach-Sepioło

**Wydawca:**

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83

00-834 Warszawa

[www.parp.gov.pl](http://www.parp.gov.pl)

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2012



Publikacja współfinansowana ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego  
w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki

## SPIS TREŚCI:

|           |  |          |
|-----------|--|----------|
| <b>1.</b> | <b>WPROWADZENIE .....</b>  | <b>3</b> |
| <b>2.</b> | <b>CELE BADANIA, ZAGADNIENIA BADAWCZE.....</b>                             | <b>4</b> |
| 2.1       | Cele badania .....   | 4        |
| 2.2.      | Zagadnienia badawcze .....   | 7        |
| <b>3.</b> | <b>ZASTOSOWANA METODOLOGIA.....</b>  | <b>8</b> |
| <b>4.</b> | <b>WYNIKI PRZEPROWADZONYCH BADAŃ .....</b>                                 | <b>8</b> |
| 4.1.      | Definicja PPP wykorzystana w analizie prawnej .....                        | 8        |
| 4.2       | Historia regulacji PPP w Polsce .....                                      | 9        |
| 4.2.1     | Regulacje poprzedzające ustawę o PPP .....                                 | 9        |
| 4.2.2     | Uchwalenie pierwszej ustawy o PPP .....                                    | 11       |
| 4.3       | Podstawy prawne PPP w Polsce .....   | 12       |
| 4.3.1     | Ustawa o PPP .....   | 14       |
| 4.3.1.1   | Wprowadzenie .....   | 14       |
| 4.3.2     | Prawo zamówień publicznych.....  | 21       |
| 4.3.3     | Ustawa o koncesji .....  | 24       |
| 4.3.4     | Ustawa o prywatyzacji.....   | 26       |
| 4.3.5     | Inne przepisy stanowiące podstawę do realizacji PPP – Kodeks Cywilny ..... | 27       |
| 4.4       | Przepisy istotne dla realizacji PPP .....                                  | 31       |
| 4.4.1     | Regulacje Wspólnoty Europejskiej .....                                     | 31       |
| 4.4.1.2   | Zamówienia publiczne oraz koncesje .....                                   | 31       |
| 4.4.1.3   | Zinstytucjonalizowane PPP .....  | 32       |
| 4.4.1.4   | Decyzja EUROSTAT 18/2004.....  | 34       |
| 4.4.1.5   | Inne regulacje .....   | 35       |
| 4.4.1.6   | Projekty hybrydowe .....   | 36       |
| 4.4.2     | Ustawa o finansach publicznych.....  | 38       |
| 4.4.2.1   | Zaciąganie zobowiązań długoterminowych .....                               | 38       |
| 4.4.2.2   | Wpływ transakcji PPP na dług publiczny .....                               | 38       |
| 4.4.2.3   | Kwalifikacja opłaty za dostępność.....                                     | 40       |
| 4.4.3     | Pomoc publiczna .....  | 41       |
| 4.4.4     | Gospodarka nieruchomościami.....   | 42       |
| 4.4.5     | Ustawy samorządowe .....   | 44       |
| 4.4.6.    | Podatki .....  | 47       |
| 4.5       | Zasady dobrych praktyk PPP .....   | 48       |
| 4.6       | Realizacja projektów .....   | 50       |
| 4.6.1.    | Dialog konkurencyjny.....  | 51       |
| 4.6.2.    | Postępowanie koncesyjne .....  | 51       |
| 4.6.3.    | Odwołania .....  | 52       |
| 4.6.4.    | Zawarcie umowy .....   | 52       |
| 4.6.5.    | Zmiany umowy.....  | 53       |
| 4.6.6.    | Podwykonawcy .....   | 54       |

|               |   |           |
|---------------|---|-----------|
| <b>4.7.</b>   | <b>Szczególne regulacje niektórych projektów .....</b>    | <b>55</b> |
| <b>4.7.1</b>  | <b>Autostrady płatne .....</b>                            | <b>55</b> |
| <b>4.7.2.</b> | <b>Ochrona zdrowia .....</b>                              | <b>56</b> |
| <b>4.7.3.</b> | <b>Gospodarka odpadami .....</b>                          | <b>57</b> |
| <b>4.7.4.</b> | <b>Energetyka .....</b>                                   | <b>58</b> |
| <b>4.7.5.</b> | <b>Obiekty sportowe.....</b>                              | <b>59</b> |
| <b>4.7.6.</b> | <b>Obiekty drogowe.....</b>                               | <b>61</b> |
| <b>4.8.</b>   | <b>Funkcjonalność i dysfunkcjonalność przepisów .....</b> | <b>62</b> |

## 1. WPROWADZENIE

---

Prezentowany Raport pn. Analiza stanu prawnego w zakresie realizacji projektów w formule PPP jest efektem kolejnego z zadań w ramach badania pn. *Analiza potencjału podmiotów publicznych i przedsiębiorstw do realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego*, realizowanego w ramach projektu systemowego PARP „Partnerstwo publiczno-prywatne”, finansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Poddziałanie 2.1.3.

Celem niniejszego badania było dokonanie analizy stanu prawnego w zakresie realizacji projektów w formule PPP w obszarach zadań w szczególności wymienionych w art. 7 ust.1 Ustawy o samorządzie gminnym, art. 4 ust. 1 Ustawy o samorządzie powiatowym i art. 14 ust. 1 Ustawy o samorządzie województwa oraz sformułowanie rekomendacji dotyczących zmian w prawie obowiązującym, aby umożliwić rozwój projektów PPP w Polsce.

Przeprowadzone badanie jakościowe stworzyło obraz obecnego stanu prawnego, co dało podstawę do zdiagnozowania problemów i trudności o charakterze formalno-prawnym, które wiążą się z realizacją projektów partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce. Okres objęty Raportem to czas od pojawienia się w Polsce nowoczesnego sposobu realizacji zadań publicznych przy współpracy z sektorem prywatnym (2005 r.) do końca 3 kwartału 2011 r.

Jesteśmy przekonani, że niniejszy Raport zyska Państwa uznanie i będzie stanowić punkt wyjścia do wypracowania rekomendacji wsparcia tej nowoczesnej formuły realizacji zadań publicznych w przyszłości.

Anna Świebocka-Nerkowska  
Dyrektor Departamentu Rozwoju Kapitału Ludzkiego  
Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

## 2. CELE BADANIA, ZAGADNIENIA BADAWCZE

---

### 2.1 Cele badania

Analiza przepisów prawa europejskiego i krajowego obowiązujących w Polsce w zakresie problematyki partnerstwa publiczno-prywatnego. Analiza ta objęła:

#### 1) Akty prawne Wspólnoty Europejskiej:

- Traktat Lizboński z 13 grudnia 2007 zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dziennik Urzędowy C 306 z 17 grudnia 2007),
- Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej ustalony Traktatem Lizbońskim (wersja skonsolidowana Dziennik Urzędowy C 83 z 30 marca 2010),
- Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi,
- Manual on Government Deficit and Debt - Implementation of ESA95”, Eurostat Methodologies and Working Papers, Publications Office of the European Union, European Commission and Eurostat, Luxembourg, 2012 Edition,
- Decyzja EUROSTAT nr 18/2004 z dnia 11 lutego 2004 r. o klasyfikacji zobowiązań z tytułu PPP zakresie długu publicznego,
- Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji z 15 listopada 2005 r.,
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów z dnia 19 listopada 2009 r. w sprawie zwiększania znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych,
- Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP) z dnia 5 lutego 2008 r.,
- Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 29 kwietnia 2000 r. w sprawie interpretacji przepisów dotyczących udzielenia koncesji na podstawie prawa wspólnotowego,
- Wytyczne Komisji w sprawie udanego partnerstwa publiczno-prywatnego. Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego opublikowane przez Komisję Europejską, Dyktoriał Generalny ds. Polityki Regionalnej, w styczniu 2003 r.,
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji (20062043 (INI)) z dnia 26 października 2006 r.,
- Zielona księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Komisja Wspólnot Europejskich Bruksela, 30.04.2004 r., COM (2004),

- Rozporządzenia Rady nr 1083/2006, ustanawiającego ogólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności (Dziennik Urzędowy L. 210/25),
- Komunikat Komisji z dnia 10 lipca 2007 w sprawie elementów pomocy państwa w sprzedaży gruntów i budynków przez władze publiczne (97/C 209/03), C 209/03.

## 2) Przepisy prawa polskiego:

- Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym - Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 169, poz. 1420) zwana dalej **pierwszą ustawą o PPP**,
- Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym - Ustawa z 19 grudnia 2008 r. (Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100) zwana dalej **ustawą o PPP**,
- Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi - Ustawa z 9 stycznia 2009 r. (Dz. U. z 2009, Nr 19, poz. 101) zwana dalej **ustawą o koncesji**,
- Ustawa Prawo zamówień publicznych - Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2010, Nr 113, poz. 759) zwana dalej **ustawą PZP**,
- Ustawa o gospodarce komunalnej - Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. (Dz. U. 2011, Nr 45, poz. 236) zwana dalej **ustawą o gospodarce komunalnej**,
- Ustawa o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym - Ustawa z dnia 27 października 1994 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571) zwana dalej **ustawą o funduszu drogowym**,
- Ustawa o gospodarce nieruchomościami - Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. (Dz. U. 2010, Nr 102 poz. 651) **zwana dalej ustawą o gospodarce nieruchomości**,
- Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie - Ustawa z dnia 22 stycznia 2010 r. (Dz. U. 2010, 234 poz. 1536) zwana dalej **ustawą o wolontariacie**,
- Ustawa o działalności leczniczej - Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. (Dz. U. 2011 Nr 112, poz. 654) zwana dalej **ustawą o działalności leczniczej**,
- Ustawa o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych – Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 (Dz. U. 2008 Nr 164, poz. 1027) zwana dalej **ustawą o świadczeniach zdrowotnych**,
- Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków – Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. (Dz. U. 2006, Nr 123 poz. 858) zwana dalej **ustawą wodnościekową**,
- Ustawą o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych – Ustawa z dnia 7 maja 2010 r. (Dz. U. 2010 Nr 106, poz. 675) zwana dalej **ustawą o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych**,
- Kodeks cywilny – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. 1964 Nr 16 poz. 93 z póź. zm.) zwana dalej **Kodeksem Cywilnym lub kc**,
- Kodeks postępowania administracyjnego – Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. (Dz. U. 1960 Nr 30 poz. 168 z póź. zm.) zwana dalej **kpa**,
- Kodeks spółek handlowych – Ustawa z dnia 15 września 2000 r. (Dz. U. 2000 Nr 94 poz. 1037 z póź. zm.) zwana dalej **ksh**,
- Ustawa o finansach publicznych – Ustawa z dnia 27 września 2009 r. (Dz. U. 2009 Nr 157 poz. 1240 z póź. zm.) zwana dalej **ustawą o finansach publicznych**,
- Ordynacja podatkowa z dnia 29.08.1997 (Dz. U. 2005 Nr 8 poz. 60 tekst ujedn.) zwana dalej **ordynacją**,



- Ustawa o działalności gospodarczej – Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 o działalności gospodarczej (Dz. U. 1988, Nr 41 poz. 324 ) zwana dalej **ustawą o działalności gospodarczej**,
- Ustawa o komercjalizacji i prywatyzacji – Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 (Dz. U. 2002 Nr 171, poz. 1397) zwana dalej **ustawą o prywatyzacji**,
- Ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej – Ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. (Dz.U.2007 Nr 59, poz. 404) zwana dalej **ustawą o pomocy publicznej**,
- Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114) zwana dalej **ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansowej**,
- Ustawa dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. z 2004 r., Nr 146, poz. 1546, z późn. zm.) zwana dalej **ustawą o funduszach inwestycyjnych**,
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2010 roku w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym do długu Skarbu Państwa (Dz. U. Nr 252, poz. 1692),
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. 2010 Nr 20, poz. 103)
- Krajowe wytyczne dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007-2013.

Z uwagi na fakt prawnego umocowania formuły PPP w prawodawstwie europejskim analizie poddane zostało również wskazane w treści raportu i przypisach orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS), które stanowi istotną wskazówkę w interpretacji przepisów prawnych zarówno Wspólnoty Europejskiej jak i krajowych.

Przedmiotem analizy prawnej była również analiza dobrych praktyk w zakresie rozwoju systemu PPP. Polska ustawa o PPP jest ustawą ramową niezakreślającą sztywno zadań i obowiązków, co daje możliwość elastycznego kształtowania partnerstwa w oparciu o umowę o PPP. Ustawodawca w uzasadnieniu do ustawy o PPP powołuje się na stosowanie dobrych praktyk przy realizacji projektów PPP. Brak tych dobrych praktyk w Polsce wymaga odwołania do praktyk w innych krajach.

Ponadto w ramach analizy wykorzystano następujące źródła:

- Rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w nowej Europie, PWC, 2004 r.,
- Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships, UNECE, New York and Geneva, 2008 r.,
- Przewodnik po materiałach informacyjnych: Zbiór tekstów źródłowych dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego EPC EIB, 2011 r.,
- Zarządzanie usługami komunalnymi, Partnerstwo publiczno-prywatne, Teoria i praktyka, Jarosław Zysnarski, Gdańsk, 2003,
- Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Michał Kulesza, Michał Bitner, Agata Kozłowska, Dom Wydawniczy ABC, 2006 r.,
- Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, Komentarze Becka 2010 r.,
- Partnerstwo-publiczno-prywatne, pod redakcją Agnieszki Gajewskiej-Jedwabny, Wydawnictwo Beck 2007 r.,

- Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Praktyczny Komentarz, Tomasz Skoczyński Lex 2012 r.,
- Partnerstwo publiczno-prywatne, Katarzyna Płonka Bielenin, Tomasz Moll, Difin, 2012 r.,
- Komentarz do ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi, Wojciech Goneta, LexisNexis, 2009 r.,
- Ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi, Komentarz, Grzegorz Mazurek, PRESSCOM, 2009 r.,
- Koncesja na roboty budowlane lub usługi, Andrzej Panasiuk, C.H.Beck, 2009 r.,
- Opłata za dostępność – Interpretacja prawna i finansowa pojęcia wraz z opinią na temat wybranych zagadnień dotyczących podziału ryzyka, wpływu na dług publiczny oraz klasyfikacji opłaty za dostępność w budżetach podmiotów publicznych – dokument przygotowany w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna 2007- 2013 Warszawa marzec 2012 r.

## **2.2. Zagadnienia badawcze**

Głównym celem badawczym była analiza i diagnoza w zakresie obowiązujących przepisów dotyczących PPP, w tym identyfikacja barier prawnych w zakresie realizacji przedsięwzięć PPP. W niniejszym raporcie:

- przedstawiono obowiązujący stan prawny na tle wcześniejszych przepisów z uwzględnieniem przykładów zrealizowanych przedsięwzięć,
- wskazano szereg istniejących barier prawnych,
- dokonano analizy funkcjonalności przepisów prawa i ich spójności z zaznaczeniem możliwych luk,
- przedstawiono wpływ przepisów prawa na możliwości pozyskania finansowania w związku z regulacją długu i deficytu publicznego,
- dokonano analizy form prawnych, na jakich mogą być realizowane przedsięwzięcia PPP,
- przedstawiono kwestie pomocy publicznej w odniesieniu do przedsięwzięć PPP,
- dokonano analizy zróżnicowania prawnego zaangażowania się w przedsięwzięcia PPP różnych podmiotów publicznych,
- dokonano prezentacji specyfiki realizacji przedsięwzięć PPP w różnych dziedzinach.

### **3. ZASTOSOWANA METODOLOGIA**

---

Opracowanie wykonano w oparciu o analizę wyżej wymienionych dokumentów i publikacji oraz wyników badań przeprowadzonych w ramach zadań (1 – 4) opisanego we wprowadzeniu Zamówienia PARP.

### **4. WYNIKI PRZEPROWADZONYCH BADAŃ**

---

#### **4.1. Definicja PPP wykorzystana w analizie prawnej**

Terminem partnerstwa publiczno-prywatnego określa się projekty inwestycyjno-eksploatacyjne realizowane w oparciu o umowę długoterminową wspólnie przez władze publiczne i podmioty sektora prywatnego (podmioty rynkowe), których celem jest stworzenie niezbędnej infrastruktury rzeczowej, finansowej i organizacyjnej, umożliwiającej świadczenie usług publicznych.

Istotna w tej definicji jest wspólnota działań sektora publicznego i prywatnego - tworzona po to, by obaj partnerzy wspólnego działania mogli dobrze realizować cele, dla których istnieją. Partner publiczny – świadczyć usługi publiczne, do czego zobowiązują go przepisy prawa, partner prywatny – prowadzić działalność gospodarczą i osiągać z tego tytułu zyski. Partnerstwo publiczno-prywatne to, z założenia, nie prywatyzacja działań władzy publicznej, zwolnienie jej z obowiązków świadczenia usług publicznych czy też odpowiedzialności za poziom dostępności do nich. W przedsięwzięciu PPP rozdzielone zostają domeny działań gospodarczych i odpowiedzialności politycznej (prawnej). Sprywatyzowane zostają działania gospodarcze – proces inwestycyjny, eksploatacji i zarządzania projektem. Za obowiązek zapewnienia usług publicznych, poziom i jakość nadal odpowiada jednak władza publiczna. Umowa o PPP ma charakter cywilno-prawny, określa prawa i obowiązki obu stron, identyfikuje i wycenia ryzyko oraz zawiera mechanizm pozwalający na wypłatę wynagrodzenia dla partnera prywatnego w adekwatnej wysokości do podjętych w umowie zobowiązań w zakresie poziomemu i standardu świadczonych przez niego usług.

Do tej szerokiej definicji będziemy odwoływać się w opracowaniu części prawnej. Trzeba pamiętać, że obowiązują nas reguły unijne i PPP musi spełniać warunki oczekiwane przez Komisję Europejską. Komisja Europejska nie definiuje jednoznacznie PPP, a jedynie zakreśla ramy, w których mieszczą się zróżnicowane, zależne od specyfiki przedsięwzięcia i jego aktorów, relacje pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. Dopuszcza się zatem różnorodność form współpracy obu partnerów, w efekcie których następuje zwiększenie świadczenia usług publicznych<sup>1</sup>. Kluczowe kwestie z punktu widzenia Komisji Europejskiej w ramach realizacji przedsięwzięcia w systemie PPP to:

---

<sup>1</sup> A. Glapa, Partnerstwo publiczno-prywatne, jako metoda realizacji zadań publicznych, Ministerstwo Gospodarki i Pracy Departament Polityki Regionalnej, Warszawa 2005, s. 9.

- zapewnienie otwartego dostępu podmiotów prywatnych do realizacji zadań publicznych,
- zapewnienie uczciwej konkurencji w procedurze wyboru partnera,
- ochrona szeroko pojętego interesu publicznego,
- przejrzyste i precyzyjne określenie optymalnego poziomu zaangażowania środków publicznych niezbędnych dla osiągnięcia celu przedsięwzięcia jak i zapobieżenia pozyskania nienależnego zysku przez partnera prywatnego,
- wybór optymalnego modelu PPP,
- maksymalizacja wartości dodanej uzyskiwanej dzięki PPP w stosunku do innych sposobów realizacji zadań z zapewnieniem jasnych zasad ogólnych i szczegółowych realizacji projektu<sup>2</sup>.

## 4.2 Historia regulacji PPP w Polsce

### 4.2.1 Regulacje poprzedzające ustawę o PPP

Przyjmując powyższą funkcjonalną definicję PPP, niektóre z projektów zrealizowanych tuż po zmianach politycznych i gospodarczych z przełomu lat 80/90tych można zakwalifikować jako projekty partnerstwa publiczno-prywatnego. Realizowane one były w oparciu o obowiązującą wówczas regulację prawną i zasadę wolności gospodarczej sformułowaną w ustawie o działalności gospodarczej<sup>2</sup>. Zgodnie z art. 4 tej ustawy *„Podmioty gospodarcze w ramach prowadzonej działalności gospodarczej mogą podejmować czynności i działania, które nie są przez prawo zabronione.”* W ramach gospodarczego rewolucyjnego entuzjazmu powstawały zarówno jednoznacznie później negatywnie ocenione *„spółki nomenklaturowe”*, jak i projekty kładące podwaliny pod rozwój polskiego rynku kapitałowego<sup>3</sup>.

Przez wiele lat projekty PPP w odróżnieniu na przykład od publicznych ofert papierów wartościowych realizowane były bez świadomości ich szczególnego charakteru. W związku z tym nie przestrzegano istotnych standardów wypracowanych w praktyce międzynarodowej. W efekcie, z czasem, projekty stawały się przedmiotem publicznej krytyki oraz rozgrywek politycznych.

Pierwszą ustawą regulującą jeden z modeli partnerstwa publiczno-prywatnego była ustawa z 27 października 1994 o autostradach płatnych. Ustawa ta przewidywała system koncesyjny (Build Operate Transfer) w odniesieniu do budowy autostrad płatnych w Polsce. Regulacje te okazały się wystarczające jedynie w odniesieniu do budowy jednego projektu autostradowego: odcinka A2 Nowy Tomyśl – Konin, realizowanego przez Autostradę Wielkopolską SA. W projekcie tym finansowy udział Skarbu Państwa ograniczył się do przewidzianej ustawą gwarancji Skarbu Państwa, w odniesieniu do kredytu udzielonego przez Europejski Bank Inwestycyjny. W odniesieniu do innych odcinków przewidywane dochody z opłat wymagały bezpośredniego zaangażowania finansowego Skarbu Państwa. Ponieważ dotychczasowe przepisy ustawy o autostradach płatnych nie dawały takich

<sup>2</sup> Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Komisja Wspólnot Europejskich, Bruksela, 30.04.2004, COM(2004) 327 final, s. 4.

<sup>3</sup> Giełda papierów Wartościowych powstała 12 kwietnia 1991 roku w oparciu o ustawę Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi uchwaloną 22 marca 1991 roku. Akcje pierwszych pięciu prywatyzowanych spółek trafiły do obrotu publicznego pół roku wcześniej

możliwości, stało się to bodźcem do zmiany ustawy o autostradach płatnych 8 września 2000 roku i wprowadzenia Krajowego Funduszu Autostradowego, przekształconego później w Krajowy Fundusz Drogowy. Przepisy te ulegały kolejnym zmianom i obowiązują do dzisiaj. W oparciu o nie zrealizowano w Polsce cztery z podjętych ośmiu projektów PPP dotyczących autostrad płatnych.

Kolejną podstawą prawną do partnerstwa publiczno-prywatnego był art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej<sup>4</sup>. Przepisy tej ustawy dawały prawo jednostkom samorządu terytorialnego do tworzenia bądź przystępowania do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych. W odróżnieniu od ustawy o autostradach płatnych<sup>5</sup> przepisy ustawy o gospodarce komunalnej<sup>6</sup> nie regulowały kompleksowo partnerstwa publiczno-prywatnego, a raczej przez swój ogólny charakter nie wykluczały tej formy współpracy. Ograniczenia wynikające z tej ustawy dotyczyły zakresu, w jakim jednostki samorządu terytorialnego mogły tworzyć spółki i przystępować do nich. Zakres ten ograniczony był do działalności użyteczności publicznej oraz innych enumeratywnie wymienionych przypadków, w których taka działalność jest dopuszczalna. Ograniczenia te nadal pozostają w mocy. Rzeczywistą przeszkodą w tworzeniu projektów PPP była w tym wypadku ustawa o finansach publicznych<sup>7</sup> z dnia 30 czerwca 2005 r. (Dz. U. 2005 nr 249 poz. 2104) i wynikająca z niej zasada jednorocznego budżetowania, ogólny charakter przepisów i brak wzorców dobrych praktyk.

Dodatkową podstawą prawną do tworzenia projektów PPP przez jednostki samorządu terytorialnego w obszarze gospodarki wodnościekowej stała się ustawa wodnościekowa<sup>8</sup>. Ustawa ta zaliczyła zbiorowe zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków do zadań własnych gminy. Jednocześnie wprowadziła pojęcie przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego w odniesieniu do formy prowadzenia omawianej działalności i dopuściła do podejmowania jej również przez podmioty prywatne. Skoro zatem zbiorowe zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy, a usługi w tej dziedzinie mogą świadczyć również podmioty prywatne, oznaczało to wyraźne dopuszczenie do podejmowania projektów PPP i to zarówno w formie spółek, jak i struktur umownych. W oparciu o te przepisy podjętych zostało szereg prób realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego, w tym realizowany pod auspicjami Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju (EBOiR) projekt oparty o przedsiębiorstwo gospodarki wodnej i kanalizacyjnej w Poznaniu. Niestety tym razem na przeszkodzie stanęły z jednej strony przepisy wykonawcze dotyczące taryf na wodę, utrudniające odzyskanie jednocześnie kosztów inwestycji i pokrycia bieżących kosztów funkcjonowania projektów PPP. Z drugiej zaś strony pozycja monopolisty, przedsiębiorcy działającego w obszarze gospodarki wodnościekowej, budziła szereg obaw i konieczność interpretacji przepisów przez urząd antymonopolowy. Jako przykład przedsięwzięcia zrealizowanego w oparciu o te przepisy można przytoczyć przykład gminy w Tarnowskich Górach, która dopuściła firmę Veolia Voda należącą do francuskiego koncernu Veolia Environment – CGE, jako większościowego udziałowca do spółki wodociągowo-kanalizacyjnej.

---

<sup>4</sup> z 20 grudnia 1996, DZ. U. 2011, Nr 45, poz. 236

<sup>5</sup> z 27 października 1994, DZ. U. Nr 127, poz. 627

<sup>6</sup> z 20 grudnia 1996, DZ. U. 2011, Nr 45, poz. 236

<sup>7</sup> z 30 czerwca 2005, DZ. U. 2005, Nr 249, poz. 2104

<sup>8</sup> z 7 czerwca 2001, DZ. U. 2006, Nr 123 poz. 858

Obecnie szersze wykorzystanie przepisów tej ustawy do realizacji projektów PPP jest możliwe dzięki art. 31 ust. 1 ustawy wodociągowej<sup>9</sup>, zgodnie z którym „osoby, które wybudowały z własnych środków urządzenia wodociągowe i urządzenia kanalizacyjne, mogą je przekazywać odpłatnie gminie lub przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu, na warunkach uzgodnionych w umowie” Przepis ust.3 wskazuje, że „należność za przekazane urządzenia wodociągowe i urządzenia kanalizacyjne może być rozłożona na raty lub uwzględniona w rozliczeniach za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków”.

Podsumowując okres poprzedzający wejście w życie pierwszej ustawy o PPP warto zwrócić uwagę, że w odróżnieniu od wszystkich innych przedsięwzięć PPP, projekty autostradowe realizowane były w oparciu o kompleksową regulację prawną jaką stanowiła wyżej wskazana ustawa o autostradach płatnych<sup>10</sup>. Udział Skarbu Państwa w finansowaniu projektów autostradowych, choć początkowo ograniczony był do udzielania poręczeń i gwarancji, to nie budził wątpliwości. W przypadku innych projektów, na przykład wodnych, skromne przepisy natrafiały na istotną barierę w postaci ustawy o finansach publicznych i zasady jednorocznego budżetowania. Projekty partnerstwa publiczno-prywatnego z uwagi na to, że są projektami długoterminowymi i dotyczą usług publicznych, w znaczącym stopniu nie podlegają zwykłym regułom rynku. Ponadto czynniki polityczne mogą mieć istotny wpływ na warunki rynkowe wykonywania tych usług. W tej sytuacji wymagają udziału strony publicznej, jeżeli nie w formie bezpośredniego udziału w finansowaniu projektu, to przynajmniej w formie zagwarantowania finansowania w przypadku zmiany warunków rynkowych, wynikającej z korzystania z uprawnień władczych strony publicznej. Tego rodzaju postanowienia mogły się spotkać z zarzutem, że są „ultra vires”, to jest, że w świetle ustawy o finansach publicznych i zasady jednorocznego budżetowania zobowiązania takie przekraczają kompetencje podmiotu publicznego angażującego się w PPP i nie mogą zostać ważnie podjęte.

#### 4.2.2 Uchwalenie pierwszej ustawy o PPP

Przyjęcie ustawy z dnia 28 lipca 2005 o PPP<sup>11</sup> miało „przełamać dotychczasowe bariery, nie zamykać dotychczasowych mechanizmów współpracy i wzbogacić prawne instrumentarium współpracy między sektorem publicznym, a prywatnym” (Michał Kulesza, Michał Bitner, Agata Kozłowska Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym Dom Wydawniczy ABC 2006 str. 22). Ustawa ta została uchwalona i weszła w życie tuż przed wyborami do Sejmu i zmianą rządu. Kolejny rząd początkowo wykazywał znaczącą wstrzeźliwość wobec długoterminowej współpracy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym i nie podejmował współpracy z sektorem prywatnym w oparciu o tę ustawę. Dodatkowo, nie wydanie przepisów wykonawczych do ustawy o PPP<sup>12</sup> spowodowało wstrzymanie inicjatyw na szczeblu lokalnym. Stopniowo podejście rządu do projektów PPP ulegało zmianie. Jednocześnie, paradoksalnie, ofiarą tej zmiany stała się pierwsza ustawa o PPP, gdyż w jej zapisach upatrywano przyczyn braku współpracy strony publicznej i prywatnej przy projektach PPP.

<sup>9</sup> z 7 czerwca 2001, DZ. U. 2006, Nr 123 poz. 858

<sup>10</sup> z 27 października 1994, DZ. U. Nr 127, poz. 627

<sup>11</sup> 28 lipca 2005, DZ. U. Nr 169, poz. 1420

<sup>12</sup> 28 lipca 2005, DZ. U. Nr 169, poz. 1420

Podjęto zatem prace zmierzające do uchwalenia nowej ustawy o PPP. Nowa ustawa została już przyjęta w ramach kolejnej kadencji Sejmu przez kolejny rząd, który zainicjował dwie ustawy w obszarze PPP. Z inicjatywy Ministra Gospodarki 19 grudnia 2008 uchwalona została nowa ustawa o PPP<sup>13</sup>, natomiast z inicjatywy Ministra Infrastruktury 9 stycznia 2009 uchwalona została ustawa o koncesji<sup>14</sup>. Ustawy te od czasu uchwalenia były kilkakrotnie zmieniane i nie wszystkie te zmiany ułatwiały podejmowanie przedsięwzięć PPP, o czym wspominamy poniżej w punkcie 4.3.3., gdzie analizujemy relacje ustawy o PPP i ustawy PZP.

#### 4.3 Podstawy prawne PPP w Polsce

Mówiąc o podstawach prawnych w przypadku szeroko zdefiniowanego pojęcia PPP odwołujemy się do różnych, czasami przecinających się płaszczyzn, na których można realizować takie przedsięwzięcia. Przede wszystkim podstawą prawną mogą być przepisy kompetencyjne podmiotów publicznych, które, w ramach ogólnych kompetencji danego podmiotu oraz zasady swobody umów albo też dzięki wyraźnemu upoważnieniu, dopuszczają realizowanie projektów PPP. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na przepis art. 5a ustawy o transporcie kolejowym<sup>15</sup>, który wyłącza stosowanie ustawy o PPP<sup>16</sup> w przypadku zarządzania infrastrukturą kolejową o znaczeniu obronnym – a contrario w innym zakresie nie ma przeszkód podejmowania przedsięwzięć w oparciu o tę ustawę. Z kolei art. 13a ustawy o drogach publicznych<sup>17</sup> dopuszcza realizowanie zadań w zakresie budowy autostrad i dróg ekspresowych w oparciu o ustawę o PPP<sup>18</sup>. Ustawa o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego<sup>19</sup> w art. 3 ust. 5 stanowi natomiast, że budowa, przebudowa, remonty, utrzymanie i ochrona dróg publicznych może być prowadzona w ramach PPP, tak samo zresztą jak w ustawie o żegludze śródlądowej<sup>20</sup>, gdzie w art. 43 ust 1a przewidziano możliwość realizacji zadań z zakresu infrastruktury uregulowanej w art. 43 ust. 1 w oparciu o PPP.

Z uwagi na to, że przedsięwzięcia PPP wiążą się na ogół z dysponowaniem środkami publicznymi, dopuszczenie do realizacji takich przedsięwzięć łączy się z szeregiem ograniczeń wynikających zarówno z ustawy o finansach publicznych<sup>21</sup>, jak i innych przepisów. Stąd potrzeba dodatkowych przepisów usuwających bariery oraz określających, w jaki sposób podmioty publiczne winny działać przy podejmowaniu i realizacji przedsięwzięć PPP.

---

<sup>13</sup> 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>14</sup> 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>15</sup> z 28 marca 2003, DZ. U. 2011, Nr 45, poz. 236

<sup>16</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>17</sup> z 21 marca 1985, DZ. U. 2007, Nr 19, poz. 115

<sup>18</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>19</sup> z 16 grudnia 2005, DZ. U. 2005, Nr 267, poz. 2251

<sup>20</sup> z 21 grudnia 2000, DZ. U. 2006, Nr 123, poz. 857

<sup>21</sup> z 27 września 2009, DZ. U. 2009, Nr 157 poz. 1240

W konsekwencji PPP można obecnie realizować w Polsce w oparciu o szereg przepisów prawnych, a w szczególności ustawę o PPP<sup>22</sup> oraz ustawę o koncesji<sup>23</sup>.

Od kiedy na początku 2009 roku nowe przepisy wymienionych ustaw weszły w życie, można zauważyć wzrost liczby realizowanych przedsięwzięć infrastrukturalnych. Obydwie regulacje nie są jednak jedynymi, które umożliwiają współpracę pomiędzy sektorem publicznym a prywatnym. Obok nich w krajowym systemie prawnym taką współpracę przewidują nadal ustawa PZP<sup>24</sup>, ustawa o funduszu drogowym<sup>25</sup>, ustawa o gospodarce komunalnej<sup>26</sup>, dająca podstawę do nawiązywania współpracy publiczno-prywatnej, ustawa o gospodarce nieruchomościami<sup>27</sup> czy również ustawa o wolontariacie<sup>28</sup>.

Ponieważ ustawa o PPP<sup>29</sup> stanowi, iż partnerstwem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym, niektórzy autorzy powzięli wątpliwość czy projekty spełniające te warunki można realizować w oparciu o inne przepisy, z wyłączeniem ustawy o PPP. Tomasz Skoczyński (Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym Praktyczny Komentarz Lex Warszawa 2011 str. 21) stwierdza „*W aktualnym stanie prawnym, w świetle art. 1 ust 1 u.p.p.p. ustawa ta będzie miała zastosowanie do każdej współpracy podmiotu publicznego z prywatnym, która spełnia przesłanki legalnej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego zawartej w art.1 w zw. z art.2. u.p.p.p.*”. Wydaje się jednak, że pogląd ten idzie zbyt daleko i nie ma wystarczającego oparcia w przepisach prawnych. Gdyby przyjąć ten pogląd, po pierwsze, szereg przedsięwzięć, w tym z zakresu energetyki, telekomunikacji i mediów - zaskoczeniem dla stron - mogłoby się okazać przedsięwzięciami objętymi przepisami ustawy o PPP. Po drugie zaś, jeżeli w jakiegokolwiek dziedzinie istnieją wystarczające podstawy prawne, by PPP realizować z wyłączeniem ustawy o PPP, a strony nie widzą korzyści ze stosowania tej ustawy, brak jest uzasadnienia do włączania tej działalności w ramy ustawy i wymagania na przykład zawarcia umowy PPP.

---

<sup>22</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>23</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>24</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>25</sup> z 27 października 1994, DZ. U. 2004, Nr 256, poz. 2571

<sup>26</sup> z 20 grudnia 1996, DZ. U. 2011, Nr 45, poz. 236

<sup>27</sup> z 21 sierpnia 1997, DZ. U. 2010, Nr 102, poz. 651

<sup>28</sup> z 22 stycznia 2010, DZ.U. 2010, Nr. 234, poz. 1536

<sup>29</sup> z 19 grudnia 2008, DZ.U. 2009, Nr 19, poz. 100



### 4.3.1 Ustawa o PPP

#### 4.3.1.1 Wprowadzenie

Ustawa o PPP<sup>30</sup> jest ustawą, która zastąpiła pierwszą ustawę o PPP. Ma ona ramowy charakter, który zakłada, iż ustawa przedstawiając odpowiednie narzędzia do realizacji przedsięwzięć, stanowi równocześnie spójną całość z innymi ustawami. A przynajmniej zgodnie z założeniami twórców taką całość stanowić powinna. Zgodnie z definicją zawartą w ustawie PPP<sup>31</sup> (art.1 ust.2), PPP można określić jako wspólną realizację przedsięwzięcia, opartą na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego.

Odmienne niż pierwsza ustawa o PPP<sup>32</sup>, ustawa o PPP odformalizowała partnerstwo poprzez zniesienie obowiązku sporządzania analiz, kategoryzowania ryzyka oraz tworzenia zamkniętego katalogu przedmiotu partnerstwa. Równocześnie ustawa przyjęła, jako swoje założenie, elastyczność w konstruowaniu partnerstwa, wykorzystując trzy możliwości wyboru partnera prywatnego – PZP<sup>33</sup>, ustawę o koncesji<sup>34</sup>, a nowelizacja ustawy z maja 2010 roku dodała trzecią ścieżkę wyboru partnera prywatnego – tryb konkursowy oparty o przepisy kodeksu cywilnego<sup>35</sup>, przeprowadzany w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności.

Jeśli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa albo to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, to zastosowanie znajdą przepisy ustawy o koncesjach.

Jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego jest inne niż określone powyżej, to do wyboru partnera prywatnego znajduje zastosowanie ustawa PZP<sup>36</sup>, w szczególności przepisy o dialogu konkurencyjnym. Ponadto nowa ustawa o PPP<sup>37</sup> umożliwia realizację inwestycji PPP w oparciu o formułę spółki celowej (spółką celową może być wyłącznie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka akcyjna oraz – co stanowi novum – spółka komandytowa bądź spółka komandytowo akcyjna). Równocześnie ograniczono wymóg zgody Ministra Finansów na realizację projektu w formule PPP do przedsięwzięć, gdzie wkład własny partnera publicznego wynosi więcej niż 100 mln złotych, odmiennie skonstruowano ramy umowy o PPP oraz zapisano możliwość korzystania z funduszy europejskich przy projektach PPP. Dodatkowo, nowa ustawa za podmiot publiczny uznała spółkę prawa handlowego, gdzie podmiot publiczny ma więcej niż 50% udziałów (w odróżnieniu od ustawy z 2005 roku, gdzie za podmioty prywatne uznawano spółki nawet ze 100% udziałem podmiotów publicznych).

---

<sup>30</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>31</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>32</sup> 28 lipca 2005, Dz. U. Nr 169, poz. 1420

<sup>33</sup> z 29 stycznia 2004, Dz. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>34</sup> z 9 stycznia 2009, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>35</sup> 23 kwietnia 1964, Dz. U. 1964, Nr 16, poz. 93

<sup>36</sup> z 29 stycznia 2004, Dz. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>37</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

Bez względu na przyjęty tryb wyboru partnera prywatnego (w trybie określonym przez ustawę PZP<sup>38</sup> bądź zgodnie z ustawą o koncesji<sup>39</sup>), do wyboru najkorzystniejszej oferty mają już zastosowanie wyłącznie przepisy ustawy o PPP<sup>40</sup>. Zgodnie z art. 6 pkt. 1, 2, i 3 ustawy o PPP<sup>41</sup> z 2008 r., kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty są następujące:

**Tabela 1. Kryteria obligatoryjne i fakultatywne wyboru najkorzystniejszej oferty**

| KRYTERIA OBLIGATORYJNE  | KRYTERIA FAKULTATYWNE (m.in.)  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym</li> <li>• terminy i wysokość przewidywanych płatności innych świadczeń podmiotu publicznego (jeśli są planowane)</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym</li> <li>• stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego</li> <li>• efektywność realizacji przedsięwzięcia w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych</li> <li>• kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania, serwis<sup>42</sup></li> </ul> |

#### 4.3.1.2 Podmioty

Za podmiot publiczny uznaje się, zgodnie z art.2 pkt. 1 ustawy o PPP<sup>43</sup> jednostkę sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 9 ustawy o finansach publicznych<sup>44</sup>, inną osobę prawną utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- finansują ją w ponad 50% lub
- posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

oraz ziązki wyżej wymienionych podmiotów.

<sup>38</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>39</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>40</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>41</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>42</sup> T. Korczyński i in., „Koncesja na roboty budowlane lub usługi a inne formy realizacji inwestycji publiczno-prywatnych”, wyd. WoltersKluwer, Warszawa 2010

<sup>43</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>44</sup> z 27 września 2009, DZ. U. 2009, Nr 157. Poz. 1240

Gminy i inne jednostki samorządu terytorialnego, jako podmiot publiczny w świetle ustawy o PPP, mogą uczestniczyć we wszelkich projektach PPP w zakresie realizacji zadań publicznych. Ponadto jednostki samorządu terytorialnego mogą uczestniczyć w projektach PPP wykraczających poza strefę użyteczności publicznej na takich samych warunkach jak podejmując te działania w innych formach aniżeli PPP. Zakres kompetencji gminy, powiatu i województwa jest zróżnicowany - mogą one uczestniczyć w projektach PPP odpowiednio do zakresu kompetencji.

Dla celów niniejszej analizy najistotniejsze znaczenie ma pojęcie użyteczności publicznej wynikające z art.1 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej<sup>45</sup>, który stanowi, że gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych. Trzeba przy tym wskazać, że poszczególne akty prawne takie jak ustawa o samorządzie gminnym, powiatowym lub województwa wskazują w sposób przykładowy lub enumeratywny zadania użyteczności publicznej poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego zadania o charakterze "użyteczności publicznej" należy rozumieć możliwie najszerszej i winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Do zadań tych należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa. Trybunał Konstytucyjny zawarł w uchwale z dnia 12 marca 1997<sup>46</sup> przykładowy katalog zadań o charakterze użyteczności publicznej: zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizację różnego rodzaju potrzeb kulturalnych

#### **4.3.1.3 Przedmiot umowy<sup>47</sup>**

Przedmiotem PPP jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Partnerstwo zakłada współpracę przy realizacji danego projektu poprzez taki rozkład zadań i ryzyka w przedsięwzięciu, który najlepiej wykorzystuje możliwości każdego z uczestników. Wśród kluczowych elementów współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego wymienić należy:

- współpracę podmiotu publicznego z partnerem prywatnym,
- umowny charakter (długoterminowość kontraktów),
- optymalny podział zadań i ryzyka.

---

<sup>45</sup> z 20 grudnia 1996, DZ. U. 2011, Nr 45, poz. 236

<sup>46</sup> Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 1997 roku w sprawie ustalenia powszechnie obowiązującej wykładni art. 2 pkt. 7 i art. 4 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych sygn. akt. W 8/96..

<sup>47</sup> Por. „Zakres dopuszczalnej współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego został bardzo szeroko określony w ustawie o PPP. Wyznacza go w pierwszej kolejności pojemna definicja przedsięwzięcia, którym będzie każde świadczenie, o ile jest połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia publiczno- prywatnego lub z nim związanym” (K. Łyszyk, M. Domurat, Uregulowania prawne dotyczące PPP oraz koncesji na roboty budowlane i usługi, [w:] Partnerstwo publiczno-prywatne w praktyce. Przemysł, przygotuj, przeprowadź (praca zbiorowa), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 17). Składnik majątkowy to w zależności od przedsięwzięcia nieruchomości, przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część, rzecz ruchoma a także prawo majątkowe

W Unii Europejskiej PPP określa się jako współpracę pomiędzy partnerem publicznym a partnerem prywatnym przy świadczeniu usług tradycyjnie świadczonych przez sektor publiczny lub przy projektach infrastrukturalnych. Dokumenty Wspólnoty Europejskiej takie jak Zielona Księga nie wymieniają pojęcia użyteczności publicznej jako elementu koniecznego. Co więcej, w punkcie 1.1.7. stwierdza się, że PPP może mieć zastosowanie do świadczenia usługi powszechnej.

Również przepisy ustawy o PPP<sup>48</sup> nie odwołują się bezpośrednio do pojęcia użyteczności publicznej, natomiast określają zakres, w jakim mogą być realizowane projekty PPP odwołując się do definicji przedsięwzięcia. Przedsięwzięcie oznacza:

- a) budowę lub remont obiektu budowlanego,
- b) świadczenie usług,
- c) wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność lub
- d) inne świadczenia

- połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany.

Oznacza to, że tak określone przedsięwzięcia mogą być realizowane w takim samym zakresie, w jakim dany podmiot publiczny ma prawo do ich podejmowania. Ograniczenie przedsięwzięcia PPP do użyteczności publicznej może nastąpić zatem poprzez zakres działania danego podmiotu publicznego, jak to ma miejsce w przypadku jednostek samorządu terytorialnego.

Przez umowę PPP partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Wkładem własnym jest świadczenie zarówno podmiotu publicznego jak i prywatnego. Ustawa wyraźnie dopuszcza możliwość poniesienia części wydatków na przedsięwzięcie, w tym finansowanie dopłat do usług świadczonych przez podmiot prywatny, jako wkład własny podmiotu publicznego.

Przepisy PPP nie określają minimalnego czy maksymalnego czasu trwania umowy PPP.

Warto podkreślić, że po zakończeniu czasu trwania umowy o PPP, partner prywatny lub spółka zobowiązany jest przekazać podmiotowi publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia, chyba, że strony umowy o PPP postanowiły inaczej. Oznacza to, że co do zasady, spółka czy partner prywatny powinien zwrócić po zakończeniu umowy o PPP wykorzystywany do przedsięwzięcia składnik majątkowy. Zasada ta jednakże doznaje ograniczenia, gdyż powyższe nie zamyka możliwości odmiennego uregulowania tej kwestii w umowie o PPP. Wobec tego strony umowy mogą postanowić, że dany składnik majątkowy pozostanie w rękach partnera prywatnego czy spółki lub zostanie zbyty.

---

<sup>48</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

Wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego. Może składać się z szeregu elementów, które strony zdefiniują w treści umowy. W katalogu możliwych sposobów wynagrodzenia znajdują się m.in. następujące elementy:

- prawo partnera prywatnego do korzystania, pobierania pożytków lub uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia lub z składników majątkowych wykorzystywanych w przedsięwzięciu,
- zapłata części sumy pieniężnej przez podmiot publiczny, polegająca na jednorazowej lub płaconej ratami wypłacie stronie prywatnej kwoty stanowiącej ekwiwalent jej wkładu w realizację przedsięwzięcia,
- uiszczanie przez podmiot publiczny przez okres ustalony w umowie dopłat służących pokryciu części kosztów świadczenia przez partnera prywatnego usług publicznych,
- udział partnera prywatnego w cenie zbycia składników majątkowych powstałych w wyniku przedsięwzięcia.

#### **4.3.1.4 Realizacja PPP z powołaniem osobnej spółki**

Powołanie spółki przewidywane jest jako wariant współpracy oparty na umowie o PPP, w związku z tym zasady współpracy są analogiczne jak przy umowie o PPP i zostały wskazane w pkt. 4.3.1.3. Różnice w modelach współpracy zostały wskazane poniżej.

Umowa o PPP może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną. Sama umowa spółki nie jest umową o PPP. Zawiązanie spółki i zawarcie umowy spółki następują jedynie w wykonaniu zobowiązań stron określonych w umowie o PPP, a umowa ta cały czas pozostaje w mocy. Poprzez zawiązanie spółki nie dochodzi do zmian podmiotowych w umowie o PPP, gdyż to cały czas wybrany w toku postępowania podmiot jest tym partnerem prywatnym. Spółka, pomimo iż jest powołana w celu realizacji przedsięwzięcia, nie ma statusu partnera prywatnego.

Trzeba w tym miejscu jednak podkreślić, że do powstania spółki z udziałem partnera publicznego i prywatnego może dojść w oparciu o dwa reżimy prawne: ustawę o PPP i ustawę o prywatyzacji. W orzecznictwie ETS ukształtował się pogląd, że niezależnie jaki reżim prawny stanowić będzie podstawę dopuszczenia kapitału prywatnego do spółki komunalnej, proces ten powinien się odbywać przy zastosowaniu procedur transparentnych, zapobiegających zakłóceniu konkurencji (orzeczenie ETS C-29/04).

Spółka może być zawiązana wyłącznie przez podmiot publiczny i partnera prywatnego. Nie ma jednakże zakazu dokonywania późniejszych zmian w jej strukturze własnościowej i wstąpienia nowego wspólnika do tej spółki. Zmiany takie mogą nastąpić np. poprzez nabycie istniejących udziałów lub akcji, ewentualnie ich objęcie w wyniku podwyższenia kapitału zakładowego, albo poprzez przystąpienie nowego wspólnika do spółki. Należy jednak podkreślić, iż pierwotny wybór partnera prywatnego musi zostać dokonany w drodze konkurencyjnego i transparentnego

postępowania. W takim wypadku późniejsze wstąpienie do projektu nowego wspólnika będzie stanowić omińnięcia przepisów prawa. Kwestie te były przedmiotem orzecznictwa ETS (egPresstextNachrichtenagentur, orzeczenie z 19 czerwca 2008 C-454/0606, jeszcze niepublikowane).

Podmiot publiczny najpóźniej na etapie rozpoczynania procedury z PPP powinien przewidzieć, że w celu realizacji PPP zostanie zawiązana spółka celowa oraz określić jej formę prawną, a w umowie o PPP określić, kiedy spółka zostanie zawiązana oraz pozostałe istotne zagadnienia, w tym w szczególności takie jak:

- przedmiot działalności spółki,
- udział podmiotu publicznego i partnera prywatnego w kapitale zakładowym spółki,
- planowane podwyższanie kapitału zakładowego spółki,
- wysokość i rodzaj wkładów do spółki,
- zasady podziału zysków i pokrycia strat,
- zakres obowiązków wspólników wobec spółki,
- zasady prowadzenia spraw spółki,
- zasady reprezentacji spółki,
- zakres kompetencji poszczególnych organów spółki,
- finansowanie działalności bieżącej spółki,
- sposób zakończenia współpracy z partnerem.

W celu przyjęcia optymalnych założeń należy ustalić, w jakim stopniu partnerzy powinni angażować się kapitałowo w spółce. W szczególności należy wskazać, iż nie ma wymogu ustawowego, co do posiadania większości w kapitale zakładowym przez podmiot publiczny.

Przy koncepcji realizacji projektu przez spółkę należy wskazać, że w czasie trwania umowy o PPP na partnerach ciąży obowiązek utrzymywania spółki i realizacji wszelkich obowiązków spoczywających na wspólnikach. Wiążą się z tym dodatkowe koszty, które muszą ponieść partnerzy na bieżące funkcjonowanie spółki.

Istotną kwestią jest także sposób zakończenia współpracy z partnerem prywatnym. Co do zasady po zakończeniu umowy spółka, w miarę możliwości, powinna zwrócić partnerowi publicznemu wniesiony przez niego składnik majątkowy, chyba że umowa o PPP stanowi inaczej.

Ustawa PPP<sup>49</sup> nie reguluje kwestii dalszego bytu prawnego spółki w przypadku zakończenia umowy. Wydaje się jednak, że z uwagi na osiągnięcie celu, dla którego spółka ta została powołana (realizacji przedsięwzięcia), powinna nastąpić jej likwidacja oraz wzajemne rozliczenia wspólników z tego tytułu. Jednocześnie jednak możliwość pozostawienia składnika majątkowego przy spółce wskazuje na dopuszczalność dalszego jej istnienia i przejęcia jej udziałów przez jedną ze stron. Taka sytuacja może rodzić wątpliwość czy udziały zbywane w spółce przez partnera publicznego mogą być zbyte na podstawie klauzul zawartych w umowie o PPP, czy też powinny być sprzedane zgodnie z ustawą o komercjalizacji i prywatyzacji.

---

<sup>49</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

Działalność spółki utworzonej na podstawie ustawy PPP podlega szeregu ograniczeniom. Pierwsza grupa ograniczeń działalności spółki wynika z ustawy PPP<sup>50</sup>. Ustawa ta stanowi, że cel i przedmiot działalności spółki nie może wykraczać poza zakres określony umową o PPP. W konsekwencji już w umowie PPP należy przewidzieć i określić szczegółowo cel spółki oraz przedmiot jej działalności, co pozwoli uniknąć ewentualnego zarzutu działania spółki niezgodnie z postanowieniami umowy PPP. Powyższe nie oznacza jednakże pełnej dowolności w konstruowaniu umowy PPP, gdyż przepisy ustawy o PPP ograniczają zakres umowy poprzez odwołanie do wcześniej omówionej definicji przedsięwzięcia.

Dodatkowo, gdy podmiotem publicznym jest jednostka samorządu terytorialnego (JST), przy określaniu zakresu działania takiej spółki należy każdorazowo uwzględniać ograniczenia ustrojowe JST, co stanowi drugą grupę ograniczeń.

Z przepisów ustrojowych wynikają pewne ograniczenia związane z uczestnictwem JST w spółkach. Gospodarka komunalna gminy obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Jednocześnie ustawa o gospodarce komunalnej<sup>51</sup> nakłada na JST ograniczenia o charakterze przedmiotowym jak i w zakresie ładu korporacyjnego – corporate governance (np. przez nałożenie obowiązku tworzenia rad nadzorczych), co może rodzić trudności w trakcie tworzenia i prowadzenia działalności przez spółkę. Przy okazji uchwalania nowej ustawy o PPP<sup>52</sup> umożliwiono jednostkom samorządu terytorialnego uczestniczenie w tych projektach w formie spółek komandytowych i komandytowo-akcyjnych. Na razie nie ma to większego znaczenia z uwagi na niewielkie zastosowanie spółek komandytowych w praktyce, ale może mieć znaczenie w przyszłości z uwagi na walory podatkowe takiej spółki.

Zasady ładu korporacyjnego spółki powołanej do realizacji PPP są określone przez przepisy ksh<sup>53</sup>. Jednakże ogólne zasady takie jak możliwość powołania rady nadzorczej bądź podział ról wspólników w spółkach komandytowych i komandytowo-akcyjnych ulegają modyfikacjom. W przypadku spółek komandytowych jednostka samorządu terytorialnego może pełnić w niej rolę wyłącznie komandytariusza, a w spółce komandytowo-akcyjnej – akcjonariusza, a to przez generalny zakaz pełnienia roli komandytariusza.

Dodatkowo, na podstawie art. 18 ustawy o gospodarce komunalnej, w spółkach kapitałowych, w których wspólnikiem jest jednostka samorządu terytorialnego, niezbędne może okazać się powołanie rady nadzorczej niezależnie od tego czy zaistniały przesłanki, o których mowa w ksh<sup>54</sup>.

Wydaje się, że wraz z powstawaniem coraz większej ilości przedsięwzięć PPP wymagających powołania osobnych spółek, powstawać będą problemy na styku ustawy o PPP i prywatyzacji.

---

<sup>50</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>51</sup> z 20 grudnia 1996, Dz. U. 2011, Nr 45, poz. 236

<sup>52</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>53</sup> z dnia 15 września 2000 r. Dz. U. 2000 Nr 94 poz. 1037

<sup>54</sup> z dnia 15 września 2000 r. Dz. U. 2000 Nr 94 poz. 1037

Dotyczyć one będą zasad ładu korporacyjnego oraz sposobu zbycia akcji lub udziałów spółki, którą jednostka samorządu terytorialnego utworzyła lub do której przystąpiła. Może to wymagać dodatkowego uregulowania w szczególności dlatego, że z takimi postulatami występują jednostki samorządu terytorialnego.

#### 4.3.2 Prawo zamówień publicznych

Wybór przez jednostkę sektora finansów publicznych partnera prywatnego w celu zawarcia umowy o wspólne wykonywanie zadań publicznych przy założeniu, że umowa przewiduje wynagrodzenie, a zadania te będą finansowane ze środków publicznych, jest zleceniem realizacji zadań publicznych. Z uwagi na treść art. 28 ust. 4 ustawy o finansach publicznych<sup>55</sup>, jednostka sektora finansów publicznych ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych<sup>56</sup>. Postępowanie o udzielenie zamówienia może wszcząć każda jednostka sektora finansów publicznych (zamawiający) bez względu na to czy posiada osobowość prawną. Wykonawcą może być osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, o ile jest zdolna do zawarcia umowy cywilnoprawnej we własnym imieniu. Podstawowym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, poprzedzone publicznym ogłoszeniem. Zamówienie publiczne może być udzielone w innym postępowaniu tylko w przypadkach szczególnych, wymienionych przez ustawę.

Jeżeli w wyniku zamówienia publicznego miałyby dojść do zawarcia długoterminowej umowy pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym, której celem byłoby stworzenie niezbędnej infrastruktury rzeczowej, finansowej i organizacyjnej, umożliwiającej świadczenie usług publicznych, wówczas mielibyśmy do czynienia z przedsięwzięciem PPP.

Wyjaśnienia wymagają wzajemne relacje pomiędzy ustawą o PZP<sup>57</sup> i ustawą o PPP<sup>58</sup> w odniesieniu do przedsięwzięć PPP. Przy założeniu wyżej wymienionej szerokiej definicji PPP zamówienie publiczne, które przyjmuje kształt przedsięwzięcia PPP, niekoniecznie musi być realizowane na podstawie ustawy o PPP<sup>59</sup>. Być może konstruowanie takiego przedsięwzięcia ma jedynie charakter teoretyczny, gdyż ustawa o PPP<sup>60</sup> daje takie korzyści, z których w sposób oczywisty trudno zrezygnować, jak na przykład przyjęcie za kryterium wyboru partnera prywatnego innej kategorii aniżeli cena. W związku z tym, jeżeli zamówienie publiczne przybierze kształt PPP, strony dobrowolnie poddadzą takie przedsięwzięcie regulacji PPP. Natomiast można sobie wyobrazić projekt

---

<sup>55</sup> z 27 września 2009, DZ. U. 2009, Nr 157, poz. 1240

<sup>56</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>57</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>58</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>59</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>60</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100



przedsięwzięcia PPP realizowany w oparciu wyłącznie o ustawę PZP<sup>61</sup>, co było realizowane dotychczas w praktyce.

Do czasu wejścia w życie nowej ustawy o PPP<sup>62</sup> oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>63</sup>, podstawową rolę we współpracy podmiotów publicznych i prywatnych stanowiły właśnie regulacje ustawy PZP<sup>64</sup>. W oparciu o przepisy tej ustawy doszła do skutku pierwsza w Polsce umowa koncesji budowlanej. Przewidywała ona budowę a następnie eksploatację podziemnego parkingu w Krakowie (budowa parkingu podziemnego na placu Na Groblach w Krakowie). Powstało wówczas również szereg innych projektów, które miały być realizowane w oparciu o tę formułę, jak np. stadiony miejskie w Chorzowie albo Łodzi.

Dotychczas sprawdzone narzędzia tej ustawy stanowią o jej popularności i skali wykorzystania. Jest to ustawa o charakterze proceduralnym. Zakres współpracy sektora publicznego z prywatnym na podstawie ustawy PZP<sup>65</sup> ma postać zlecenia działań (robót budowlanych, dostaw, usług) wykonawcy przez zamawiającego w ramach wykonywania zadań publicznych. Ustawa wskazuje granice, w ramach których mogą poruszać się jednostki samorządu terytorialnego udzielając zamówienia publicznego. Podstawowym mechanizmem, na którym opiera się współpraca sektora prywatnego z publicznym, jest odpłatna umowa zawierana w trybie określonym w ustawie PZP pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane. Szeroka definicja dostaw, usług i robót zawarta w ustawie PZP stwarza duże możliwości współpracy. Niestety bardzo formalny charakter tej regulacji tworzy jednocześnie realne bariery proceduralne utrudniające postępowanie, a dominacja ceny jako kryterium decydującym o wyborze wykonawcy ogranicza możliwości podejmowania współpracy podmiotów publicznych i prywatnych.

Również w przypadku, gdy punktem wyjścia przedsięwzięcia PPP jest ustawa o PPP<sup>66</sup>, przy wyborze partnera prywatnego oraz zawieraniu umów o PPP zastosowanie znaleźć mogą przepisy dotyczące zamówień publicznych. Do regulacji tej należy odwołać się za każdym razem, kiedy wynagrodzenie dla strony prywatnej w całości lub przeważającej części będzie pochodziło z budżetu podmiotu publicznego. Zgodnie z art. 4 ustawy o PPP<sup>67</sup> należy stosować procedury zamówień publicznych zawsze wtedy, gdy wynagrodzenie partnera prywatnego jest inne niż pobieranie pożytków z przedmiotu partnerstwa bądź też pobieranie tych pożytków wraz z zapłatą sumy pieniężnej.

Jak już wcześniej zostało wspomniane, ustawa o PPP<sup>68</sup> nowatorsko podeszła do problematyki wyboru partnera prywatnego. Ustawa uzależniła ścieżkę wyboru partnera prywatnego od źródła

---

<sup>61</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>62</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>63</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>64</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>65</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>66</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>67</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>68</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

jego wynagrodzenia. Zgodnie z zapisami ustawy o PPP<sup>69</sup> sprzed nowelizacji z lipca 2010 roku<sup>70</sup>, jeśli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, to do wyboru partnera zastosowanie znajdują przepisy ustawy o koncesji<sup>71</sup>. W przypadkach innych niż wymienione powyżej do wyboru partnera prywatnego znajduje zastosowanie ustawa PZP<sup>72</sup> (art. 4 ustawy o PPP). Konieczność stosowania bądź to przepisów ustawy o koncesji<sup>73</sup> czy też przepisów ustawy PZP<sup>74</sup> zabezpieczona jest sankcjami, jakie za naruszenia w tym zakresie przewiduje ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>75</sup>.

Odmienne stanowisko prezentował jednak Urząd Zamówień Publicznych, który starał się dedykować do całego postępowania związanego z przedsięwzięciem realizowanym w trybie ustawy o PPP<sup>76</sup> zapisy ustawy PZP<sup>77</sup>, to jest w zakresie zdecydowanie szerszym niż wynikało to z literalnej treści art. 4 ustawy o PPP<sup>78</sup>. Zgodnie z prezentowanymi opiniami Urzędu Zamówień Publicznych, projekty partnerstwa publiczno-prywatnego realizowane miały być w pełni w ramach zamówień publicznych lub koncesji, pomijając fakt, iż ustawa o PPP<sup>79</sup> ogranicza zakres stosowania tych ustaw wyłącznie do trybu wyboru partnera prywatnego i na tym poprzestaje (pozostawiając jedynie kwestie związane z procedurami odwoławczymi poza ustawą o PPP<sup>80</sup>).

Powyższe stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych było co prawda krytykowane, zostało jednak wsparte przez zmianę ustawy o PPP<sup>81</sup> z maja 2010 roku, która wprowadzała regulację prawną rozszerzającą stosowanie - odpowiednio ustawy o koncesji<sup>82</sup> bądź PZP<sup>83</sup> - **również do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym**. Wcześniej przez półtora roku obowiązywania ustawy o PPP<sup>84</sup> taki obowiązek nie istniał, a stosowanie ustawy PZP i ustawy o koncesji ograniczone było do wyboru partnera prywatnego. Zmiana ta usunęła wątpliwości co do wzajemnych relacji pomiędzy ustawą o PPP, a ustawą PZP i koncesji, gdyż przepis rozszerzający stosowanie ustawy PZP i o koncesji znajduje się w rozdziale zatytułowanym „Wybór partnera prywatnego”. Zmiana spowodowała natomiast nowe wątpliwości, które dotyczyły stosowania przepisu art. 141 ustawy PZP odnoszącego się do odpowiedzialności solidarnej w ramach przedsięwzięć PPP. Kolejna nowelizacja z września

---

<sup>69</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>70</sup> Ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, Dz. U. z dnia 16 czerwca 2010 r.

<sup>71</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>72</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>73</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>74</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>75</sup> z 17 grudnia 2004, DZ. U. 2005, Nr 14, poz. 114

<sup>76</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>77</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>78</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>79</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>80</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>81</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>82</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>83</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>84</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

2011 roku (Dz. U. 2011 Nr 232, poz. 1378) usunęła tę istotną przeszkodę (stosowanie odpowiedzialności solidarnej wynikającej z obowiązku bezpośredniego stosowania art. 141 ustawy PZP<sup>85</sup>).

### 4.3.3 Ustawa o koncesji

Ustawa o koncesji<sup>86</sup>, która weszła w życie niemal równocześnie z ustawą o PPP<sup>87</sup>, choć merytorycznie powstawała niezależnie od niej, posiada takie samo uzasadnienie, cel i zbliżone środki do realizacji inwestycji infrastrukturalnych, choć różni się w wielu kwestiach związanych z praktyczną realizacją przedsięwzięć, np. nie przewiduje realizacji inwestycji w oparciu o udział partnera publicznego i prywatnego w spółce celowej. Należy podkreślić, że obydwie ustawy (o PPP<sup>88</sup> i o koncesji<sup>89</sup>) są ze sobą powiązane poprzez procedurę wyboru partnera prywatnego określoną w art. 4 ustawy o PPP<sup>90</sup>, który według kryterium źródła pochodzenia wynagrodzenia, nakazuje stosowanie procedury zamówień publicznych albo trybu wyboru określonego w ustawie o koncesji<sup>91</sup> (o czym była mowa wcześniej).

Wydaje się, że wybór partnera prywatnego poprzez udzielenie koncesji zyskuje na popularności i 10 spośród przebadanych 14 przypadków PPP podjętych zostało przy wykorzystaniu ustawy o koncesji<sup>92</sup>.

Koncesja na roboty budowlane wyróżnia się na tle ustawy o PPP<sup>93</sup> poprzez fakt, iż instrument ten wcześniej uregulowany w prawie zamówień publicznych pozwala podmiotom publicznym, w szczególności samorządom, na użycie „znajomego” narzędzia, a nie odkrywanie nowych procedur (PPP). Mimo że koncesja jest uregulowana w odrębnej ustawie, jej przedmiotem jest zlecenie wykonania usług, dostaw, robót budowlanych w rozumieniu prawa zamówień publicznych.

O wyjątkowym charakterze koncesji przesądza forma wynagrodzenia wykonawcy, którym jest przede wszystkim pobieranie pożytków z przedmiotu zamówienia oraz ponoszenie ryzyka ekonomicznego przedsięwzięcia. Dodatkowo zobowiązanie koncesjonariusza obejmuje, oprócz wykonania samych robót budowlanych, również późniejsze świadczenie usług w oparciu o wzniesione budynki lub urządzenia. Dodatkowo przedmiotem koncesji może być „samoistne” świadczenie usług i pobieranie opłat od użytkowników.

---

<sup>85</sup> z 29 stycznia 2004, Dz. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>86</sup> z 9 stycznia 2009, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>87</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>88</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>89</sup> z 9 stycznia 2009, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>90</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>91</sup> z 9 stycznia 2009, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>92</sup> z 9 stycznia 2009, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>93</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

Wybór koncesjonariusza następuje w drodze konkurencyjnej procedury określonej w ustawie o koncesji<sup>94</sup>.

Koncesją na roboty budowlane jest umowa, na podstawie której koncesjonariusz (partner prywatny) zobowiązuje się wobec koncesjodawcy (podmiotu publicznego) do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym prawo pobierania pożytków lub wyłącznie prawo do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. Umowa koncesji na roboty budowlane może trwać maksymalnie 30 lat.

Brak dyspozycji składnikami majątkowymi (mienie publiczne jest udostępniane na cele realizacji zadania, ale nie ma możliwości przeniesienia jego własności na podmiot trzeci) oraz brak możliwości zawiązania spółki przez podmiot publiczny i prywatny w celu współpracy nad realizacją przedsięwzięcia najbardziej zbliżają koncesję do zamówienia publicznego. Co warto podkreślić, przedsięwzięcie może być zrealizowane w formule koncesji wyłącznie wówczas, gdy ryzyko ekonomiczne jego realizacji w zasadniczej części ponosić będzie koncesjonariusz (art. 1 ust. 3 ustawy o koncesji<sup>95</sup>). Umieszczenie koncesji w europejskim systemie prawnym zostało przedstawione powyżej.

Najistotniejszym uprawnieniem w ramach prawa do eksploatacji obiektu budowlanego jest uprawnienie do pobierania pożytków przez koncesjonariusza, w szczególności dochodów przynoszonych przez ten obiekt.

W okresie trwania koncesji jej przedmiot stanowi w całości własność koncesjodawcy (podmiotu publicznego). Koncesjonariusz (partner prywatny) zarządza jedynie składnikami majątkowymi stanowiącymi przedmiot koncesji, gdyż w ramach umowy koncesji nie dochodzi do jakichkolwiek przekształceń własnościowych. Koncesjonariusz zawsze będzie wznosił obiekt budowlany (lub wykonywał roboty budowlane na już istniejącym obiekcie) będącym własnością lub przedmiotem prawnego władania koncesjodawcy. Główne prawo rzeczowe do tego składnika majątkowego, w tym również rzeczy i praw z nim związanych (wzniesionego obiektu, poniesionych nakładów koniecznych, itp.), pozostanie w gestii koncesjodawcy. Każdorazowo stosunek prawny koncesjonariusza do składników majątkowych niezbędnych do realizacji przedmiotu koncesji oparty jest o jedną z umów wskazanych w Kodeksie Cywilnym<sup>96</sup> np. użyczenie, leasing, dzierżawa.

Reasumując uznać należy, że w pojęciu prawa do eksploatacji przedmiotu koncesji mieści się prawo do pobierania pożytków jak również obowiązek utrzymania i zarządzania przedmiotem koncesji włącznie z ponoszeniem związanego z tym ryzyka, w szczególności ryzyka ekonomicznego.

Ustawodawca dopuszcza jednocześnie możliwość zawierania umów koncesji przewidujących, że część wynagrodzenia koncesjonariusza, obok prawa do eksploatacji przedmiotu koncesji, stanowić będzie płatność z budżetu publicznego. Płatność strony publicznej nie może zmieniać „natury”

---

<sup>94</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>95</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>96</sup> z 23 kwietnia 1964, DZ. U. 1964, Nr 16, poz. 93

kontraktu koncesyjnego i pokrywać winna tylko część kosztów wzniesienia lub utrzymania infrastruktury. Płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza, a koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. W sytuacji, gdy płatność określona w koncesji na roboty budowlane będzie na poziomie pokrywającym całość nakładów zarówno inwestycyjnych jak i eksploatacyjnych lub przekraczającym je, wówczas nie będzie to koncesja na roboty budowlane, a jedynie zwykłe zamówienie publiczne.

Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne przedsięwzięcia. Ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji utożsamione zostało ze stanem niepewności przedsiębiorcy (koncesjonariusza), co do osiągnięcia odpowiedniej stopy zwrotu inwestycji, w szczególności pokrycia całości nakładów na przedmiot koncesji. Ryzyko ekonomiczne obejmuje zatem przede wszystkim niepewność odnośnie faktycznego poziomu popytu na usługę (będącą przedmiotem koncesji). W jego zakresie mieści się takie zdarzenia przyszłe i niepewne jak: pojawienie się konkurencji, cykliczność popytu, zmiany cen, zastosowanie przestarzałych technologii, pojawienie się nowych trendów rynkowych itp. Zakres ryzyka ekonomicznego wyznacza niepewność uzyskania wynagrodzenia na poziomie pozwalającym odzyskać poniesione nakłady inwestycyjne oraz eksploatacyjne. W doktrynie wskazuje się, że płatność podmiotu publicznego znacząco przekraczająca wartość nakładów poniesionych przez podmiot prywatny (ponad 50%) będzie w nadmiernym stopniu zdejmować z koncesjonariusza ryzyko ekonomiczne realizacji koncesji. ETS uznał w wyroku C – 382/05, że transakcja pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym nie stanowi koncesji, gdy partner prywatny nie ponosi ryzyka popytu, ze względu na to, iż partner publiczny zobowiązał się do zapewnienia odpowiedniego „strumienia” zamówień. Poprzez „zdjęcie” z partnera prywatnego ryzyka popytu transakcja stała się zwykłym zamówieniem publicznym. Warto w tej kwestii przedstawić podobne orzeczenia ETS C-324/98<sup>97</sup>, C-358/00<sup>98</sup> i C-458/03<sup>99</sup>.

#### 4.3.4 Ustawa o prywatyzacji

Ustawa o prywatyzacji<sup>100</sup> została uchwalona w celu umożliwienia przeprowadzenia procesu przekształcenia przedsiębiorstw państwowych w spółki prawa handlowego, a następnie prywatyzacji wybranych przedsiębiorstw.

---

<sup>97</sup> Sprawa C – 324/98 Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG, przy udziale Herold Business Data AG. Z tej sprawy wynika, że wynagrodzenie koncesjonariusza powinno opierać się na prawie do prowadzenia działalności gospodarczej i ponoszenia związanego z tym ryzyka

<sup>98</sup> Orzeczenie C – 358/00 w sprawie Buchhändler-Vereinigung GmbH. ETS orzekł iż wynagrodzeniem za realizację zadania w drodze koncesji jest możliwość eksploatacji, czyli wykorzystywania przedmiotu koncesji w zamian za pobierania opłat.

<sup>99</sup> Orzeczenie C -458/03 w sprawie Parking-Brixen, zgodnie z którym ETS orzekł „...wynagrodzenie koncesjonariusza nie pochodzi od danego organu władzy publicznej, lecz z kwot pieniężnych wpłacanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z rzeczzonego parkingu. Ten sposób wynagrodzenia oznacza, iż koncesjonariusz bierze na siebie ryzyko związane z korzystaniem ze spornych usług, co stanowi cechę charakterystyczną koncesji. Z tego względu w sytuacji takiej jak ta zaistniała w postępowaniu głównym, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na usługi, lecz z koncesją na świadczenie usług publicznych”

<sup>100</sup> z 30 sierpnia 1996, DZ. U. 2002, Nr 171, poz. 1397

Niezależnie od tego czy prywatyzacja polega na podwyższeniu kapitału i emisji nowych akcji czy sprzedaży akcji istniejących, czy w ramach prywatyzacji dochodzi do sprzedaży całości czy części akcji spółki, w niektórych dziedzinach, w wyniku prywatyzacji, może dojść do powstania projektów PPP. Wyłączną podstawą realizacji takich projektów może być ustawa o komercjalizacji i prywatyzacji i nie ma do nich zastosowania ustawa o PPP<sup>101</sup> ani ustawa PZP<sup>102</sup> bądź koncesji<sup>103</sup>. Zwracała na to uwagę Komisja Europejska w Zielonej Księdze. Chodzi tu o sprzedaż na przykład takich podmiotów jak przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjne. Dopuszczając prywatny podmiot do udziału w przedsiębiorstwie wodno-kanalizacyjnym, względnie sprzedając mu całość akcji w oparciu o ustawę o komercjalizacji<sup>104</sup> i prywatyzacji, gmina nie pozbywa się zadania, które należy zgodnie z przepisami do zadań własnych gminy. Gmina w ten sposób realizuje zadanie własne i do jej obowiązków należy zapewnienie, by takie sprywatyzowane przedsiębiorstwo wodno-kanalizacyjne należycie świadczyło usługi wodno-kanalizacyjne zaspokajając potrzeby mieszkańców. Gmina może w tym celu wykorzystać zarówno instrumenty administracyjne, jak i cywilnoprawne. Umowy zawierane przez gminę z prywatnymi podmiotami realizującymi na zasadzie monopolu naturalnego usługi na rzecz mieszkańców są w istocie rzeczy umowami PPP. Fakt, że do zawarcia takich umów dochodzi poprzez prywatyzację, a nie w wyniku dobrych praktyk przyjętych w projektach PPP, był przedmiotem szczególnego zainteresowania Komisji Europejskiej. W ramach prywatyzacji organy państwa koncentrują się na przeniesieniu akcji lub udziałów prywatyzowanego przedsiębiorstwa na podmiot prywatny i umowa zapewniająca świadczenie usług publicznych przez sprywatyzowany podmiot może umykać ich uwadze w tym procesie. Komisja Europejska zwracała uwagę na konieczność zapewnienia konkurencji i transparentności w odniesieniu do tych umów, nie mniejszej aniżeli przy projektach PPP.

#### **4.3.5 Inne przepisy stanowiące podstawę do realizacji PPP – Kodeks Cywilny**

Jak wyżej wskazano, jeżeli w ramach ogólnej kompetencji podmiot publiczny jest uprawniony do zawierania różnych umów, w tym podejmowania przedsięwzięć przybierających kształt PPP, wówczas przedsięwzięcia te mogą być realizowane w różny sposób w ramach swobody zawierania umów. Wybór partnera prywatnego może być zdeterminowany przepisami ustawy PZP<sup>105</sup> lub przepisami ustawy o koncesji<sup>106</sup>. W przypadku, gdy przepisy te nie mają zastosowania, zgodnie z art. 4 ust 3 ustawy o PPP<sup>107</sup> wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej oraz wolnej konkurencji, oraz przestrzegania zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami.

---

<sup>101</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>102</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>103</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>104</sup> z 30 sierpnia 1996, DZ. U. 2002, Nr 171, poz. 1397

<sup>105</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>106</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>107</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

W piśmiennictwie pojawia się szereg przykładów umów, do których może dojść niezależnie od zastosowanej procedury wyboru partnera prywatnego. Umowy te, tworząc przedsięwzięcia PPP, stanowią jednocześnie typowe rozwiązania spotykane na rynku nie tylko w odniesieniu do przedsięwzięć pomiędzy partnerami publicznymi i prywatnymi.

#### **4.3.5.1 Umowy o zarządzanie**

Jest to kategoria umów zawieranych przez podmioty publiczne na podstawie kodeksu cywilnego<sup>108</sup> oraz ustawy o gospodarce nieruchomościami<sup>109</sup>. Dzięki zawarciu takiej umowy podmiot publiczny przenosi na partnera prywatnego odpowiedzialność za zarządzanie majątkiem publicznym. Takie kompleksowe porozumienie może dotyczyć zarówno aspektów związanych ze świadczeniem usług jak i z zarządzaniem infrastrukturą. W założeniach służy ono podnoszeniu efektywności i zaawansowania technologicznego w procesie świadczenia usług publicznych. Umowy o zarządzanie są na ogół krótkoterminowe, często jednak są przedłużane na okresy dłuższe niż porozumienia dotyczące świadczenia usług. Wykonawcom wypłaca się wynagrodzenie w oparciu o stawkę stałą albo w ramach systemu zachęt, w którym wykonawcy otrzymują premie z tytułu utrzymywania określonego poziomu usług lub realizacji założonych celów. Umowy o zarządzanie mogą mieć szerszy zakres obejmujący zarządzanie grupą urzędzeń.

Zarządzanie na ogół ogranicza się do świadczenia usług i bieżącego zarządzania infrastrukturą. Odpowiedzialność za decyzje inwestycyjne nadal spoczywa na podmiocie publicznym. Umowy o obsłudze i zarządzaniu mogą stanowić początek większego zaangażowania podmiotów prywatnych w usługi związane z zadaniami publicznymi. Na świecie umowy te są szczególnie stosowane w przypadku sektorów przechodzących proces prywatyzacji, w których obowiązujące ramy regulacyjne i prawne nie dopuszczają jeszcze do większego udziału sektora prywatnego. Mogą być pomocne w budowie zaufania między sektorem publicznym a prywatnym na rynkach, na których istnieje niewielkie doświadczenie w zakresie PPP w sensie ścisłym czy koncesyjnym.

#### **4.3.5.2 Dzierżawa**

Umowa dzierżawy może być jedną z umów w ramach przedsięwzięcia PPP, tak jak to jest w przypadku eksploatacji autostrad płatnych bądź może stanowić kluczową umowę dla przedsięwzięcia PPP. Regulują ją przepisy ustawy Kodeks Cywilny<sup>110</sup>. W przypadku umów dzierżawy, które wchodzi w skład gminnego zasobu nieruchomości, wybór dzierżawcy podlega reżimowi ustawy o gospodarce nieruchomościami<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> z 23 kwietnia 1964, DZ. U. 1964, Nr 16, poz. 93

<sup>109</sup> z 21 sierpnia 1997, DZ. U. 2010, Nr 102, poz. 651

<sup>110</sup> z 23 kwietnia 1964, DZ. U. 1964, Nr 16, poz. 93

<sup>111</sup> z 21 sierpnia 1997, DZ. U. 2010, Nr 102, poz. 651

Przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Dzierżawca powinien wykonywać swoje prawo zgodnie z wymaganiami prawidłowej gospodarki i nie może zmieniać przeznaczenia przedmiotu dzierżawy bez zgody wydzierżawiającego. Dzierżawca ma obowiązek dokonywania napraw niezbędnych do zachowania przedmiotu dzierżawy w stanie niepogorszonym. Bez zgody wydzierżawiającego dzierżawca nie może oddawać przedmiotu dzierżawy osobie trzeciej do bezpłatnego używania ani go poddzierżawiać. W razie naruszenia powyższego obowiązku wydzierżawiający może umowę dzierżawy wypowiedzieć bez zachowania terminów wypowiedzenia. Umowę dzierżawy zawartą na czas dłuższy niż trzydzieści lat poczytuje się po upływie tego terminu za zawartą na czas nieoznaczony. Po zakończeniu umowy dzierżawy dzierżawca obowiązany jest, przy braku odmiennej umowy, zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy. Umowa dzierżawy może być ujawniona przez wpis w dziale III księgi wieczystej. W takiej sytuacji wpis umowy dzierżawy uzyskuje skuteczność względem praw nabytych przez czynność prawną po jego ujawnieniu w księdze wieczystej oraz pierwszeństwo przed ograniczonymi prawami rzeczowymi nieujawnionymi w księdze.

W oparciu o umowę dzierżawy zrealizowano jeden z pierwszych w Polsce projektów PPP, którym było przedsięwzięcie w zakresie usług wodno-kanalizacyjnych podjęte przez Miasto Gdańsk oraz Saur Neptun Gdańsk S.A. W 1992 roku zawarto umowę dzierżawy na okres 30 lat, gdzie partner publiczny odpowiadał za inwestycję, a partner prywatny koordynował projekt i pełnił funkcję operatora przedsięwzięcia.

Obok wykorzystania umowy dzierżawy do nieruchomości gminnych, co ciekawe, gminy rozważały wydzierżawienie czy wynajęcie nieruchomości będących własnością podmiotów prywatnych przy jednoczesnym określeniu, jakiego rodzaju usług oczekują od wynajmującego. Opłata ponoszona przez podmiot publiczny wraz z korzyściami, jakie strona prywatna może czerpać z posiadanej infrastruktury, niezależnie od jej wydzierżawienia stronie publicznej, może stanowić uzasadnienie ekonomiczne dla podejmowania tego typu przedsięwzięć. Tego rodzaju rozwiązanie może dotyczyć budowy budynków biurowych częściowo wykorzystywanych na potrzeby podmiotów publicznych. Umowa podmiotu prywatnego dotycząca wynajęcia podmiotowi publicznemu części powierzchni projektowanego budynku może stanowić podstawę do sfinansowania takiego projektu przez bank. W ostatnim z omawianych wariantów infrastruktura i nieruchomości przez cały okres współpracy są własnością sektora prywatnego, a zawarcie umowy następuje w trybie, do którego nie mają zastosowania przepisy prawa zamówień publicznych.

#### **4.3.5.3 Leasing komunalny**

**Leasing zwrotny** – wykorzystywany może być w sytuacji, gdy podmiotowi publicznemu zależy na szybkim uzyskaniu gotówki na finansowanie niezbędnych inwestycji. Transakcja polega na zakupie przez leasingodawcę istniejącej infrastruktury od sektora publicznego, a następnie oddaniu jej podmiotowi publicznemu w leasing. Po określonym w umowie czasie własność infrastruktury wraca do podmiotu publicznego - pierwotnego właściciela. Za „uwolnioną” gotówkę podmiot publiczny



może realizować nowe przedsięwzięcia, płacąc jednocześnie raty leasingowe w związku z transakcją leasingu zwrotnego.

**Leasing operacyjny** – jest to umowa godna zastosowania przez sektor publiczny w przypadkach, w których rodzaj przedsięwzięcia nie pozwala na wygenerowanie przez partnera prywatnego dochodów z eksploatacji infrastruktury np. niepłatne drogi czy budowa ratusza. W takiej sytuacji koszt wynagrodzenia partnera prywatnego musi w całości ponieść sektor publiczny. Zaciągnięcie kredytu na realizację takiej inwestycji spowoduje zwiększenie wskaźników zadłużenia podmiotu publicznego. W przypadku odpowiednio skonstruowanego leasingu mamy natomiast do czynienia ze zobowiązaniem pozabilansowym, a zatem problem taki nie powstaje. Ażeby zobowiązania wynikające z umowy leasingu nie wpływały na zadłużenie sektora publicznego, umowa musi spełniać warunki dla uznania jej za leasing operacyjny w rozumieniu przepisów rachunkowych. Zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości oraz polską ustawą o rachunkowości, o leasingu operacyjnym można mówić w sytuacji, gdy umowa nie spełnia żadnego z wymienionych w tych regulacjach warunków. Dotyczy to przede wszystkim opcji zakupu. W przypadku leasingu operacyjnego leasingobiorca (podmiot publiczny) może, ale nie musi z takiej opcji skorzystać. Po upływie okresu leasingu jej przedmiot musi zostać wykupiony po cenie rynkowej. Strony nie mogą określić tak jego wartości, aby istniało znaczne prawdopodobieństwo skorzystania z opcji zakupu przez leasingobiorcę. Leasingodawca ponosi zatem ryzyko związane z odkupieniem infrastruktury przez leasingobiorcę. Jest to podstawowy warunek pozwalający na zakwalifikowanie umowy jako leasingu operacyjnego. Z tego też względu leasingodawcy zainteresowani są z reguły finansowaniem jedynie takiej infrastruktury, co do której istnieje pewność, iż zostanie ona odkupiona przez podmiot publiczny np. ratusz. Sama inwestycja w tym modelu może przyjąć różne warianty:

1. **Proces budowlany organizowany przez leasingodawcę.** Umowa leasingu zawierana jest po wybudowaniu infrastruktury przez leasingodawcę (podmiot prywatny). Po zakończeniu okresu leasingu, leasingobiorca może skorzystać z opcji zakupu i uzyskać w ten sposób własność infrastruktury.
2. **Proces budowlany organizowany przez leasingobiorcę.** Budowa infrastruktury finansowana jest z kredytu bankowego bądź z zaliczek na poczet ceny sprzedaży nieruchomości płaconych przyszłemu leasingobiorcy przez przyszłego leasingodawcę (podmiot publiczny). Po zakończeniu budowy leasingobiorca kupuje infrastrukturę i oddaje ją podmiotowi publicznemu w leasing.

#### 4.3.5.4 Sprzedaż wierzytelności

W piśmiennictwie pojawiają się opinie, że podstawą PPP może być sprzedaż wierzytelności. Istotą współpracy jest wykupienie wierzytelności od firm realizujących inwestycję dla partnera publicznego przez bank. Ostatecznie w roli partnera sprzedającego wierzytelność wystąpić może spółka kapitałowa, która w 100% stanowi własność jednostki samorządu terytorialnego. W takiej sytuacji omawiany projekt może być jedynie formą zapewnienia dopływu zewnętrznych środków finansowych, zgodną z zasadniczymi założeniami PPP – w roli ekonomicznego inwestora występuje instytucja finansowa. Wykup wierzytelności polega na zawarciu przez bank i zbywcę wierzytelności

umowy o wykup wierzytelności. Wydaje się, że omawiany model finansowania nie stanowi odrębnej konstrukcji PPP, może natomiast wesprzeć przedstawiane formy PPP albo w ostateczności pozwolić na realizację przedsięwzięć, w których pozyskanie inwestora prywatnego jest niemożliwe lub politycznie nieakceptowane bez jednoczesnego zaciągania kredytu przez podmiot publiczny.

#### **4.4 Przepisy istotne dla realizacji PPP**

##### **4.4.1 Regulacje Wspólnoty Europejskiej**

###### **4.4.1.1 Regulacje prawne i „miękkie” przepisy**

W prawie Wspólnoty Europejskiej dotychczas nie podjęto jednoznacznego wyodrębnienia przepisów prawnych dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego. Oznacza to, że różne przepisy zarówno Traktatu Lizbońskiego jak i przepisy rozporządzeń oraz Dyrektyw dotyczą projektów PPP. W szczególności odnosi się to do podstawowych zasad Wspólnoty Europejskiej takich jak swoboda przedsiębiorczości, swoboda świadczenia usług, jak i prawo konkurencji, włączając w to przepisy dotyczące pomocy publicznej, a także przepisy dotyczące zamówień publicznych.

Mimo tego, że brak jest odrębnych przepisów wspólnotowych dotyczących PPP, Komisja Europejska podjęła szereg niewiążących inicjatyw regulacyjnych, o których zwykło się mówić jako o tzw. „miękkim” podejściu ustawodawstwa europejskiego do PPP. Inicjatywy te zaowocowały wydaniem między innymi następujących dokumentów:

- Wytycznych dotyczących udanego partnerstwa publiczno-prywatnego w 2003 roku,
- Zielonej Księgi dotyczącej partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w 2004 roku,
- Komunikatu w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji w 2005 roku,
- Komunikatu wyjaśniającego w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych w 2008 roku.

###### **4.4.1.2 Zamówienia publiczne oraz koncesje**

Prawo europejskie traktuje zamówienia publiczne oraz koncesje odmiennie od partnerstwa publiczno-prywatnego, regulując te zagadnienia i określając zakres stosowania tych procedur w sposób drobiazgowy. Jeśli przedsięwzięcia PPP spełniają kryteria określone w przepisach dotyczących zamówień publicznych i koncesji, przepisy te mają zastosowanie do partnerstwa publiczno-prywatnego.

**Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi,**

definiuje w swoich ramach podstawowe pojęcia związane z zamówieniami publicznymi oraz koncesją na roboty budowlane (m.in. czym jest „zamówienie publiczne” „koncesja” oraz „zamówienie publiczne na roboty budowlane”), kwestie proceduralne zamówień publicznych (kwoty progowe czy treść specyfikacji technicznych). Dyrektywa w sposób szczegółowy reguluje kwestie procesu wyłaniania przez zamawiającego wykonawcy, z którym ma być zawarta umowa.

Prawo unijne zawiera definicję koncesji na roboty budowlane w **Dyrektywie 2004/18/WE**, natomiast regulacje europejskie odrębnie traktują koncesje na usługi. Zostały one wyłączone spod ww. dyrektywy i podlegają ogólnym zasadom z Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zasadzie swobodnego przepływu towarów, zasadzie świadczenia usług, zasadzie swobody prowadzenia działalności gospodarczej), jak i zasadom mającym swoje źródło w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (niedyskryminacji, równego traktowania, przejrzystości, wzajemnego uznawania, proporcjonalności).

Idąc w ślad za powyższymi uregulowaniami na poziomie europejskim, państwa członkowskie we własnym zakresie wprowadzają wewnętrzne regulacje w przedmiocie koncesji (w oparciu o dyrektywę 2004/18/WE jeśli chodzi o koncesje na roboty budowlane oraz w oparciu o zasady wynikające z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jeśli chodzi o koncesje na usługi). Takie rozwiązania wprowadzono m.in. w Czechach, Bułgarii, Włoszech czy Hiszpanii.

W Polsce kwestie zamówień publicznych znajdują swoje odbicie w ustawie o PZP<sup>112</sup>. Jeśli zaś chodzi o koncesje, to koncesja na roboty budowlane pojawiła się pierwotnie właśnie w ustawie PZP<sup>113</sup> (art. 118–121), natomiast koncesja na usługi nie występowała początkowo w polskim ustawodawstwie. Różnica pomiędzy zamówieniem na roboty budowlane a koncesją polegała na formie zapłaty za wykonanie robót budowlanych. W przypadku koncesji było to w całości albo w części prawo do eksploatacji wybudowanego obiektu budowlanego.

Ostatecznie polski ustawodawca przyjął rozwiązanie, na bazie którego uregulował zamówienia publiczne osobno od regulacji koncesji na roboty budowlane. Ponadto wprowadził do porządku prawnego jedną ustawę, w której połączył procedury związane z koncesją na roboty budowlane i z koncesją na usługi, przyjmując ustawę o koncesji<sup>114</sup>, która weszła w życie dnia 20 lutego 2009 r.

#### **4.4.1.3 Zinstytucjonalizowane PPP**

Kolejnym obszarem tematycznym, który wymagał w opinii Komisji Europejskiej wyjaśnienia, były zinstytucjonalizowane partnerstwa publiczno-prywatne (ZPPP). Jest to typ partnerstw zdefiniowany jako „współpraca partnerów publicznych i prywatnych, którzy tworzą wspólnie podmiot

---

<sup>112</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz.759

<sup>113</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz.759

<sup>114</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

z kapitałem mieszanym w celu wykonywania zamówień publicznych lub koncesji”<sup>115</sup>. Istotnym elementem konstytuującym partnerstwo jest w tym wypadku ze strony partnera prywatnego nie tylko wniesienie kapitału do tworzonego podmiotu z kapitałem mieszanym, ale także czynne uczestnictwo w realizacji zadań tego podmiotu lub zarządzanie nim.

Zasadniczo wyróżnia się dwie sytuacje, których efektem jest ZPPP:

1. Powstanie nowego przedsiębiorstwa, którego udziały należą zarówno do podmiotu zamawiającego (publicznego) i podmiotu prywatnego, które otrzymują zamówienie publiczne lub koncesję.
2. Podmiot prywatny staje się udziałowcem istniejącego przedsiębiorstwa publicznego, które realizuje zadania wynikające z zamówień publicznych lub koncesji uzyskanych wcześniej w „stosunku wewnętrznym” (in-house)<sup>116</sup>.

W obu sytuacjach wybór partnera prywatnego do podmiotu z kapitałem mieszanym powinien w opinii Komisji Europejskiej przebiegać zgodnie z przejrzystą i sprawiedliwą procedurą zgodną z przepisami dyrektyw i Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (w szczególności art. 49 o swobodzie przedsiębiorczości oraz art. 56 o swobodzie świadczenia usług)<sup>117</sup>.

Z uwagi na trudności w stosowaniu otwartych i ograniczonych procedur Dyrektywy 2004/18/WE<sup>118</sup> w trakcie wyboru partnerów prywatnych w przypadku złożonych finansowo i skomplikowanych prawnie zamówień, wprowadzono w powołanej Dyrektywie innowacyjną konstrukcję dialogu konkurencyjnego. Może on być stosowany zawsze w stosunku do koncesji i zamówień publicznych innych niż podlegające w całości Dyrektywie 2004/18/WE<sup>119</sup>. Istotnym udogodnieniem tej formuły wyboru partnera prywatnego jest brak konieczności określania z góry wszystkich szczegółów planowanego przedsięwzięcia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji zamówienia, lecz możliwość wskazania ich w trakcie dialogu.

---

<sup>115</sup> Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa unijnego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego PPP (COM (2007) 6661, Bruksela 2008), s. 2

<sup>116</sup> Por. tamże, s. 4-5. Odwołując się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Teckal (C-107/98, pkt 50), DG ds. Rynku Wewnętrznego i Usług wyjaśniła znaczenie „stosunku wewnętrznego (in – house) oraz przedstawiła warunki dopuszczalności wyłączenia stosunku między zamawiającym a inną osobą prawną spod procedur zamówień publicznych. Istnieje konieczność łącznego spełnienia dwóch warunków: analogicznej kontroli zamawiającego nad daną osobą prawną do sprawowanej nad własnymi służbami oraz prowadzenia przez daną osobę prawną przeważającej części jej działalności na rzecz zamawiającego. Wyłączenie spod unijnych przepisów w zakresie zamówień publicznych występuje więc, „gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia osobie trzeciej, która jest od niej niezależna wyłącznie formalnie, natomiast zasadniczo pozostaje jej podległa. Orzecznictwo to dotyczy przypadków, w których osoba trzecia nie jest podmiotem z kapitałem prywatnym i jest zarówno organizacyjnie, jak i gospodarczo zależna od instytucji zamawiającej” (DG ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, Dokument Roboczy Służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna, SEC (2011) 1169, 4.10.2011, s. 7).

<sup>117</sup> Poza orzeczeniem powołanym w przypisie 122 por. orzeczenie ETS C-410/04 nie tylko faktyczny udział podmiotu prywatnego w spółce z podmiotem publicznym uniemożliwia zastosowanie wyłączenia od procedur zamówień publicznych przez odwołanie do „stosunku wewnętrznego”, ale również plan przyszłej prywatyzacji spółki należącej do podmiotu publicznego uniemożliwia zastosowanie tego wyłączenia przy udzielaniu tej spółce zamówienia publicznego,

<sup>118</sup> Art. 29 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

<sup>119</sup> Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa unijnego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego PPP (COM (2007) 6661, Bruksela 2008), s. 6.

#### 4.4.1.4 Decyzja EUROSTAT 18/2004

Regulacją na poziomie europejskim mającą daleko idące skutki w krajach członkowskich jest Decyzja EUROSTAT 18/2004 z dnia 11 lutego 2004 roku, zawierające m.in. wytyczne dotyczące zaliczania aktywów stanowiących przedmiot PPP do bilansów podmiotów publicznych oraz zobowiązań wynikających z umów PPP do długu publicznego. Eurostat rekomenduje, aby aktywa zaangażowane w przedsięwzięcie prowadzone w formule PPP były traktowane jako niepubliczne, a zatem jako pozabilansowe, jeśli równocześnie spełnione zostaną dwa warunki:

1. Prywatny partner ponosi ryzyko związane z budową,
2. Prywatny partner ponosi albo ryzyko związane z dostępnością albo z popytem.

Jako **ryzyko związane z budową** (*construction risk*) określa się możliwość wystąpienia wydarzeń związanych z opóźnieniem terminu przekazania obiektu, uchybieniami odnośnie umówionego standardu wykonania, wystąpieniem dodatkowych kosztów lub wad technicznych. W szczególności uznaje się, że zobowiązanie podmiotu publicznego do ponoszenia regularnych płatności na rzecz partnera prywatnego bez względu na postępy w realizacji prac jest dowodem na ponoszenie przez podmiot publiczny większości ryzyka związanego z budową<sup>120</sup>.

Uznaje się, że **ryzyko związane z dostępnością** (*availability risk*) jest przeniesione na partnera prywatnego, jeśli płatności strony publicznej zależą od rzeczywistego poziomu dostępności świadczonych usług przez cały czas trwania umowy (możliwość redukcji płatności). Świadczy o tym sposób egzekwowania odpowiedzialności (automatyczna redukcja i znaczący wpływ na przychody/zysk)<sup>121</sup>.

**Ryzyko związane z popytem** (*demand risk*) dotyczy wszelkich wahań popytu niezależnych od sposobu zarządzania lub jakości (ilości) świadczonych usług (wystąpienie wahań w cyklu koniunkturalnym, nowych trendów rynkowych, pojawienie się bezpośredniej konkurencji lub zastosowania przestarzałej technologii). Zakłada się, że podmiot publiczny ponosi większość ryzyka, gdy zobowiązuje się do poniesienia opłat w pewnej wysokości, niezależnie od poziomu efektywnego popytu na rynku<sup>122</sup>.

Następcstwami niespełnienia kryteriów wskazanych w Decyzji EUROSTAT 18/2004 są operacje księgowe w rachunkach narodowych wyjaśnione w „Podręczniku deficytu i długu sektora instytucji rządowych i samorządowych - Implementacja ESA 95”<sup>123</sup>. Szczegółowe informacje na temat operacji

---

<sup>120</sup> Decyzja EUROSTAT 18/2004 z dnia 11 lutego 2004 roku o klasyfikacji zobowiązań z tytułu PPP w zakresie długu publicznego (New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships), s. 3.

<sup>121</sup> Tamże, s. 3.

<sup>122</sup> Tamże, s. 4

<sup>123</sup> Eurostat, Długoterminowe umowy pomiędzy jednostkami sektora rządowego i samorządowego a podmiotami spoza tego sektora (Partnerstwo publiczno-prywatne), Luxemburg 2004.

księgowych w polskich rachunkach narodowych zawiera dokument „Statystyka sektora instytucji rządowych i samorządowych” opublikowany przez Główny Urząd Statystyczny<sup>124</sup>.

Wartościowych wskaźników dotyczących zaliczania zobowiązań z tytułu realizacji przedsięwzięć PPP do długu publicznego dostarczają porady Eurostatu, będące odpowiedziami na prośby o weryfikację sposobu ujęcia skutków finansowych projektów PPP w systemie rachunków narodowych ESA 95<sup>125</sup> (np. potwierdzenie zaklasyfikowania ryzyka związanego z niezajomością wartości opłat z tytułu wyłączenia do ryzyka budowy; konieczność precyzyjnego podania przy oznaczaniu projektu wyceny ulepszanego składnika majątkowego, ponieważ zgodnie z przepisami Unii Europejskiej wartość końcowa powinna przewyższać początkową o minimum 50%).

#### 4.4.1.5 Inne regulacje

Mając ciągle na uwadze, iż partnerstwo publiczno-prywatne nie jest poddane głębokiej regulacji prawa unijnego, warto w tym miejscu wskazać, że zostały opublikowane trzy dokumenty, które traktują o partnerstwie, choć żaden z nich nie ma charakteru wiążącego dla państw członkowskich. Chodzi tu o **Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego** (Komisja Europejska, Bruksela 2003), **Zieloną Księgę w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa unijnego w zakresie zamówień publicznych i koncesji** (COM (2004) 327, Bruksela 2004) oraz wspomniany już **Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa unijnego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego PPP** (COM (2007) 6661, Bruksela 2008). Dokumenty te mają charakter „miękkiego” prawa i zasad dobrych praktyk omawianych poniżej.

Obok powyższych dokumentów istotną rolę w kształtowaniu ram prawnych dla partnerstwa publiczno-prywatnego stanowi orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Na marginesie powyższej analizy należy zauważyć inną dystynkcję związaną z istnieniem PPP. Chodzi o istnienie w ramach różnych krajów europejskich różnych systemów prawa, a w szczególności prawa opartego na precedensach (przede wszystkim Wielka Brytania) oraz prawa opartego na kodyfikacjach. Mimo istnienia powyższych dwóch systemów wartym zauważenia jest, iż różnice pomiędzy nimi nie mają wpływu na budowanie barier instytucjonalnych w zakresie PPP. Co więcej, można zauważyć, iż pozytywne doświadczenia dotyczące rozwoju PPP w Wielkiej Brytanii są naśladowane w krajach, które swoje prawo zinstytucjonalizowały, a odmienne charaktery obu systemów nie są żadną przeszkodą w transferze wiedzy, umiejętności, projektów etc.

---

<sup>124</sup> Główny Urząd Statystyczny, Statystyka sektora instytucji rządowych i samorządowych, Warszawa 2010, s. 56-57.

<sup>125</sup> Consultation the classification of the assets in the public-private partnership (Autovia A-21 del Pirineo motorway in the autonomous Region of Navarra (ESTAT/C-3/FL/LA/SF/mg (2011) 745745)); Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Irrigable area of the Navarra Canal, Phase 1, (ESTAT/C-3/FL/LA/SF/mg (2011) 957626)); Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovia del Salnes, Tramo enlace con la PO-531-SANXENXO (ESTAT/C-3/FL/LA/SF/ji D (2008) 30147)).

Zagadnienie to pozostaje tym bardziej aktualne, gdy zwróci się uwagę na komplementarność obu systemów w odniesieniu do postrzegania rozkładu ryzyka w PPP oraz wpływu podziału ryzyka na zaliczanie przedsięwzięcia do długu publicznego. W obydwu systemach jest identycznie – tj. przy odpowiednim, zgodnym z Decyzją EUROSTAT 18/2004, podziale ryzyka, istnieje możliwość realizacji przedsięwzięcia PPP bez konieczności zwiększania długu publicznego. Jak już zostało opisane powyżej, zobowiązania finansowe zaciągnięte przez podmiot publiczny z tytułu umowy o PPP nie obciążają długu publicznego w przypadku, jeśli strona prywatna przyjmie na siebie dwa z trzech ryzyk wymienionych w Decyzji EUROSTAT 18/2004 – ryzyko budowy (obligatoryjnie), ryzyko dostępności lub ryzyko popytu. Powyższe ma zastosowanie bez względu na system realizacji przedsięwzięcia – kontynentalny (kodeksowy) czy też wyspiarski (precedensowy).

#### 4.4.1.6 Projekty hybrydowe

Model hybrydowy jest formą partnerstwa publiczno-prywatnego, w której w jednym projekcie dochodzi do wykorzystania kapitału prywatnego, środków publicznych oraz środków pochodzących z funduszy unijnych<sup>126</sup>.

1. Hybryda klasyczna – to model najczęściej wykorzystywany przy budowie dróg. Kontrahent prywatny odpowiedzialny jest za budowę oraz eksploatację, ponosi ciężar finansowania projektu, ubiega się o dotacje z UE i odpowiada za rozliczanie się z nich przy możliwości przejęcia na siebie przez stronę publiczną ryzyka ich nie uzyskania. Dla przykładu w kontekście wspomnianych już dróg, podmiot publiczny zapewnia grunt, a podmiot prywatny własnym wkładem finansuje projekt przy wsparciu środków unijnych.
2. Ring-fencing - w tym modelu projekt inwestycyjny na etapie budowy jest dzielony na części: realizowaną w formie PPP oraz realizowaną z wykorzystaniem funduszy UE. Po zakończeniu budowy partner prywatny otrzymuje koncesję na eksploatację całej inwestycji. Jest to metoda łatwiejsza do zrealizowania niż Hybryda klasyczna, ale nie daje pełni korzyści z PPP ani funduszy UE. Sektor publiczny musi bowiem zapewnić część środków na dofinansowanie wkładu UE na etapie inwestycji. Nie korzysta tym samym z rozłożenia płatności na cały cykl życia projektu ani z ograniczania krajowego wkładu publicznego.<sup>127</sup>

Istnieje wiele dokumentów na poziomie prawa wspólnotowego, które nie tylko ustanawiają wytyczne dla projektów realizowanych w formule PPP, ale również określają zasady pozyskiwania środków unijnych na rzecz przedsięwzięć PPP. Dokumentem wskazującym na możliwość pozyskiwania środków europejskich jest Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z 11 lipca 2006 r., ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności, które dopuszcza możliwość dofinansowania projektów PPP oraz Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r., ustanawiające szczegółowe

---

<sup>126</sup> Agnieszka Gajewska Jedwabny, Hybrydowy model partnerstwa, Połączenie funduszy europejskich ze środkami prywatnym oraz Fundusze Europejskie szansą rozwoju PPP w Polsce, Centrum PPP, opracowanie przygotowane na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, współfinansowane przez Unię Europejską.

<sup>127</sup> [finanse-publiczne.pl](http://finanse-publiczne.pl)

zasady wykonywania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Jednym z najważniejszych dokumentów określających zastosowanie PPP, jest dokument wydany przez Komisję Europejską „*Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*”. W świetle dokumentów unijnych można wskazać najistotniejsze elementy podlegające ocenie: metoda wyboru najefektywniejszego rodzaju PPP dla danego projektu, konkurencyjność przy wyborze partnera z sektora prywatnego, określenie optymalnego poziomu finansowania dotacyjnego, ochrona interesu publicznego oraz maksymalizacja korzyści<sup>128</sup>.

Hybrydowe PPP pozwala na ograniczenie do minimum środków publicznych i połączenie korzyści wypływających z zaangażowania podmiotu prywatnego oraz Unii Europejskiej. Jedną z głównych korzyści wypływających z tego rodzaju przedsięwzięć jest ich skuteczność. Inwestycje realizowane w oparciu o model hybrydowy zazwyczaj mieszczą się w ustalonych terminach i w mniejszym zakresie przekraczają założony budżet. Nie bez znaczenia jest fakt, że obecność elementu europejskiego w znacznym stopniu poprawia wiarygodność projektu (np. względem instytucji finansujących), przy jednoczesnym zapewnieniu finansowego wsparcia dla jego realizacji.

Hybrydowe PPP stanowi atrakcyjną formę realizacji projektów, w szczególności wśród nowych krajów członkowskich, które w celu poprawienia krajowej infrastruktury intensywnie sięgają do środków unijnych. Dotacje z UE dla projektów, które w swoim założeniu mają generować dochód, wlicza się na podstawie tzw. luki finansowej. Warto wspomnieć, że wysokość potencjalnego dofinansowania z funduszy unijnych możliwa jest nawet na poziomie 85% wartości nakładów inwestycyjnych, tzn. może pokryć max. 85% luki finansowej<sup>129</sup>. Pozostała część, teoretycznie, powinna zostać zagwarantowana bądź przez beneficjenta, bądź z budżetu strony publicznej. Dodatkowo UE gwarantuje wsparcie instytucjonalne oraz pokrycie kosztów wynikających ze studiów projektu.

Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że projekty te należą do bardzo trudnych, chociażby z tego względu, że przygotowanie samego projektu w formule hybrydowej jest niezwykle czasochłonne. Stworzenie koncepcji, wybór partnera prywatnego, uzyskanie decyzji administracyjnych potrzebnych do rozpoczęcia inwestycji, a czasami również złożona inżynieria finansowa niezbędna do zapewnienia środków finansowych trwać może do kilku lat. W efekcie może dojść do sytuacji, w której przekroczone zostaną ramy czasowe ustanowione dla wydatkowania funduszy unijnych i tym samym przekreśli to szanse na realizację hybrydowego PPP. Model ten pociąga też za sobą trudności związane z pozyskiwaniem i wykorzystywaniem środków unijnych. Łączą się z tym zazwyczaj dodatkowe obowiązki beneficjenta, a same projekty podlegają niezwykle drobiazgowej kontroli. Pojawia się problem z formułowaniem odpowiednich umów partnerskich między trzema podmiotami uczestniczącymi w projekcie. Przedsięwzięcia hybrydowe zazwyczaj opierają się na dwóch umowach: umowie PPP względnie koncesyjnej i umowie dofinansowania z UE. Umowy o dofinansowanie są z reguły zawierane na wzorcach umownych, co wpływa na zakres swobody przy współpracy stron. Pozostaje jeszcze kwestia ryzyka, jakie stanowi zagrożenie zwrotu

---

<sup>128</sup> European Commission, Guidelines for successful public-private partnerships, Brussels 2003 r.

<sup>129</sup> Projekty hybrydowe łączące środki UE z modelem PPP – dyskusja, Narodowa Strategia Spójności dla rozwoju Polski, Posiedzenie grupy roboczej w ramach Platformy PPP, Warszawa, 4 kwietnia 2012r., s.4.



pozyskanych środków europejskich, a także ryzyko zajścia zmian w projekcie, które wymagają zaakceptowania przez Komisję Europejską<sup>130</sup>.

W Polsce partnerstwo hybrydowe jest nadal rzadkością, aczkolwiek pierwsze projekty ujrzały już światło dzienne. Jako przykład można podać projekty czterech spalarni odpadów, których łączny koszt oszacowany został na 4,4 mld zł (wnioskowana dotacja z UE - 1,9 mld zł) czy też budowa Centralnego Parku Rekreacji, Balneologii, Turystyki i Wypoczynku „Termy Gostynińskie”. Jest to niewielka ilość, a wydaje się, że hybrydowe PPP może stanowić interesującą alternatywę dla wielu inwestycji z zakresu infrastruktury. Model ten pozwala na pozyskanie niezbędnych funduszy na wielomiliardowe inwestycje, co zostało już docenione np. przez Irlandię przy budowie obwodnicy M1 Drogheda<sup>131</sup>.

#### **4.4.2 Ustawa o finansach publicznych**

##### **4.4.2.1 Zaciąganie zobowiązań długoterminowych**

Ustawa o PPP<sup>132</sup> oraz ustawa o finansach publicznych<sup>133</sup> przesądziły jednoznacznie możliwość zaciągania długoterminowych zobowiązań w ramach PPP zarówno na szczeblu administracji rządowej, jak i przez jednostki samorządu terytorialnego. Przez długi okres czasu zasada jednoroczności budżetu stanowiła przeszkodę w zawieraniu przez jednostki sektora finansów publicznych zobowiązań długoterminowych. Brak było bowiem mechanizmów zapewniających uzyskanie finansowania dla takich przedsięwzięć i powstawało ryzyko, iż zaciągnięte zobowiązania mogą być potraktowane, jako przekroczenie kompetencji. Obecnie zgodnie z art. 17 ustawy o PPP<sup>134</sup> ustawa budżetowa określa łączną kwotę, do której organy administracji rządowej mogą w danym roku zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów partnerstwa publiczno-prywatnego. Z kolei w załączniku do uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej jednostek samorządu terytorialnego powinny być określone odrębnie dla każdego przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego między innymi limity wydatków w poszczególnych latach i limit zobowiązań.

##### **4.4.2.2 Wpływ transakcji PPP na dług publiczny**

Dług publiczny obejmuje zgodnie z art. 72 ust. 1 ustawy o finansach publicznych<sup>135</sup> zobowiązania z następujących tytułów:

---

<sup>130</sup> JASPERS Horizontal Task Outputs, Combining EU Grant Funding with PPP for Infrastructure; Conceptual Models and Case Examples, December 2010, Using EU Funds in PPP's – explaining the how and starting the discussion about the future, EPEC, May 2011

<sup>131</sup> Witold Jarzyński, Outsourcing magazine, nr 28.

<sup>132</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>133</sup> z 27 września 2009, DZ. U. 2009, Nr 157, poz. 1249

<sup>134</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>135</sup> z 27 września 2009, DZ. U. 2009, Nr 157, poz. 1249

1. wyemitowanych papierów wartościowych opiewających na wierzytelności pieniężne;
2. zaciągniętych kredytów i pożyczek;
3. przyjętych depozytów;
4. wymagalnych zobowiązań:
  - a) wynikających z odrębnych ustaw oraz prawomocnych orzeczeń sądów lub ostatecznych decyzji administracyjnych,
  - b) uznanych za bezsporne przez właściwą jednostkę sektora finansów publicznych będącą dłużnikiem.

W przytoczonej definicji nie ma odniesienia do zobowiązań wynikających z zawierania umów partnerstwa publiczno-prywatnego, ponieważ są one jedną z podkategorii w klasyfikacji tytułów dłużnych. Ich szczegółową klasyfikację zgodnie z art. 72 ust. 2 ustawy o finansach publicznych Minister Finansów określić miał w drodze rozporządzenia<sup>136</sup>. Rozporządzenie, o którym mowa w przywołanym ustępie ustawy o finansach publicznych, zostało wydane 23 grudnia 2010 r.<sup>137</sup>. W § 3 pkt. 2 powołanego rozporządzenia stwierdzono, że umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym zaliczane są do długu publicznego w kategorii „kredyty i pożyczki” pod warunkiem, że mają wpływ na poziom długu publicznego. Brakuje w rozporządzeniu informacji, w jaki sposób następuje określenie, jakie czynniki przesądzają o wpływie na dług publiczny. Najbardziej czytelną formą byłoby odwołanie do Decyzji EUROSTAT 18/2004<sup>138</sup> lub przytoczenie wprost zapisanych w nich warunków braku wpływu umów o PPP na dług publiczny. Brak inkorporacji tych zapisów do rozporządzenia określającego szczegółową klasyfikację tytułów dłużnych jest znacznym utrudnieniem metodologicznym dla służb finansowych podmiotów publicznych, utrudnia również Regionalnym Izbom Obrachunkowym ocenę sprawozdań jednostek samorządu terytorialnego w zakresie możliwości zaciągnięcia nowych zobowiązań.

Zapisy Decyzji EUROSTAT 18/2004 są jednak inkorporowane do prawa polskiego w rozporządzeniu Ministra Finansów dotyczącym sprawozdawczości budżetowej, wydanym zgodnie z art. 41 ust. 2 pkt. 3<sup>139</sup>. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej nakłada na jednostki sektora finansów publicznych obowiązek przekazywania kwartalnych sprawozdań Rb-Z-PPP (§3 pkt. 34)<sup>140</sup>, gdy posiadają zawarte umowy PPP, zgodnie ze szczegółową instrukcją dołączoną do rozporządzenia (§16 pkt. 5)<sup>141</sup>. Instrukcja<sup>142</sup> ta odnosi

---

<sup>136</sup> Szczegółowy sposób klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym rodzaje zobowiązań zaliczanych do tytułów dłużnych, uwzględniając podstawowe kategorie przedmiotowe i podmiotowe zadłużenia oraz okresy zapadalności” (art. 72 ust. 2 Ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r.).

<sup>137</sup> Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym do długu Skarbu Państwa (Dz. U. nr 252, poz. 1692).

<sup>138</sup> Por. rozdział 4.4.1.

<sup>139</sup> „Minister Finansów, po zasięgnięciu opinii Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, określi, w drodze rozporządzenia [...] 3) rodzaje i zasady sporządzania sprawozdań w zakresie zobowiązań wynikających z umów o partnerstwie publiczno-prywatnym zawieranych na podstawie odrębnych ustaw przez podmioty sektora finansów publicznych” (rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. nr 20 poz. 103).

<sup>140</sup> Wzór sprawozdania stanowi załącznik nr 34 do rozporządzenia.

<sup>141</sup> Załącznik nr 41.

się *explicite* w punkcie 3. do Decyzji EUROSTAT 18/2004, przytaczając jej główny zapis mówiący, że „zobowiązania z tytułu umów PPP zaliczane nie są do długu sektora finansów publicznych, jeżeli partner prywatny przejmie na siebie ryzyko związane z budową oraz co najmniej jedno z następujących ryzyk: ryzyko popytu i ryzyko dostępności”. Pozostałe zobowiązania wliczane są do długu publicznego i są ujmowane w rachunkach narodowych, a szczegółowe instrukcje dotyczące księgowania ich w systemie ESA 95 określone zostały w dokumencie Głównego Urzędu Statystycznego<sup>143</sup>. Uregulowanie wpływu umów PPP na dług publiczny poprzez rozporządzenie dotyczące sprawozdawczości budżetowej, a nie w rozporządzeniu określającym tytuły dłużne mające wpływ na dług publiczny, jest dyskusyjne (patrz *Oplata za dostępność – Interpretacja prawna i finansowa pojęcia wraz z opinią na temat wybranych zagadnień dotyczących podziału ryzyka, wpływu na dług publiczny i klasyfikacji opłaty za dostępność w budżetach podmiotów publicznych* – dokument przygotowany na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna 2007-2013 Warszawa marzec 2012).

Warto wspomnieć, że na podstawie ustawy o finansach publicznych Minister Finansów wydał rozporządzenie z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych<sup>144</sup>, zgodnie z którym w ramach sprawozdania „Rb-Z”<sup>145</sup> w Części A zawiera się zobowiązania sklasyfikowane jako dług publiczny („Zobowiązania według tytułów dłużnych”), które obejmują m.in. kredyty i pożyczki. Do tej kategorii na podstawie rozporządzenia dotyczącego klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczane są zobowiązania wynikające z umów o PPP.

#### 4.4.2.3 Kwalifikacja opłaty za dostępność

Inkorporacja Decyzji EUROSTAT 18/2004 do polskiego prawa nie jest jednak konsekwentna, czego przykładem jest traktowanie tzw. płatności za dostępność jednostek samorządu terytorialnego dokonywanych na rzecz partnerów prywatnych w ramach umów PPP jako, w całości, wydatków bieżących. Zgodnie z określoną w art. 242 ustawy o finansach publicznych<sup>146</sup> zasadą zrównoważenia budżetu, planowane wydatki bieżące jednostek samorządu terytorialnego nie mogą przekroczyć bieżących dochodów. Będzie to miało istotny wpływ na poziom zadłużenia jednostek samorządu terytorialnego i możliwości podejmowania PPP przez te jednostki. W rzeczywistości bowiem płatności za dostępność włączają zarówno tzw. opłaty eksploatacyjne, które rzeczywiście powinny być w wydatkach bieżących, jak i wydatki inwestycyjne, które normalnie nie są wliczane do wydatków bieżących, a majątkowych.

---

<sup>142</sup> Treść instrukcji stanowi prawie dokładną kopię Załącznika nr 36 do rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 27 czerwca 2006 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. Nr 115, poz. 781, z późn. zm.). Z tekstu usunięto wprawdzie odwołanie do nieważnej Ustawy o PPP z 2005 r., nie została jednak zmieniona definicja partnera prywatnego.

<sup>143</sup> Główny Urząd Statystyczny, *Statystyka ...*, op. cit., s. 56-57.

<sup>144</sup> Dz. U. nr 43 poz. 247

<sup>145</sup> Tj. kwartalnego sprawozdania o stanie zobowiązań wg tytułów dłużnych oraz poręczeń i gwarancji (załącznik nr 1 do rozporządzenia).

<sup>146</sup> z 27 września 2009, DZ. U. 2009, Nr 157, poz. 1240

Dodatkowo począwszy od 2014 roku wejdzie w życie art. 243 ustawy o finansach publicznych i dług jednostek samorządu terytorialnego liczony będzie według algorytmu, w którym zasadnicze znaczenie będzie miała wysokość wydatków bieżących. Jeżeli całość opłaty za dostępność, obejmująca również wydatki inwestycyjne, będzie nadal kwalifikowana jako wydatki bieżące, będzie to stanowiło istotną barierę w rozwoju PPP.

#### 4.4.3 Pomoc publiczna

W sytuacji, kiedy istnieje możliwość wystąpienia w przedsięwzięciu PPP znamion pomocy publicznej, potencjalny partner publiczny powinien dążyć do wyjaśnienia jej wystąpienia. Powinien to zrobić zgodnie z następującym planem działania:

- dokładna identyfikacja i analiza znamion pomocy publicznej (szczególnie w odniesieniu do określenia źródeł udzielenia pomocy przez państwo, uprzywilejowania niektórych przedsiębiorstw bądź gałęzi przemysłowych oraz ewentualnego zakłócenia konkurencji i wspólnotowego charakteru działań prowadzonych przez podmiot publiczny);
- wystąpienie zgodnie z przepisami ustawy o pomocy publicznej o opinię dotyczącą zgodności udzielanej pomocy z porządkiem prawnym Wspólnoty do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Opinia nie jest wiążąca, lecz może stanowić potwierdzenie wyników analiz prowadzonych przez podmiot publiczny;
- w razie wystąpienia znamion pomocy publicznej – wystąpienie o notyfikację Komisji Europejskiej.

Pomocą będą wszelkie przysporzenia podmiotu publicznego, które polegają na nierynkowym subwencjonowaniu działalności partnera prywatnego zarówno w postaci pieniężnej (np. dotacje) jak i rzeczowej (np. wkład rzeczowy do spółki). Przysporzenia będą miały charakter rynkowy, a zatem nie będą stanowiły pomocy publicznej poprzez fakt wyboru partnera prywatnego w otwartej, przejrzystej i konkurencyjnej procedurze. Ponadto kwestia wyboru partnera prywatnego w drodze konkurencyjnej procedury nie będzie miała znaczenia w przypadku, gdy przysporzenia na rzecz partnera prywatnego stanowią rekompensatę za usługi świadczone na nierynkowych warunkach. Takie świadczenia nie będą stanowiły pomocy publicznej. Warunki takiego wsparcia niestanowiącego pomocy publicznej określone zostały przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu C-280/00 Altmark. Zgodnie z tym orzeczeniem:

- partner prywatny musi być zobowiązany do świadczenia usług publicznych, a usługi te powinny być jasno zdefiniowane,
- wskaźniki, na podstawie których obliczana jest rekompensata powinny być określone z góry i w sposób przejrzysty,
- wysokość wynagrodzenia nie powinna przekraczać niezbędnych kosztów i uwzględniać rozsądny zysk.

ETS w swoim orzeczeniu odwołał się do analizy kosztów typowego przedsiębiorstwa średniej wielkości funkcjonującego w danej branży. W zakresie pomocy w związku z usługami świadczonymi w

ogólnym interesie istotne znaczenie odgrywa decyzja Komisji Europejskiej z 28.11.2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorcom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie.

W przypadku, gdy istnieją przesłanki do przyjęcia, że przysporzenie udzielane przez państwo stanowić może pomoc publiczną, należy dokonać odpowiednich analiz i poddać tę pomoc ocenie Komisji Europejskiej co do jej zgodności z postanowieniami TFUE. Notyfikacja Komisji Europejskiej sprowadza się do określenia czy w przypadku danego działania występuje pomoc publiczna i czy można uznać ją za dozwoloną na gruncie art. 107 ust. 2 oraz ust. 3 TFUE. Decyzję o notyfikacji Komisja Europejska wydaje po zakończeniu postępowania notyfikującego, do zakończenia którego podmiot publiczny powinien wstrzymać się z podejmowaniem dalszych działań<sup>147</sup>.

Dla przykładu Decyzją KE z 13 maja 2009 r. Nr. 152/2009 dopuszczono pomoc państwa w odniesieniu do przedsięwzięcia budowy i eksploatacji autostrady A1 (Odcinek Gdańsk – Toruń) realizowanego na zasadach koncesji. Decyzję tę oparto na następujących przesłankach:

- budowa i eksploatawanie infrastruktury odpowiadają jasno określonym celom związanym z ogólnym interesem gospodarczym,
- infrastruktura jest niezbędna i współmierna z punktu widzenia wyznaczonego celu,
- infrastruktura oferuje zadowalające perspektywy użytkowania,
- dostęp do infrastruktury jest otwarty dla wszystkich potencjalnych użytkowników w sposób równy i niedyskryminujący,
- wpływ na rozwój handlu nie jest sprzeczny z interesem Wspólnoty Europejskiej.

W przypadku wniesienia aportu do spółki warto zwrócić uwagę na zasady sformułowane w Komunikacie KE w sprawie elementów pomocy państwa w sprzedaży gruntów i budynków przez władze publiczne z 10 lipca 1997<sup>148</sup>. Komisja Europejska zwraca w takim wypadku uwagę na konieczność przygotowania wyceny rynkowej nieruchomości przez niezależnego rzeczoznawcę. Wszelkie odstępstwa w dół od tak ustalonej wyceny oznaczać będą pomoc publiczną.

#### **4.4.4 Gospodarka nieruchomościami**

Ustawa o gospodarce nieruchomościami<sup>149</sup> przewiduje wszelkie znane prawu cywilnemu formy obrotu nieruchomościami. Państwowe i komunalne nieruchomości mogą także stanowić przedmiot darowizny, chociaż z uwzględnieniem pewnych ograniczeń. Nieruchomości mogą być

---

<sup>147</sup> Partnerstwo publiczno-prywatne w praktyce. Przemysł, przygotuj, przeprowadź (praca zbiorowa), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009.

<sup>148</sup> Komunikat Komisji z dnia 10 lipca 1997 w sprawie elementów pomocy państwa w sprzedaży gruntów i budynków przez władze publiczne (97/C 209/03), C 209/03

<sup>149</sup> z 21 sierpnia 1997, DZ. U. 2010, Nr 102, poz. 651

przenoszone na cele publiczne<sup>150</sup> pomiędzy Skarbem Państwa a jednostką samorządu terytorialnego lub pomiędzy tymi jednostkami. Przenoszenia nieruchomości można również dokonać na rzecz podmiotu, który realizuje inwestycje w ramach partnerstwa publiczno- prywatnego. W innych przypadkach jest ona niedopuszczalna.

W przypadku projektów z zakresu partnerstwa publiczno- prywatnego, ustawa o gospodarce nieruchomościami<sup>151</sup> znajduje zastosowanie np. w sytuacjach wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego w postaci nieruchomości. Jak czytamy w art. 13 ust. 1a wspomnianej ustawy, nieruchomość może być przekazana nieodpłatnie w drodze umowy partnerowi prywatnemu lub spółce celowej, na czas realizacji przedsięwzięcia w ramach PPP.

W przypadku sprzedaży nieruchomości, która stanowi wniesienie wkładu własnego przez podmiot publiczny, zastosowanie znajduje inny przepis omawianej ustawy - art. 37 ust. 2 pkt. 11 ustawy o gospodarce nieruchomościami<sup>152</sup>, który pozwala na zastosowanie drogi bezprzetargowej, jeśli wybór partnera prywatnego nastąpił w trybie przewidzianym w art. 4 ust. 1 lub 2 ustawy o PPP<sup>153</sup>. W takiej sytuacji podmiot prywatny oraz spółka celowa mogą skorzystać z bonifikaty od ceny. Do sprzedaży, która odbędzie się według powyższych zasad, zastosowanie ma prawo odkupu, które

---

<sup>150</sup> Art.6 ustawy o gospodarce nieruchomościami, Celami publicznymi w rozumieniu ustawy są:

- 1) wydzielanie gruntów pod drogi publiczne i drogi wodne, budowa, utrzymywanie oraz wykonywanie robót budowlanych tych dróg, obiektów i urządzeń transportu publicznego, a także łączności publicznej i sygnalizacji;
- 1a) wydzielenie gruntów pod linie kolejowe oraz ich budowa i utrzymanie;
- 1b) wydzielanie gruntów pod lotniska, urzędnia i obiekty do obsługi ruchu lotniczego, w tym rejonów podejść, oraz budowa i eksploatacja tych lotnisk i urzędzeń;
- 2) budowa i utrzymywanie ciągów drenażowych, przewodów i urzędzeń służących do przesyłania lub dystrybucji płynów, pary, gazów i energii elektrycznej, a także innych obiektów i urzędzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urzędzeń;
- 3) budowa i utrzymywanie publicznych urzędzeń służących do zaopatrzenia ludności w wodę, gromadzenia, przesyłania, oczyszczania i odprowadzania ścieków oraz odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w tym ich składowania;
- 4) budowa oraz utrzymywanie obiektów i urzędzeń służących ochronie środowiska, zbiorników i innych urzędzeń wodnych służących zaopatrzeniu w wodę, regulacji przepływów i ochronie przed powodzią, a także regulacja i utrzymywanie wód oraz urzędzeń melioracji wodnych, będących własnością Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego;
- 5) opieka nad nieruchomościami stanowiącymi zabytki w rozumieniu przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami;
- 5a) ochrona Pomników Zagłady w rozumieniu przepisów o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady oraz miejsc i pomników upamiętniających ofiary terroru komunistycznego;
- 6) budowa i utrzymywanie pomieszczeń dla urzędów organów władzy, administracji, sądów i prokuratur, państwowych szkół wyższych, szkół publicznych, a także publicznych: obiektów ochrony zdrowia, przedszkoli, domów opieki społecznej, placówek opiekuńczo- wychowawczych i obiektów sportowych;
- 6a) budowa i utrzymywanie obiektów oraz pomieszczeń niezbędnych do realizacji obowiązków w zakresie świadczenia przez operatora publicznego powszechnych usług pocztowych, a także innych obiektów i pomieszczeń związanych ze świadczeniem tych usług;
- 7) budowa i utrzymywanie obiektów oraz urzędzeń niezbędnych na potrzeby obronności państwa i ochrony granicy państwowej, a także do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, w tym budowa i utrzymywanie aresztów śledczych, zakładów karnych oraz zakładów dla nieletnich;
- 8) poszukiwanie, rozpoznawanie, wydobywanie złóż kopalin objętych własnością górnictw;
- 9) zakładanie i utrzymywanie cmentarzy;
- 9a) ustanawianie i ochrona miejsc pamięci narodowej;
- 9b) ochrona zagrożonych wyginięciem gatunków roślin i zwierząt lub siedlisk przyrody;
- 10) inne cele publiczne określone w odrębnych ustawach.

<sup>151</sup> z 21 sierpnia 1997, DZ. U. 2010, Nr 102, poz. 651

<sup>152</sup> z 21 sierpnia 1997, DZ. U. 2010, Nr 102, poz. 651

<sup>153</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

najpóźniej może nastąpić w terminie 6 miesięcy od wygaśnięcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Jest to forma zabezpieczenia, jakie podmiot publiczny uzyskuje przed ewentualnym nieojojalnym zachowaniem partnera prywatnego. W efekcie wykonania prawa pierwokupu, kontrahent prywatny zmuszony jest przenieść prawo własności nieruchomości na podmiot publiczny. Sam natomiast otrzymuje zwrot ceny z uwzględnieniem jej waloryzacji. Jeśli następnie dojdzie do sprzedaży takiej nieruchomości przez podmiot publiczny, wówczas na mocy ustawy o gospodarce nieruchomościami i w określonych ustawą o PPP<sup>154</sup> sytuacjach, prywatnemu kontrahentowi przysługuje pierwszeństwo prawa pierwokupu przed gminą. Prawo to powinno zostać zrealizowane w ciągu dwóch miesięcy od dnia zawiadomienia o treści umowy zawartej z osobą trzecią.

Należy jednak pamiętać, że ustawa o gospodarce nieruchomościami nie faworyzuje dotychczasowego partnera prywatnego, który zamierza wyegzekwować przysługujące mu prawo pierwokupu i w związku z tym nie przewiduje w stosunku do niego żadnych preferencji cenowych.

Omawiana ustawa znajdzie także zastosowanie przy wniesieniu przez partnera publicznego nieruchomości, jako wkładu własnego, w ramach umowy zawartej w trybie art. 4 ust. 3 ustawy o PPP<sup>155</sup>. Ustawa ta stosować się będzie również w sytuacjach, w których przedsięwzięcia PPP w szerokim funkcjonalnym znaczeniu nie będą realizowane w oparciu o ustawę o PPP.

#### **4.4.5 Ustawy samorządowe**

Tak jak wspomniano powyżej, jednostka samorządu terytorialnego ma możliwość przystąpienia lub współtworzenia spółki w celu realizacji projektu PPP. Warunki, na jakich JST może brać udział w tworzeniu takiej spółki różnią się w przypadku gminy, powiatu i województwa.

##### **a. Gmina**

Zgodnie z art. 9 ustawy o samorządzie gminnym, gmina może prowadzić działalność gospodarczą w celu realizacji zadań publicznych (zadań użyteczności publicznej). Działalność gospodarcza poza zakresem użyteczności publicznej może być prowadzona na podstawie innych przepisów wyraźnie dopuszczających taką możliwość. W orzecznictwie istnieje opinia, że spółki, w których gminy są udziałowcem mniejszościowym, nie powinny być traktowane jako spółki gminne, a co za tym idzie nie powinny podlegać ograniczeniom art. 9 ustawy o samorządzie gminnym.

Zakres możliwości prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej w celu realizacji zadań publicznych jest bardzo szeroki. Wynika to zakresu pojęcia zadań publicznych gminy.

---

<sup>154</sup> z 19 grudnia 2008, Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>155</sup> Art. 4 ust. 3 ustawy o PPP. W przypadkach, w których nie ma zastosowania ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi ani ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 i Nr 106, poz. 675).

Prawodawca określił, że zadaniem publicznym gminy są w szczególności zadania wymienione w art. 7 ustawy o samorządzie gminnym. W tym miejscu trzeba jednak podkreślić, że użyte w ustawie pojęcie „w szczególności” oznacza, że jest to lista otwarta i przykładowa. Jednocześnie zgodnie z brzmieniem art. 6. ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym do „zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów”. Oznacza to, że gmina może „uznać” szerokie spektrum spraw o znaczeniu lokalnym za jej zadania publiczne.

Aby rozpocząć działalność gospodarczą w celu realizacji zadań publicznych, gmina może założyć spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółkę akcyjną. W przypadku realizacji przedsięwzięcia PPP gmina może również uczestniczyć w spółce komandytowej oraz komandytowo akcyjnej. W takim przypadku gmina nie może być jednak komplementariuszem.

Jednocześnie przeanalizować należy możliwość angażowania się jednostek samorządu terytorialnego w działania poza zasięgiem terytorialnym gminy: przykładowo budowa infrastruktury na terenie sąsiedniej gminy (np. spalarni, oczyszczalni etc. ), o ile będzie ona służyła do realizacji zadań publicznych gminy – inwestora. Takie rozwiązanie powinno pozytywnie wpłynąć na realizację projektów PPP, ponieważ umożliwiłoby gminie udział kapitałowy w spółce celowej bez konieczności tworzenia związku międzygminnego.

#### b. Powiat

Powiat może prowadzić działalność gospodarczą wyłącznie w zakresie zadań użyteczności publicznej określonych w art. 4 w zw. z art. 6 ustawy o samorządzie powiatowym. W przyjętym systemie ustroju terytorialnego określono zamknięty katalog zadań publicznych powiatu. Wynika to z pełnienia przez powiat funkcji uzupełniających dla gmin<sup>156</sup>. Przy czym działalność ta może być prowadzona w formie spółek, na zasadach takich jak gminy.

Oznacza to, że powiat ma możliwość prowadzenia działalności gospodarczej wyłącznie w zakresie zadań publicznych wymienionych w art. 4 ustawy o samorządzie powiatowym lub innych ustawach.

W związku z faktem, że w przyjętym ustroju terytorialnym powiaty pełnią jedynie funkcje pomocnicze wobec gmin, nie wydaje się konieczne poszerzanie ich kompetencji ani zmian w prawie.

#### c. Województwo

Województwo może prowadzić działalność gospodarczą wyłącznie w celu realizacji zadań użyteczności publicznej o charakterze wojewódzkim, w szczególności wymienionych w art. 14 ust. 1 ustawy o samorządzie wojewódzkim lub czynności edukacyjnych, promocyjnych,

---

<sup>156</sup> Cybulska R. Komentarz do art. 4 ustawy o samorządzie powiatowym [w] Dolnicki, B.(red.), Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz, Wydawnictwo ABC 2007, [w] Lex Prestige.



wydawniczych, a także na wykonywaniu działalności w zakresie telekomunikacji, służących rozwojowi województwa. Wydaje się, że możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez województwo została określona zbyt wąsko. Na chwilę obecną nieuregulowana jest bowiem możliwość realizacji działań, których charakter trudno ująć jako zadania publiczne konkretnego szczebla administracji publicznej. Jako przykład można podać możliwość budowy węzła przesiadkowego (stacji/dworca), w którym obsługiwane byłyby koleje regionalne (będące w gestii zadań publicznych województwa) oraz komunikacja miejska (zadanie publiczne gminy).

Wartym rozważenia może być postulat rozszerzenia form prawnych prowadzenia działalności gospodarczej o utworzony przez województwo Fundusz Inwestycyjny Zamknięty Aktywów Niepublicznych (FIZAN), regulowany przepisami ustawy o funduszach inwestycyjnych<sup>157</sup>, mogących angażować się w projekty realizowane przez gminy. Przykładowo wojewódzki FIZAN zarządzający funduszami JESSICA mógłby brać udział w projektach PPP realizowanych na terenie konkretnych gmin i służących realizacji zadań publicznych tej gminy.

Zasady uczestnictwa województwa, powiatu i gminy w spółkach określa poniższa tabela.

**Tabela 2. Zasady uczestnictwa województwa, powiatu i gminy w spółkach**

| Działalność gospodarcza JST | Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością | Spółka akcyjna | Spółka komandytowa           | Spółka komandytowo akcyjna   | Spółdzielnia |
|-----------------------------|---|----------------|------------------------------|------------------------------|--------------|
| Gmina                       | tak                                     | tak            | tylko w oparciu o ustawę PPP | tylko w oparciu o ustawę PPP | Nie          |
| Powiat                      | tak                                     | tak            | tylko w oparciu o ustawę PPP | tylko w oparciu o ustawę PPP | Nie          |
| Województwo                 | tak                                     | tak            | tylko w oparciu o ustawę PPP | tylko w oparciu o ustawę PPP | Tak          |

**Tabela 3. Użyteczność publiczna w gminie, powiecie i województwie**

|             | Działalność w zakresie użyteczności publicznej | Działalność gospodarcza poza użytecznością publiczną |
|-------------|--|--|
| Gmina       | tak  | Możliwa  |
| Powiat      | Tak  | Niemożliwa   |
| Województwo | Tak  | możliwa w ograniczonym zakresie                      |

<sup>157</sup> Ustawa dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. z 2004 r., Nr 146, poz. 1546, z późn. zm.).

#### 4.4.6. Podatki

Przepisy podatkowe dotyczące przedsięwzięć PPP mają na celu zapewnienie neutralności podatkowej czynności majątkowych dokonywanych przez podmiot publiczny i prywatny w trakcie i po zakończeniu tych przedsięwzięć. Przepisy te dotyczą sytuacji podatkowej podmiotów publicznych, prywatnych oraz spółek utworzonych w ramach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zasada neutralności podatkowej zapewniana przez przepisy ograniczona jest jednak do podatku dochodowego od osób fizycznych<sup>158</sup> i prawnych<sup>159</sup>, nie dotyczy natomiast VAT<sup>160</sup>. W zakresie VAT, czynności podejmowane przez podmioty uczestniczące w przedsięwzięciu PPP podlegać będą takiemu samemu opodatkowaniu jak czynności innych uczestników obrotu gospodarczego. W szczególności dotyczy to wniesienia wkładu własnego przez podmiot publiczny i przekazania wkładu własnego podmiotowi publicznemu po zakończeniu przedsięwzięcia.<sup>161</sup>

Partnerzy publiczni i prywatni (osoby fizyczne i prawne) korzystają ze zwolnienia od podatku dochodowego, gdy spełnione są łącznie trzy warunki:

- przysporzenie uzyskiwane przez partnera prywatnego jest wkładem własnym w rozumieniu ustawy o PPP,
- przysporzenie przeznaczone jest na cel określony w umowie o PPP,
- przysporzenie nie stanowiło zwrotu wydatków poniesionych na realizację zadania publicznego oraz nie są to środki przeznaczone na nabycie udziałów lub akcji w spółce handlowej.

Podmioty prywatne nie mogą zaliczać w koszty uzyskania przychodów wydatków sfinansowanych przez podmiot publiczny w ramach wkładu własnego.

Po zakończeniu przedsięwzięcia PPP partner prywatny może być zobowiązany do przekazania składników majątkowych partnerowi publicznemu. W takim przypadku partner publiczny ma prawo wliczyć w koszty różnicę pomiędzy wartością początkową tych składników majątkowych a sumą odpisów amortyzacyjnych w okresie funkcjonowania przedsięwzięcia PPP. Podmiot publiczny nie zalicza również do przychodów wartości nieodpłatnie otrzymanych składników majątkowych będących przedmiotem umowy PPP, przekazanych w ramach przedsięwzięcia PPP. Podmiotowi publicznemu nie zalicza się do przychodów wartości nominalnej udziałów lub akcji objętych w spółkach w ramach umowy PPP.

Z uwagi na to, że regulacja podatkowa przedsięwzięć PPP jest ograniczona, partnerzy: publiczny, prywatny oraz spółki utworzone w ramach umów PPP podlegają takim samym podatkom jak inne podmioty gospodarcze. Wyżej wskazane przepisy zapewniające przedsięwzięciom PPP neutralność podatkową odwołują się do ustawy o PPP. Stanowi to bodziec do korzystania z tej ustawy. Poza zakresem powyższej zasady neutralności pozostają zatem przedsięwzięcia PPP realizowane na zasadzie koncesji oraz na podstawie innych przepisów.

---

<sup>158</sup> Ustawa z dnia 26 lipca 1991 roku o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. 2012 Nr 0 poz. 361).

<sup>159</sup> Ustawa z dnia 15 lutego 1992 roku o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. 2011, Nr 74, poz. 397).

<sup>160</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2004 o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2011, Nr 177 poz. 1054)

<sup>161</sup> Partnerstwo publiczno-prywatne, Poradnik, Praca zbiorowa pod redakcją Bartosza Korbusa, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych; Mariusz Popławski, Partnerstwo publiczno-prywatne na gruncie podatków dochodowych, Partnerstwo międzysektorowe, możliwości zasady, realizacja, Fundacja Prawo i Partnerstwo, sierpień 2010

Wydaje się, że główne problemy podatkowe będą się pojawiały w praktyce i będą się wiązać przede wszystkim z długoterminowym charakterem przedsięwzięć PPP. Na obszarze Wspólnoty Europejskiej nie jest obecnie przyjęte udzielanie zapewnień dotyczących stabilności systemu podatkowego i przejmowanie przez stronę publiczną ryzyka związanego ze zmianą podatków. Kolejnym praktycznym problemem jest złożoność przedsięwzięć PPP. Podobnie jak w innych złożonych transakcjach typu „project finance”, rozmaite podatki mogą wystąpić w różnych częściach transakcji, dotyczyć rozmaitych podmiotów i powstać na różnych etapach. Przy czym, z uwagi na wzajemne powiązanie podmiotów przedsięwzięcia PPP, nieoczekiwany podatek występujący u jednego uczestnika, może zachwiać całym przedsięwzięciem. W związku z tym planowanie podatkowe stanowi bardzo istotny czynnik przygotowania transakcji. Przy dużych transakcjach istnieje praktyka ograniczenia ryzyka podatkowego poprzez uzyskiwanie interpretacji od organów podatkowych. Przedłuża to znacznie przygotowanie przedsięwzięć, natomiast stanowi praktyczne, choć niegwarantujące, pełnej stabilności rozwiązanie.

#### **4.5 Zasady dobrych praktyk PPP**

Jak wcześniej wspomniano, w ramach tak zwanego miękkiego ustawodawstwa Komisja Europejska uchwaliła szereg dokumentów, a w szczególności „Wytycznych dotyczących udanego partnerstwa publiczno-prywatnego” w 2003 roku, „Zielonej Księgi dotyczącej partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji” w 2004 roku, „Komunikatu w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji” w 2005 roku. Dokumenty te w dużej mierze określają dobre praktyki w zakresie PPP odwołując się zarówno do praktyki oraz regulacji w krajach członkowskich wspólnoty europejskiej, jak i orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, dokumentów organizacji międzynarodowych takich jak Bank Światowy oraz ONZ, a także do dokumentów przygotowanych przez firmy doradcze i inne podmioty prywatne.

Istotnym motywem przewijającym się w tych dokumentach jest zapewnienie obopólnych korzyści podmiotom uczestniczącym w PPP tzw. Value for Money (VFM). Zgodnie z metodologią proponowaną w tych dokumentach ocena korzyści powinna brać pod uwagę nie tylko bieżące korzyści finansowe, ale korzyści przez cały okres trwania projektu (life cycle) oraz korzyści o charakterze nie-finansowym, takie jak przyspieszenie realizacji oraz wpływ na otoczenie.

W Polsce przygotowanie analiz przed-realizacyjnych nie wynika wprost z przepisów ustawy o PPP. Warto jednak zwrócić uwagę na to, iż zgodnie z art. 2 ustawy o PPP<sup>162</sup>, jego istota opiera się o podział zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem prywatnym i publicznym. Zgodnie z kolei z art. 44 ust 3 ustawy o finansach publicznych<sup>163</sup>, wydatki publiczne powinny być dokonywane z zachowaniem szczególnej staranności. W świetle praktyk przyjętych na świecie wobec projektów PPP należyta staranność w podziale zadań i ryzyka wymagać może zarówno przygotowania analiz, jak i skorzystania z zewnętrznego doradztwa. W związku z tym, mimo że obowiązek analiz przed-realizacyjnych nie wynika wprost z przepisów prawnych, to pośrednio można go wywieść z przepisów

---

<sup>162</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>163</sup> z 27 września 2009, DZ. U. 2009, Nr 157, poz. 1240

ustawy o finansach publicznych. Nie oznacza to, że analizy przed-realizacyjne należy przygotowywać przy wszystkich projektach PPP, natomiast decyzja o przygotowaniu (bądź nie) analiz zgodnych z dobrymi praktykami proponowanymi przez Komisję Europejską powinna być sama w sobie przedmiotem starannej analizy i może być przedmiotem badania Najwyższej Izby Kontroli i innych organów kontrolnych. W praktyce będzie warunkiem uzyskania finansowania Europejskiego Banku Inwestycyjnego i międzynarodowych instytucji finansowych. Ponadto będzie przedmiotem badania we wszelkich sprawach związanych z pomocą publiczną.

Syntetyczny opis analiz stosowanych w krajach europejskich<sup>164</sup> został przedstawiony we wcześniej przygotowanym „Raportie z analizy danych zastanych” przygotowanym na potrzeby „Analizy potencjału podmiotów publicznych i przedsiębiorstw do realizacji projektów PPP dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości”.

Interesujące, że wiele zrealizowanych projektów nie poprzedzały takie analizy<sup>165</sup> ani też nie były one wspierane doradztwem zewnętrznym. Sukcesem jest, że projekty te zyskały akceptację instytucji finansujących, najprawdopodobniej też koszty ich przygotowania były niższe aniżeli gdyby analizy były wykonane i zatrudnieni zewnętrzni doradcy. Warto jednak podkreślić, iż w większości były to projekty precedensowe, przygotowywane bez korzystania ze standardowych wzorców i ich koszt oraz efekty mogą w długim okresie być oceniane krytycznie.

---

<sup>164</sup> W „Raportie z analizy danych zastanych” przedstawiono opis następujących analiz: Public Private Scan (PPS), Public Private Compactor (PPC), Public Sector Comparator (PSC).

<sup>165</sup> Pod rządami poprzednio (2005 r.) obowiązującej ustawy o PPP funkcjonowały dwa wydane w oparciu o nią rozporządzenia: w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego oraz w sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (oba opublikowane w Dz. U. z dnia 13 lipca 2006 r.). Pierwsze z nich określało i opisywało: 1) rodzaje ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego; 2) podział ryzyk między podmiot publiczny i partnera prywatnego; 3) wpływ ryzyk na poziom długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych. Drugie rozporządzenie określało niezbędne elementy koniecznej do przeprowadzenia analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. W § 2 rozporządzenie zobowiązywało, by przed podjęciem decyzji o realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego podmiot publiczny sporządził wstępną analizę tego przedsięwzięcia, odrębnie analizując jego realizację w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego oraz jego realizację w inny sposób, w tym realizację przedsięwzięcia przez podmiot publiczny; § 3. jasno stwierdza, iż analiza każdego ze sposobów realizacji przedsięwzięcia obejmuje w szczególności:

- 1) określenie zakresu przedsięwzięcia,
- 2) analizę ekonomiczno-finansową,
- 3) analizę prawną,
- 4) analizę rodzajów ryzyka i wrażliwości przedsięwzięcia na rodzaje ryzyka.

Przedmiot i zakres powyższych regulacji były zbliżone do rozwiązań stosowanych w wielu krajach europejskich (patrz Raport 1).

## 4.6 Realizacja projektów

Jak wskazano w punkcie 4.3 istnieje szereg podstaw prawnych realizacji przedsięwzięć PPP w Polsce. Regulacje ustawy o PPP przewidują trzy zasadnicze metody wyboru partnera prywatnego oraz trzy reżimy prawne do umów zawartych z wybranym partnerem prywatnym: ustawę PZP, ustawę o koncesji oraz art. 4.3 ustawy o PPP zawierający ogólne odwołanie do zasad konkurencji, równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności w przypadkach, w których nie ma zastosowania ustawa PZP i ustawa o koncesjach. Ten ostatni przepis może mieć zastosowanie wtedy, gdy przepisy wyraźnie wyłączają zastosowanie ustawy PZP oraz ustawy o koncesji, to jest np. w przypadku zamówień i koncesji w sektorze telekomunikacyjnym oraz w każdym innym wypadku, gdy nie stosuje się przepisów PZP i ustawy o koncesji.

W odróżnieniu od tego ostatniego przepisu ustawa PZP i ustawa o koncesji zawierają obszerne regulacje dotyczące wyboru partnera prywatnego oraz umowy z nim zawieranej, w tym między innymi postanowienia dotyczące odwołań, zmiany umów oraz podwykonawców.

### 4.6.1 Dialog konkurencyjny

W przypadku projektów PPP, gdzie przewidywane wynagrodzenie partnera prywatnego będzie tak skonstruowane, że ryzyko ekonomiczne w znaczącej części pozostanie po stronie publicznej, wybór partnera prywatnego powinien odbywać się zgodnie z przepisami ustawy PZP<sup>166</sup>.

Zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej, najwłaściwszym trybem do wyboru partnera prywatnego w ramach zamówień publicznych jest procedura dialogu konkurencyjnego, aczkolwiek nie są wykluczone inne metody. Co do zasady, dialog konkurencyjny może być zastosowany w razie łącznego spełnienia dwóch warunków, tj. gdy zamówienie jest szczególnie skomplikowane a cena nie jest jedynym kryterium wyboru najlepszej oferty dokonywanego przez podmiot publiczny.

Procedura dialogu konkurencyjnego polega na prowadzeniu kilku etapowych rozmów z podmiotami prywatnymi w oparciu o opis potrzeb i wymagań określony przez podmiot publiczny. W trakcie kolejnych tur dialogu, na podstawie propozycji rozwiązań proponowanych przez partnerów prywatnych, opis ten powinien być ostatecznie doprecyzowany przez podmiot publiczny. Na podstawie tego opisu podmiot publiczny powinien następnie sporządzić „specyfikację istotnych warunków zamówienia” (SIWZ) i zaprosić podmioty prywatne do składania ostatecznych ofert.

Co do zasady dialog konkurencyjny musi być prowadzony z uwzględnieniem zasad poufności składanych ofert, a także przejrzystości i równego traktowania podmiotów prywatnych. Jednocześnie w przypadku, gdy podmiot publiczny przewiduje, że oferta danego wykonawcy nie będzie satysfakcjonująca i nie zostanie przyjęta, może przerwać niepotrzebne i kosztowne dyskusje, o ile taka możliwość została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

---

<sup>166</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

Podmiot publiczny powinien prowadzić dialog aż do momentu, w którym będzie w stanie określić rozwiązanie najbardziej spełniające jego potrzeby. W momencie, gdy podmiot publiczny jest w stanie sprecyzować szczegółowo kształt projektu, zamyka dialog konkurencyjny, ogłasza specyfikację zamówienia i zaprasza do składania ofert podmioty, które brały udział w dialogu (i nie zostały z niego wyeliminowane).

Zamawiający dokonuje oceny ofert według pewnych z góry określonych kryteriów, wskazanych przez niego już w ogłoszeniu o zamówieniu, a następnie w SIWZ. Kryteria wyboru można podzielić na kryteria obligatoryjne (cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, podział zadań i ryzyk, terminy i wysokość płatności) oraz fakultatywne (m.in. jakość, parametry techniczne, koszty eksploatacji, serwis i in.).

#### **4.6.2 Postępowanie koncesyjne**

W przypadku projektów PPP zastosowanie ustawy o koncesji<sup>167</sup> byłoby o tyle uzasadnione, o ile płatności na rzecz koncesjonariusza (podmiotu prywatnego) będą pochodzić również z innych źródeł aniżeli podmiot publiczny, a płatności podmiotu publicznego (koncesjodawcy) nie będą prowadzić do odzyskania całości nakładów związanych z wykonaniem koncesji przez koncesjonariusza. Koncesjonariusz powinien ponosić w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne projektu.

Podmiot publiczny przygotowując i prowadząc postępowanie powinien, podobnie jak w przypadku dialogu konkurencyjnego, zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie uczestników, działać w sposób przejrzysty oraz z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Podmiot publiczny powinien przygotować opis przedmiotu koncesji przez:

- odniesienie do specyfikacji technicznej,
- charakterystykę lub wymagania w zakresie funkcjonalności,
- wykorzystaniu obydwu tych metod.

Podobnie jak w przypadku dialogu konkurencyjnego, podmiot publiczny musi przygotować szereg praktycznych dokumentów m.in. regulamin udzielenie koncesji, projekt umowy koncesyjnej, propozycję matrycy rozłożenia ryzyk.

Pierwszym etapem również jest dokonanie ogłoszenia. Kolejnym etapem jest weryfikacja złożonych wniosków oraz negocjacje, które mogą dotyczyć wszystkich aspektów koncesji. W wyniku negocjacji strona publiczna może dojść do wniosku, że wstępna koncepcja bądź szczegóły projektu wymagają zmiany i dokonać zmiany wymagań określonych w ogłoszeniu.

---

<sup>167</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009. Nr 19, poz. 101

Następnym etapem jest zaproszenie do złożenia ofert kandydatów, z którymi były prowadzone negocjacje i przesłanie im opisu koncesji. Strona publiczna wybiera ofertę najkorzystniejszą z tym, że kryteriami mogą być w szczególności: czas trwania, wysokość współfinansowania przedmiotu koncesji ze środków oferenta, koszty użytkowania, wysokość opłaty za usługę świadczoną na rzecz osób trzecich, korzystających z przedmiotu koncesji, jakość wykonania, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, rentowność, termin wykonania i inne.

#### **4.6.3. Odwołania**

Zainteresowanemu podmiotowi, który miał interes w zawarciu umowy koncesji i poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem prawa, przysługuje skarga do sądu administracyjnego. Nie zmienia to charakteru umowy koncesji jako umowy cywilnoprawnej. W przypadku wyboru podmiotu prywatnego w oparciu o przepisy dotyczące zamówień publicznych, odwołania podlegają procedurom określonym w ustawie o PZP<sup>168</sup>. Natomiast w przypadku procedur, do których stosownie do art. 4 ust 3 ustawy o PPP, ustawa o PZP ani też ustawa o koncesji nie mają zastosowania, ewentualne naruszenie praw uczestników postępowania podlegać może ocenie w ramach zwykłej drogi sądowej.

#### **4.6.4. Zawarcie umowy**

W związku z tym, że w Polsce nie wypracowano jeszcze standardowych dokumentów niezbędnych do realizacji projektów PPP, podstawowym dokumentem realizacji projektu PPP będzie wspomniana powyżej w punkcie 4.3.1.3. umowa PPP. Umowa ta w sposób kompleksowy powinna regulować relacje pomiędzy partnerem prywatnym i publicznym.

Co do zasady, umowa o PPP powinna określać przedmiot umowy, czyli opis przedsięwzięcia z uwzględnieniem jego celu, tj. stron umowy, okresu obowiązywania, terminów wykonania umowy, warunków zawieszających, mechanizmu płatności i podziału ryzyka.

Ponadto, umowa PPP powinna określać również zobowiązania i prawa stron, w tym postanowienia odnośnie wkładów stron, a także: wielkość i sposób wynagradzania partnera prywatnego, skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania (kary umowny, obniżenia wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki celowej) oraz zasady i szczegółowy tryb publicznej kontroli realizacji przedsięwzięcia. Jeśli podmiot publiczny i partner prywatny zamierzają powołać spółkę, której zadaniem będzie wykonanie umowy o PPP, umowa taka powinna także określać postanowienia odnośnie utworzenia spółki celowej. W umowie o PPP mogą się również znaleźć postanowienia dotyczące: stanu, w jakim zostanie zwrócony podmiotowi publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia; terminu skorzystania przez

---

<sup>168</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

partnera prywatnego z prawa pierwokupu nieruchomości, będącej wkładem własnym; harmonogramu przedsięwzięcia; łącznej wartości środków przeznaczonych na całe przedsięwzięcie, będące przedmiotem umowy, niezależnie od źródła ich pochodzenia; okresu obowiązywania umowy; podziału ryzyk związanych z prowadzeniem przedsięwzięcia; norm jakościowych, wymagań i standardów stosowanych przy realizacji przedsięwzięcia; zasad i zakresu ubezpieczeń przedsięwzięcia, a także dodatkowych gwarancji i umów oraz zobowiązań stron w tym zakresie; trybu i zasad rozstrzygania sporów wynikłych na tle umowy, a także warunków i sposobu rozwiązania umowy o PPP.

W przypadku przedsięwzięcia realizowanego na zasadach koncesji odpowiednikiem umowy PPP będzie umowa koncesyjna. W odróżnieniu od umowy PPP, której okres nie jest ograniczony przepisami, umowa koncesyjna nie może być dłuższa niż 30 lat w przypadku robót budowlanych i 15 lat w przypadku usług.

#### 4.6.5. Zmiany umowy

Ugruntowaną zasadą wspólnotowego prawa zamówień jest zakaz dokonywania istotnych zmian kontraktu lub umowy koncesyjnej (art. 144 ustawy PZP). Podobne postanowienie zawarte jest w art. 13 ustawy o PPP<sup>169</sup> „zakazuje się istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba, że podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie [...] oraz określił warunki takiej zmiany”. Również zgodnie z ustawą o koncesji niedopuszczalne jest dokonywanie zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której zawarto umowę koncesji, względnie zawieranie z koncesjonariuszem dodatkowej umowy na wykonanie prac budowlanych nieobjętych umową koncesji, chyba, że konieczność takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy.

W prawie precedensowym Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz w dyrektywie w sprawie sektora publicznego uznaje się, że w złożonych stosunkach kontraktowych, głównie branży budowlanej, można spodziewać się zmian powodujących później zmianę kontraktu. Istotne zmiany mogą powodować konieczność nowego przetargu, jeżeli byłyby one potencjalnie dyskryminujące. Według Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, decydujące pytanie brzmi czy negocjacje po zawarciu umowy wskazują na ciągłość postępowania zamówieniowego lub koncesyjnego zgodnie z ich warunkami, czy też stanowią renegecje istotnego warunku. Ustalenie wszystkich szczegółów istotnych dla realizacji dużych projektów infrastrukturalnych jest bardzo trudne, jeżeli w ogóle możliwe. Komisja Europejska dostrzega potrzebę negocjacji poprzetargowych z wybranym oferentem dużych projektów infrastrukturalnych. Potwierdziła to wielokrotnie w swoich decyzjach, między innymi w sprawie metra londyńskiego (por. Decyzja Komisji Europejskiej z 2 października 2002 w sprawie 264/2002) i w Salonikach (por. Komunikat Komisji Europejskiej dla prasy IP/03/2003 z 30 kwietnia 2003). W tym ostatnim przypadku kontrakt początkowo określony jako roboty budowlane został poprawnie zdefiniowany jako umowa koncesyjna. W związku z tym nie podlegał ostrzejszym

<sup>169</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100



zasadom dotyczącym zamówień publicznych i podmiot, który wygrał postępowanie zamówieniowe miał znaczne możliwości negocjacji ostatecznej umowy. W konsekwencji zmiany przebiegu tuneli metra zostały uznane za dopuszczalne.

#### 4.6.6. Podwykonawcy

W przypadku udzielania koncesji przepisy regulują udzielanie zamówień podwykonawcom i odsyłają w tym zakresie do przepisu art. 131 ustawy o PZP<sup>170</sup>. Podobnego obowiązku nie zawierają przepisy ustawy o PPP<sup>171</sup>. Przepisy dotyczące udzielania zamówień podwykonawcom odnoszą się wyłącznie do koncesjonariusza, któremu udzielono koncesji na wykonanie robót budowlanych, a nie takiego, z którym zawarto umowę koncesji na usługi. Przy czym przepisy przewidują trzy kategorie koncesjonariuszy. Pierwsza kategoria to ci, których można zaliczyć do kategorii podmiotów publicznych i tych prywatnych, którzy spełniają dwa warunki:

- ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia będzie finansowane ze środków publicznych,
- wartość zamówienia będzie równa lub będzie przekraczała kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy o PZP<sup>172</sup>.

Koncesjonariusze ci mają obowiązek stosowania ustawy PZP do udzielania zamówień podwykonawcom. Druga kategoria to ci pozostali koncesjonariusze, których nie można zaliczyć do podmiotów publicznych, a finansowanie ze środków publicznych nie przekracza 50% wartości zamówienia, którego udzielają. W przypadku, gdy wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza kwotę określoną wymienionych wyżej przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy PZP, mają oni obowiązki stosowania jedynie niektórych przepisów ustawy PZP, w tym w zakresie ogłoszenia o zamówieniu, zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 131 ust. 2<sup>173</sup>). Trzecia kategoria to wszyscy pozostali koncesjonariusze. Nie mają oni ograniczeń w udzielaniu zamówień podwykonawcom wynikających z art. 131 ustawy PZP.

Wspomniane przepisy nie wpływają jednak na uprawnienie koncesjonariusza do wyboru podwykonawcy w sytuacji, w której sam nie posiadając odpowiedniego doświadczenia ma zamiar

---

<sup>170</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>171</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>172</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>173</sup> Koncesjonariusz, który nie jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1-3a i 5, przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane, których wartość jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wynikających z wykonywania koncesji:

1) jest obowiązany do stosowania przepisów ustawy dotyczących:

a) ogłoszenia o zamówieniu,

b) ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane,

c) określania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 49 ust. 1 i 2 oraz terminów składania ofert zgodnie z art. 52 ust. 2;

2) jest obowiązany do prowadzenia postępowań z zachowaniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1;

3) może nie stosować przepisów, o których mowa w pkt. 1, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1 i art. 67 ust. 1.

polegać na kompetencjach podwykonawcy. W takim przypadku koncesjonariusz musi złożyć wymagane dokumenty już na etapie ubiegania się o udzielenie koncesji i obowiązany jest do powołania się na zdolności podmiotu trzeciego.

Kolejne wyjątki od stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w stosunku do podwykonawców dotyczą konsorcjów budowlanych oraz podmiotów pozostających w stosunkach zależności. W tym ostatnim przypadku przepisy ustawy nie są zgodne z przepisami Dyrektywy. Dyrektywa dopuszcza jako podwykonawców szeroki krąg podmiotów pozostających w zróżnicowanych stosunkach zależności, w tym tzw. związkach siostrzanych (dwa podmioty kontrolowane przez trzeci podmiot). Definicja stosunku zależności w przepisach polskich przez odwołanie się w art. 131 ust 3 ustawy PZP<sup>174</sup> do ustawy z 29 lipca 2005 o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do publicznego obrotu spowodowała<sup>175</sup>, że stosunki zależności nie obejmują związków siostrzanych.

#### **4.7. Szczególne regulacje niektórych projektów**

Wyżej przedstawione zasady określone ustawą o PPP, ustawą o PZP i ustawą o koncesji będą miały zastosowanie do rozmaitych (ale nie wszystkich) przedsięwzięć PPP począwszy od ochrony zdrowia do ewentualnych projektów drogowych. Specyfika i otoczenie prawne niektórych przedsięwzięć powoduje, że ich kształt i funkcjonowanie będą się istotnie różnić w zależności od branży, w jakiej będą realizowane.

##### **4.7.1 Autostrady płatne**

Ustawa o PPP, ustawa o PZP i ustawa o koncesji nie będą miały zastosowania do budowy i eksploatacji autostrad płatnych. Ustawa o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym<sup>176</sup> stanowi o warunkach przygotowania budowy, finansowania budowy, określa zasady przeprowadzania postępowania przetargowego na budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrad płatnych, o zasadach zawierania umów o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrad, a także organy właściwe w tych sprawach (art. 1 ustawy). Art. 1a mówi o tym, że autostrady i drogi ekspresowe mogą być budowane i eksploatowane albo wyłącznie eksploatowane na zasadach określonych w ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ustawa ta stanowi zarówno „lex specialis” w stosunku do ustawy PZP<sup>177</sup>, jak i ustawy o PPP<sup>178</sup>. Ustawa ta obrosła znaczącą praktyką i nie wydaje się, aby istniały powody dla zmiany stanu prawnego. Główną przeszkodą w realizacji projektów autostradowych wydaje się obecnie stanowisko

---

<sup>174</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>175</sup> z 29 lipca 2005, DZ. U. 2009, Nr 185, poz. 1439

<sup>176</sup> z 27 października 1994, DZ. U. 2004, Nr 256, poz. 2571

<sup>177</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>178</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

Eurostat (Decyzja EUROSTAT 18/2004) w odniesieniu do zaliczania do długu publicznego projektów planowanych przez Ministerstwo Infrastruktury.

#### 4.7.2. Ochrona zdrowia

W odróżnieniu od ustawy o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym<sup>179</sup>, zawierających kompleksową regulację wyłączającą stosowanie przepisów ustaw o PPP<sup>180</sup>, PZP<sup>181</sup> i koncesji<sup>182</sup>, w zakresie ochrony zdrowia wymienione przepisy stosuje się w całości. Natomiast odrębności prawne wynikają zasadniczo z dwóch ustaw: ustawy o działalności leczniczej<sup>183</sup> oraz ustawy o świadczeniach zdrowotnych<sup>184</sup>.

Ustawa o działalności leczniczej<sup>185</sup> w ramach regulacji tej działalności określa podmioty wykonujące działalność leczniczą oraz podmioty lecznicze. Ponadto ustawa ta tworzy mechanizmy sprzyjające przekształcaniu szpitali w spółki prawa handlowego oraz wzmacnia odpowiedzialność finansową szpitali oraz jednostek samorządu terytorialnego, do których szpitale te należą. W konsekwencji może to spowodować i rzeczywiście spowodowało, większe zainteresowanie jednostek samorządu terytorialnego przeniesieniem części odpowiedzialności za ochronę zdrowia na partnerów prywatnych poprzez projekty PPP w zakresie szpitalnictwa i usług medycznych.

Z kolei ustawa o świadczeniach zdrowotnych<sup>186</sup> wprowadza do systemu ochrony zdrowia, a zatem również do projektów PPP, Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ) - podmiot finansujący usługi ochrony zdrowia, zewnętrzny w stosunku jednostek samorządu terytorialnego i innych podmiotów zobowiązanych do zapewnienia ochrony zdrowia. Zgodnie z tą ustawą podstawowym źródłem finansowania usług leczniczych jest kontrakt z NFZ. Kontrakty zawierane są w ramach postępowania konkursowego maksymalnie na trzy lata. Kontrakty te każdego roku są uzupełniane co do zakresu i wartości umowy. Oparcie projektu PPP wyłącznie o kontrakt z NFZ oraz ewentualnie o finansowanie przez świadczenie pacjentom odpłatnych usług medycznych oznaczałoby ponoszenie ryzyka ekonomicznego przez partnera prywatnego, co skłaniałoby do korzystania w tego rodzaju projektach z formuły koncesji. I rzeczywiście tę ścieżkę wybrano w przypadku przebudowy Domu Opieki Społecznej w Kobylnicy na potrzeby Zakładu Opiekuńczo Leczniczego oraz w przypadku wyposażenia w instalacje niezbędne do wykonywania dializ obiektu Szpitala Wielospecjalistycznego w Jaworznie. Również formę koncesji przyjęto w projekcie budowy i eksploatacji kompleksu mineralnych basenów w Solcu-Zdroju, z tym, że w tym wypadku przedsięwzięcie ma charakter łączący ochronę zdrowia z rekreacją. Również finansowanie ma charakter złożony, gdyż poza finansowaniem przez gminę i

---

<sup>179</sup> z 27 października 1994, DZ. U. 2004, Nr 256, poz. 2571

<sup>180</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>181</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>182</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>183</sup> z 15 kwietnia 2011, DZ. U. 2011, Nr 112, poz. 654

<sup>184</sup> z 27 sierpnia 2004, DZ. U. 2008, Nr 164, poz. 1027

<sup>185</sup> z 15 kwietnia 2011, DZ. U. 2011, Nr 112, poz. 654

<sup>186</sup> z 27 sierpnia 2004, DZ. U. 2008, Nr 164, poz. 1027

partnera prywatnego doszło finansowanie ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego. Przychody przedsięwzięcia pochodzą będą zarówno z usług medycznych jak i rekreacyjnych, a jednym ze źródeł przychodów z usług medycznych mają być płatności NFZ.

Ryzyko ekonomiczne można ograniczyć w przypadku, gdyby podmiot publiczny zobowiązał się do finansowania usług leczniczych w sytuacji, gdy kontrakt z NFZ nie zostanie zawarty. W takim przypadku strony mogłyby korzystać z modelu PPP i zamówienia publicznego. W tym kierunku zmierza projekt nowej siedziby Szpitala Powiatowego w Żywcu realizowany wspólnie z kanadyjską, doświadczoną firmą InterHealth Canada. Projekt jest szacowany na ponad 220 mln PLN, a umowa ma obowiązywać przez 30 lat. Podmiot publiczny w tym projekcie miałby wziąć na siebie ryzyko zapewnienia finansowania usług medycznych, w zakresie ograniczonym do trzech lat, w przypadku gdyby nie otrzymano kontraktu z NFZ. Z uwagi na skalę projektu oraz duże zainteresowanie w środowisku zagranicznych operatorów przedsięwzięć szpitalnych oraz doradców projekt ten, mimo wielu trudności, ma szansę stać się pilotażowym projektem szpitalnym w Polsce.

#### **4.7.3. Gospodarka odpadami**

Podobnie jak w przypadku ochrony zdrowia odrębności PPP w zakresie gospodarki odpadami będą wynikać z charakteru i szczególnych przepisów regulujących tę gospodarkę.

Dotychczas wywóz śmieci odbywał się na podstawie umów cywilnoprawnych o odbiór nieczystości zawieranych pomiędzy konsumentami (wytwórcami śmieci), a prywatnymi przedsiębiorcami zajmującymi się ich odbiorem. Zaletą tego systemu jest „wolnorynkowe” podejście do śmieci oraz konkurencja na rynku odbiorców śmieci. W wielu miejscowościach odbiór śmieci był świadczony przez kilka – kilkanaście przedsiębiorstw. Wadą tego systemu okazało się, że przedsiębiorcy kierując się rachunkiem ekonomicznym pozbywali się śmieci w miejscach, gdzie okazywało się to najtańsze, a więc najczęściej na zwykłych wysypiskach. Brak było motywacji do pozbywania się śmieci w zakładach utylizacji śmieci, gdzie koszt odbioru śmieci i ich utylizacji był najwyższy.

Zgodnie z nowelizacją ustawy o odpadach<sup>187</sup> i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach<sup>188</sup> od roku 2013 gminy będą odpowiedzialne za odbiór śmieci komunalnych. Dodatkowo na gminę nałożono szereg innych obowiązków, a w szczególności zapewnienie, aby odpady komunalne trafiły do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Na podstawie nowej ustawy dotychczasowe przedsiębiorstwa odbierające odpady komunalne na terenie gminy stracą możliwość odbierania śmieci na podstawie umów zawartych z mieszkańcami. Oznacza to, że gminy będą zobowiązane albo samodzielnie odbierać śmieci od wszystkich mieszkańców, albo powierzyć odbiór śmieci na terenie miasta partnerowi prywatnemu.

---

<sup>187</sup> z 27 kwietnia 2001, DZ. U. 2010, Nr 185, poz. 1243

<sup>188</sup> z 13 września 1996, DZ. U. 2012, poz. 391

Będą to najprawdopodobniej te same przedsiębiorstwa odbierające śmieci, które działają obecnie, z tym, że od 2013 roku będą one działały na zlecenie gminy.

Z uwagi na to, że gminy zobowiązane będą do odbioru śmieci, będą w stanie kontrolować, dokąd trafi strumień śmieci. To z kolei pozwoli na zapewnienie odpowiedniej ilości śmieci regionalnym instalacjom przetwarzania odpadów komunalnych, do których prowadzenia gmina jest zobowiązana. Zmiany te dają gminie instrumenty do realizacji znaczących inwestycji w dziedzinie utylizacji śmieci. Analizy mogą pokazać, że część tych inwestycji w sposób optymalny może zostać zrealizowana i prowadzona w ramach PPP.

Warto też zwrócić uwagę, że budowa i prowadzenie instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych samodzielnie przez gminy może być nieracjonalne ekonomicznie. Stąd należy oczekiwać współpracy z innymi gminami, a ewentualne przedsięwzięcia PPP obejmowałyby również współpracę z kilkoma podmiotami publicznymi. Co więcej, termiczne przetworzenie odpadów może być wykorzystane w projekcie PPP, gdzie gmina/y w zamian za dostarczenie odpowiedniego pułapu śmieci mogłyby uzyskiwać energię ciepłą lub elektryczną z takiej instalacji. W takim wypadku projekty PPP w dziedzinie gospodarki odpadami połączone byłyby z projektami energetycznymi.

#### **4.7.4. Energetyka**

Energetyka stanowi złożoną dziedzinę gospodarki uregulowaną rozbudowanymi przepisami prawnymi. Niewątpliwie w tej dziedzinie istnieją zarówno potrzeby jak i możliwości realizacji przedsięwzięć PPP i warto obserwować podejmowane działania celem usuwania ewentualnych przeszkód i wspierania wartościowych projektów.

W szczególności warto zwrócić uwagę, że gmina może zawierać porozumienia z partnerami prywatnymi (w tym przypadku przedsiębiorstwami energetycznymi) w celu budowy jednostek wytwórczych ciepła, a także rozbudowy sieci przesyłowej i dystrybucyjnej. Udział gminy może w takim przypadku polegać na wniesieniu składnika majątkowego np. w formie nieruchomości. Z kolei partner prywatny, dzięki uczestnictwu w miejskim przedsiębiorstwie energetyki ciepłej, może wnieść odpowiedni know-how oraz licencje w zakresie wytwarzania energii lub wkładu kapitałowego niezbędnego do rozwoju przedsiębiorstwa. Przykładem takiej inwestycji może być udzielenie koncesji przez gminę Piecki partnerowi prywatnemu – fińskiemu Vapo na budowę i eksploatację kotłowni ogrzewanej biomasą przez okres 30 lat.

Innym przykładem współpracy pomiędzy podmiotem prywatnym a publicznym może być współpraca partnera publicznego z operatorem sieci przesyłowej (OSP) lub sieci dystrybucyjnej (OSD). Z jednej strony, na OSD i OSP ciąży szczególnie obowiązek rozwoju sieci, a także przyłączenia nowych odbiorców do istniejącej sieci przesyłowej (niezależnie czy dotyczy to sieci elektroenergetycznej, gazowej czy ciepłowniczej). Z drugiej zaś, działalność dystrybucyjna w porównaniu do przedsiębiorstw wytwórczych nie charakteryzuje się wysoką rentownością. Z tego powodu przedsiębiorstwa energetyczne mogą zwlekać z decyzją o rozwoju sieci bądź odmawiać przyłączenia do sieci z powodu warunków ekonomicznych. Wydaje się, że partner publiczny

zainteresowany rozwojem sieci może współdziałać z partnerem prywatnym poprzez przekazywanie prawa do dysponowania nieruchomością bądź współfinansowaniem przyłączeniem, o ile leżałoby to w zakresie interesu partnera publicznego (np. realizacja polityki ciepłej gminy bądź ograniczanie zanieczyszczenia powietrza atmosferycznego w miastach w określonym terminie).

Innym zagadnieniem, w którym możliwa jest współpraca, choć powiązany z budową sieci, jest budowa i obsługa punktów wejścia i wyjścia z systemu (np. gazoport), który może być zbudowany przez partnera prywatnego, a którego istnienie bądź wykorzystanie może być korzystne z punktu widzenia partnera publicznego.

Ciekawym i znajdującym coraz większe uznanie sposobem na uruchomienie inwestycji energooszczędnych jest przeprowadzany na mocy zapisów PZP model współpracy typu ESCO (energy saving company), zwanej też finansowaniem z oszczędności lub Performance Contracting. Najwięcej tego typu przedsięwzięć zanotowano w zakresie wymiany i modernizacji/rozbudowy systemów oświetlenia ulicznego oraz termomodernizacji. Sama koncepcja przetargu opiera się na założeniu, że sektor prywatny, w zamian za wynagrodzenie obejmujące wydatki bieżące związane z dotychczasową eksploatacją modernizowanej infrastruktury, przeprowadzi ze swoich zasobów niezbędne inwestycje służące oszczędności energetycznej i dzięki nim przez umówiony czas będzie mógł odzyskać swe zaangażowanie wraz z zakładanym zyskiem. Kryterium wyboru partnera prywatnego zobowiązanego do modernizacji/rozbudowy infrastruktury jest czas, przez jaki wykonawca – eksploatując i utrzymując powierzoną mu infrastrukturę – pobierać będzie z budżetu podmiotu publicznego przeznaczoną na ten cel kwotę. Ostatecznym kryterium będzie zatem cena – wydatek pomnożony przez ilość okresów rozliczeniowych. Po zakończeniu współpracy podmiot publiczny odzyskuje całą kontrolę nad infrastrukturą i samodzielnie rozlicza się z dostawcą energii już po nowych, zazwyczaj niższych cenach. Jest to rozwiązanie potencjalnie bardzo korzystne dla budżetu lokalnego, wymagające jednak wyboru odpowiedniego partnera prywatnego, co wobec silnej pozycji lokalnych dostawców energii, z natury rzeczy niezainteresowanych znaczącym spadkiem jej zużycia, może nie zawsze przynieść spodziewane efekty czy nawet dojść do skutku (spory o własność infrastruktury oświetleniowej). Przykładem takiej realizacji przedsięwzięcia PPP może być kompleksowa termomodernizacja budynków oświatowych w gminie Radzionków. W tym przypadku na podstawie 10 letniej umowy (koncesji) partner prywatny – Siemens - udzielił koncesjodawcy gwarancji na uzyskanie określonych oszczędności energetycznych w wyniku przeprowadzonej termomodernizacji.

#### **4.7.5. Obiekty sportowe**

Duże potrzeby w zakresie budowy obiektów sportowych zbiegły się z organizacją przez Polskę i Ukrainę rozgrywek w piłce nożnej EURO 2012. Na to nałożył się jeden ze sztandarowych projektów rządowych, projekt budowy boisk piłki nożnej dla młodzieży tzw. Orlików, realizowany głównie ze środków budżetowych, przy wsparciu środków unijnych. Powstało też szereg basenów, parków wodnych i innych obiektów sportowych. Większość tych obiektów powstała w ramach zwykłych zamówień publicznych, część natomiast zbliżyło się do różnych form PPP. Nie wykształcił się przy tej okazji żaden model współpracy, chociaż zaobserwować można zainteresowanie modelem koncesji – obiekty sportowe są w stanie generować przychody od osób korzystających z tych obiektów,

względnie od publiczności widowisk sportowych i rozrywkowych. Warto zatem prześledzić kilka zrealizowanych projektów, gdyż wydaje się, że rozbudzone potrzeby w zakresie obiektów sportowych nie zostały jeszcze w pełni zaspokojone, natomiast może być coraz trudniej z pozyskaniem finansowania. To może skłaniać do poszukiwania rozwiązań opartych o PPP.

W tym zakresie warto wskazać na projekt Parku Wodnego we Wrocławiu. Po stronie publicznej zaangażowana była gmina Wrocław, natomiast po drugiej stronie przedsięwzięcia, podmiot prywatny, do wyłonienia którego doszło w trybie PZP. W celu zrealizowania projektu utworzono spółkę specjalnego przeznaczenia. Udziałowcem większościowym (75%) został kontrahent prywatny - InterSpaGesellschaft für Kur und Freizeitanlagen GmbH, pozostałe 25% udziałów objęło miasto Wrocław. W kolejnym kroku, podmiot publiczny - miasto Wrocław - zawarł z powstałą spółką celową umowę dzierżawy. Dzierżawa dotyczyła nieruchomości, na której powstała omawiana inwestycja. Środki finansowe na budowę pochodziły z kredytu, który w tym celu zaciągnęła spółka. Gmina natomiast zabezpieczyła projekt poprzez gwarancję dokapitalizowania inwestycji. Inwestycja straciła charakter PPP, kiedy partner prywatny wycofał się ze spółki. W efekcie partner prywatny, który był również wykonawcą części budowlanej przedsięwzięcia, otrzymał wynagrodzenie za wybudowane obiekty od spółki, która zaciągnęła na ten cel kredyt w banku, natomiast Wrocławski Park Wodny SA stała się jednoosobową spółką gminną zobowiązaną do spłaty kredytu.

Z kolei w oparciu o przepisy ustawy PZP<sup>189</sup> zostały przygotowane takie projekty jak stadiony miejskie w Chorzowie oraz Łodzi. Sposób realizacji współpracy w takim wypadku miał się opierać o umowę o zamówienie publiczne, a wynagrodzenie partnera prywatnego miało polegać na wypłacie ustalonej sumy pieniężnej. Zakres współpracy w porównaniu z zakresami przy projektach realizowanych w oparciu o ustawę o partnerstwie prywatnym lub ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi jest w takim wypadku raczej wąski. Zamówienie publiczne to dosyć powszechny sposób realizacji inwestycji „stadionowych”.

W oparciu o koncesję ma być zrealizowana poznańska koncepcja zagospodarowania parku Kasprowicza. Projekt zakłada adaptację zieleni, budowę infrastruktury sportowej wraz z modernizacją hali widowiskowej oraz zabudowę usługowo-mieszkalną. Projekt obejmuje przygotowanie i realizację inwestycji polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych. Wkład miasta obejmuje wniesienie nieruchomości, natomiast od inwestora prywatnego oczekuje się finansowania i realizacji inwestycji oraz przygotowania wspomnianej już dokumentacji. Zapłata dla inwestora przewiduje prawo do eksploatacji nieruchomości i pobierania pożytków na czas określony umową.

Również w Poznaniu planowana jest inna inwestycja - Baseny dla Rataj. Ta inwestycja także ma zostać zrealizowana w modelu koncesji na roboty budowlane. Przedmiotem koncesji jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy co najmniej jednej krytej, ogólnodostępnej pływalni w danym obszarze w ramach programu budowy basenów rekreacyjno-sportowych w Poznaniu, w celu zapewnienia dostępności do usług basenowych na wskazanym obszarze.

---

<sup>189</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

#### 4.7.6. Obiekty drogowe

W zakresie obiektów drogowych obok ustawy o funduszu drogowym<sup>190</sup> przepis art. 19 ust. 7 ustawy o drogach publicznych<sup>191</sup> wskazuje wybrane zadania, jakie kontrahent prywatny może wykonywać jako zarządca drogi:

- pełnienie funkcji inwestora,
- utrzymywanie nawierzchni drogi, chodników, drogowych obiektów inżynierskich, urządzeń zabezpieczających ruch i innych urządzeń związanych z drogą,
- realizowanie zadań w zakresie inżynierii ruchu,
- koordynowanie robót w pasie drogowym,
- wykonywanie robót interwencyjnych, utrzymaniowych i zabezpieczających,
- przeciwdziałanie niszczeniu dróg przez ich użytkowników,
- przeciwdziałanie niekorzystnym przeobrażeniom środowiska, mogącym powstać lub powstającym w następstwie budowy bądź utrzymania dróg,
- dokonywanie okresowych pomiarów ruchu drogowego,
- utrzymywanie zieleni przydrożnej, w tym sadzenie i usuwanie drzew oraz krzewów.

Wspomniane przepisy pozwalają na efektywne angażowanie podmiotów prywatnych nie tylko przy budowie, ale również przy eksploatacji obiektów drogowych. Oznacza to możliwość realizacji tych projektów na zasadach PPP.

Dodatkowo ustawa o drogach publicznych<sup>192</sup> dopuszcza pobieranie opłat za korzystanie z obiektów drogowych stanowiąc, że wynagrodzenie może pochodzić z działalności gospodarczej w pasie drogowym<sup>193</sup>, a w art. 13h wskazuje jako źródło wynagrodzenia prywatnego inwestora pobór opłat za parkowanie na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania czy opłat za przejazd tunelem lub przez most.

To z kolei, oznacza możliwość zróżnicowanego kształtowania wynagradzania partnera prywatnego. Może ono być pobierane bezpośrednio od użytkowników (real tolls), ewentualnie może być uzależnione np. od liczby samochodów, które przejeżdżają przez tunel, ale płacone jest przez podmiot publiczny (shadow tolls). Wynagrodzenie może również zależeć od dostępności obiektu będącego przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego.

Przykładem drogowej inwestycji realizowanej przez samorząd w formule koncesji w oparciu o nieobowiązujące już przepisy 128 i następne ustawy PZP jest budowa podziemnego parkingu Na Groblach, w pobliżu wzgórza wawelskiego w Krakowie. Przedsięwzięcie to zostało zainicjowane w 2005 roku, w 2006 roku wybrano jako koncesjonariusza hiszpańską firmę, doświadczoną w budowie i eksploatacji parkingów, Ascan Empresa y de Gestion, a przedsięwzięcie zostało oddane do

<sup>190</sup> z 27 października 1994, DZ. U. 2004, Nr 256, poz. 2571

<sup>191</sup> z 21 marca 1985 DZ. U. 2007 Nr 19, poz. 115

<sup>192</sup> z 21 marca 1985 DZ. U. 2007 Nr 19, poz. 115

<sup>193</sup> Art. 22 ust. 2a u.d.p. W przypadku zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny może otrzymać w najem, dzierżawę albo użyczenie nieruchomości leżące w pasie drogowym, w celu wykonywania działalności gospodarczej.



eksploatacji w 2009 roku. Koncesjonariusz wziął na siebie całość finansowania wraz z ryzykiem popytu, a całość przychodów będzie pochodzić z opłat parkingowych od użytkowników. Stąd długi, 70-letni okres koncesji. W Krakowie dyskutowane jest obecnie duże przedsięwzięcie PPP obejmujące III obwodnicę z planowanym tunelem pod wzgórzem św. Bronisławy i mostem przez Wisłę.

Innym przykładem przedsięwzięcia PPP w drogownictwie jest wybudowanie przeszło kilometra drogi w Ustce na potrzeby rozbudowy prywatnego zakładu przetwórstwa rybnego Morpol SA. Przedsięwzięcie to zostało zrealizowane wspólnie z firmą Morpol SA, która została partnerem prywatnym w przedsięwzięciu PPP.

#### 4.8. Funkcjonalność i dysfunkcjonalność przepisów

Inflacja i brak spójności przepisów prawnych to bolączki współczesnego świata, od których Polska nie jest wolna. Bolączki te w istotny sposób dotykały przedsięwzięć PPP.

W ostatnim okresie widać to było wyraźnie na przykładzie kolejno następujących po sobie zmian ustawy PPP. Ustawą o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych<sup>194</sup>, niewiele więcej niż rok od wejścia w życie ustawy o PPP<sup>195</sup>, dokonano znaczącej jej zmiany – art. 4 ustawy o PPP. Zmiana zmierzała do stosowania odpowiednio ustawy o koncesji<sup>196</sup> bądź PZP<sup>197</sup> **również do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym**. Wydaje się, że zmiana ta nie wynikała z potrzeb rynku ani też konieczności usunięcia niespójności przepisów, a była raczej wynikiem oczekiwania Urzędu Zamówień Publicznych zwiększenia jego roli w odniesieniu do przedsięwzięć PPP. Niewątpliwie autorom nowelizacji przyświecała odmienna filozofia regulacji przebiegu procesu PPP niż twórcom ustawy o PPP<sup>198</sup>, którzy za podstawowy cel uznawali odformalizowanie partnerstwa, w tym minimalną ingerencję ustawodawcy w umowę o PPP. Jako nieoczekiwany efekt zmiana ustawy o PPP<sup>199</sup> spowodowała problem odpowiedzialności solidarnej uczestników przedsięwzięcia PPP i konieczna stała się jej kolejna zmiana. Zmiana ta dokonana została poprzez ustawę z dnia 16 września 2011 r. o redukcji niektórych obowiązków obywateli i przedsiębiorców<sup>200</sup>. Nie usunęła ona wszystkich problemów wynikających z wcześniejszej zmiany, ale przynajmniej zlikwidowała problem najbardziej palący.

Wzajemne nakładanie się ustaw regulujących PPP to kolejny problem dotyczący realizacji przedsięwzięć w tej formule. Istnieją bowiem wątpliwości, co do tego czy przedsięwzięcia spełniające warunki definicji PPP zawartej w ustawie PPP<sup>201</sup> muszą być realizowane na zasadach tej ustawy, czy

---

<sup>194</sup> z 7 maja 2010, DZ. U. 2010, Nr 106, poz. 675

<sup>195</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>196</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>197</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>198</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>199</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>200</sup> z 16 września 2011, DZ. U. 2011, Nr 232, poz. 1378

<sup>201</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

też podmiot publiczny ma wybór, jeżeli istnieje możliwość realizowania projektu PPP w oparciu o inne przepisy, bez konieczności sięgania do ustawy o PPP<sup>202</sup>, o czym wspomniano w punkcie 4.3. niniejszego raportu dotyczącym podstaw prawnych PPP w Polsce.

Przede wszystkim jednak istotnym problemem jest niespójność aktów prawnych regulujących kwestie długu publicznego. Jak już była mowa, 1 stycznia 2011 roku weszło w życie rozporządzenie ministra finansów w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego. Rozporządzenie nie rozstrzyga, kiedy zobowiązania z tytułu umów o PPP mają wpływ na poziom długu publicznego oraz brak w jego postanowieniach stosownych odniesień do innych przepisów, które miałyby to zagadnienie regulować. Par. 3 pkt. 2 tego rozporządzenia mówi o tym, że do tytułów dłużnych wskazanych przez ten akt zaliczają się także „*umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego*”. Zgodnie z oficjalną interpretacją Ministerstwa Finansów<sup>203</sup> oznacza to, iż zobowiązania finansowe zaciągnięte przez podmiot publiczny z tytułu umowy o PPP nie obciążają długu publicznego w przypadku, jeśli strona prywatna przyjmie na siebie dwa z trzech ryzyk wymienionych w Decyzji EUROSTAT 18/2004 – ryzyko budowy, ryzyko dostępności, ryzyko popytu, w tym zawsze ryzyko budowy, o czym była mowa we wcześniejszej części analizy. Pismo Ministerstwa Finansów nie wskazuje jednak podstaw do zastosowania Decyzji EUROSTAT 18/2004 w prawie polskim. Uprawnione jest zatem przypuszczenie, że stanowisko resortu finansów opiera się wyłącznie na przepisach dotyczących sprawozdawczości budżetowej, które jedynie odsyłają do Decyzji EUROSTAT 18/2004.

Wydaje się, że najlepszą metodą rozwiązania tego problemu będzie nowelizacja rzeczzonego rozporządzenia, wpisująca wprost do tekstu rozporządzenia powołanie na Decyzję EUROSTAT 18/2004. Faktem jest natomiast i dochodzi to coraz bardziej do świadomości uczestników projektów PPP, że stanowisko Eurostatu jest chwiejne, istnieją możliwości negocjacyjne, szczególnie w przypadku większych projektów, natomiast uzyskanie opinii Eurostatu nie gwarantuje tego, że stanowisko się nie zmieni, nawet w odniesieniu do projektu, co do którego została wcześniej wydana pisemna decyzja. Problem długu publicznego to obecnie jeden z najistotniejszych problemów finansowych w Europie i na świecie. Nie pozostaje to bez wpływu na wytyczne i decyzje Eurostatu, które są mniej liberalne niż jeszcze kilkanaście miesięcy temu.

Ustawa o PPP ma charakter ramowy i wydaje się względnie przyjazna dla rozwoju PPP. Odsyła ona do PZP i ustawy o koncesji. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że cały system prawny regulujący PPP jest często niespójny i niekonsekwentny a dodatkowo podatny na częste zmiany przepisów, co może mieć negatywny wpływ na ocenę ryzyka przez partnerów. Podnosi się przy tym kilka poważnych kwestii o charakterze prawnym i systemowo-organizacyjnym. Do takich rozpoznanych już problemów należą:

- zakres stosowania ustawy koncesyjnej<sup>204</sup> i PZP<sup>205</sup> do przedsięwzięć typu PPP, zmieniony nowelizacją art. 4 ustawy dokonanej 7 maja 2010 r. ustawą o wspieraniu rozwoju usług

<sup>202</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>203</sup> Odpowiedź (z dnia 10.03 2011 r.) Ministra Ludwika Koteckiego na oficjalne pismo Ministerstwa Gospodarki w tej kwestii.

<sup>204</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

i sieci telekomunikacyjnych<sup>206</sup> i wprowadzającej zasadę stosowania odpowiednio ustawy o koncesji<sup>207</sup> lub PZP<sup>208</sup> również do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. W opinii szeroko pojętego rynku PPP wskazany jest powrót do pierwotnego zapisu art. 4 ust.1 i 2 ustawy o PPP,

- brak inkorporacji Decyzji EUROSTAT 18/2004 do prawa polskiego. Taki zapis jest niezbędny dla potwierdzenia stosowania zasad zaliczania zobowiązań finansowych do długu finansów publicznych w oparciu o kryteria podziału ryzyka zapisane w tej decyzji, nieadekwatna do specyfiki PPP regulacja zawarta w ustawie o finansach publicznych<sup>209</sup> i dotycząca obowiązującej klasyfikacji wydatków jednostek samorządu terytorialnego do wydatków bieżących lub majątkowych (inwestycyjnych). Obowiązująca klasyfikacja w żaden sposób nie uwzględnia specyfiki PPP. Wypłacane partnerowi wynagrodzenie jest traktowane, jako wydatek bieżący i jako taki obciąża dług publiczny. Utrzymanie takiego stanu regulacji prawnych oznacza zgodę na rezygnację z szerszego niż dotychczas stosowania PPP,
- brak wypracowanych i sprawdzonych procedur w procesie przygotowania projektów PPP. Porównanie w tym przedmiocie z praktyką stosowaną w znakomitej większości krajów stosujących PPP wyraźnie wskazuje na duże opóźnienia Polski w budowie systemu pozwalającego na rzeczywiste upowszechnienie tej formy realizacji usług publicznych,
- brak wzorców dobrych praktyk i standardów umów autoryzowanych przez władze publiczne lub specjalne instytucje zaufania publicznego.

Autorzy raportu, po przeanalizowaniu materiału zebranego na potrzeby niniejszej analizy, przedstawiają, często zgodne ze stanowiskiem innych ekspertów, następujące postulaty:

- umożliwienie kontynuowania postępowania prowadzonego w trybie PZP, jeżeli z negocjacji lub ofert wynika, że ostateczny model wynagrodzenia partnera prywatnego przybierze charakter koncesyjny,
- wyłączenie stosowania art. 142 ustawy o PZP<sup>210</sup> w zakresie wyboru partnera prywatnego w trybie PZP,
- uznanie za spółkę celową PPP, o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy o PPP<sup>211</sup>, spółki komunalnej lub spółki partnera prywatnego, których współnikami, w wyniku zawarcia umowy o PPP, stawałby się odpowiednio partner prywatny lub podmiot publiczny,
- precyzyjne wyjaśnienie pojęcia „ryzyka ekonomicznego” na gruncie ustawy o koncesji<sup>212</sup> oraz wykreślenie w jej art. 1 ust. 3 sformułowania, że *„Płatność koncesjonariusza na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza”*,
- wdrożenie modelu przyjętego na podstawie Decyzji EUROSTAT 18/2004 do polskiego prawa,

---

<sup>205</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>206</sup> z 7 maja 2011, DZ. U. 2010, Nr 106, poz. 675

<sup>207</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

<sup>208</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>209</sup> z 27 września 2009, DZ. U. 2009, Nr 157, poz. 1240

<sup>210</sup> z 29 stycznia 2004, DZ. U. 2010, Nr 113, poz. 759

<sup>211</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100

<sup>212</sup> z 9 stycznia 2009, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 101

- wydanie odpowiednich zasad metodologicznych obliczania (kwantyfikowania) ryzyka w umowie o PPP,
- przyjęcie rozwiązania, w świetle którego również sposób klasyfikacji wydatków budżetów samorządowych na umowy o PPP dokonywany byłby według reguł określonych w Decyzji EUROSTAT 18/2004, zarówno do stanu prawnego przed 2014 rokiem, jak i do stanu prawnego, który nastąpi po 2014 roku,
- przyjęcie rozwiązania, które umożliwi nie dyskryminacyjne traktowanie wydatków inwestycyjnych w ramach przedsięwzięć PPP; obecnie przez wrzucenie tych wydatków do wydatków bieżących ogranicza się możliwości realizacji przedsięwzięć PPP.

Wprowadzając zmiany należy pamiętać o tym, aby konstruować je w sposób spójny i stabilny, bo tylko w ten sposób podmioty zaangażowane w realizację przedsięwzięć w formule PPP, zarówno publiczne jak i prywatne, będą mogły budować swoje zaufanie do partnerstwa oraz przezwyciężać bariery związane z nową legislacją.

Co za tym idzie, wydaje się słusznym postulat, aby polski legislator nie dopuszczał pochopnie do kolejnych zmian ustawy o PPP<sup>213</sup>. Takie podejście nie służy sprawnej implementacji PPP do praktyki. Niestabilność regulacji rodzi brak zaufania, zwiększa ryzyka podejmowanych decyzji – ryzyko finansowe, legislacyjne, polityczne – obu stron umowy o PPP – partnerów publicznych i prywatnych. Oczywiście nie jest tak, że prawo jest doskonałe i nie wymaga zmian, ale należy pomyśleć raczej nad kompleksową, nowelizacją opartą o obserwację rynku przeprowadzoną po dłuższym okresie funkcjonowania w obecnej postaci, a nie nad wieloma następującymi po sobie zmianami nieuwzględniającymi wszystkich skutków i uruchamiających konieczność wprowadzenia kolejnych zmian. Podobnie ma się rzecz z opracowywaniem standardów umów czy szeroko pojętych wzorców dobrych praktyk. Jak się wydaje racjonalnym będzie postępowanie wybrane w niemieckim modelu legislacji PPP – kompleksowe regulacje, w tym standardy umów i procedur aplikacyjnych stosowane w realizacji przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego należy wprowadzać dopiero po zebraniu większego doświadczenia w zakresie takiej współpracy i wnikliwym przebadaniu dotychczasowej praktyki.

---

<sup>213</sup> z 19 grudnia 2008, DZ. U. 2009, Nr 19, poz. 100