

2013

Biuletyn partnerstwa publiczno-prywatnego



7

Biuletyn partnerstwa publiczno-prywatnego

Publikacja została opracowana w ramach projektu systemowego Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości „Partnerstwo publiczno-prywatne” finansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1. „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3. „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększenia zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”.

Autorzy:

Marcin Wawrzyniak (red.), Adam Jędrzejewski, Bartosz Korbus, Anna Pronińska, Rafał Rodziewicz, Jakub Wilk

Poglądy i opinie wyrażone przez autorów publikacji nie muszą odzwierciedlać stanowiska Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
ul. Pańska 81/83
00-834 Warszawa
www.parp.gov.pl

Współpraca:

Instytut Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, partner projektu
www.ippp.pl

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2013

Publikacja bezpłatna

Publikacja dostępna jest także w wersji elektronicznej na stronie www.ppp.parp.gov.pl

ISBN 978-83-7633-232-1

Wydanie I

Nakład 2000 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:

Pracownia C&C

www.pracowniacc.pl



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

Spis treści

I. Wstęp	4
II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym	5
2.1. Umowa o ppp – charakter prawny, zakres treści, przykłady zapisów	5
III. Ppp w praktyce	36
3.1. Internet szerokopasmowy dla samorządów w ramach ppp – uwarunkowania prawne.....	36
3.2. Otwarta Gminna Sieć Szerokopasmowa na przykładzie Gminy Dobrze Miasto – propozycja projektu z zastosowaniem modelu spółki celowej	44
3.3. Rynek projektów hybrydowych.....	57
3.4. Uczelnie wyższe przecierają szlak ppp	64
IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego	70
4.1. Gala finałowa Konkursu 3P	70
4.2. Druga szansa na bezpłatne doradztwo dla planowanych przez podmioty publiczne przedsięwzięć ppp	79
4.3. Debata ekspertów pod hasłem „PPP – Prawo i Praktyka”.....	80
V. ABC ppp	92
5.1. Zarządzanie umową o ppp (koncesji), zmiany umowy i rozwiązanie kontraktu – przykłady zapisów	92

I. Wstęp

Marcin Wawrzyniak
Redaktor Naczelny
„Biuletynu partnerstwa
publiczno-prywatnego”
Instytut PPP



I. Wstęp

Partnerstwo publiczno-prywatne jest sposobem realizacji zadań publicznych, które zakłada powierzenie przedsiębiorcy zadań w zakresie współfinansowania realizacji przedsięwzięcia - w miarę potrzeb: projektowanie i realizację niezbędnych prac budowlanych oraz eksploatację i utrzymanie wytworzonych w ramach współpracy składników majątkowych. Skomplikowany i rozłożony na lata proces współpracy wymaga szczegółowego uregulowania zadań, praw i obowiązków każdej ze stron. Strona publiczna, przez sam fakt powierzenia realizacji spoczywających na niej zadań partnerowi, nie zwalnia się z odpowiedzialności za jakość usług i infrastruktury, które ostatecznie otrzymują mieszkańcy. Ochrona interesu publicznego i osiągnięcie stawianych ppp celów możliwa jest dzięki skrupulatnemu uregulowaniu zasad współpracy, co ma

miejsce w umowie o ppp czy umowie o koncesji. To od jakości zapisów umownych oraz sposobu ich egzekwowania zależy ostatecznie powodzenie przedsięwzięcia z punktu widzenia obywateli. Umowa, która powstaje w ramach negocjacji prowadzonych na etapie wyboru partnera prywatnego, reguluje podział zadań i ryzyk, które mają znaczenie dla budżetowych konsekwencji, płatności spełnianych w ramach umowy. Faktycznie pierwszym i ostatnim dniem partnerstwa, w potocznym znaczeniu tego słowa, jest dzień złożenia i przyjęcia oferty współpracy, której szczegóły określone są w umowie. Po tym dniu strony jedynie egzekwują swoje prawa i obowiązki, a renegotjacje umowy są wyjątkiem od reguły. Umowa zatem powinna być na tyle precyzyjna, aby efektywnie egzekwować należne świadczenia. Równocześnie, jej zapisy powinny być sformułowane na tyle generalnie, aby mogła być podstawą współpracy przez kilkanaście czy kilkadziesiąt lat. Jej zapisy powinny pozwalać na sprawne zarządzanie realizacją kontraktu, jak i na szybkie zakończenie współpracy, jeśli jej kontynuowanie nie leży w interesie strony publicznej lub jest niemożliwe z powodów obiektywnych. W niniejszym numerze „Biuletynu ppp” poświęcono wiele miejsca omówieniu zagadnienia dotyczącego treści umowy o ppp oraz okoliczności, w jakich może się zakończyć przed czasem, na jaki została zawarta.

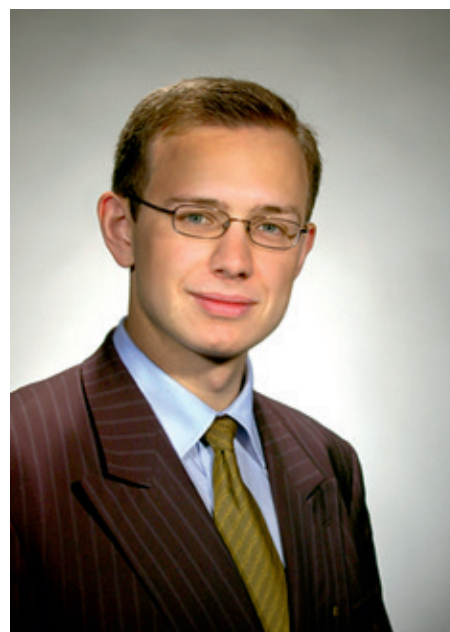
Ciekawą cechą polskiego rynku ppp jest relatywnie duży udział projektów hybrydowych. Wsparcie unijne może być cennym elementem montażu finansowego licznych przedsięwzięć, szczególnie w zakresie teleinformatyzacji i rozwoju sieci szerokopasmowych, jak ma to miejsce w przypadku przedsięwzięć realizowanych w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej, którego kontynuacja może być oparta na dobrych praktykach z Finlandii. Partnerstwo publiczno-prywatne może być również formułą rozwijania przedsięwzięć inwestycyjnych uczelni wyższych, które coraz aktywniej zabiegają o inwestorów.

W tym numerze „Biuletynu ppp” opisujemy również relację z wręczenia nagród i wyróżnień w ramach pierwszej edycji Konkursu **3P** oraz prezentujemy kolejną grupę podmiotów publicznych, które ubiegają się, w ramach drugiej edycji Konkursu **3P**, o sfinansowanie wsparcia doradczego dla swoich projektów zaplanowanych do realizacji w formule ppp.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

2.1. Umowa o ppp – charakter prawny, zakres treści, przykłady zapisów

Tematem niniejszego artykułu jest kompleksowe przedstawienie zagadnienia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (ppp). W kolejnych częściach artykułu przedstawiono uwagi dotyczące ogólnego charakteru i specyfiki umów o ppp, jak również omówiono obligatoryjne podziały obowiązków. Opisano szczególne postanowienia umowy w zależności od przepisów prawa zastosowanych do wyboru partnera prywatnego, jak również przedstawiono szereg istotnych, uzupełniających kwestii związanych z umowami o ppp.



Marcin Wawrzyniak

Instytut PPP

1. Umowy w zakresie ppp – uwagi ogólne

Umowa o ppp jest kluczowym dokumentem regulującym zobowiązania partnerów przedsięwzięcia. Z jednej strony powinna jak najbardziej służyć sprawnej realizacji projektu, z drugiej powinna chronić uzasadnione interesy stron. Umowa o ppp powinna być gwarancją zachowania odpowiedzialności i kontroli podmiotu publicznego nad przedmiotem przedsięwzięcia. Zakres treści umowy powinien być pochodną wyniku negocjacji prowadzonych na etapie wyłaniania partnera prywatnego. Zapisy kontraktu powinny dawać jasny obraz wzajemnych płatności, podziału ryzyk, określać prace, jakie muszą być wykonane ze szczegółowym opisem ich jakości, standardu usług oraz ilości i jakości ewentualnych produktów powstających w trakcie współpracy, przy określeniu harmonogramu ich świadczenia. Kontrakt powinien także określać system kar i zachęt gwarantujących realizację zaciągniętych zobowiązań, w szczególności w zakresie terminowego ich spełnienia, zachowania wymogów bezpieczeństwa, kontroli kosztów, wymogów zarządzania majątkiem i eksploatacji wykorzystywanej infrastruktury. Na treść umowy powinny składać się również postanowienia, w oparciu o które mierzony będzie stopień poprawności wykonywanych zadań oraz zasady określające monitorowanie poszczególnych elementów współpracy. Ważne jest również określenie zasad zmiany partnera prywatnego, w związku z zaistnieniem określonych okoliczności rozwiązania umowy i rozliczenia wkładów własnych. Umowa powinna także wskazywać, czy strony powołają spółkę celową, określać podstawowe zasady jej funkcjonowania i wnoszenie wkładów rozliczania płatności, itd.

2. Umowa o ppp – podział obowiązków stron

Obowiązki stron umowy o ppp będą kształtowane w oparciu o art. 7 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19 poz. 100 z późn. zm.), dalej „u.p.p.p.”. Stosownie do art. 7 ust. 1 u.p.p.p., przez umowę o 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. Artykuł 7 zawiera legalną definicję umowy o ppp, określając jej *essentialia negotii*, jednocześnie wraz z art. 1 i 2 u.p.p.p. wspólnie określają pojęcie samego ppp, wyznaczając jego zakres podmiotowy, przedmiotowy oraz podstawowe elementy stosunku prawnego. Ustawowa definicja umowy o ppp, przewidująca wzajemne świadczenia stron i równoprawność kontrahentów, pozwala na wniosek, że umowa o ppp jest umową cywilnoprawną. Na mocy umowy o ppp partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia, w tym sfinansowania przynajmniej części wydatków na jego realizację. Rekonstrukcja zakresu zobowiązań stron w ramach umowy o ppp wymaga bliższego wyjaśnienia kluczowych pojęć użytych w ustawowej definicji umowy o ppp.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

2.1. Zobowiązanie partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia

Definicję przedsięwzięcia zawiera art. 2 pkt 4 u.p.p.p. W jego świetle, przedmiotem przedsięwzięcia może być:

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

Przy czym wszystkie wyżej wymienione czynności powinny być połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Wskazuje się, że art. 2 pkt 4 określa zakres przedmiotowy zastosowania u.p.p.p. W literaturze przedmiotu podnosi się, że szerokie określenie przedsięwzięcia było celowym zabiegiem ustawodawcy, aby w możliwie najszerszym zakresie objąć wszystkie istotne pola możliwej współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi a partnerami prywatnymi.

Zakres przedsięwzięcia

Zakres pojęciowy „przedsięwzięcia” w ramach ppp jest zatem bardzo szeroki i może obejmować budowę obiektu budowlanego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623 z późn. zm.), dalej „u.p.b.”. Przez **budowę lub remont obiektu budowlanego** na gruncie polskiego systemu prawnego rozumieć należy wykonanie odpowiednich czynności organizacyjno-technicznych, przewidzianych w u.p.b. W myśl przepisów u.p.b. (art. 3 pkt 1) przez *obiekt budowlany* należy rozumieć:

- a. budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi,
- b. budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami,
- c. obiekt małej architektury.



Przez *budowę* należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6 u.p.b.). Pojęcie *remont* oznacza wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż tych, które zostały użyte w stanie pierwotnym (art. 3 pkt 8 u.p.b.). Konstruowanie zobowiązań umownych partnerstwa związanego z budową lub remontem obiektu budowlanego opierać się będzie na przepisach ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964r. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), dalej „k.c.”, dotyczących umowy o roboty

budowlane. Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do *oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej*, a inwestor zobowiązuje się do *dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia* (art. 647 k.c.). Na gruncie ppp, podmiot publiczny niekoniecznie będzie inwestorem w rozumieniu przepisów prawnobudowlanych. Niekiedy inwestorem w rozumieniu tych przepisów będzie partner prywatny, który zleci wykonanie robót budowlanych innemu podmiotowi – tj. faktycznemu wykonawcy robót. Zobowiązanie partnera prywatnego wobec podmiotu publicznego będzie polegało na wzniesieniu obiektu budowlanego, niezależnie od tego, kto będzie jego wykonawcą. W ramach ppp nie dojdzie do „oddania” obiektu budowlanego przez partnera prywatnego podmiotowi publicznemu, skoro nie musi ich łączyć umowa o roboty budowlane. **Świadczenie usług** w zakresie przedsięwzięcia ppp będzie opierało się na umowie o świadczenie usług, opisanej w art. 750 k.c. Zgodnie z jego dyspozycją, do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Rodzaj i zakres usług możliwych do wykonywania w formule partnerskiej będzie bardzo szeroki i obejmował będzie w zasadzie wszelkie działania, nie będące robotami budowlanymi lub wykonywaniem dzieła. **Wykonanie dzieła** obejmować będzie wykonanie przez przyjmującego zlecenie dowolnego (wszakże innego niż obiekt budowlany)

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

dobra materialnego lub niematerialnego, przy czym, jak wskazuje ustawodawca, często polegać będzie ono na podniesieniu wartości lub użyteczności składnika majątkowego (np. przedsiębiorstwa) poprzez wyposażenie go w nowe i lepsze urządzenia (np. zakup nowych maszyn). Zastosowanie w tym przypadku znajdują przepisy k.c. dotyczące umowy o dzieło (patrz art. 627 k.c., zgodnie z którym przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia). Wskazać w końcu należy, że przedsięwzięcie ppp polegać może w końcu na „**innym świadczeniu**”. Tym samym zakres przedsięwzięć realizowanych w ramach ppp jest katalogiem otwartym, pod warunkiem, że mamy do czynienia ze świadczeniem, które jest połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia lub z nim związanym. Tak szeroka definicja „przedsięwzięcia” pozwala również stwierdzić, że na gruncie u.p.p.p. przedmiotem przedsięwzięcia może być kombinacja budowy lub remontu obiektu budowlanego, wykonania dzieła, świadczenia usług lub innych świadczeń.

Przedsięwzięcie realizowane w ramach formuły ppp wymaga określonego działania (budowy lub remontu obiektu budowlanego, wykonania dzieła, świadczenia usług, lub innych świadczeń albo kombinacji tych świadczeń) **połączonego z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, które jest wykorzystywane do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związane**. Przedsięwzięcie w ramach ppp powinno być w istotnym stopniu, a nawet w całości, realizowane przez partnera prywatnego. Jeżeli zakres zadań partnera prywatnego nie będzie obejmował pieczy nad składnikiem majątkowym, to zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.), dalej „u.k.r.b.u.” lub ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), dalej „u.p.z.p.”. W tym świetle „utrzymanie” składnika majątkowego powinno polegać na ponoszeniu kosztów pozostawienia składnika majątkowego w stanie niepogorszonym, zgodnie z zasadami racjonalnego gospodarowania i przy zachowaniu zasad należytej staranności. Utrzymanie powinno polegać także na dbaniu o prawidłowe funkcjonowanie składnika majątkowego. Obowiązek utrzymania składnika majątkowego nie musi polegać na bezpośredniej pieczy nad składnikiem majątkowym. Za wystarczające uznać można wypełnienie tego obowiązku przez partnera prywatnego jedynie poprzez ponoszenie poszczególnych wydatków związanych z utrzymaniem składnika majątkowego pozostającego w pieczy podmiotu publicznego. „Zarządzanie” składnikiem majątkowym polegać powinno na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu prawidłowe i efektywne funkcjonowanie tego składnika. W praktyce obowiązki dotyczące zarządzania składnikiem majątkowym partner prywatny powierzać będzie podmiotowi trzeciemu, tudzież konsorcjantowi profesjonalnie trudniącemu się zarządzaniem określonymi składnikami majątkowymi. Posłużenie się przez ustawodawcę spójnikiem „lub” pozwala na wniosek, że w warunkach konkretnej umowy wystarczającym obowiązkiem partnera prywatnego w zakresie pieczy nad składnikiem majątkowym będzie albo sama konieczność ponoszenia wydatków na utrzymanie składnika majątkowego w stanie niepogorszonym, albo jedynie zarządzanie tym składnikiem, bądź obowiązkiem obejmującym obie te grupy świadczeń. Ze względu na to, że strony kontraktu ppp mają ze sobą współpracować, dzieląc się zadaniami w ramach ppp, to w konkretnym przypadku umowa o ppp może przewidywać także, że obowiązki partnera prywatnego obejmować będą utrzymanie lub zarządzanie tylko niektórymi spośród składników majątkowych zaangażowanych w przedsięwzięcie.

Przedmiotem przedsięwzięcia ma być utrzymanie lub zarządzanie składnikiem majątkowym, który jest *wykonywany do realizacji przedsięwzięcia lub z nim związany*. Przyjęte przez ustawodawcę rozróżnienie nie ma charakteru przypadkowego. W literaturze przedmiotu zgodnie przyjmuje się, że *składniki majątkowe wykorzystywane do realizacji przedsięwzięcia*, to składniki służące bezpośrednio realizacji celu publicznego przedsięwzięcia ppp. W praktyce będą to np. nieruchomości, na których partner prywatny buduje nowe hale dworcowe, w tym oczywiście także przedmiot dokonywanych robót (a więc sam budynek dworca). Z kolei składnikami majątkowymi *związanymi z realizacją przedsięwzięcia*, będą te składniki, które nie służą bezpośrednio realizacji celu publicznego przedsięwzięcia ppp, a ich związek z nim ma co najwyżej charakter funkcjonalny (przykładem może być wybudowana przez partnera prywatnego na sąsiedniej do działce dworca galeria handlowa). Związek pomiędzy wyżej wymienionymi składnikami majątkowymi polegał będzie na tym, że funkcją nieruchomości zabudowanej galerią handlową będzie generowanie strumienia przychodów pozwalających partnerowi prywatnemu co najmniej na refinansowanie nakładów poniesionych na budowę dworca.

Ustawowa definicja przedsięwzięcia wymienia jedynie poszczególne czynności składające się na przedsięwzięcie. Nie wskazuje ona jednak, w jakich obszarach merytorycznych możliwa jest realizacja przedsięwzięć ppp. Poprzednio obowiązująca u.p.p.p. z 2005 r. zawężyła ten obszar do *współpracy służącej wykonywaniu zadania publicznego*.

Utrzymanie i zarządzanie składnikami majątkowymi

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Obecnie u.p.p.p. takiego ograniczenia nie czyni. Ustawodawca, jak wynika z uzasadnienia do u.p.p.p., dokonał tej zmiany wobec braku definicji „zadania publicznego” na gruncie przepisów prawnych. Nie oznacza to bynajmniej, że podmiotom publicznym pozostawiono niczym nie skrupowaną swobodę angażowania się w kontrakty ppp. Każdy podmiot publiczny będzie mógł podejmować się współpracy w ramach partnerstwa tylko w zakresie, w jakim mieści się ono w działalności wyznaczonej prawem. Czasem obszar ten będzie bardzo szeroki. Dla przykładu: art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. (tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591), dalej „u.s.g.” stanowi, że *do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów*. Gmina może – o ile inne przepisy nie stoją temu na przeszkodzie – realizować wszystkie zadania związane ze sprawami lokalnymi w formie ppp. W konsekwencji podmiot publiczny nie będzie mógł realizować przedsięwzięć ppp w obszarze zadań, które nie leżą w jego ustawowych lub odpowiednio delegowanych kompetencjach.

Zobowiązanie do realizacji przedsięwzięcia **spoczywa na partnerze prywatnym**. Na partnerze prywatnym ciążyć będzie kontraktowa odpowiedzialność względem podmiotu publicznego za realizację przedsięwzięcia. Co do zasady partner prywatny będzie ponosił wobec podmiotu publicznego odpowiedzialność za osiągnięcie celu przedsięwzięcia tylko w zakresie przyjętej w umowie matrycy podziału zadań obciążających bezpośrednio partnera prywatnego. Partner prywatny nie będzie mógł zatem ponosić odpowiedzialności za zadania i ryzyka związane z przedsięwzięciem, które przejął na siebie podmiot publiczny lub za te zadania i ryzyka, które dotyczą podmiotów trzecich. Odpowiedzialność partnera prywatnego polegać będzie na obowiązku wykonania ciążących na nim zadań w sposób i w terminach przewidzianych w kontrakcie. Z tytułu niewykonania umowy lub nienależytego wykonania umowy przez partnera prywatnego kontrakt ppp powinien przewidywać kary umowne lub obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego (art. 7 ust. 3 u.p.p.p.). Partnera prywatnego obciążać będzie również odpowiedzialność odszkodowawcza w zakresie szkód poniesionych przez podmiot publiczny lub osoby trzecie niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy o ppp.

2.2. Zobowiązanie partnera prywatnego do poniesienia całości lub części wydatków na realizację przedsięwzięcia lub poniesienia ich przez osobę trzecią

Partner prywatny zobowiązany będzie do poniesienia całości lub części wydatków na realizację przedsięwzięcia. „Wydatkami na realizację przedsięwzięcia” będą wszystkie wydatki służące wykonaniu ciążących na partnerze prywatnym obowiązków wynikających z umowy. W zależności od specyfiki danego projektu ppp na „wydatki związane z realizacją przedsięwzięcia” składać się będą wydatki służące wykonaniu samego przedmiotu przedsięwzięcia (nakłady inwestycyjne), ale również późniejsze wydatki związane z jego utrzymaniem i zarządzaniem. W pierwszej grupie wydatków mieścić się będą wszystkie wydatki poniesione od momentu rozpoczęcia aż do momentu zakończenia inwestycji. Do kosztów inwestycji budowlanej zalicza się zazwyczaj koszty nabycia działki budowlanej, koszty przygotowania działki i uzbrojenia terenu, opłaty adiacenckie, koszty budowy i wykończenia, koszty urządzeń technicznych i instalacji wewnętrznych oraz zewnętrznych, urządzeń umożliwiających użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem zrealizowanej inwestycji budowlanej, dodatkowe koszty budowy, takie jak: dokumentacji projektowej, ekspertyz i doradztwa, kierowania budową i jej rozliczania, nadzoru, a także koszty finansowe, jak również różnego rodzaju zobowiązania publicznoprawne powstałe w procesie budowlanym. W drugiej grupie wydatków znajdują się nakłady związane ze świadczeniem usługi (nakłady eksploatacyjne). Będą to koszty bieżące związane z ponoszeniem wydatków na utrzymanie przedmiotu koncesji w stanie niepogorszonym (remonty, naprawy, bieżące konserwacje), wynagrodzeniem obsługi i pracowników, dostosowywaniem przedmiotu koncesji do nowych standardów oraz wymogów technicznych, zapłata za usługi związane z funkcjonowaniem przedmiotu koncesji (np. opłaty za elektryczność, gaz, wodę, wywóz nieczystości, itp.), czy też wydatki związane z zarządzaniem. Będą to także ciężary publicznoprawne (podatki i opłaty) i prywatnoprawne (np. czynsz za dzierżawiony pod realizację przedmiotu koncesji grunt).

Obligatoryjne współfinansowanie ze środków prywatnych

W ramach umowy o ppp partner prywatny zobowiązuje się ponieść całość lub część wydatków związanych z realizacją przedsięwzięcia. Obowiązek ten wiąże się z koniecznością poniesienia części lub całości wydatków przez partnera prywatnego samodzielnie w terminach zapłaty wynikających z zawartych przez partnera prywatnego umów z wykonawcami robót budowlanych, dostaw lub usług. Poniesienie całości lub części wydatków na realizację przedsięwzięcia będzie wkładem własnym partnera prywatnego. Nie oznacza to, że partner prywatny w jakikolwiek sposób zobowiązany będzie do sfinansowania realizacji przedsięwzięcia środkami własnymi (z kapitału własnego lub kredytu). Wyraźnie podkreślił to sam ustawodawca, dopuszczając możliwość

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

finansowania przedsięwzięcia środkami pochodzącymi od osób trzecich (np. funduszy inwestycyjnych). Pomimo zobowiązania do sfinansowania całości lub części przedsięwzięcia przez osobę trzecią, odpowiedzialność za zapewnienie finansowania osoba trzecia ponosić będzie jedynie wobec partnera prywatnego, ten natomiast w dalszym ciągu ponosić będzie wobec podmiotu publicznego odpowiedzialność za pokrycie finansowane wydatków na realizację przedsięwzięcia w zakresie obciążającym partnera prywatnego.

2.3. Zobowiązanie podmiotu publicznego do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia

Kolejnym istotnym elementem umowy o ppp jest **obowiązek współdziałania stron w celu realizacji przedsięwzięcia**. Współpraca stron jest często wskazywana, jako jeden z najważniejszych elementów tworzących istotę ppp, która odróżnia partnerstwo od klasycznego zamówienia publicznego. Wagę odpowiedniej współpracy stron podkreśla nie tylko postanowienie art. 7, ale również art. 1 ust. 2 u.p.p.p. Ppp będzie tylko taka relacja kontraktowa strony umowy, która nosi znamiona „wspólności”. U.p.p.p. nie zawiera legalnej definicji pojęcia współpraca. Przyjmuje się w doktrynie, że kryterium wspólności spełniać będzie wspólne działanie podmiotu publicznego i partnera prywatnego zmierzające do osiągnięcia uprzednio uzgodnionych celów. W tym celu zasadnie podnosi się, że zobowiązanie podmiotu publicznego do współdziałania z partnerem prywatnym w osiągnięciu celu przedsięwzięcia należy rozpatrywać w kontekście ogólnej zasady wyrażonej w art. 354 § 2 k.c., stosownie do której na wierzycielu spoczywa obowiązek współdziałania z dłużnikiem w wykonywaniu zobowiązania. Wskazuje się przy tym, że obowiązek współdziałania z dłużnikiem w wykonywaniu zobowiązania nie jest skonkretyzowany w k.c., a w konsekwencji jego szczegółowy zakres określać będzie treść zobowiązania, jego cel społeczno-gospodarczy, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. W tym względzie, nie można mówić o partnerstwie przy braku współpracy stron. Współdziałanie stron w umowie w istocie powinno wyrażać się w odpowiednim podziale zadań pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym. Zakres obowiązków co do „wspólności” realizacji przedsięwzięcia precyzuje nieco definicja normatywna umowy o ppp. Stosownie do art. 7 ust. 1 u.p.p.p., przez umowę o ppp *podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego*. Obowiązkiem podmiotu publicznego w ramach ppp jest zatem współdziałanie z partnerem prywatnym w celu realizacji przedsięwzięcia. Z reguły jednak najistotniejszym elementem współpracy ze strony podmiotu publicznego będzie wniesienie wkładu własnego, ale niekoniecznie tylko do tego muszą się ograniczać zadania podmiotu publicznego, który może przyjąć na siebie także inne obowiązki, np. przeprowadzenie konsultacji społecznych, pomoc w uzyskaniu wszelkich niezbędnych do realizacji inwestycji zezwoleń, pozwoleń czy też uzgodnień, promocję przedsięwzięcia, aktywne działania w celu zwiększenia popytu na świadczone usługi itp.

W świetle art. 2 pkt 5 u.p.p.p. wkład własny, to świadczenie podmiotu publicznego lub partnera prywatnego polegające w szczególności na poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowanie dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia lub wniesieniu składnika majątkowego. Składnikiem majątkowym, zgodnie z art. 2 pkt 3 u.p.p.p., jest nieruchomości, część składowa nieruchomości, przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 551 k.c., rzecz ruchoma oraz prawo majątkowe. Podmiot publiczny w ramach wkładu własnego będzie mógł **uczestniczyć w wydatkach na realizację przedsięwzięcia**. Udział ten może być jednak tylko „częściowy”. O ile ustawodawca dopuszcza, by partner prywatny w ramach wkładu własnego w całości pokrył koszty przedsięwzięcia (patrz art. 7 ust. 1 u.p.p.p.), o tyle podmiot publiczny nie będzie mógł swoim wkładem sfinansować całości wydatków. Nie wyklucza to wszakże możliwości pokrycia większości, nawet znakomitej, globalnych kosztów przedsięwzięcia. Płatność podmiotu publicznego mogłaby przybrać wówczas formę m.in. wyższego niż partner prywatny pokrycia kapitału założycielskiego spółki mieszanej oraz jej funduszy operacyjnych, zapłaty większości faktur za zakupy związane z realizacją przedsięwzięcia, jedno- (kilku-) razowych dużych transz na rzecz partnera prywatnego lub finansowania długiem (kredyt, pożyczka, obligacje) na większej części kosztów. Ze względu na szeroką definicję „przedsięwzięcia” obejmującą nie tylko wykonanie obiektu budowlanego, ale także świadczenie usług czy wykonanie dzieła, które łącznie wystąpić mogą w jednej umowie, połączone wszak dodatkowo z obowiązkami w zakresie utrzymania lub zarządzania składnikami majątkowymi, dlatego wkład własny podmiotu publicznego obejmujący poniesienie wszystkich wydatków związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem robót budowlanych będzie dopuszczalny. Zwyczajnie wkład własny w formie pieniężnej podmiot publiczny wnoszący będzie na etapie realizacji robót budowlanych przez partnera prywatnego. Ze względu jednak na definicję „przedsięwzięcia”, która rozciąga się *de facto* na cały okres trwania umowy o ppp, wkład własny w formie pieniężnej będzie mógł być wnoszony przez cały okres trwania przedsięwzięcia. Możliwe

Wkład własny

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

jest zatem, że wkład własny podmiotu publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych przez partnera prywatnego wnoszony będzie jednorazowo lub okresowo już po wykonaniu robót budowlanych przez partnera prywatnego (np. na etapie zarządzania i utrzymania składników majątkowych). Podmiot publiczny często wnosil będzie wkład własny w formie **dopłaty do usług świadczonych przez partnera prywatnego**, np. pokrywania części kosztów działalności operatora określonej infrastruktury (np. w przypadku drogi publicznej, w formie dopłat do ceny za przejazd drogą dla określonej kategorii użytkowników, a w przypadku operatora domów komunalnych, poprzez dopłatę do czynszu najmu lokali). Łącznie ponoszone w okresie trwania umowy dopłaty mogą często stanowić ponad połowę wydatków na realizację przedsięwzięcia. Ważne jednak, aby pamiętać, że przynajmniej część kosztów (inwestycyjnych lub eksploatacyjnych) powinien pokryć partner prywatny. Wkładem własnym podmiotu publicznego będzie również **wniesienie składnika majątkowego**. W praktyce, podmiot publiczny może wnieść nieruchomość, na której będzie realizowana inwestycja, przedsiębiorstwo, konkretną infrastrukturę i urządzenia (wodociągi, drogi, mosty, stadion sportowy, środki transportu zbiorowego) lub właściwe prawa majątkowe (licencje, koncesje). Wniesiony składnik majątkowy może bezpośrednio służyć do realizacji przedsięwzięcia lub pośrednio. Dla przykładu: na jednej z dwóch nieruchomości wniesionych przez stronę publiczną partner prywatny buduje domy komunalne, będące przedmiotem przedsięwzięcia, a na drugiej buduje centrum handlowe, służące do finansowania pierwszej, głównej części przedmiotu umowy.

Formy wniesienia wkładu

Wniesienie wkładu własnego w postaci składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy (art. 9 ust. 1 u.p.p.). Nie wyklucza to innych tytułów prawnych, takich jak: darowizna, zamiana, leasing, itp. Samodzielną podstawą prawną do wniesienia wkładu własnego może być tzw. nieodpłatne przekazanie nieruchomości na czas realizacji przedsięwzięcia, o którym mowa w art. 13 ust. 1a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tj. Dz. U. z 2010 Nr 102, poz. 651 z późn. zm.), dalej „u.g.n.”

Występowanie w umowie o ppp wkładu własnego nie jest elementem koniecznym umowy o ppp, stosownie do art. 7 ust. 1 u.p.p. Użycie przez ustawodawcę wyrażenia „w szczególności” pozwala na podnoszony w doktrynie wniosek, że możliwe jest, w okolicznościach konkretnego przedsięwzięcia, wypełnienie przez podmiot publiczny obowiązku współdziałania poprzez jakiegokolwiek uzgodnione działanie, niekoniecznie polegające na wniesieniu wkładu własnego. Wskazana powyżej wykładnia art. 7 ust. 1 u.p.p. jest dopuszczalna ze względu na normatywne znaczenie sformułowania „w szczególności”. Przepisy u.p.p. nie nadają sformułowaniu „w szczególności” swobodnego znaczenia. Wykładni tego pojęcia można dokonać w świetle przepisów regulujących zasady techniki prawodawczej¹. W tym świetle, użycie przez ustawodawcę pojęcia „w szczególności” uprawnione jest w sytuacji, gdy nie jest możliwe sformułowanie w tekście aktu prawnego definicji zakresowej jakiegoś pojęcia poprzez wymienienie wszystkich elementów zakresu definiowanego pojęcia w jednym przepisie prawnym lub nie jest możliwe odesłanie w tekście tego samego aktu prawnego lub odesłanie do innego aktu prawnego w celu uzupełnienia definiowanego pojęcia. W takiej sytuacji użycie sformułowania „w szczególności” oznacza definiowanie danego pojęcia poprzez przykładowe wyliczenie jego zakresu². Stosownie do powyższego, użycie przez ustawodawcę sformułowania „w szczególności” dla opisanego zakresu współdziałania podmiotu publicznego w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, oznacza tylko i wyłącznie, że wymieniona w ten sposób forma współdziałania w postaci „wniesienia wkładu własnego” ma charakter jedynie przykładowy. Odnośnie skutków braku pojęcia „w szczególności” lub „zwłaszcza” w zakresie definicji pojęć ustawowych wielokrotnie wypowiadało się orzecznictwo sądowe³. Za wskazaną powyżej interpretacją przemawia również brzmienie ustawowej definicji wkładu własnego, zgodnie z którą wkład własny to świadczenie podmiotu publicznego lub partnera prywatnego. Użycie przez ustawodawcę spójnika „lub” pozwala stwierdzić, że wkład własny w warunkach konkretnego przedsięwzięcia może być świadczeniem albo podmiotu publicznego, albo partnera prywatnego albo zarówno podmiotu publicznego, jak i partnera prywatnego. Tym samym wkład własny w ramach konkretnego przedsięwzięcia może być świadczeniem tylko i wyłącznie partnera prywatnego. W praktyce odstąpienie od zakładanego przez ustawodawcę

¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908).

² § 153, „1. Definicję zakresową (wyliczającą elementy składowe zakresu) formuluje się w jednym przepisie prawnym i obejmuje się nią cały zakres definiowanego pojęcia. 2. Jeżeli wyliczenie wszystkich elementów zakresu definiowanego pojęcia w jednym przepisie prawnym nie jest możliwe, w definicji wyraźnie zaznacza się, że tekst tej samej lub innej ustawy zawiera nadto elementy uzupełniające tę definicję, w szczególności przez użycie zwrotu: „i inne wskazane w przepisach”. 3. Jeżeli nie jest możliwe sformułowanie definicji, o której mowa w ust. 1 lub 2, można objaśnić znaczenie danego określenia przez przykładowe wyliczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując przykładowy charakter wyliczenia przez posłużenie się zwrotami: „w szczególności” albo „zwłaszcza”.

³ Zob. np. uchwała NSA z dnia 20 maja 2002 r., OPS 3/02, ONSA 2003, nr 1, poz. 4; wyroki tego samego sądu: z dnia 2 marca 2006 r., I FSK 736/05, ONSAiWSA 2006, nr 6, poz. 171; z dnia 30 listopada 2006 r., I FSK 170/06, LEX nr 262119; z dnia 20 czerwca 2007 r., II OSK 914/06, LEX nr 344107

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

modelu współdziałania polegającego na wniesieniu wkładu własnego przez podmiot publiczny będzie trudne. Z tego względu uprawione jest stwierdzenie, że wyróżnienie wkładu własnego, jako formy współdziałania podmiotu publicznego wyraża jedynie intencję ustawodawcy, w świetle której wkład własny jest podstawową, tudzież typową formą współdziałania podmiotu publicznego w osiągnięciu celu przedsięwzięcia.

2.4. Zobowiązanie podmiotu publicznego do zapłaty wynagrodzenia partnerowi prywatnemu

W zamian za realizację przedsięwzięcia partnerowi prywatnemu będzie przysługiwało wynagrodzenie. Umowa o ppp jest zatem umową odpłatną. Wynagrodzenie będzie przysługiwało partnerowi prywatnemu w zamian za świadczenia o charakterze wzajemnym świadczone na rzecz nabywców tych świadczeń. Ustawodawca nie zdecydował się na normatywną definicję wynagrodzenia partnera prywatnego. Można zatem skonstruować wniosek, że wynagrodzeniem partnera prywatnego będą jakiegokolwiek inne świadczenia podmiotu publicznego na rzecz partnera prywatnego, które nie będą stanowić przedmiotu wkładu



własnego podmiotu publicznego. U.p.p.p. nie przewiduje bowiem innych tytułów świadczeń podmiotu publicznego na rzecz partnera prywatnego niż wkład własny lub wynagrodzenie partnera prywatnego. Jeżeli podmiot publiczny jest zobowiązany do wniesienia składnika majątkowego, poniesienia części wydatków na realizację przedsięwzięcia lub dopłaty do usług świadczonych przez partnera prywatnego, na zawsze świadczenia tego rodzaju będą wkładem własnym do przedsięwzięcia, a nie wynagrodzeniem partnera prywatnego. Podmiot publiczny będzie mógł również zwrócić partnerowi prywatnemu poniesione przez niego wydatki na realizację przedsięwzięcia. Świadczenie to nie będzie jednak wynagrodzeniem partnera prywatnego, albowiem poniesienie części wydatków na realizację przedsięwzięcia stanowi przedmiot wkładu własnego (wówczas wkład własny podmiotu publicznego będzie swego rodzaju refinansowaniem wkładu wniesionego przez partnera prywatnego).

Jak zostało wyżej wskazane, u.p.p.p. nie zawiera definicji wynagrodzenia partnera prywatnego. Ustawa przewiduje jednak zasady ustalania wynagrodzenia partnera prywatnego. Wynagrodzenie partnera prywatnego będzie zależało od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa (art. 7 ust. 2 u.p.p.p.). Uzależnienie wynagrodzenia od **rzeczywistego wykorzystania** przedmiotu partnerstwa oznacza, że wielkość uzyskiwanego przez partnera wynagrodzenia będzie wypadkową popytu na usługi świadczone w ramach przedsięwzięcia. Im większe wykorzystanie przez klientów infrastruktury, tym wyższa przychodowość przedsięwzięcia. Obniżenie poziomu wykorzystania infrastruktury przez nabywców usług świadczonych przez partnera prywatnego, spowoduje, że z kolei rentowność przedsięwzięcia będzie niższa (np. wynagrodzenie może być funkcją liczby samochodów przejeżdżających przez tunel lub pojazdów korzystających z drogi eksploatowanej na zasadach ppp). Uzależnienie wynagrodzenia od **faktycznej dostępności** przedmiotu partnerstwa oznacza związane wynagrodzenia głównie z utrzymaniem standardów jakościowych i ilościowych przedsięwzięcia (np. uzależnione od długości drogi, spełniania wszystkich niezbędnych norm przez wybudowaną drogę w umownym okresie, odpowiednich standardów utrzymania związanych z odsnieżaniem, oznakowaniem, brakiem uszkodzeń w nawierzchni, a więc od dostępności przedmiotu przedsięwzięcia dla użytkowników, niezależnie od ich liczby).

Umowa o ppp powinna jednoznacznie rozstrzygać, z jakiego źródła pochodzić będzie wynagrodzenie partnera prywatnego. Na dopuszczalne formy wynagrodzenia partnera prywatnego wskazuje pośrednio art. 4 u.p.p.p., dotyczący właściwej procedury wyboru partnera w zależności od źródła jego wynagrodzenia. Przepis ten wskazuje na możliwość uzyskiwania przez partnera prywatnego pożytków z przedmiotu partnerstwa albo przede wszystkim z tego źródła wraz z zapłatą sumy pieniężnej lub przede wszystkim z zapłaty sumy pieniężnej wraz z pobieraniem pożytków z przedmiotu partnerstwa lub wyłącznie z zapłaty sumy pieniężnej.

Umowa o ppp może zakładać, że wynagrodzeniem partnera prywatnego w całości będą **pożytki z przedmiotu partnerstwa**. Mogą to być związane z wykonaniem obiektu budowlanego pożytki naturalne rzeczy (plody rzeczy i inne odłączone od niej części składowe, jakie wg zasad prawidłowej gospodarki stanowią normalny dochód

Opłata z rynku

Opłata za dostępność

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

z rzeczy), pożytki cywilne rzeczy (dochody, jakie rzecz przynosi na podstawie stosunku prawnego), pożytki w postaci dochodów przynoszonych przez prawo wykorzystywane zgodnie ze swoim społeczno-gospodarczym przeznaczeniem (pożytki prawa). W praktyce, pożytkami z przedsięwzięcia najczęściej będą opłaty wnoszone przez użytkowników przedmiotu partnerstwa, czyli klientów danej usługi (np. nabywców usługi parkingowej). Pożytkiem z przedmiotu partnerstwa również będą wpływy ze sprzedaży nieruchomości. Uzyskiwanie całości wynagrodzenia z przedmiotu partnerstwa możliwe będzie tylko w przypadku przedsięwzięć co do zasady rentownych i samofinansujących się. Takim przedsięwzięciem będzie często świadczenie usług użyteczności publicznej związanych ze stałym strumieniem źródła dochodu (wodociągi i kanalizacja, gospodarowanie odpadami) lub świadczenie usług ze zmienną stopą rentowności (np. zarządzanie obiektami sportowymi i rekreacyjnymi, dworcami, parkingami) przy jednoczesnej możliwości eksploatacji składnika majątkowego związanego z głównym przedmiotem partnerstwa (np. możliwość budowy dodatkowej powierzchni handlowo-usługowej lub biurowej). Uzyskiwanie wynagrodzenia z pożytków z przedmiotu partnerstwa podatne jest na wiele czynników ryzyka. Odzyskanie poniesionych nakładów i wypracowanie zysku zależne będzie od popytu na świadczone w ramach przedsięwzięcia usługi. Wahania popytu wpływać będą raz na zmniejszenie stopy zwrotu inwestycji, raz na jej zwiększenie. Ilość, jakość i sposób dostarczanych w ramach partnerstwa usług zależne będą od różnych ryzyk związanych z dostępnością. Ponadto wszelkie ryzyka wynikające z budowy przedmiotu partnerstwa również ograniczać będą wpływy partnera prywatnego. Brak choćby częściowej zapłaty sumy pieniężnej czynić będzie współpracę obu sektorów całkowicie wrażliwą na ryzyka. Przez czas trwania umowy partner prywatny nabywał będzie wszelkie pożytki z wniesionych do przedsięwzięcia składników majątkowych, bądź jako posiadacz zależny wzniesionej i zarządzanej lub tylko zarządzanej infrastruktury, bądź jako właściciel. Wniesienie składnika majątkowego, jako wkładu własnego zarówno partnera prywatnego, jak i podmiotu publicznego, nastąpić może w oparciu o różne podstawy prawne, w tym sprzedaż lub użytkowanie.

Umowa o ppp może również przewidywać, że wynagrodzenie partnera prywatnego w całości pochodzić będzie z **zapłaty sumy pieniężnej**. Zgodnie z językową interpretacją przepisu art. 4 u.p.p.p., zapłata sumy pieniężnej jest alternatywnym wobec prawa do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa źródłem uzyskiwania wynagrodzenia przez partnera prywatnego. Zapłata sumy pieniężnej polegać będzie na jednorazowej (lub płatonej ratami) wypłacie stronie prywatnej ekwiwalentu jej wkładu w realizację przedsięwzięcia. Czasem może ona jednak polegać na dopłacie do ceny lub wykupie istotnej części usług (co czasem może zbliżać ją do wniesienia wkładu własnego). Zapłata będzie miała charakter świadczenia pieniężnego. Świadczenie pieniężne polega na przekazaniu z majątku wierzyciela (w tym przypadku podmiotu publicznego) określonej wartości ekonomicznej pod postacią sumy pieniężnej wyrażonej w jednostkach pieniężnych. Zbliża to zapłatę sumy pieniężnej do zapłaty ceny za wykonanie zamówienia publicznego na gruncie u.p.z.p. Zapłata sumy pieniężnej będzie uiszczeniem ceny, jaką podmiot publiczny (zamawiający) jest zobowiązany w świetle umowy zapłacić za świadczenie wzajemne partnera prywatnego. Zapłata sumy pieniężnej może nastąpić zarówno w walucie polskiej (PLN), jak i w innej walucie, określonej w umowie. Ustawa nie rozstrzyga, w jaki sposób i kiedy ma być dokonywana zapłata sumy pieniężnej. W przypadku zwykłych zamówień publicznych, do zapłacenia ceny dochodzi po wykonaniu umowy (lub części umowy) w drodze zapłaty faktury wystawionej zamawiającemu przez wykonawcę. Zapłata sumy pieniężnej po wykonaniu umowy w przypadku kontraktów ppp, a więc w praktyce często dopiero po wielu latach, wobec zasadniczo niskiej rentowności przedsięwzięć finansowanych w ten sposób, rzadko kiedy znajdzie zastosowanie. Najczęściej zatem do zapłaty sumy pieniężnej (w częściach) dojdzie na różnych etapach realizacji partnerstwa: po wzniesieniu właściwej infrastruktury czy po wykonaniu określonej części usług. Zapłata sumy pieniężnej stanowić będzie całość wynagrodzenia partnera prywatnego najczęściej w przypadku przedsięwzięć co do zasady nisko lub w ogóle nierentownych. Jeżeli podmiot publiczny będzie jednym z wielu odbiorców usługi, a płatna cena będzie ekwiwalentem usługi i będzie zgodna z ogólnym taryfikatorem, to płatna cena nie będzie wówczas zapłatą sumy pieniężnej, będącą wynagrodzeniem partnera prywatnego. Z punktu widzenia źródeł wynagrodzenia partnera, ww. świadczenie pieniężne podmiotu publicznego będzie pożytkiem z przedmiotu partnerstwa. Jeżeli jednak specyfika przedsięwzięcia polegać będzie na nabywaniu większości usług w ramach przedsięwzięcia przez podmiot publiczny, bądź pośrednio lub wprost prowadzić będzie do dofinansowania przez niego ceny świadczonej usługi, wówczas płatność z tego tytułu będzie zapłatą sumy pieniężnej (a więc wynagrodzeniem partnera) lub wkładem własnym strony publicznej. Typowy kontrakt ppp oparty na wynagrodzeniu partnera z zapłaty sumy pieniężnej polega na budowie przez niego infrastruktury, jej utrzymywaniu i zarządzaniu nią przy zachowaniu ciągłej dostępności świadczonych usług w zamian za wynagrodzenie w postaci stałej opłaty za dostępność. Oparcie wynagrodzenia partnera prywatnego w całości na zapłacie sumy pieniężnej będzie występować wtedy, gdy brakuje innych możliwych źródeł dochodu partnera

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

lub źródła te są niewystarczające. Sytuacja taka będzie miała miejsce wówczas, gdy partner prywatny sfinansuje i wybuduje infrastrukturę, którą następnie będzie zarządzał lub utrzymywał, a jego przychody pochodzą będą jedynie ze stałej opłaty (miesięcznej lub rocznej) wnoszonej przez podmiot publiczny, obejmującej zwrot poniesionych nakładów, zysk partnera oraz ekwiwalent kosztów utrzymania infrastruktury oraz zarządzania nią.

Ustawa dopuszcza, aby w zależności od konkretnego przypadku, strony mogły dowolnie ułożyć sposób i zakres wynagradzania podmiotu odpowiedzialnego za realizację przedmiotu umowy. Wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzić może **przede wszystkim z pożytków z przedmiotu partnerstwa oraz częściowo z zapłaty sumy pieniężnej**. Taka konstrukcja umowy pozwala częściowo uniezależnić rentowność przedsięwzięcia z punktu widzenia partnera prywatnego od czynników ryzyka popytu. Podmiot publiczny gwarantuje w ten sposób minimalną stopę zwrotu przedsięwzięcia. Poziom płatności oraz podstawa jej zapłaty powinny zostać wyraźnie określone w umowie. Wydaje się za zasadne przyjąć, że ich wysokość powinna być wszakże niższa niż wkład własny partnera prywatnego w przedsięwzięcie. Skutkiem tego, możliwość odzyskania pozostałej części nakładów oraz wypracowania dochodu partnera prywatnego zależna będzie od wielu różnych ryzyk, w tym w szczególności od ryzyka popytu, ale również ryzyka dostępności. Wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzić może również w większości z zapłaty sumy pieniężnej oraz częściowo z pożytków z przedmiotu partnerstwa. Zapłata sumy pieniężnej może mieć poziom równy lub wyższy od wkładu własnego partnera prywatnego. Taka forma wynagrodzenia partnera prywatnego może mieć w praktyce zastosowanie wówczas, gdy podmiot publiczny będzie zobowiązany do zapłaty całości wynagrodzenia w sytuacji zajścia określonych zdarzeń, np. zmiany sytuacji gospodarczej w ujęciu makroekonomicznym, wystąpienia zdarzeń nadzwyczajnych, uniemożliwiających osiągnięcie jakichkolwiek przychodów do użytkowników przedmiotu partnerstwa.

2.5. Podsumowanie

Na podstawie powyższych rozważań można przyjąć wniosek, że umowa o ppp jest **umową nazwaną**. Jest ona również **umową wzajemną i odpłatną**. Do zawarcia umowy o ppp dojdzie na podstawie zgodnego oświadczenia stron (**umowa konsensualna**). Umowa o ppp jest także **umową cywilnoprawną**.

3. Forma zawarcia umowy o ppp

U.p.p.p. nie rozstrzyga, w jakiej formie będzie musiała być zawarta umowa o ppp. Umowa o ppp będzie mogła zatem zostać w dowolnej formie, z uwzględnieniem ogólnych zasad dotyczących formy prawnej umowy (art. 60 k.c.). Ograniczenia swobody wyboru formy prawnej umowy o ppp wynikać będą z przepisów szczególnych dotyczących formy prawnej poszczególnych czynności prawnych, które objęte będą umową o ppp (np. jeżeli przedmiotem sprzedaży wkładu własnego partnerowi prywatnemu będzie nieruchomości, wówczas umowa o ppp obejmująca to oświadczenie będzie musiała zostać zawarta w formie aktu notarialnego) lub z przepisów ustaw proceduralnych (u.k.r.b.u. lub u.p.z.p.), które znajdują zastosowanie również do umów o ppp. Stosownie do tego, umowa o ppp zawarta w oparciu o przepisy u.k.r.b.u. będzie wymagała dla swej ważności formy pisemnej (por. art. 21 ust. 5 u.k.r.b.u.). Również formy pisemnej pod rygorem nieważności wymagać będzie zawarcie umowy o ppp w oparciu o przepisy u.p.z.p. (por. art. 139 ust. 2 u.p.z.p.).

4. Przykładowy zakres treści umów typu ppp

Zanim w dalszych częściach artykułu omówione zostaną ustawowe wymogi dotyczące zakresu treści umów o ppp, warto się przyjrzeć zestawieniu typowych zapisów pojawiających się w tego typu kontraktach zawieranych powszechnie w praktyce innych państw europejskich. Należy wskazać, że dobrze skonstruowana umowa o ppp, oprócz szeregu zapisów, narzucanych przepisami prawa, powinna zawierać jak najwięcej zagadnień dotyczących specyfiki konkretnego przedsięwzięcia. Praktyka zagraniczna pozwala na rozwinięcie wskazanie następujących elementów treści standardowej umowy o ppp:

- a. **Preambuła – określenie stron umowy, definicje i zasady interpretacji zapisów umowy**
- b. **Przedmiot umowy**

Jest to klauzula o znaczeniu podstawowym dla umowy o ppp, określająca zasady współpracy oraz wzajemne zobowiązania stron. Zobowiązania te związane są z cyklicznym charakterem umowy o ppp. Klauzula

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

powinna definiować cel współpracy, wskazywać łączną wartość środków przewidzianych na realizację przedsięwzięcia, oraz zawierać zobowiązanie partnera prywatnego do poniesienia w całości albo w części nakładów na jego realizację.

Strony powinny także określić harmonogram działań w ramach projektu, normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy realizacji przedsięwzięcia; uprawnienia podmiotu publicznego w zakresie bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia oraz zasady okresowego przeprowadzania przez strony wspólnej oceny realizacji przedsięwzięcia.

c. **Warunki zawieszające**

Zazwyczaj umowy o ppp zawierają listę warunków, które muszą zostać spełnione, aby postanowienia umowy o ppp weszły w życie. Warunki te mogą obejmować np.: przekazanie składników majątkowych na rzecz partnera prywatnego, uzyskanie przez partnera prywatnego finansowania, na warunkach umożliwiających realizację uzgodnionego przez strony w umowie o ppp modelu finansowego, przedłożenie określonych dokumentów lub oświadczeń (np. gwarancji bankowej, polisy ubezpieczeniowej, gwarancji ze strony podmiotu dominującego, Decyzji WZ etc.).

d. **Współpraca podmiotu publicznego**

Analizowana klauzula zawiera zobowiązanie podmiotu publicznego do udzielenia partnerowi prywatnemu odpowiedniego wsparcia organizacyjnego (takiego jak np. niezwłoczne przekazanie dokumentacji), którego partner prywatny będzie potrzebował w toku procedur mających na celu uzyskanie decyzji administracyjnych niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia.

e. **Zapewnienia i oświadczenia**

W związku z realizacją transakcji w modelu ppp partner prywatny składa podmiotowi publicznemu zapewnienia, co do swojego statusu prawnego, umocowania do zawarcia umowy o ppp, sytuacji finansowej, posiadania zasobów osobowych, technicznych oraz organizacyjnych, sytuacji prawnej, podatkowej, niekaralności członków zarządu, możliwości organizacyjnych i technologicznych swoich podwykonawców, możliwości dysponowania na potrzeby przedsięwzięcia prawami własności przemysłowej oraz intelektualnej, nieużywania przy realizacji przedsięwzięcia materiałów szkodliwych etc.

Praktykowane jest także zobowiązanie partnera prywatnego do bieżącego informowania podmiotu publicznego o istotnych zmianach w swoim statucie, sytuacji własnościowej, prawnej lub finansowej.

Podmiot publiczny najczęściej zapewnia natomiast partnera prywatnego o rzetelności działań podjętych przed rozpoczęciem przedsięwzięcia.

f. **Dodatkowe gwarancje**

W celu lepszego zabezpieczenia interesów podmiotu publicznego, zainteresowany on będzie nałożeniem na partnera prywatnego obowiązku uzyskania w oznaczonym terminie od swoich podwykonawców na rzecz podmiotu publicznego odrębnych zapewnień, co do jakości usług lub robót budowlanych. Podmiot publiczny nie jest związany bezpośrednimi umowami z podwykonawcami, a zatem dodatkowe gwarancje zapewnią mu podstawę prawną do podnoszenia roszczeń wobec podwykonawców.

g. **Opis składników majątkowych**

Analizowane zapisy umowne definiują składniki, które zostaną udostępnione przez podmiot publiczny na potrzeby przedsięwzięcia. Szczegółowa dokumentacja w tym zakresie zazwyczaj stanowi załącznik do umowy.

Dane dotyczące nieruchomości powinny uwzględniać numery ewidencyjne działek gruntu oraz ich usytuowania na planie geodezyjnym w granicach poszczególnych obrębów.

Dane dotyczące ruchomości, poza ich opisem technicznym, powinny obejmować dokumenty gwarancji oraz wszelkie wymagane prawem świadectwa inspekcji czy przeglądów technicznych.

Dokumentacja, dotycząca składników majątkowych, powinna również wskazywać ich wartość określoną na potrzeby rozliczeń między stronami.

Umowa powinna wskazywać ponadto tytuł prawny przysługujący podmiotowi publicznemu do analizowanych składników majątkowych. W przypadku nieruchomości, ich stan prawny potwierdzać będzie załączony do umowy odpis z księgi wieczystej.

Do umowy można załączyć analizy prawne, potwierdzające stan prawny składników majątkowych, brak przeszkód po stronie podmiotu publicznego do dysponowania nimi oraz brak wad prawnych lub obciążeń tych składników (np. hipoteką).

h. **Nabycie/przekazanie składników**

Klauzule umowne zawierać powinny ustalenia co do czasu i trybu przekazania składników majątkowych partnerowi prywatnemu. Załącznikiem do umowy o ppp może być projekt umowy, regulujący te zagadnienia.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Umowa powinna określać zasady odpowiedzialności stron w przypadku, gdy stan składników majątkowych jest niezgodny z deklarowanym.

i. **Harmonogram budowy i klauzule typowe dla umowy o roboty budowlane**

W umowie o ppp określa się szczegółowo harmonogram wykonywanych robót budowlanych. Kontrola jego wykonywania następuje za pośrednictwem raportów inspektorów nadzoru lub też inżyniera kontraktu. Ponadto umowa zawiera takie klauzule jak: zasady przygotowania projektu, kryteria techniczne, dokumentacja inwestycyjną i zasady jej przechowywania, zapewnienie bezpieczeństwa, szczegółowy opis robót budowlanych wraz ze szczegółowym rozbięciem planowanych kosztów, zasady pozyskiwania zezwoleń, zasady wyboru podwykonawców, zasady weryfikacji i zatwierdzania robót, zasady kontroli robót, zasady postępowania z wykopaliskami archeologicznymi, transfer technologii i zakończenie robót, zasady przekazania obiektu do użytkowania, postępowania w przypadku wad budowlanych lub opóźnienia w realizacji robót.

j. **Zagadnienia związane z eksploatacją i utrzymaniem powstałej infrastruktury**

Umowa o ppp określa podstawowe zasady, normy ilościowe oraz jakościowe prowadzenia przedsięwzięcia na etapie eksploatacyjnym. Rozwinięciem jej postanowień są zwyczajowo umowy eksploatacyjne zawierane przez partnera prywatnego z podwykonawcami. Postanowienia dotyczące skali i standardu świadczenia usług oraz wynagrodzenia z tego tytułu są funkcjonalnie powiązane z postanowieniami umowy dotyczącej finansowania przedsięwzięcia, ponieważ partner prywatny, co do zasady, spłaca swoje zobowiązanie wobec kredytodawcy w oparciu o wynagrodzenie, które uzyska w zamian za poprawnie świadczone usługi w ramach projektu.

W umowie o ppp określa się sposób i kryteria wyboru operatora, model jego wynagradzania oraz zakres odpowiedzialności. Załącznikiem do umowy może być w takim wypadku umowa operatorska.

Zapisy dotyczące zasad świadczenia usług obejmują zazwyczaj: zakres usług z ich szczegółowym opisem, przedział czasowy, w jakim usługi są świadczone, dopuszczalne odstępstwa co do ilości czy jakości usług, zasady kontroli standardów świadczenia usług i wprowadzania ulepszeń.

k. **Eksploatacja obiektu**

Umowa powinna odnosić się także do zasad i warunków efektywnej i bezpiecznej eksploatacji obiektu jako składnika majątkowego. W tym celu określa się standardowe wyposażenie obiektu; warunki wymiany wyposażenia w obiekcie; dopuszczalny stopień awaryjności poszczególnych elementów obiektu; zasady wyłączeń czasowych (całkowitych albo częściowych) obiektu z eksploatacji; zasady ograniczenia eksploatacji wskutek prac konserwacyjnych lub remontowych; warunki pracy personelu obsługującego obiekt; zasady bezpieczeństwa przy eksploatacji obiektu, ustalenia dotyczące prowadzenia prac konserwacyjnych, remontów obiektu oraz wymiany urządzeń wchodzących w skład obiektu, zasady monitoringu i kontroli świadczenia usług.

l. **Normy techniczne**

Partner prywatny w umowie o ppp powinien zobowiązać się do przestrzegania przepisów prawa, zasad sprawozdawczości oraz norm technicznych. Z uwagi na możliwość zaistnienia zmian w zakresie regulacji dotyczących przedsięwzięcia, umowa określać będzie zasady reakcji stron w takiej sytuacji. W szczególności dotyczyć to będzie sposobu podziału ryzyka wynikającego z narzuconych prawem lub wymuszonych modyfikacjami norm technicznych zmian metod eksploatacji, które skutkują podwyższeniem wymogów bezpieczeństwa, koniecznością zakupu dodatkowych urządzeń, prowadzeniem dodatkowych szkoleń, uzyskiwaniem certyfikatów etc. Strony uzgadniają limity takich wydatków i zasady ich ponoszenia.

m. **Zabezpieczenia**

Umowa określać powinna rodzaje zabezpieczeń należytego wykonania zobowiązań (mogą to być gwarancje bankowe, ubezpieczeniowe, poręczenia, gwarancje podmiotu dominującego wobec partnera prywatnego, etc.) oraz zasady zapłaty kar pieniężnych przez partnera prywatnego. Zabezpieczenia muszą odpowiadać modelowi finansowemu oraz zabezpieczeniom przewidzianym w dokumentacji dotyczącej finansowania przedsięwzięcia.

n. **Zmiany w przedsięwzięciu**

Analizowana klauzula powinna określać procedurę wprowadzania zmian co do skali lub zakresu prowadzonego przedsięwzięcia. Zmiany takie skutkować mogą modyfikacją modelu finansowego lub koniecznością dokapitalizowania przedsięwzięcia. Podkreślić należy, iż dopuszczalne zmiany w tym zakresie powinny zostać wskazane w dokumentacji przetargowej, w przeciwnym razie nie będą możliwe.

o. **Podejmowanie decyzji**

Klauzula wskazuje zakres decyzji partnera prywatnego, które wymagają uprzedniej zgody podmiotu publicznego.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

p. **Umowy z osobami trzecimi**

Strony mogą postanowić, iż wszelkie umowy zawierane przez partnera prywatnego z podmiotami, które nie zostały wskazane, jako podwykonawcy wymagają zgody podmiotu publicznego. W takiej sytuacji w umowie o ppp powinna zostać opisana procedura udzielania tej zgody. Partner prywatny może zostać zobligowany do przedstawienia podmiotowi publicznemu projektów umów z takimi wykonawcami (podwykonawcami). Podmiot publiczny może proponować dokonanie zmian w takich umowach, w tym szczególnie w zakresie warunków wykonywania poszczególnych zadań, ustalenia wynagrodzenia i jego indeksacji. Można także przewidzieć wybór podwykonawców w przetargach.

q. **Struktura finansowa przedsięwzięcia**

W chwili zawierania umowy o ppp model finansowania przedsięwzięcia jest już z reguły znany partnerom. Instytucje finansowe zainteresowane są jednak uzyskaniem pewności co do ostatecznego kształtu umowy o ppp przed faktycznym udzieleniem finansowania. Przedmiotowa klauzula zawiera zobowiązanie partnera prywatnego do przedstawiania podmiotowi publicznemu informacji finansowych dotyczących poszczególnych faz projektu.

r. **Wynagrodzenie partnera prywatnego**

Klauzula ta określa mechanizm uzyskiwania przez partnera prywatnego przychodów z przedsięwzięcia, w tym częstotliwość płatności oraz ich zakładaną wysokość.

W umowie powinny znaleźć się także regulacje dotyczące szczegółów pobierania opłat od użytkowników końcowych oraz kosztów poboru takich opłat, jak również opis wykorzystywanych do tego środków technicznych. Projekt ppp może zakładać uregulowanie minimalnego lub maksymalnego poziomu wynagrodzenia partnera prywatnego z przedsięwzięcia w określonym czasie oraz zasady uzupełniania zysku partnera prywatnego, gdy nie uda mu się osiągnąć minimalnego poziomu wynagrodzenia. Z drugiej strony w przypadku przekroczenia maksymalnego poziomu zysku w interesie podmiotu publicznego będzie leżeć uregulowanie kwestii przeznaczenia nadwyżki na cele ulepszeń projektu, podwyższenia jakości świadczonych usług, rozszerzenia ich zakresu lub przeznaczenia zysku na inne cele publiczne.

Jeżeli w ramach przedsięwzięcia zostanie zawiązana spółka celowa o kapitale mieszanym, klauzula będzie określać sposób podziału zysku przypadającego wspólnikom/akcjonariuszom spółki celowej (w praktyce udziałowcami/akcjonariuszami takiej spółki będą wyłącznie podmiot publiczny oraz partner prywatny). Podstawowym warunkiem do wypłaty dywidendy będzie właściwe funkcjonowanie przedsięwzięcia w aspekcie finansowym w okresie poprzedzającym wypłatę dywidendy.

s. **Kary umowne**

W umowie powinny zostać określone kryteria i tryb ustalania wysokości kar umownych za nienależyte wykonanie konkretnych zobowiązań niepieniężnych przez partnera prywatnego. Wskazać można także tryb naliczania kar pieniężnych dla wyszczególnionych w umowie naruszeń jej postanowień oraz tryb ich egzekwowania.

Z uwagi na specyficzny charakter transakcji w modelu ppp, które oparte są na ryzyku dostępności, płatności kar pieniężnych dokonuje się poprzez potrącenie. Możliwe to będzie jedynie w sytuacji, gdy umowa o ppp przewiduje płatności ze strony podmiotu publicznego. Tylko bowiem w takiej sytuacji, w przypadku naruszenia przez partnera prywatnego jego zobowiązań umownych, podmiot publiczny będzie mógł zmniejszyć o wysokość przysługującej mu kary pieniężnej opłatę, jaką powinien uiścić partnerowi prywatnemu. Zazwyczaj też podmiot publiczny będzie dążył do wprowadzenia zakazu dokonywania potrąceń przez partnera prywatnego.

Niekiedy umowy o ppp przyznają również partnerom prywatnym uprawnienie do uzyskania odszkodowania w postaci kar pieniężnych, jeżeli po stronie podmiotu publicznego dojdzie do takich naruszeń postanowień umowy, które będą uniemożliwiać, znacząco utrudniać lub opóźniać realizację zadań przez partnera prywatnego.

t. **Wygaśnięcie i rozwiązanie umowy**

Strony powinny określić w umowie obowiązki związane z wygaśnięciem umowy o ppp. W szczególności dotyczy to zasad przekazania przez partnera prywatnego podmiotowi publicznemu składnika majątkowego. Ponadto określić należy zakres oraz podział kosztów badania stanu prawnego, technicznego i finansowego składnika majątkowego dla celów związanych z jego przejściem przez podmiot publiczny.

Precyzyjnie określić należy sytuacje, w których umowa o ppp może zostać rozwiązana przez jedną ze stron. W praktyce zagranicznej postanowienia dotyczące rozwiązania umowy, powiązane są z umową bezpośrednią, którą strony umowy o ppp zawierają z podmiotem finansującym przedsięwzięcie, przyznając mu określone uprawnienia (włącznie z przejściem projektu).

II. Umowa o partnerstwie publiczno- prywatnym

W umowie określone zostaną zasady jej wypowiedzenia przez strony w przypadku istotnego naruszenia postanowień.

Przypadki naruszenia umowy o ppp przez podmiot publiczny najczęściej będą związane z wyłączeniem partnera prywatnego ze składników majątkowych, służących mu do realizacji przedsięwzięcia, brakiem płatności wynagrodzenia, wystąpieniem sytuacji, która uczyni wykonywanie umowy o ppp przez partnera prywatnego niemożliwym lub obiektywnie nieopłacalnym. Klauzula może przewidywać okres w trakcie którego podmiot publiczny będzie mógł wyeliminować skutki zaistniałych zdarzeń, stanowiących podstawę do wypowiedzenia umowy przez partnera prywatnego.

Katalog sytuacji, w których to podmiot publiczny będzie uprawniony do wypowiedzenia umowy o ppp będzie z reguły o wiele szerszy. Ogólnie, chodzi tu o każdy przypadek działania lub zaniechania po stronie partnera prywatnego, który ma istotny, niekorzystny wpływ na realizację przedsięwzięcia i jakość świadczonych usług. W szczególności, sytuacje tego rodzaju mogą wiązać się z wystąpieniem przypadku upadłości partnera prywatnego, długotrwałym niewykonywaniem przez niego zobowiązań z umowy o ppp, nieuzyskaniem przez niego wymaganego poziomu ochrony ubezpieczeniowej etc. Analogicznie, klauzula określa okres naprawczy przysługujący partnerowi prywatnemu.

Umowa określa też procedurę jej rozwiązania za obopólną zgodą, w przypadku, gdyby kontynuowanie przedsięwzięcia miało okazać się w przyszłości obiektywnie bezprzedmiotowe ze względów związanych np. z wynalezieniem nowych technologii czy radykalną zmianą popytu na usługi danego rodzaju. Na wypadek takiej okoliczności partnerzy, w uzgodnieniu z instytucją finansującą i udziałowcami partnera prywatnego, ustalają warunki rozliczenia, uwzględniając wszelkie należne odszkodowania, koszty zwolnień pracowników, koszty rozwiązania umów na dostawy towarów, materiałów i usług, koszty informowania kontrahentów etc.

u. **Przekazanie składnika majątkowego podmiotowi publicznemu**

Po zakończeniu przedsięwzięcia składniki majątkowe zasadniczo przekazywane są na rzecz podmiotu publicznego lub innego wskazanego przez podmiot publiczny podmiotu. Przez pojęcie przekazanie składnika majątkowego należy rozumieć zarówno zwrotne przeniesienie tytułu prawnego do składnika majątkowego, jak i jego wydanie podmiotowi publicznemu w celu ponownego objęcia go przez podmiot publiczny w posiadanie.

Wzór odpowiedniej umowy w tym zakresie powinien zostać załączony do umowy o ppp. W przypadku wydania składnika majątkowego podmiotowi publicznemu opisywana klauzula powinna wskazywać, w jaki sposób dojdzie do przekazania posiadania składnika, w szczególności, w jaki sposób będzie kształtować się kwestia przejścia ryzyka jego przypadkowej utraty, zniszczenia etc.

Klauzula może wskazywać, że przekazanie składnika majątkowego zostanie poprzedzone działaniami renowacyjnymi, wymianą elementów eksploatacyjnych, szkoleniem pracowników etc. W związku z powyższym umowa może przewidywać przeprowadzenie niezbędnych analiz stanu technicznego oraz prawnego przekazywanego składnika.

Niezbędne będzie także zwolnienie zabezpieczeń rzeczowych, obciążających składniki majątkowe przekazywane podmiotowi publicznemu. W interesie podmiotu publicznego leży przejęcie składnika majątkowego bez jakichkolwiek obciążeń, takich jak np. hipoteki czy zastawy rejestrowe ustanowione na rzecz banku, udzielającego finansowania partnerowi prywatnemu.

Podmiot publiczny powinien zapewnić sobie także możliwość odstąpienia od przejęcia składnika majątkowego, jeżeli przejęcie pociągałoby za sobą negatywne konsekwencje finansowe dla podmiotu publicznego.

v. **Postanowienia końcowe**

Końcowe zapisy umowy określać powinny języki, w jakich zostanie ona zawarta, ilość egzemplarzy, procedurę dokonywania wzajemnych powiadomień stron. Klauzula określa dane adresowe podmiotu publicznego oraz partnera prywatnego wraz ze wskazaniem osoby do kontaktu. Przedmiotowa klauzula nakłada także na podmiot publiczny oraz na partnera prywatnego obowiązek niezwłocznego zawiadomiania się nawzajem o wszelkich zmianach tych danych.

Umowa określa procedurę polubownego załatwienia sporów wynikłych z umowy o ppp. W zależności od specyfiki konkretnego przedsięwzięcia podmiot publiczny oraz partner prywatny mogą, mniej lub bardziej szczegółowo, uregulować zasady polubownego załatwiania sporów tak, aby nie doprowadziły one do postępowania sądowego.

Umowa może wskazywać na sąd miejscowo właściwy do rozstrzygania sporów, dotyczących umowy o ppp lub też zawierać zapis na sąd polubowny.

Prawem właściwym dla umów o ppp, dotyczących przedsięwzięć realizowanych przez polskie podmioty publiczne będzie prawo polskie.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

5. Przepisy u.p.p.p. a przepisy u.k.r.b.u. i u.p.z.p.

Stosownie do brzmienia art. 4 ust. 1 i 2 u.p.p.p. przepisy u.k.r.b.u. oraz u.p.z.p. znajdują zastosowanie do umów o ppp w zakresie nieuregulowanym przepisami u.p.p.p. Umowa o ppp będzie zatem podlegała regułom określonym odpowiednio w rozdziale 3 u.k.r.b.u. i Dziale IV u.p.z.p. Przepisy te określają obligatoryjny zakres umów w ich przedmiocie, jak również określają nieobligatoryjne elementy tego typu umów. Uzupełnieniem tych przepisów będą poszczególne reguły określone w u.p.p.p. W kwestii wykładni należy przyjąć, że w sytuacji spornej pierwszeństwo powinno zostać nadane normie określonej w u.p.p.p., jako *lex specialis*.

6. Zakres treści umowy o ppp zawartej w trybie u.k.r.b.u.



W przypadku umów o ppp, w których głównym źródłem wynagrodzenia partnera prywatnego będzie prawo do pobierania pożytków z przedsięwzięcia, tudzież prawo z zapłatą sumy pieniężnej przez podmiot publiczny, wówczas tryb wyboru, ale również kształtowanie treści i wykonywanie umowy o ppp podlegać będzie przepisom u.k.r.b.u. Umowa o ppp zawarta w trybie u.k.r.b.u. będzie musiała zawierać cały szereg postanowień wymaganych dla umowy koncesji (patrz art. 22 ust. 1 u.k.r.b.u.), a zatem będzie w istotnej mierze zbliżona do umowy koncesji. Umowy z tego zakresu nie są w żaden sposób zestandaryzowane. Brak również jednolitych opracowań i wytycznych. Dlatego w części nieuregulowanej w u.p.p.p. i u.k.r.b.u., do umów ppp będą miały zastosowanie przepisy k.c. i szeregu innych aktów prawnych (m.in. ustaw: u.g.n., u.g.k.).

Umowa o ppp zawarta w oparciu o przepisy u.k.r.b.u. zawierać będzie następujące postanowienia:

Opis przedsięwzięcia

- **Opis przedmiotu przedsięwzięcia**, w tym uwarunkowania techniczne, funkcjonalne i jakościowe, jakim powinien odpowiadać, oraz zasady na jakich partner prywatny będzie utrzymywał lub zarządzał składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Szczegółowy opis przedmiotu przedsięwzięcia w oparciu o wszystkie kwestie techniczne i funkcjonalne, zwłaszcza przy bardzo skomplikowanych projektach, może stanowić załącznik do umowy;

PRZYKŁAD:

„Umowa określa zasady współpracy Partnera Publicznego i Partnera Prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego obejmującego wspólną realizację Przedsięwzięcia, opartą na podziale zadań i ryzyk pomiędzy Stronami. W ramach Umowy Podmiot Publiczny powierza, a Partner Prywatny zobowiązuje się do wykonania za wynagrodzeniem Przedsięwzięcia na nieruchomościach opisanych w ust. 4, oraz poniesienia całości wydatków z tym związanych; Podmiot Publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu Przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie do Spółki nieruchomości opisanych w ust. 4”

*„Przedsięwzięcie – należy przez to rozumieć zaprojektowanie, budowę, zarządzanie i utrzymanie Przedmiotu Przedsięwzięcia,
Przedmiot Przedsięwzięcia – należy przez to rozumieć elektrociepłownię na biomasę wraz z centralną siecią ciepłowniczą, zgodnie z „Programem funkcjonalno-użytkowym” stanowiącym załącznik nr 1 do Umowy,
Realizacja Przedmiotu Przedsięwzięcia – należy przez to rozumieć zaprojektowanie i budowę Przedmiotu Przedsięwzięcia”.*

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

- **Czas realizacji przedmiotu przedsięwzięcia.** Jeżeli wymagane jest szybkie wykonanie prac budowlanych związanych z realizacją przedmiotu przedsięwzięcia, umowa powinna określać partnerowi prywatnemu termin wykonania tych prac, a także kary umowne za opóźnienia;

PRZYKŁAD:

Harmonogram robót określać będzie co najmniej terminy wykonania szczegółowo określonych zakresów robót oraz terminy ich odbiorów. Określony w harmonogramie

robót dzień ukończenia budowy nie może przypadać później, niż 20 (słownie: dwadzieścia) miesięcy od dnia uzyskania ostatecznego pozwolenia na budowę.

- **Czas trwania kontraktu.** Umowa o ppp powinna być zawarta na czas określony. Po pierwsze, okres trwania współpracy będzie najczęściej składową wynagrodzenia partnera prywatnego. Po drugie, terminowość umowy służy zabezpieczeniu interesu publicznego w zakresie trwałości świadczenia danej usługi i możliwości zmiany partnera w przyszłości. Po trzecie, określony czas trwania kontraktu zapewnia względną konkurencyjność i dostęp dla innych podmiotów do świadczenia danej usługi w przyszłości do świadczenia danej usługi w przyszłości. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 1 i 2 u.k.r.b.u. w zw. z art. 4 ust. 1 u.p.p.p., umowa o ppp dotycząca realizacji przedsięwzięcia odpowiadającego specyfice koncesji na roboty budowlane powinna zostać zawarta na okres do 30 lat, natomiast wtedy, gdy przedsięwzięcie będzie zbliżało ppp do koncesji na usługi, umowa powinna zostać zawarta na okres do 15 lat. Każdorazowo czas trwania umowy o ppp powinien uwzględniać zwrot nakładów partnera prywatnego poniesionych w związku z wykonywaniem umowy. Odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust. 2 i 3 u.k.r.b.u.

Okres współpracy

PRZYKŁAD:

1. „Umowa zostaje zawarta na okres ... miesięcy (... lat) od dnia jej wejścia w życie, w tym ... miesiące trwać będzie etap Realizacji Przedmiotu Przedsięwzięcia (... lata) i ... miesięcy (... lat) etapu eksploatacji, z zastrzeżeniem ust. 2.”
2. „Umowa wchodzi w życie z dniem jej zawarcia.
3. Umowa zostaje zawarta na okres 204 miesięcy (17 lat), przy czym bieg tego terminu rozpoczyna się z dniem

rozpoczęcia Etapu Projektowania. Bieg okresu, o którym mowa w zdaniu pierwszym, obejmuje:

4. Etap Projektowania i Etap Budowy, trwające łącznie 24 miesiące (2 lata),
5. Etap Eksploatacji, trwający 180 miesięcy (17 lat).”

- **Wysokość, forma i sposób wynagrodzenia.** Jeżeli z przedmiotu przedsięwzięcia mają korzystać jakieś osoby trzecie na zasadzie uprzywilejowania lub zwolnienia z opłat, umowa musi określać wysokość i sposób rozliczania wynikających z tego tytułu strat dla partnera prywatnego (tzw. *shadow tolls*). Jeżeli wynagrodzenie partnera ma być oparte w całości na opłatach od użytkowników, to umowa może określać maksymalny poziom cen. Zapis taki chronić będzie polityczny interes podmiotu publicznego w zachowaniu możliwie pełnej dostępności do usługi. Zasady wynagrodzenia partnera powinny czynić zadość wymogowi stawianemu w art. 7 ust. 2 u.p.p.p. Musi być ono uzależnione od wyników pracy jego partnera lub faktycznej dostępności przedmiotu ppp.

PRZYKŁAD:

1. „Wynagrodzeniem Partnera Prywatnego za wykonanie Przedsięwzięcia będzie prawo do udziału w zysku Spółki wynikającym z rocznego sprawozdania finansowego Spółki, zgodnie z § 8 Umowy, przez okres eksploatacji Przedmiotu Przedsięwzięcia wynoszący [...] miesięcy od dnia oddania Przedmiotu Przedsięwzięcia do użytkowania”
2. „Wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do eksploatacji Przedmiotu Przedsięwzięcia przez okres trwania Etapu Eksploatacyjnego”.
3. „Partner Prywatny na własny rachunek ma prawo do pobierania korzyści z Części Komercyjnej. Całość

korzyści, o których mowa w niniejszym postanowieniu stanowi wynagrodzenie Partnera Prywatnego. Partner Prywatny nie jest zobowiązany do wykazywania Podmiotowi Publicznemu przychodów, o których mowa w niniejszym przepisie”.

4. „Inne korzyści z Przedmiotu Przedsięwzięcia, jak w szczególności przychody z tytułu wynajmu powierzchni reklamowych lub lokalizacji na dachach budynków wchodzących w zakres Przedmiotu Przedsięwzięcia przekazników antenowych, lub innych tego typu urządzeń, stanowią w całości wynagrodzenie Partnera Prywatnego”.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

- **Płatność na rzecz podmiotu publicznego.** Umowa może przewidywać udział podmiotu publicznego w zyskach wypracowywanych z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego. Ponadto jeżeli umowa zakłada wniesienie przez podmiot publiczny składnika majątkowego w drodze np. umowy najmu, dzierżawy lub leasingu, to powinna regulować również wysokość i sposób rozliczania płatności z tytułu czynszu lub rat leasingowych na rzecz podmiotu publicznego.

Umowa powinna określać zakres współfinansowania ze środków publicznych, jeżeli jest przewidziany, sposób dokonywania związanych z tym płatności i rozliczania ich. Jeżeli wydatki ma ponieść osoba trzecia, kontrakt powinien identyfikować tę osobę, określać zakres finansowania i gwarancje lub zabezpieczenia płatności;

PRZYKŁAD:

„Z tytułu prawa do eksploatacji Przedmiotu Koncesji Koncesjonariusz zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Koncesjonariusza za każdy rok Fazy Eksploatacji kwoty (słownie:), płatnej do ostatniego dnia pierwszego miesiąca danego roku Fazy Eksploatacji na rachunek bankowy Koncesjonariusza

Z tytułu opóźnienia w zapłacie Koncesjonariusz uprawniony będzie do naliczania odsetek ustawowych. Wskazana w zdaniu poprzednim kwota płatności Koncesjonariusza na rzecz Koncesjonariusza podlega będzie corocznej waloryzacji o wskaźnik wzrostu cen towarów konsumpcyjnych i usług ogłaszany za dany rok przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.”

- **Podział ryzyk i zadań w ramach ppp.** Będzie to jeden z kluczowych elementów umowy. Potencjalne ryzyka zidentyfikowane na etapie przygotowywania przedsięwzięcia oraz procedury negocjacyjnej powinny zostać rozłożone w kontrakcie w sposób gwarantujący jak najlepszą ich neutralizację;

PRZYKŁAD:

1. Z uwzględnieniem postanowień Umowy Partner Prywatny ponosi wszelkie ryzyka związane z realizacją Przedsięwzięcia z wyjątkiem ryzyka Siły Wyższej, za które Strony ponoszą wspólną odpowiedzialność ograniczoną wielkością udziałów w Spółce oraz ryzyka nieprawidłowego stanu prawnego Nieruchomości w momencie ich wniesienia do Spółki, za które odpowiedzialność ponosi Podmiot Publiczny.
2. Przejęcie i zabezpieczenie określonego ryzyka oznacza, że Strona, na której dane ryzyko spoczywa, ponosi

konsekwencje zaistnienia zdarzenia objętego tym ryzykiem, a w szczególności jest zobowiązana do wyeliminowania negatywnych skutków tego zdarzenia i pokrycia we własnym zakresie kosztów z tym związanych.

3. W przypadku, gdy obowiązek przejścia i zabezpieczenia określonego ryzyka spoczywa na obu Stronach równocześnie, w braku odmiennego uzgodnienia są one zobowiązane do pokrycia kosztów wyeliminowania skutków zaistnienia zdarzenia objętego danym ryzykiem w częściach równych.

- **Normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy wykonywaniu przedsięwzięcia;**

- **Zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli bieżącej realizacji przedsięwzięcia.** Będzie to bardzo ważny zapis umowy. Ustawa nadaje mu charakter obligatoryjny. Podmiot publiczny będzie miał jednak swobodę ukształtowania odpowiedniego modelu kontroli. Zawsze winien mieć na względzie należyłą ochronę interesu publicznego, w szczególności w zakresie zachowania właściwego standardu świadczonych usług (art. 8 u.k.r.b.u.);

PRZYKŁAD:

„Inspektor Nadzoru Inwestorskiego posiada obowiązki i uprawnienia określone w ustawie Prawo budowlane, uprawniony jest do kontroli jakości robót budowlanych, terminowości i użycia właściwych materiałów oraz żądania utrwalenia wyników kontroli w protokołach sporządzonych z udziałem Koncesjonariusza. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego uprawniony jest także do dokonywania odbioru robót zanikających lub podlegających zakryciu oraz odbioru częściowego robót.”
Koncesjonariusz ma prawo kontroli doraźnej Przedmiotu Koncesji w okresie jego eksploatacji po uprzednim

poinformowaniu o terminie kontroli na co najmniej 7 (słownie: siedem) dni przed planowaną kontrolą.

Kontrola będzie odbywać się z udziałem Koncesjonariusza lub osoby przez niego upoważnionej. W przypadku nieobecności Koncesjonariusza lub upoważnionej przez niego osoby w dniu kontroli, kontrola ta może odbyć się bez obecności ww. osób.

Z kontroli sporządza się protokół. W protokole mogą być sformułowane zalecenia do wykonania określonych prac, lub podjęcia określonych czynności przez Koncesjonariusza w zakresie i na zasadach określonych w Umowie.”

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

- **Warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy;**

PRZYKŁAD:

„W przypadku zaistnienia przerwy w funkcjonowaniu Przedmiotu Przedsięwzięcia lub ograniczenia jego dostępności spowodowanych Siłą Wyższą lub okolicznościami niezależną od Spółki lub Stron (z zastrzeżeniem ust. 4, zdanie drugie), okres eksploatacji ulega przedłużeniu o okres przerwy lub ograniczenia oraz o uzgodniony

z Podmiotem Publicznym czas związany z usunięciem skutków takich zdarzeń.

Każdorazowe wydłużenie lub skrócenie okresu trwania Umowy równoznaczne jest z odpowiednim wydłużeniem lub skróceniem okresu trwania Umowy Spółki.”

- **Sposób oraz terminy rozwiązywania i wypowiedzenia umowy**, jak również zasady odpowiedzialności odszkodowawczej w związku z naruszeniem tych postanowień;

PRZYKŁAD:

„Strony mają prawo odstąpić od Umowy w okolicznościach przewidzianych prawem, a także ustalonych w Umowie. Odstąpienie od Umowy nie zwalania Stron z zachowania zobowiązań opisanych postanowieniami Umowy, które regulują postępowanie w przypadku odstąpienia, m.in. dotyczących kar umownych, rozliczeń, gwarancji.

Odstąpienie przez którąkolwiek ze Stron od Umowy skutkuje rozwiązaniem Umowy Spółki.

Podmiot Publiczny ma prawo odstąpić od Umowy na etapie realizacji Przedmiotu Przedsięwzięcia w całości:

- w przypadku niewniesienia przez Partnera Prywatnego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o którym mowa w § 26,
- niezawarcia przez Stronę Umowy Spółki do dnia r. z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego,
- uporczywego, nienależytego wykonywania przez Partnera Prywatnego obowiązków wymienionych w § 3 ust. 2 Umowy,

- zawarcia przez Partnera Prywatnego umowy sprzedaży udziałów w Spółce wbrew postanowieniom Umowy,
- w przypadku zwłoki w złożeniu koncepcji architektonicznej lub projektu budowlanego, pomimo wyznaczenia dodatkowego 30-dniowego terminu do ich przedłożenia,
- w przypadku, gdy Spółka, pomimo uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, nie rozpocznie z przyczyn leżących po jej stronie realizacji robót budowlanych, pod warunkiem wyznaczenia jej przez Stronę dodatkowego 30-dniowego terminu na rozpoczęcie robót budowlanych,
- w przypadku przerwania przez Spółkę robót z przyczyn leżących po jej stronie lub nie usunięcia przez Spółkę istotnych wad budowlanych zgłoszonych przez Stronę lub organ nadzoru budowlanego lub niedopełnienia obowiązku ubezpieczenia, o którym mowa w § 24 ust. 1 pkt a, po uprzednim wezwaniu Spółki do podjęcia robót, usunięcia wad lub zawarcia Umowy ubezpieczenia i wyznaczeniu mu w tym celu dodatkowego 30-dniowego terminu, zaistnienia innej ważnej przyczyny.”

PRZYKŁAD:

1. Partner Prywatny ma prawo odstąpić od Umowy w przypadku zwłoki Podmiotu Publicznego z wniesieniem Nieruchomości do Spółki w terminie wskazanych w § 5 ust. 5 Umowy pod warunkiem wyznaczenia mu przez Partnera Prywatnego dodatkowego 30-dniowego terminu na wykonanie obowiązków.
2. Podmiotowi Publicznemu przysługuje prawo wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca z powodu zwłoki trwającej powyżej 30 dni w rozpoczęciu świadczenia usług dostarczania ciepła do odbiorców po terminie oddania Przedmiotu Przedsięwzięcia do użytkowania.
3. Podmiotowi Publicznemu przysługuje prawo wypowiedzenia Umowy w trakcie eksploatacji Przedmiotu Przedsięwzięcia przez Spółkę z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca jedynie w przypadku eksploatacji Przedmiotu

Przedsięwzięcia przez Spółkę w sposób rażąco niezgodny z Umową.

4. Podmiot Publiczny zobowiązuje się do informowania wskazanego przez Partnera Prywatnego Kredytodawcy o wystąpieniu wszelkich zdarzeń lub okoliczności uprawniających Podmiot Publiczny do odstąpienia od Umowy lub wypowiedzenia Umowy, zarówno na Etapie Przygotowawczym, Projektowania i Budowy oraz Etapie Eksploatacji. Obowiązek informowania Kredytodawcy będzie realizowany na zasadach regulujących zasady porozumiewania się Stron w ten sposób, że we wszystkich przypadkach, w których Podmiot Publiczny uprawniony jest do udzielenia Partnerowi Prywatnemu ostatecznego terminu do podjęcia działań lub zaniechania działań, których konsekwencją może być odstąpienie od Umowy lub wypowiedzenie Umowy przez Podmiot Publiczny, w terminie ostatecznego wezwania Partnera Prywatnego Podmiot

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Publiczny poinformuje o zaistniałych okolicznościach Kredytodawcę.

5. Najpóźniej do upływu ostatecznego terminu na podjęcie działań lub zaniechanie działań, których konsekwencją może być odstąpienie od Umowy lub wypowiedzenie Umowy przez Podmiot Publiczny, Kredytodawca może wezwać Podmiot Publiczny do powstrzymania się od odstąpienia do Umowy lub wypowiedzenia Umowy.
6. Podmiot Publiczny wezwany w trybie wskazanym w punkcie 50.2 powstrzyma się od odstąpienia od

Umowy lub wypowiedzenia Umowy przez okres 30 dni. W tym terminie Podmiot Publiczny i Kredytodawca podejmą wszelkie działania zmierzające do przywrócenia stanu zgodnego z Umową.

7. W razie nieprzywrócenia stanu zgodnego z Umową w terminie, o którym mowa w punkcie 50.3, Podmiot Publiczny może odstąpić od Umowy lub wypowiedzieć Umowę w trybie natychmiastowym, chyba że Kredytodawca lub Partner Prywatny wystąpią do Podmiotu Publicznego o ustalenie i rozpoczęcie Programu Naprawczego.

PRZYKŁAD:

1. W przypadku odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron przed rozpoczęciem realizacji robót budowlanych Przedmiotu Przedsięwzięcia:
 - z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego lub nieleżących po żadnej ze Stron, Partnerowi Prywatnemu nie przysługują w stosunku do Podmiotu Publicznego żadne roszczenia z tytułu zwrotu nakładów na Przedmiot Przedsięwzięcia ani z tytułu utraconego wynagrodzenia za skrócony okres obowiązywania Umowy;
 - z przyczyn leżących po stronie Podmiotu Publicznego, Partnerowi Prywatnemu przysługuje w stosunku do Podmiotu Publicznego jedynie roszczenie o zwrot nakładów poniesionych na realizację Przedmiotu Przedsięwzięcia.
2. W przypadku odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron po rozpoczęciu realizacji robót budowlanych Przedmiotu Przedsięwzięcia, a przed rozpoczęciem eksploatacji Przedmiotu Przedsięwzięcia, Partnerowi Prywatnemu przysługuje w stosunku do Podmiotu Publicznego jedynie roszczenie o zwrot nakładów poniesionych na realizację Przedmiotu Przedsięwzięcia.
3. W przypadku, gdy odstąpienie od Umowy po rozpoczęciu robót budowlanych w ramach Realizacji Przedmiotu Przedsięwzięcia, a przed rozpoczęciem eksploatacji Przedmiotu Przedsięwzięcia, nastąpi z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego, a Podmiot Publiczny podejmie decyzję o niekontynuowaniu rozpoczętych robót budowlanych – wówczas Partnerowi Prywatnemu nie przysługują w stosunku do Podmiotu Publicznego żadne roszczenia z tytułu zwrotu nakładów na Przedmiot Przedsięwzięcia ani z tytułu utraconego wynagrodzenia za skrócony okres obowiązywania Umowy.
4. W przypadku odstąpienia od Umowy lub wypowiedzenia Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Podmiotu Publicznego po rozpoczęciu eksploatacji Przedmiotu Przedsięwzięcia Partnerowi Prywatnemu przysługuje wobec Podmiotu Publicznego wyłącznie roszczenie z tytułu utraconego wynagrodzenia za skrócony okres obowiązywania Umowy.
5. Partner Prywatny nie ma prawa do żadnych roszczeń z tytułu zwrotu nakładów na Przedmiot Przedsięwzięcia ani z tytułu utraconego wynagrodzenia za skrócony okres obowiązywania Umowy nie przewidzianych wprost przepisami Umowy.

- **Skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania**, w szczególności kary umowne lub obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki celowej (art. 7 ust. 3 u.p.p.);

PRZYKŁAD:

„W przypadku wstrzymania pełnej dostępności polegającej na naruszeniu Standardu Eksploatacyjnego Części Publicznej z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego i nieusunięciu naruszenia w terminie wskazanym w Standardzie Eksploatacyjnym, należna Partnerowi Prywatnemu rata Opłaty za Dostępność za dany okres

ulega obniżeniu o część odpowiadającą powierzchni Części Publicznej, obliczonej zgodnie z zasadami określonymi w Standardzie Eksploatacyjnym, wyłączonej z pełnej dostępności dla Podmiotu Publicznego, pomnożoną przez czas wyłączenia pełnej dostępności danej części Części Publicznej, zgodnie z poniższym wzorem...”

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

• Warunki i zakres ubezpieczeń wykonywania przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego;

PRZYKŁAD:

1. Partner Prywatny od dnia przekazania mu Nieruchomości ponosi odpowiedzialność cywilną wobec Podmiotu Publicznego oraz osób trzecich za szkody majątkowe i niemajątkowe powstałe w związku z Budową Przedmiotu Przedsięwzięcia.
2. Partner Prywatny zobowiązany jest w dacie rozpoczęcia Robót Budowlanych zawrzeć (lub spowodować zawarcie przez Generalnego Wykonawcę) umowy ubezpieczenia w zakresie wszelkich ryzyk budowy (tzw. Ubezpieczenie „CAR”), w tym także z tytułu odpowiedzialności Podmiotu Publicznego za skutki katastrofy budowlanej, które mogłyby go obciążać, jako właściciela Nieruchomości.
3. Ubezpieczenie powinno obejmować w szczególności: Partnera Prywatnego, Generalnego Wykonawcę, podwykonawców, oraz wszystkie inne podmioty uczestniczące w Budowie Przedmiotu Przedsięwzięcia.
4. Ubezpieczenie powinno obejmować w pełnej wysokości szkody na osobie i w mieniu Podmiotu Publicznego i osób trzecich, powstałe w związku z wykonaniem Robót Budowlanych, w tym wynikające z wad projektowych, lub w związku z realizacją Umowy, a w szczególności szkody powstałe w samym Przedmiocie Przedsięwzięcia, materiałach zgromadzonych na terenie budowy, zapleczu budowy oraz zgromadzonym na terenie budowy sprzęcie. Ubezpieczenie musi obejmować ryzyka wszelkiego rodzaju, łącznie z ryzykiem pożaru, powodzi, kradzieży, zaważenia i innych zdarzeń, z sumą gwarancyjną w wysokości [***]
5. Partner Prywatny oraz Generalny Wykonawca mają obowiązek posiadania przez cały okres związania Umową ważnej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez siebie działalności o wartości nie mniejszej niż [***] PLN w odniesieniu do odpowiedzialności cywilnej deliktowej oraz nie mniejszej niż [***] PLN w odniesieniu do odpowiedzialności cywilnej kontraktowej, na jedno lub wszystkie zdarzenia.
6. Ubezpieczenie powinno obejmować okres od dnia wydania Nieruchomości Partnerowi Prywatnemu i być ważne przynajmniej do upływu 5 lat od uzyskania ostatecznego pozwolenia na użytkowanie Przedmiotu Przedsięwzięcia.

• Wykaz dokumentów, jakie strony umowy o ppp są zobowiązane uzyskać lub dostarczyć w celu realizacji umowy wraz z podaniem terminów, w jakich powinno to nastąpić;

PRZYKŁAD:

W celu wykonania Przedmiotu Koncesji Koncesjonariusz zobowiązuje się w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie Umowy do pozyskania niezbędnych koncesji i zezwoleń na dystrybucję, obrót i sprzedaż paliw gazowych. W tym terminie Koncesjonariusz zobowiązany jest dostarczyć Koncesjodawcę poświadczony za zgodność

z oryginałem kopie dokumentów koncesji i zezwoleń. W przypadku niepozyskania przez Koncesjonariusza niezbędnych koncesji i zezwoleń w zakreślonym powyżej terminie lub nie udostępniania Koncesjodawcy uwierzytelnionych kopii tych dokumentów w wyżej wskazanym terminie, Koncesjodawca ma prawo odstąpić od Umowy.

• Tryb i warunki rozwiązywania sporów związanych z realizacją umowy o ppp;

PRZYKŁAD:

1. Wszelkie spory wynikające z Umowy będą przez strony rozstrzygane w pierwszej kolejności drogą wzajemnych negocjacji i mediacji.

2. Strony nie wykluczają możliwości skorzystania z mediacji gospodarczych. W przypadku poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie wspólnie wybranemu mediatorowi, strony zobowiązują się ponieść koszty wynagrodzenia

mediatora po połowie. Mediator zostanie przez strony powołany z wybranej przez Strony listy mediatorów.

3. W przypadku nie osiągnięcia porozumienia na drodze polubownej strony poddają wszelkie wynikające z Umowy spory rozstrzygnięciem sądu miejscowo właściwego dla siedziby Koncesjodawcy.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

- **Termin i zasady wykonania przez partnera prywatnego prawa pierwokupu nieruchomości**, będącej wkładem własnym podmiotu publicznego w realizację przedsięwzięcia (zob. art. 12 u.p.p.).
- **Zasady wnoszenia i ochrony wkładu własnego stron**; Wniesienie wkładu własnego w postaci składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy. Umowa powinna rozstrzygać o sposobie wykorzystania wniesionych składników majątkowych. Zasady zwrotu i rozliczania wkładów powinny być określone w kontrakcie zgodnie z art. 9 i 11 u.p.p.;

PRZYKŁAD:

1. *Podmiot Publiczny zobowiązuje się ustanowić na rzecz Partnera Prywatnego Prawo Użytkowania Nieruchomości na okres realizacji Przedsięwzięcia. Umowa użytkowania zawarta w formie aktu notarialnego stanowi Załącznik nr [***] do Umowy.*
2. *Ustanowienie Prawa Użytkowania na rzecz Partnera Prywatnego stanowi wkład własny Podmiotu Publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit. b. w zw. z art. 9 ust. 1 Ustawy o Partnerstwie Publiczno-Prywatnym.*
3. *Użytkowanie Nieruchomości przez Partnera Prywatnego w okresie trwania Umowy, na podstawie art. 13 ust. 1a Ustawy o Gospodarce Nieruchomościami, będzie nieodpłatne. Podmiot Publiczny oświadcza, że Rada Miasta uchwałą Nr [***] z dnia [***] zezwoliła Podmiotowi Publicznemu na nieodpłatne zawarcie umowy użytkowania Nieruchomości w celu realizacji Przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.*
4. *Prawo Użytkowania obejmuje w szczególności:*
 - *prawo użytkowania Nieruchomości zgodnie z przepisami Kodeksu Cywilnego, to jest prawo do jej używania i do pobierania jej pożytków;*
 - *prawo użytkowania wszelkich budynków, budowli, urządzeń oraz innej infrastruktury wchodzących w skład Przedmiotu Przedsięwzięcia;*
 - *prawo Partnera Prywatnego do udostępniania osobom trzecim Części Komercyjnej oraz pobierania z tego tytułu czynszu, jak również prawo do pobierania innych pożytków z Nieruchomości wraz z ich częściami składowymi zgodnie z ich społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. Szczegółowe uprawnienia Partnera Prywatnego w zakresie pobierania pożytków z użytkowania Nieruchomości wraz z jej częściami składowymi określa punkt 43.*
5. *Partner Prywatny nie może przenieść praw wynikających z Prawa Użytkowania na rzecz osób trzecich.*
6. *Partner Prywatny jest zobowiązany do wykonywania Prawa Użytkowania zgodnie z Umową oraz Przepisami Prawa.*
7. *W przypadku wykonywania przez Partnera Prywatnego Prawa Użytkowania w sposób sprzeczny z Umową lub Przepisami Prawa, Podmiot Publiczny wezwie pisemnie Partnera Prywatnego do usunięcia stwierdzonych naruszeń. W przypadku braku usunięcia stwierdzonych naruszeń w terminie wskazanym w wezwaniu, nie krótszym niż 7 dni, Podmiotowi Publicznemu przysługuje kara umowna, o której mowa w punkcie 31.3*
8. *W przypadku, gdy zakres naruszeń przez Partnera Prywatnego w zakresie wykonywania Prawa Użytkowania Nieruchomości, części Nieruchomości lub ich części składowych, będzie znaczny, lub naruszenia będą miały charakter rażący i powtarzający się co najmniej dwukrotnie w ten sposób, że dalsze wykonywanie Umowy dla Podmiotu Publicznego będzie bezprzedmiotowe, Podmiot Publiczny wyznaczy Partnerowi Prywatnemu ostateczny 7-dniowy termin do usunięcia naruszeń. Po bezskutecznym upływie powyższego terminu Podmiot Publiczny może odstąpić od Umowy. Partner Prywatny w takim przypadku w ciągu 14 dni, na wezwanie Podmiotu Publicznego lub bez wezwania, zwróci Podmiotowi Publicznego wszystkie Nieruchomości. Do zwrotu Nieruchomości, o którym mowa w niniejszym przepisie, oraz zasad rozliczenia Stron stosuje się odpowiednio postanowienia punktu 30.1(a) (odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego).*

Umowa o ppp zawarta w trybie u.k.r.b.u. może zawierać dodatkowe, nieobligatoryjne zapisy, np.:

- **Warunki dopuszczalności podwykonawstwa**; Umowa o ppp może określać, które elementy przedmiotu zamówienia partner prywatny może powierzać podwykonawcom, jak również uprawnienia do wglądu podmiotu publicznego w relacje kontraktowe pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Partner prywatny rzadko realizować będzie przedsięwzięcie w całości. Zwykle poszczególne usługi zlecone zostaną podwykonawcom. Dotyczy to w szczególności zlecenia zaprojektowania składnika majątkowego, wykonania robót budowlanych oraz świadczenia usług operatorskich. Jeśli podstawą wyboru partnera prywatnego będzie u.k.r.b.u. wówczas obowiązują pewne ograniczenia. Ograniczenia te dotyczą zarówno koncesjonariusza, jak i partnera prywatnego wybranego w u.k.r.b.u. Po pierwsze, stosownie do art. 131 ust. 1 u.p.z.p., koncesjonariusz może narzucić koncesjonariuszowi obowiązek zawarcia umów z podwykonawcami obejmujących co najmniej 30% wartości koncesji. Koncesjonariusz może określić nie tylko procentowy, ale

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

również rzeczowy zakres przedsięwzięcia wymagający powierzenia podwykonawcom. Ponadto, zgodnie z art. 18 ust. 3 u.k.r.b.u., oferent, w zakresie spełniania warunków określonych w art. 15 ust. 2 pkt 7, może polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji wykazać koncesjodawcy, że będzie spełniał warunki, o których mowa w art. 13 ust. 1 pkt 1–3 u.k.r.b.u., niezbędne do wykonania koncesji. Oferent przedstawia w tym celu stosowne zobowiązania tych podmiotów w zakresie realizacji koncesji. Art. 13 ust. 1 pkt 1–3 dotyczy m.in. takich warunków udziału w postępowaniu jak: zdolność ekonomiczna i finansowa, odpowiednie doświadczenie, potencjał techniczny czy osoby zdolne do wykonania przedmiotu koncesji. Powyższe regulacje zgodne są zapisami art. 47 ust. 3 oraz 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18, które dopuszczają możliwość korzystania z potencjału osób trzecich bez ograniczeń. Sam fakt udostępnienia odpowiedniego potencjału przez osoby trzecie nie spowoduje powstania odpowiedzialności solidarnej tych podmiotów za wykonanie koncesji.

Status podmiotów udostępniających odpowiedniego potencjału koncesjonariuszowi w razie zawarcia z nim umowy koncesji doprecyzował ustawodawca w drodze nowelizacji art. 131 u.p.z.p.⁴ Na wstępie należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 26 u.k.r.b.u., do udzielania przez koncesjonariuszy zamówień publicznych w celu wykonania przedmiotu koncesji stosuje się art. 131 u.p.z.p. oraz dział III rozdział 4a u.p.z.p. (przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa). Artykuł ten stanowi, iż koncesjonariusz, który nie jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5 u.p.z.p. (np. spółki prywatne), przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 5.000.000 Euro, wynikających z wykonywania koncesji, zobowiązany jest do stosowania części zapisów tej ustawy, w tym w szczególności dotyczących ogłoszeń, ustalania wartości zamówienia oraz terminów składania wniosków i ofert. Powyższe nie dotyczy udzielania zamówień podmiotom należącym do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁵, podmiotom, z którymi koncesjonariusz zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji, a także podmiotom, na zasobach których koncesjonariusz polegał, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, ubiegając się o udzielenie koncesji. Zawarcie przez koncesjonariusza umowy o roboty budowlane o wartości powyżej 5 000 000 Euro z podmiotem, na którego potencjale koncesjonariusz polegał, ubiegając się o zawarcie umowy koncesji, nie będzie wymagało stosowania przepisów u.p.z.p. Stosownie do art. 131 ust. 5 u.p.z.p. umowy zawarte między wykonawcami w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji, umowy z podmiotami należącymi do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także umowy z podmiotami, na zasobach których koncesjonariusz polegał, zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 u.k.r.b.u., ubiegając się o uzyskanie koncesji na roboty budowlane, nie stanowią umów o podwykonawstwo.

PRZYKŁAD:

„Partner Prywatny jest uprawniony do samodzielnego wykonania robót budowlanych, jak również może powierzyć ich wykonanie w całości lub części podwykonawcom. Partner Prywatny, na podstawie Umowy, przejmuje w całości ryzyko ekonomiczne i finansowe wykonania robót budowlanych przez podwykonawców z pełnym zwolnieniem z tej odpowiedzialności Podmiotu Publicznego. W przypadku skierowania przez podwykonawcę jakiegokolwiek roszczenia w stosunku do Podmiotu Publicznego, Partner Prywatny zobowiązany jest przystąpić do procesu po stronie Podmiotu Publicznego, zaś w przypadku wydania przez Sąd orzeczenia

uwzględniającego powództwo ma on obowiązek zwolnić z odpowiedzialności Podmiot Publiczny oraz jest on zobowiązany do zadośćuczynienia wyrokowi. Nadto Partner Prywatny w takim przypadku zobowiązany jest do zwrotu Podmiotowi Publicznemu wszelkich poniesionych przez niego kosztów. W przypadku zaspokojenia roszczeń podwykonawcy przez Podmiot Publiczny, Partner Prywatny zobowiązany jest zwrócić Podmiotowi Publicznemu całość zaspokojonego przez Podmiot Publiczny roszczenia podwykonawcy oraz zwrócić wszelkie poniesione w takim przypadku przez Podmiot Publiczny koszty.”

- **Warunki i sposoby udostępnienia partnerowi prywatnemu składników majątkowych niezbędnych do wykonania przedmiotu partnerstwa.** Dotyczyć to będzie w szczególności zapisów dotyczących zasad udostępnienia partnerowi prywatnemu nieruchomości służących do wykonania przedmiotu partnerstwa,

Zasady przekazania wskaźników majątkowych

⁴ Zob. ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

⁵ Na koncesjonariuszu będzie jednak ciążył obowiązek przekazania wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz aktualizacja jej w każdym przypadku zaistnienia zmian w stosunkach między koncesjonariuszem a tymi podmiotami.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

celem dokonania np. analiz terenu, ale również celem udostępnienia ich na cele budowlane – często dopiero po wykonaniu robót budowlanych i oddaniu przedmiotu partnerstwa do użytkowania partner prywatny będzie formalnie uzyskiwał prawo do gospodarowania (eksploatacji) nieruchomością stanowiącą wkład własny podmiotu publicznego.

PRZYKŁAD:

1. Podmiot Publiczny wyda Partnerowi Prywatnemu Nieruchomości w celu realizacji Przedsięwzięcia, niezwłocznie po wejściu w życie Umowy, nie później jednak niż w terminie 1 miesiąca od dnia wejścia w życie Umowy. Wydanie Nieruchomości zostanie potwierdzone podpisaniem przez obie Strony protokołu zdawczo-odbiorczego.
2. Podmiot Publiczny udziela Partnerowi Prywatnemu zgody na dysponowanie Nieruchomościami na cele związane z wykonywaniem Umowy, w tym na dysponowanie na cele budowlane związane z Budową Przedmiotu Przedsięwzięcia w rozumieniu art. 3 ust. 11 Prawa Budowlanego na zasadach określonych w Załączniku nr [***] do Umowy (umowa użytkowania).
3. Wydanie Nieruchomości na zasadach określonych w Załączniku nr [***] do Umowy (umowa użytkowania) jest równoznaczne z objęciem Nieruchomości we władanie przez Partnera Prywatnego (użytkownika) w rozumieniu przepisów Kodeksu Cywilnego. Przekazania terenu budowy w rozumieniu przepisów Prawa Budowlanego Generalnemu Wykonawcy dokona Partner Prywatny występujący jako inwestor przy udziale przedstawicieli Zespołu Nadzoru nad Realizacją Przedsięwzięcia.
4. Jeżeli w związku z wykonywaniem Robót Budowlanych ujawni się konieczność czasowego zajęcia części lub całości nieruchomości sąsiednich, może to nastąpić wyłącznie kosztem i staraniem Partnera Prywatnego, zgodnie z obowiązującymi Przepisami Prawa.
5. Z chwilą wydania Nieruchomości na Partnera Prywatnego przechodzi odpowiedzialność za teren budowy i ryzyka oraz koszty związane z ich posiadaniem.

- **Oplaty lub sposób ustalania ich wysokości, które będą pobierane przez koncesjonariusza od osób trzecich z tytułu korzystania z przedmiotu koncesji.** Celem ochrony interesu nabywców usług świadczonych przez partnera prywatnego przed nadmiernie wysokimi opłatami umowa o ppp może przewidywać mechanizmy taryfikowania opłat pobieranych przez partnera prywatnego od osób trzecich.

PRZYKŁAD:

„Spółka określać będzie w regulaminie zasady korzystania z usług publicznych świadczonych przez Spółkę, a także obowiązki Spółki wobec odbiorców usług. Regulamin oraz jego zmiany na terenie Gminy obowiązywać będą jedynie w przypadku ich zatwierdzenia przez radę Gminy Za poszczególne usługi Spółka pobierać będzie opłaty nie wyższe niż zatwierdzone przez publicznego regulatora, przy czym od mieszkańców Gminy oraz instytucji publicznych wskazanych w załączniku nr 8 do Umowy, górna stawka opłat, wynosić będzie nie więcej niż:

- zł/MW miesięcznie za dla (grupa odbiorców),

- zł/MW miesięcznie za dla (grupa odbiorców),
- i będzie podlegać waloryzacji nie częściej niż raz do roku, przy czym w wyniku waloryzacji górna wysokość stawek opłat, o których mowa powyżej, nie przekroczy 80% aktualnej w momencie zmiany taryfy średniej ceny energii cieplnej w wytypowanych ciepłowniach referencyjnych opalanych węglem (wskazanych w programie funkcjonalno-użytkowym).”

7. Zakres treści umowy o ppp zawartej w trybie u.p.z.p.

W przypadku, gdy źródłem wynagrodzenia partnera prywatnego ma być w całości zapłata sumy pieniężnej przez podmiot publiczny lub gdy zapłata sumy pieniężnej stanowi większą część ogółu wynagrodzenia partnera prywatnego, wówczas do ukształtowania treści, jak również wykonania umowy o ppp zastosowanie znajdują przepisy u.p.z.p., w zakresie nieuregulowanym w u.p.p.p. Umowa o ppp zawarta w trybie u.p.z.p. będzie podlegała zatem wszystkim regułom dotyczącym umów w sprawie zamówienia publicznego, chyba że przepisy u.p.p.p. będą stanowiły inaczej. Tym samym umowy o ppp zawarte w omawianym trybie będą swego rodzaju mieszkanką zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy lub usługi. Od typowych umów z zakresu zamówień publicznych umowę o ppp odróżniają będą jej cechy szczególne (o których mowa poniżej i o których szerzej napisano w punkcie 5. artykułu).

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Z uwagi na powyższe, nie wnikając w szczegóły, wśród koniecznych elementów umowy o ppp zawartej w trybie u.p.z.p. wymienić należy:

- formę pisemną pod rygorem nieważności;
- jawność umowy;
- co do zasady, oznaczony czas, na który może zostać zawarta.

Umowa zawarta w trybie u.p.z.p. może ponadto przewidywać zabezpieczenie jej wykonania.

Ponadto od umowy o ppp zawartej w trybie art. 4 ust. 2 u.p.p.p. w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, podmiot publiczny może odstąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W takim przypadku wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy. Umowa o ppp zawarta w trybie u.p.z.p. podlega unieważnieniu na zasadach określonych w art. 146 u.p.z.p.

Podstawowe zagadnienia dotyczące treści umowy o ppp, a wynikające z u.p.p.p. w połączeniu z przepisami u.k.r.b.u. opisane zostały w punkcie 5 artykułu. Stwierdzić należy, że umowy o ppp zawarte w trybie u.p.z.p. mogą cechować się analogicznym zakresem typowych zapisów umownych (z zastrzeżeniem tych, które w świetle u.p.p.p. muszą się w umowie o ppp pojawić obligatoryjnie). Część z wymienionych w punkcie 5 artykułu postanowień umowy o ppp zawartej w trybie u.k.r.b.u. będzie zawierała elementy charakterystyczne dla umowy koncesji (głównie kwestie obciążenia partnera prywatnego ryzykiem popytu i wynagrodzeniem partnera prywatnego pochodzącym głównie z opłat od użytkowników przedmiotu partnerstwa) i z tego względu na gruncie u.p.z.p. ich brzmienie będzie nieco odmienne.

Odnosząc się jedynie do głównych różnic pomiędzy umową o ppp zawartą w trybie u.p.z.p. a umową o ppp zawartą w trybie u.k.r.b.u., wskazać należy, że w przypadku umów o ppp z tzw. opłatą za dostępność wnikliwego omówienia w kontrakcie wymagać będzie: **wskazanie wysokości należnego partnerowi prywatnemu wynagrodzenia, podstaw i algorytmu jego naliczania**, a także **szczegółowe określenie standardu eksploatacyjnego obciążającego partnera prywatnego**.

PRZYKŁAD:

1. Za wykonanie Przedsięwzięcia Partnerowi Prywatnemu przysługuje Opłata za Dostępność w wysokości [***] zł netto (słownie [***], powiększona o podatek VAT w wysokości [***] zł (słownie [***], tj. łącznie [***] zł brutto (słownie [***])).
2. Opłata za Dostępność, obejmuje:
 - wynagrodzenie za Realizację Przedmiotu Przedsięwzięcia w wysokości [***] zł netto (słownie [***]), powiększone o podatek VAT w wysokości [***] zł (słownie [***], tj. łącznie [***] zł brutto (słownie [***]));
 - czynsz najmu lokali mieszkalnych oraz parkingów w wysokości [***] zł netto (słownie [***]), powiększone o podatek VAT w wysokości [***] zł (słownie [***]), tj. łącznie [***] zł brutto (słownie [***]);
 - wynagrodzenie za Eksploatację Przedmiotu Przedsięwzięcia w wysokości [***] zł netto (słownie [***], powiększone o podatek VAT w wysokości [***] zł (słownie [***]), tj. łącznie [***] zł brutto (słownie [***])).
3. Wynagrodzenie, o którym mowa w 41.1, płatne będzie w równych ratach miesięcznych, jako jednolita Opłata za Dostępność, na rachunek bankowy Partnera Prywatnego o numerze [***], prowadzony przez bank [***] w terminie 30 dni od dnia doręczenia Podmiotowi Publicznemu prawidłowo wystawionej faktury VAT przez Partnera Prywatnego.
4. Poszczególne miesiące kończyć się będą ostatniego dnia miesiąca kalendarzowego, z wyjątkiem ostatniego miesiąca roku kalendarzowego, który kończy się będzie 15 grudnia. Pierwsza rata Opłaty za Dostępność płatna będzie z ostatnim dniem tego miesiąca kalendarzowego, w trakcie którego Strony podpisały Protokół Zdawczo-Odbiorczy i podlegać będzie proporcjonalnemu zmniejszeniu, w zależności od długości rzeczywistego okresu rozliczeniowego.
5. Partner Prywatny w terminie 7 dni od zamknięcia każdego miesiąca kalendarzowego, stanowiącego podstawę do wypłaty Opłaty za Dostępność, wystawi Podmiotowi Publicznemu fakturę VAT obejmującą wartość danej raty Opłaty za Dostępność i doręczy ją Podmiotowi Publicznemu.
6. W razie zwłoki Podmiotu Publicznego z zapłatą poszczególnych rat Opłaty za Dostępność Partnerowi Prywatnemu przysługiwać będzie prawo do naliczania odsetek w wysokości odsetek ustawowych pomniejszonych o 3 punkty procentowe, liczonych od dnia wymagalności danej raty.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

PRZYKŁAD:

1. Oplata za Dostępność w zakresie rat niewymagalnych, w dacie płatności danej raty podlega waloryzacji w przypadku zmiany stawki podatku VAT, której nie dało się przewidzieć w momencie zawarcia Umowy, o różnicę wynikającą z tej zmiany, z zastrzeżeniem punktu 55.4(b).
2. W przypadku wstrzymania pełnej dostępności polegającej na naruszeniu Standardu Eksploatacyjnego Części Publicznej z innych powodów, niż wymienione w 40.2, lub z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego i nieusunięciu naruszenia w terminie wskazanym w Standardzie Eksploatacyjnym, należna Partnerowi Prywatnemu rata Oplaty za Dostępność za dany okres ulega obniżeniu o część odpowiadającą powierzchni Części Publicznej, obliczonej zgodnie z zasadami określonymi w Standardzie Eksploatacyjnym, wyłączonej z pełnej dostępności dla Podmiotu Publicznego, pomnożoną przez czas wyłączenia pełnej dostępności danej części Części Publicznej, zgodnie z poniższym wzorem:
$$Rw = Ru - Ru((Pn \div Pł) \times (Cn \div Ct))$$
gdzie:
Rw – oznacza ratę należną Partnerowi Prywatnemu,

Ru – oznacza ratę płatną przy pełnej dostępności Części Publicznej dla Podmiotu Publicznego w danym okresie rozliczeniowym,

Pn – oznacza powierzchnię Części Publicznej, obliczonej zgodnie z zasadami określonymi w Standardzie Eksploatacyjnym, wyłączonej z pełnej dostępności dla Podmiotu Publicznego,

Pł – oznacza łączną powierzchnię Części Publicznej tj. [***] m²,

Cn – oznacza każdy dzień wyłączenia pełnej dostępności,

Ct – oznacza pełny czas liczony w dniach, w jakim Część Publiczna powinna być dostępna w danym okresie rozliczeniowym.

3. W przypadku wstrzymania pełnej dostępności Części Publicznej dla Podmiotu Publicznego z powodów wskazanych w 42.2, w zakresie obejmującym więcej niż 50% powierzchni Części Publicznej, obliczonej zgodnie ze Standardem Eksploatacyjnym, przez cały okres rozliczeniowy, za dany okres rozliczeniowy Partnerowi Prywatnemu nie należy się Oplata za Dostępność.

PRZYKŁAD:

Standard Eksploatacyjny – standardy oraz normy jakościowe, techniczne oraz organizacyjne dotyczące Przedmiotu Przedsięwzięcia oraz Nieruchomości określone w Załączniku nr [***] do Umowy, do których zachowania zobowiązany jest Partner Prywatny w dniu Przyjęcia Przedmiotu Przedsięwzięcia oraz w trakcie Etapu Eksploatacji. Standard Eksploatacyjny określa także czasy reakcji na zgłoszenie o konieczności naprawy, o konieczności przywrócenia standardu eksploatacyjnego itd., do których zachowania zobowiązany jest Partner Prywatny w przypadku naruszenia Standardu Eksploatacyjnego;

1. Partner Prywatny zobowiązany jest zachować pełną dostępność zgodnie ze Standardem Eksploatacyjnym Części Publicznej na potrzeby Podmiotu Publicznego przez cały okres Etapu Eksploatacji.
2. Partner Prywatny może czasowo ograniczyć w odpowiednim zakresie dostępność Części Publicznej, jeżeli:
 - zaistnieje konieczność usuwania wad Robót Budowlanych, przeprowadzenia remontów, prac porządkowych lub dokonania nakładów (przy czym Partner Prywatny dołoży najlepszych starań aby związane z tym ograniczenie dostępności potrwało jak najkrócej);
 - jeżeli wynikać to będzie z orzeczenia właściwego organu;

- spowodowane to będzie koniecznością usunięcia szkody lub skutków katastrofy budowlanej albo usunięcia stanu zagrożenia szkodą lub katastrofą budowlaną;

- zaistnieje inne zdarzenie stanowiące siłę wyższą; wynikać to będzie z Przepisów Prawa.

3. Partner Prywatny jest obowiązany powiadomić Podmiot Publiczny o czasowym ograniczeniu dostępności Części Publicznej, jeżeli ograniczenie trwa powyżej 3 dni oraz dołożyć należytej staranności, aby ograniczenie dostępności trwało jak najkrócej. Strony uzgadniają czas ograniczenia dostępności. Spory wynikające z braku porozumienia Stron w przedmiocie uzgodnienia terminu ograniczenia dostępności lub zakwestionowania przez Podmiot Publiczny niezbędności ograniczenia dostępności oraz czasu jego trwania rozstrzygane będą [***].
4. Partner Prywatny zobowiązany jest do usuwania naruszeń Standardu Eksploatacyjnego w terminach wskazanych w Standardzie Eksploatacyjnym (czasy reakcji).
5. W przypadku naruszenia Standardu Eksploatacyjnego Oplata za Dostępność za okres rzeczywistego ograniczenia dostępności Części Publicznej ulega obniżeniu według zasad określonych w punkcie 42”.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Jak wyżej wskazano, umowa o ppp zawarta z zastosowaniem przepisów u.p.p. może zawierać m.in. postanowienia dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania przedsięwzięcia przez partnera prywatnego.

PRZYKŁAD:

1. Strony niniejszym potwierdzają, iż zabezpieczenie należytego wykonania Umowy wynoszące [***] zł (słownie [***]), co odpowiada wysokości [***] % całkowitego wynagrodzenia brutto Partnera Prywatnego, tj. Opłaty za Dostępność, zostało wniesione przez Partnera Prywatnego przed zawarciem Umowy.
2. Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy służy do pokrycia roszczeń Podmiotu Publicznego względem Partnera Prywatnego wynikających z Umowy, a zwłaszcza z tytułu odpowiedzialności odszkodowawczej, kar umownych, i rękojmi za wady Robót Budowlanych.
3. Partner Prywatny może zmienić formę zabezpieczenia na nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie gwarancję bankową, gwarancję ubezpieczeniową lub na poręczenie bankowe zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr [***] do Umowy.
4. W przypadku wniesienia zabezpieczenia w gwarancjach bankowych lub w gwarancjach ubezpieczeniowych lub w formie poręczenia bankowego, obowiązujących przez okres krótszy, niż okres obowiązywania Umowy, Partner Prywatny zobowiązany jest do wpłaty zabezpieczenia w pieniądzu, na dalszy okres obowiązywania Umowy, najpóźniej 30 dni przed upływem okresu obowiązywania poprzedniego zabezpieczenia. W razie uchybienia temu zobowiązaniu Podmiot Publiczny uprawniony jest do żądania wypłaty przez gwaranta lub poręczyciela kwoty równej wysokości zabezpieczenia. Kwota ta zostanie zatrzymana przez Podmiot Publiczny, jako zabezpieczenie wniesione w pieniądzu.
5. W przypadku, gdy zmiana Umowy powoduje konieczność zmiany zabezpieczenia, Partner Prywatny zobowiązany jest dostarczyć aneks do obecnego zabezpieczenia, uzupełnić zabezpieczenie lub wnieść nowe zabezpieczenie spełniające wymogi określone, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W razie uchybienia temu zobowiązaniu Podmiot Publiczny uprawniony jest do żądania wypłaty przez gwaranta (poręczyciela) kwoty równej wysokości zabezpieczenia. Kwota ta zostanie zatrzymana przez Podmiot Publiczny, jako zabezpieczenie wniesione w pieniądzu.
6. Zmiana formy zabezpieczenia jest dopuszczalna w każdym czasie pod warunkiem, że dokonana zostanie z zachowaniem jego ciągłości, a nowe zabezpieczenie będzie odpowiadać wymogom Podmiotu Publicznego określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
7. Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy będzie redukowane w czasie trwania Umowy, w następujący sposób:
 - Podmiot Publiczny zwróci Partnerowi Prywatnemu 15% wniesionego zabezpieczenia w terminie 14 dni po Przyjęciu Przedmiotu Przedsięwzięcia i 15% wniesionego zabezpieczenia w terminie 14 dni po upływie 5 lat od daty Przyjęcia Przedmiotu Przedsięwzięcia,
 - pozostała część zabezpieczenia w wysokości 70% wniesionego zabezpieczenia zwrócona zostanie Partnerowi Prywatnemu w terminie 30 dni po dokonaniu Odbioru Końcowego oraz przyjęciu przez Podmiot Publiczny wszystkich prac określonych w Protokole Końcowym.

8. Umowa spółki ppp

Niekiedy podmiot publiczny zdecydował się na nawiązanie współpracy z partnerem prywatnym poprzez zawiązanie spółki celowej. W takich przypadkach, obok umowy o ppp, strony zawiążą umowę (statut). Podmiot publiczny może utworzyć z partnerem prywatnym spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, spółkę akcyjną, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną. Treść umowy spółki zależy będzie od wyboru jej typu, niemniej jednak wskazać można pewne klauzule standardowe, które powinny znaleźć się w każdej umowie spółki celowej zawartej w ramach projektu ppp.

Możliwość zawiązania spółki w celu realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego wynika z art. 14 u.p.p. Zagadnienia szczególne związane z funkcjonowaniem takich spółek regulują także art. 15 i 16 tej ustawy. Na konstrukcję prawną spółki celowej wpływ będą mieć pośrednio inne regulacje u.p.p..

Ponadto do spółek celowych stosować się będą przepisy ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks Spółek Handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.), dalej „k.s.h.”, dotyczące konkretnego typu spółki, a z uwagi na udział w nich podmiotów publicznych także regulacje z zakresu prawa gospodarczego publicznego.

Spółka celowa

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Forma i treść umów/statutów spółek zawiązywanych w celu realizacji ppp wynika przede wszystkim z przepisów kodeksu spółek handlowych dotyczących poszczególnych typów spółek – w szczególności z art. 105 i 106 k.s.h. (umowa spółki komandytowej), art. 130 i 131 k.s.h. (statut spółki komandytowo-akcyjnej), art. 157 k.s.h. (umowa spółki z o.o.) oraz art. 301 par. 2 i art. 304 k.s.h. (statut spółki akcyjnej).

W niniejszym punkcie omówione zostały te postanowienia umowy spółki, które wynikają ze specyficznych zasad funkcjonowania spółki celowej w ramach projektu ppp tj.:

a. Forma umowy

Umowa/statut spółki określonej w art. 14 u.p.p.p. zazwyczaj stanowi odrębny dokument od umowy o ppp. Z powodu obowiązku zawarcia umowy/statutu spółki komandytowej, komandytowo-akcyjnej, z o.o. oraz akcyjnej w formie aktu notarialnego (art. 106, art. 131, art. 157 par. 2 i art. 301 par. 2 k.s.h.), rozwiązanie takie wydaje się bardziej praktyczne.

Wydaje się, że z uwagi na ścisły związek umowy o ppp z umową/statutem spółki służącej jej realizacji, nie jest konieczne podejmowanie przez organ stanowiący podmiotu publicznego oddzielnej uchwały w sprawie zawiązania spółki celowej. Wystarczający w tym zakresie jest akt decyzyjny dotyczący zawarcia i realizacji umowy o ppp. Jeśli jednak uchwała ta nie zawiera wyraźnego postanowienia, iż w ramach umowy o ppp dojdzie do zawiązania spółki celowej na podstawie art. 14 ust. 1 u.p.p.p., wskazane jest podjęcie odrębnej uchwały w tym przedmiocie.

b. Cel i przedmiot działalności spółki

Cel i przedmiot działalności spółek w ramach ppp jest, zgodnie z art. 14 u.p.p.p., ściśle podporządkowany realizacji konkretnych umów o partnerstwie. W konsekwencji zapisy umowy spółki powinny być zgodne z regulacjami umowy o ppp i stanowić ich rozwinięcie.

Z powyższych regulacji wynika, że spółki tworzone przez strony partnerstwa mają charakter celowy (spółki SPV), wobec czego wydaje się, że w ich umowach/statutach konieczne jest unormowanie nie tylko przedmiotu działalności spółki, ale także precyzyjne wskazanie celu, który powinien polegać na realizacji konkretnej umowy o ppp. W świetle przepisów k.s.h., nie ma – co do zasady – takiego obowiązku. Ogólnie rozumiany „cel” danej spółki wynika bowiem z regulacji dotyczących poszczególnych typów spółek handlowych, a ściśle ustalony „cel” tych podmiotów mieści się w pojęciu „przedmiot działalności”.

W konsekwencji wywiedziony z art. 14 ust. 1 i 2 u.p.p.p. obowiązek każdorazowego określania – oprócz przedmiotu działalności spółki – także jej skonkretyzowanego celu w ramach ppp, zdeteterminowanego treścią umowy o partnerstwie jest rozwiązaniem szczególnym w stosunku do unormowań kodeksu spółek handlowych.

PRZYKŁAD:

1. W celu wykonania Umowy Podmiot Publiczny i Partner Prywatny zawiązą Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pn. „[...]” w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.). Cel i przedmiot działalności Spółki nie będzie wykraczać poza zakres określony Umową.

2. Cel i przedmiot działalności Spółki obejmuje w szczególności:

- Realizację Przedmiotu Przedsięwzięcia i eksploatację Przedmiotu Przedsięwzięcia poprzez świadczenie usług zaopatrzenia wspólnoty lokalnej gminy Miejsko-Wiejskiej w energię cieplną oraz,

ewentualnie, również poprzez świadczenie takich usług na rzecz osób trzecich,

- zapewnienie pełnej dostępności Przedmiotu Przedsięwzięcia przez cały okres trwania Umowy,
- zapewnienie dostaw energii elektrycznej i innych potrzebnych mediów do prawidłowego funkcjonowania Przedmiotu Przedsięwzięcia,
- wykonanie innych czynności koniecznych do uruchomienia i prawidłowego funkcjonowania Przedmiotu Przedsięwzięcia;
- właściwe wypełnianie ciężących na Spółce obowiązków związanych ze statusem przedsiębiorcy energetycznego wynikających z przepisów prawa.

c. Wspólnicy

Z art. 14 ust. 1 u.p.p.p. wynika, że w przypadku, gdy spółką powołaną w celu realizacji umowy o partnerstwie ma być spółka komandytowa albo komandytowo-akcyjna, podmiot publiczny nie może posiadać w niej statusu komplementariusza. Oznacza to, że dla wspólników reprezentujących w wymienionych typach spółek majątek publiczny ustawodawca przewidział jedynie rolę komandytariusza – w spółce komandytowej lub akcjonariusza – w spółce komandytowo-akcyjnej. Celem takiego ograniczenia jest niedopuszczenie do sytuacji, w której podmiot publiczny będzie odpowiadał bez ograniczenia, a odpowiedzialność

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

partnera prywatnego byłaby ograniczona tylko do wysokości sumy komandytowej.

Rozwiązanie to krytykowane jest w doktrynie, ponieważ „jakkolwiek zrozumiała jest, zawarta w art. 14 ust. 1 u.p.p.p., troska ustawodawcy o miernie publiczne, o tyle skutkiem zawężenia potencjalnej roli podmiotu publicznego w spółkach osobowych jest pozbawienie tych podmiotów faktycznego udziału w zarządzaniu spółkami celowymi i w efekcie zmniejszenie ich wpływu na sposób realizacji partnerstwa. Zgodnie z art. 118 § 1 i art. 138 § 1 k.s.h., komandytariusz spółki komandytowej lub akcjonariusz spółki komandytowo-akcyjnej może reprezentować spółkę wyłącznie jako pełnomocnik. Według zaś art. 121 § 1 k.s.h., komandytariusz spółki komandytowej – co do zasady – nie ma prawa ani obowiązku prowadzenia jej spraw, a na podstawie



art. 140 § 1 k.s.h. sprawy spółki komandytowo-akcyjnej prowadzą komplementariusze. Z tych powodów unormowanie art. 14 ust. 1 u.p.p.p. poddano w piśmiennictwie krytyce. Podniesiono w szczególności, że ograniczenie wpływu podmiotów publicznych na prowadzenie spraw spółek osobowych i sprowadzenie ich roli do osób dostarczających spółkom kapitał może przyczynić się do niewykorzystywania w ramach ppp formy spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej.⁶

d. Czas trwania spółki

W doktrynie wskazano, iż spółka w ramach ppp może zostać powołana zarówno na czas oznaczony, ściśle związany z okresem realizacji partnerstwa, jak też na czas nieoznaczony. Z przepisów u.p.p.p. nie wynika bowiem obowiązek uzależnienia okresu funkcjonowania spółek SPV od czasu obowiązywania konkretnych umów o ppp albo obowiązek rozwiązania takiej spółki w momencie zakończenia czasu trwania umowy o partnerstwie. Z uwagi jednak na fakt, iż w takiej sytuacji odpada cel funkcjonowania spółki, udziały w niej powinny zostać nabyte przez podmiot publiczny. Zmianie powinien ulec także przedmiot jej działalności.⁷

e. Wkłady do spółki

Szczególną cechą spółek celowych powoływanych w ramach ppp jest możliwość wniesienia aportem do spółki wkładu własnego do przedsięwzięcia w rozumieniu u.p.p.p.. Podkreślić należy jednak, iż nie każdy wkład własny będzie mieć zdolność aportową.

PRZYKŁAD:

1. Podmiot Publiczny powierza Spółce wykonywanie zadań z zakresu zapewnienia energii cieplnej wspólnocie lokalnej Gminy Miejsko-Wiejskiej
2. Strony ustalają, iż kapitał zakładowy Spółki będzie wynosić zł (słownie:). Docelowo, kapitał zakładowy Spółki będzie stanowił równowartość środków przewidzianych na realizację całości Przedsięwzięcia i będzie wynosił co najmniej zł (słownie:).
3. Strony będą posiadać w kapitale zakładowym Spółki udziały w liczbie proporcjonalnej do wniesionych wkładów.
4. Strony mogą wnosić na pokrycie udziałów w kapitale zakładowym Spółki wkłady pieniężne, jak również wkłady niepieniężne.

f. Zmiana umowy/statutu spółki

U.p.p.p. przewiduje znaczne ograniczenia możliwości dokonywania zmian Umowy o ppp. W odniesieniu natomiast do modyfikacji umów/statutów spółek celowych w ramach ppp brak jest podobnych regulacji, co oznacza, że ich zmiany są dopuszczalne. Wydaje się, że niedopuszczalne byłoby wyłącznie dokonywanie takich modyfikacji postanowień umowy/statutu spółki SPV, które byłyby jednocześnie niezgodne z treścią umowy o ppp. Wniosek ten wynika z subsydiarnego charakteru omawianych spółek wobec umów o partnerstwie.

⁶ P. Błaszczak, Konstrukcja prawna umowy lub statutu spółki w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (cz. 1), *Prawo Spółek*, 2010, nr 2, s. 19.

⁷ Tamże, s. 42.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym

g. Zagadnienia pozostałe

Art. 15 i 16 u.p.p.p. przewidują regulacje szczególne dotyczące rozporządzania majątkiem przez spółkę celową oraz prawa pierwokupu udziałów/akcji partnera prywatnego.

Zgodnie z tymi zapisami zbycie lub obciążenie nieruchomości lub przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 551 Kodeksu Cywilnego wymaga zgody wszystkich współników/akcjonariuszy. Z kolei w przypadku zbycia akcji lub udziałów przez partnera prywatnego, podmiotowi publicznemu prawo pierwokupu.

Podmiot publiczny może wykonać prawo pierwokupu w ciągu dwóch miesięcy od dnia zawiadomienia go przez partnera prywatnego o treści umowy zawartej z osobą trzecią, chyba że umowa o partnerstwie publiczno-privatnym przewiduje dłuższy termin.

Zbycie przez partnera prywatnego akcji albo udziałów z naruszeniem powyższych regulacji jest nieważne.

9. Umowy towarzyszące umowie o ppp.

Umowie o ppp często towarzyszyć będzie szereg dodatkowych zobowiązań pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Do najczęściej występujących w obrocie rozwiązań tego rodzaju zaliczyć można:

a. Umowa kredytowa zawarta pomiędzy partnerem prywatnym i podmiotem finansującym

Umowa o ppp może zakładać spłatę zaciągniętego przez partnera prywatnego kredytu z wpływów uzyskanych z przedsięwzięcia. Umowa kredytowa zawierać będzie harmonogram spłat zgodny z wpływami uzyskiwanymi przez partnera prywatnego. Z uwagi na fakt, iż wcześniejsze rozwiązanie umowy o ppp, uniemożliwiłoby spłatę kredytu, podmioty finansujące zainteresowane będą zapewnieniem szczególnych uprawnień w przypadku zaistnienia takiej sytuacji, które określone zostaną w umowie bezpośredniej.

Z uwagi na specyfikę przedsięwzięć w modelu ppp, podmiot finansujący mieć będzie stosunkowo niewielką możliwość zaspokojenia się z ustanowionych na jego rzecz zabezpieczeń. Partner prywatny będzie prawdopodobnie spółką projektową, zawiązaną przez współników dla realizacji przedsięwzięcia, która w konsekwencji nie będzie dysponować majątkiem innym niż wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia. W konsekwencji finansowanie przedsięwzięcia opierać się będzie na dokładnej analizie przepływów pieniężnych, które wygenerowane zostaną przez wybudowaną infrastrukturę i które powinny umożliwić spłatę kredytu. Dodatkowo zobowiązania partnera prywatnego wobec podmiotu finansującego mogą zostać zabezpieczone umowami cesji praw z umów zawartych w ramach przedsięwzięcia oraz polis ubezpieczeniowych, zabezpieczeniami na rachunkach bankowych oraz, jeśli to możliwe, na składnikach majątkowych wykorzystywanych do realizacji przedsięwzięcia.

Umowy kredytowe zazwyczaj zawierane są na okres krótszy niż umowa o ppp. Dłuższy okres obowiązywania umowy o ppp umożliwić ma wygenerowanie dodatkowych przychodów w przypadku uzyskania przez partnera prywatnego przychodów niższych niż zakładane.

b. Trójstronna umowa bezpośrednia zawarta pomiędzy podmiotem publicznym, partnerem prywatnym i podmiotem finansującym

Umowa bezpośrednia jest umową trójstronną, która może zostać zawarta pomiędzy podmiotem publicznym, partnerem prywatnym oraz podmiotem finansującym realizację przedsięwzięcia. Podstawowym celem umowy jest określenie praw i obowiązków stron w sytuacji zagrożenia projektu w związku zaistnieniem okoliczności uzasadniających wypowiedzenie umowy przez podmiot publiczny. Umowa umożliwi ma podmiotowi finansującemu „uratowanie” przedsięwzięcia. W tym celu podmiot publiczny zobowiązuje się nie wypowiedzieć umowy o ppp w danym okresie, pomimo zaistnienia określonych w umowie przesłanek wypowiedzenia. Okres ten niezbędny jest dla wdrożenia programu naprawczego przez partnera prywatnego. Podmiot publiczny zobowiązuje się także do zawiadomienia podmiotu finansującego o wystąpieniu okoliczności uprawniających do rozwiązania umowy w tym o wysokości wymagalnych zobowiązań partnera prywatnego (np. z tytułu naliczonych kar umownych).

W praktyce międzynarodowej, podmiot finansujący uprawniony jest także do „przejęcia” przedsięwzięcia. U.p.p.p. nie przewiduje takiej możliwości. Z uwagi na konieczność dokonywania wyboru partnera prywatnego w określonej procedurze oraz brak możliwości przeniesienia praw z umowy o zamówienie publiczne, rozwiązanie takie nie jest dopuszczalne na gruncie polskiego prawa.

II. Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym

c. **Umowy o roboty budowlane i umowy operatorskie, zawarte pomiędzy partnerem prywatnym i podwykonawcami**

Na podstawie umowy o roboty budowlane partner prywatny może zlecić podwykonawcy zaprojektowanie i wybudowanie infrastruktury. Umowa pozwoli przenieść na wykonawcę ryzyko związane z projektowaniem i budową. Wykonawca taki zobowiązany będzie do zapłaty odszkodowania partnerowi prywatnemu w razie niezakończenia robót w terminie i wystąpienia wad lub usterek budowlanych. Wobec podmiotu publicznego odpowiedzialny będzie jednak nadal partner prywatny. Wzór umowy o roboty budowlane może stanowić załącznik do umowy o ppp.

Po zakończeniu etapu budowy kolumbariów rozpocznie się etap ich eksploatacji. Partner prywatny może sam zarządzać tą infrastrukturą, przejmując całe ryzyko operacyjne lub też zlecić realizację tej usługi osobie trzeciej. W takiej sytuacji partner prywatny zawrze odpowiednią umowę z podwykonawcą. Umowy operatorskie zazwyczaj zawierane są na krótkie okresy (3–5 lat). Wzór umowy o zarządzanie stanowić może załącznik do umowy o ppp.

d. **Umowy ubezpieczenia składników majątkowych zawarte pomiędzy partnerem prywatnym i ubezpieczycielami**

Umowy ubezpieczeniowe zawierane są w celu zapewnienia partnerowi prywatnemu przychodów na pokrycie kosztów naprawy szkód wywołanych różnymi ryzykami oraz przychodów w okresie, w którym nie będzie on w stanie świadczyć usług z tego powodu.

10. Umowne zabezpieczenia przez podmiot publiczny interesów partnera prywatnego lub instytucji finansowej

Sposób finansowania przedsięwzięcia ppp oraz rodzaje ustanawianych w związku z tym zabezpieczeń powinny być określony w umowie o ppp. Dokonane w tym względzie ustalenia powinny być pochodną wybranej struktury transakcji, jak również możliwości stron w zakresie finansowania przedsięwzięcia z własnych środków. Ze względu na kluczowe znaczenie prawne umowy o ppp dla całej współpracy stron, konieczne będzie określenie w niej, dopuszczalnych zabezpieczeń, ich wielkości oraz zasad ustanawiania i znoszenia. Zapisy takie na ogół chronić będą interes publiczny przed nieuzasadnionym i nadmiernym zabezpieczeniem interesów partnera prywatnego np. na wkładach własnych podmiotu publicznego. Ponadto wielkość oczekiwanych zabezpieczeń przez potencjalnych partnerów prywatnych, a właściwie przez instytucje finansujące, będzie przedmiotem otwartego i konkurencyjnego postępowania negocjacyjnego oraz ostatecznie elementem treści składanych ofert, podlegającym porównaniu i ocenie. Podmiot publiczny już na etapie negocjacji ustali, jakich zabezpieczeń wykonania umowy i w jakiej wysokości oczekują banki potencjalnie finansujące partnerów prywatnych. W praktyce rynkowej uznaje się za nieodpowiednią praktykę, polegającą na ustanawianiu zabezpieczeń (np. hipoteki) na składnikach majątkowych podmiotu publicznego lub udzielaniu przez niego poręczeń albo gwarancji po wyborze partnera prywatnego w zakresie wykraczających poza treść oferty, która była podstawą zawarcia umowy. Późniejszą zmianę umowy o ppp w tym zakresie zasadniczo uznać należy za niedopuszczalną, przy czym okoliczność ta zawsze występować będzie w przypadku ustanowienia zabezpieczeń niewskazanych w ofercie (np. hipoteka na nieruchomości podmiotu publicznego, nieujęty w ofercie zastaw na prawach) lub wzrostu zakresu zabezpieczeń.

W przypadku inwestycji finansowanych lub współfinansowanych przez podmioty zewnętrzne, w szczególności banki, ustanawia się szereg różnego rodzaju zabezpieczeń. Do najbardziej powszechnych należą hipoteka, zastaw rejestrowy, poręczenie oraz instrumenty służące kontroli przepływów pieniężnych kredytobiorcy. Z uwagi na charakterystykę analizowanego modelu ppp przedmiotem zabezpieczenia mogą być także strumienie płatności generowane przez spółkę celową w związku z eksploatacją infrastruktury (w postaci opłaty za dostępność płaconej przez podmiot publiczny). Dług wobec banków w transakcjach ppp jest długiem nadrzędnym w stosunku do ewentualnego finansowania dłużnego pozyskanego od współników, co oznacza, iż podlega on spłacie w pierwszej kolejności. Umowy zawarte w ramach przedsięwzięcia ppp, często wprowadzają także ograniczenia wypłaty dywidendy w okresie realizacji projektu, do momentu spłaty kredytu. Poniżej przedstawiona jest ogólna charakterystyka możliwych do wykorzystania zabezpieczeń.

Zabezpieczenie wykonania umowy

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Hipoteka jest zabezpieczeniem ustanawianym na nieruchomości w celu zabezpieczenia oznaczonej wierzytelności, na mocy którego wierzyciel może dochodzić zaspokojenia z nieruchomości bez względu na to, czyją obciążona nieruchomość stała się własnością, i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela nieruchomości. Przedmiotem hipoteki może być także użytkowanie wieczyste – hipoteka obejmuje wtedy również budynki i urządzenia na użytkowanym terenie, stanowiące własność wieczystego użytkownika. Do powstania hipoteki niezbędny jest wpis w księdze wieczystej. W kontekście umowy o ppp hipoteka będzie co do zasady związana z wierzytelnością banku wobec partnera prywatnego lub spółki celowej, rzadziej z wierzytelnością podmiotu publicznego. Hipoteka zabezpiecza wyłącznie wierzytelności pieniężne i może być wyrażona jedynie w oznaczonej sumie pieniężnej. Hipoteka powstaje dopiero z chwilą wpisu do księgi wieczystej – wpis ten ma charakter konstytutywny. Podstawą wpisu hipoteki do księgi wieczystej jest oświadczenie właściciela nieruchomości obciążanej o ustanowieniu hipoteki złożone w formie aktu notarialnego (pod rygorem nieważności). Jeżeli ustanowienie hipoteki następuje na rzecz banku (tzw. hipoteka bankowa), co w umowach ppp będzie częstą praktyką – wystarczy oświadczenie złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Rygor formy nie dotyczy oświadczenia składanego przez drugą stronę (wierzyciela hipotecznego). Zaspokojenie wierzyciela hipotecznego z nieruchomości następuje według przepisów o sądowym postępowaniu egzekucyjnym. W ramach tego postępowania nieruchomość ulega zajęciu, a następnie sprzedaży przez licytację publiczną.

Przepisy u.p.p. nie zawierają żadnych ograniczeń w zakresie dopuszczalności ustanawiania hipoteki na nieruchomościach zaangażowanych w przedsięwzięcie ppp. Oznacza to, że zgoda podmiotu publicznego na ustanowienie hipoteki będzie miała charakter dyskrejonalny i powinna ona wynikać z przeprowadzonego postępowania na wybór partnera prywatnego oraz złożonych w tym postępowaniu ofert.

Należy zaznaczyć, że ustanowienie hipoteki zabezpieczającej interesy banku finansującego partnera prywatnego będzie uzależnione od zakresu ryzyk przejętych przez partnera prywatnego. Jeżeli na partnerze prywatnym ciążyłoby ryzyko dostępności zarządzanej infrastruktury (np. drogi publicznej), to hipoteka ustanowiona na nieruchomości podmiotu publicznego zabezpieczająca roszczenia banku w stosunku do partnera prywatnego opiewająca na wysokość odpowiadającą całkowitemu wynagrodzeniu partnera prywatnego mogłaby zdejmować *de facto* z partnera prywatnego ryzyko dostępności. Jeżeli umowa umożliwiałaby bankowi egzekucję roszczenia z nieruchomości podmiotu publicznego w sytuacji, kiedy partner prywatny straciłby płynność finansową w wyniku zawinionego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o ppp, to taka umowa o ppp byłaby pozbawiona elementu ryzyka dostępności po stronie partnera prywatnego. Zobowiązanie z takiej umowy w całości wliczałoby się do limitów zadłużenia podmiotu publicznego. Jeżeli jednak umowa umożliwiałaby bankowi skorzystanie z zabezpieczenia hipotecznego jedynie w sytuacji, gdy brak płatności lub ich obniżenie należnych partnerowi prywatnemu wynikał będzie z okoliczności stojących po stronie podmiotu publicznego, to takie zabezpieczenie będzie neutralne dla ustawowych limitów zadłużenia podmiotu publicznego. Hipoteka będzie zatem dopuszczalną formą zabezpieczenia wierzytelności banku wobec partnera prywatnego, pod warunkiem, że wartość zabezpieczenia nie przekroczy dopuszczalnego zakresu.

Zaspokojenie wierzyciela hipotecznego z nieruchomości następuje według przepisów o sądowym postępowaniu egzekucyjnym. W ramach tego postępowania nieruchomość ulega zajęciu, a następnie sprzedaży przez licytację publiczną.

Przedmiotem **zastawu rejestrowego** mogą być rzeczy ruchome i zbywalne prawa majątkowe, w szczególności rzeczy oznaczone, co do tożsamości, rzeczy oznaczone co do gatunku, zbiór rzeczy ruchomych lub praw, stanowiących całość gospodarczą, wierzytelności, prawa na dobrach niematerialnych, prawa z papierów wartościowych, prawa z niebędących papierami wartościowymi instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi. Na potrzeby realizacji przedsięwzięcia ppp można rozpatrywać przede wszystkim ustanowienie zastawu na udziałach w spółce celowej. W takim przypadku egzekucja z udziałów mogłaby doprowadzić do przejęcia spółki celowej lub części udziałów spółce celowej przez instytucję finansującą. Ponadto zastaw rejestrowy może być ustanowiony na zbiorze rzeczy ruchomych i praw stanowiących przedsiębiorstwo spółki celowej. Nie można wykluczyć, że dla banku finansującego przedsięwzięcie ppp, zastaw taki nie stanowiłby zadowalającego zabezpieczenia ze względu na jego zbyt niską wartość.

Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. W przypadku realizacji przedsięwzięcia ppp w analizowanym trybie

II. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

można rozpatrywać wariant zabezpieczenia, w którym **poręczenie będzie udzielone przez spółkę matkę partnera prywatnego**. Bank finansujący przedsięwzięcie ppp będzie oceniał wartość poręczenia, w zależności od możliwości finansowych podmiotu, który takie poręczenie wystawi. Z tego względu można się spodziewać, że bank będzie zainteresowany poręczeniem wystawionym przez nadrzędną spółkę grupy kapitałowej spółki celowej. Bank może wymagać poręczenia wystawionego przez podmiot publiczny. Ze względu jednak na potencjalnie negatywny wpływ poręczenia na wskaźniki zadłużenia podmiotu publicznego (w szczególności nadwyżkę operacyjną j.s.t.) należy uznać taką formę zabezpieczenia za mało prawdopodobną.

W praktyce zagranicznej często spotyka się **forfaiting** jako sposób finansowania realizacji przedsięwzięć w modelu ppp. Umowa forfaitingu połączona jest ze zrzeczeniem się zarzutów i prawa potrącenia przez podmiot publiczny. W ramach tego modelu finansowania inwestycji spółka projektowa realizująca przedsięwzięcie nie zaciąga kredytu na jego realizację, tylko w ramach umowy forfaitingu dokonuje sprzedaży przysługującej jej od podmiotu publicznego wierzytelności, np. z tytułu wykonanych robót budowlanych i ceduje prawa do tych wierzytelności bez regresu na rzecz nabywcy wierzytelności, najczęściej banku. W zamian nabywca wierzytelności dokonuje zapłaty ceny odpowiadającej wartości przysługującego spółce projektowej wynagrodzenia od podmiotu publicznego. Powyższa umowa forfaitingu połączona jest z oświadczeniem podmiotu publicznego, na mocy którego podmiot publiczny zrzeka się w stosunku do nabywcy wierzytelności przysługujących mu zarzutów oraz prawa potrącenia roszczeń wzajemnych. Wprowadzenie elementu zrzeczenia się przez podmiot publiczny zarzutów wynikających z umowy ppp uzasadnione jest możliwością uzyskania przy takiej strukturze korzystnych warunków finansowania forfaitingu wierzytelności. W przypadku projektów ppp podmiot publiczny zazwyczaj wypłaca na rzecz partnera prywatnego tzw. opłaty za dostępność (tak będzie również w przypadku inwestycji drogowych). Płatności te składają się zwykle z dwóch części tj. odpowiadającej wartości nakładów na realizację inwestycji oraz części odpowiadającej wynagrodzeniu za eksploatację i bieżące udostępnianie usług przez partnera prywatnego (np. zarządzanie drogą). W ramach umowy forfaitingu ze zrzeczeniem się roszczenia zazwyczaj dochodzi do sprzedaży i przelewu tej części wynagrodzenia należnej od podmiotu publicznego, która odpowiada wartości nakładów na realizację inwestycji. Istotne jest, iż zrzeczenie się zarzutów przez podmiot publiczny następuje jedynie w stosunku do nabywcy wierzytelności, a nie w stosunku do partnera prywatnego. Podmiot publiczny potwierdza na piśmie istnienie wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia oraz zobowiązuje się do jej zapłaty w określonych terminach wymagalności. Ponadto w takim oświadczeniu zrzeka się przysługujących mu zarzutów, w tym również na wypadek rozwiązania umowy o realizację przedsięwzięcia w ramach ppp.

Cesja wierzytelności z umowy o ppp będzie dopuszczalna w świetle u.p.z.p. Warunkiem jej skuteczności może, ale nie musi być uprzednia zgoda zamawiającego. Zasadne jest jednak, aby w dokumentacji przetargowej podmiot publiczny zastrzegł, że zawarcie umowy cesji wierzytelności wynikających z umowy o ppp wymaga zgody zamawiającego. W ten sposób zamawiający zachowa kontrolę nad warunkami cesji wierzytelności i podmiotami tej transakcji. Zaznaczyć przy tym należy, że zamawiający nie powinien wykluczyć możliwości zawarcia umowy cesji. Jak to zostało już wskazane, cesja nie wymaga zgody dłużnika. Nie będzie również prawnie skuteczne zastrzeżenie dłużnika wykluczające możliwość zawarcia umowy przelewu wierzytelności. Nie będzie przy tym potrzebne i zasadne, aby nabywca wierzytelności brał udział w postępowaniu dotyczącym wyboru partnera prywatnego np. jako konsorcjant. Jeżeli umowa o ppp nie będzie stanowiła inaczej, cesja wierzytelności z umowy o ppp stanowić będzie swobodną decyzję partnera prywatnego. Mankamentem cesji wierzytelności jest kwalifikacja tego typu umów z punktu widzenia rachunkowości budżetowej, jako umów pożyczki/kredytu zaciąganych przez podmiot publiczny. Skutkiem tego cała kwota przejętej przez bank wierzytelności z tytułu wynagrodzenia partnera prywatnego po stronie podmiotu publicznego będzie się wliczać do ustawowych limitów zadłużenia. Oznacza to, że cesja wierzytelności co do zasady będzie nieakceptowaną formą zabezpieczenia instytucji finansującej.

Zabezpieczeniem spłaty zobowiązania wobec instytucji finansującej może być **ubezpieczenie płatności podmiotu publicznego lub ubezpieczenie spłaty zadłużenia zaciągniętego na finansowanie przedsięwzięcia**. Umowa ubezpieczenia zakładać może wypłatę spółce celowej wynagrodzenia w okresie obniżenia wynagrodzenia lub przestojów w płatnościach podmiotu publicznego, a nawet wypłatę całości potencjalnego wynagrodzenia partnera prywatnego w razie przedwczesnego rozwiązania umowy o ppp. Taka umowa ubezpieczenia stanowić będzie gwarancję spłaty zobowiązań wobec instytucji finansującej, stąd najczęściej będzie ona dysponowała prawem do przejęcia świadczenia z tytułu ubezpieczenia. Ubezpieczony może być również bezpośrednio dług spółki celowej wobec instytucji finansującej. Brak spłat zadłużenia spowoduje uruchomienie płatności ubezpieczyciela na rzecz podmiotu finansującego.

Cesja wierzytelności

Ubezpieczenia



Bartosz Korbus

Koordinator projektu systemowego PARP „Partnerstwo publiczno-prywatne” ze strony partnera projektu – Instytutu Partnerstwa Publiczno-Prywatnego

III. Ppp w praktyce

3.1. Internet szerokopasmowy dla samorządów w ramach ppp – uwarunkowania prawne

1. Uwagi wstępne

Szybki rozwój usług i sieci internetowych dużych przepustowości stanowi jeden z podstawowych mierników tempa rozwoju nowoczesnych społeczeństw. Tymczasem dostęp do Internetu szerokopasmowego w Polsce wciąż stanowi rzadkość. Celem poprawy tej niekorzystnej sytuacji podejmowane są rozmaite środki, przede

wszystkim prawne. Przyspieszeniu budowy sieci światłowodowych w Polsce ma sprzyjać **ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju sieci i usług telekomunikacyjnych (Dz. U. Nr 106, poz. 675), zwana po prostu „Megaustawą”**. Zgodnie z założeniami ustawodawcy, czynnikiem napędzającym rozwój sieci szerokopasmowych ma być powierzenie **samorządom roli inwestora na rynku telekomunikacyjnym zarówno na etapie budowania sieci, jak i świadczenia usług telekomunikacyjnych**. Kluczowym zaś źródłem finansowania budowy sieci szerokopasmowych przez samorządy ma być partnerstwo publiczno-prywatne (ppp).

Celem niniejszego artykułu jest syntetyczne przedstawienie zakresu i ram prawnych współpracy, w tym zasad jej nawiązywania, samorządów z prywatnymi operatorami przy budowie i eksploatacji lub tylko eksploatacji sieci szerokopasmowych.



Rafał Rodziewicz

Wiceprezes Zarządu Technitel Polska S.A.

2. Świadczenie usług telekomunikacyjnych przez samorządy

W związku z wejściem w życie „Megaustawy” samorządy wszystkich szczebli mogą podejmować określone prawem działania w zakresie informatyzacji wspólnoty lokalnej. Zakres tych działań określa **art. 3 ust. 1 „Megaustawy”**. W świetle wymienionego powyżej przepisu jednostka samorządu terytorialnego (j.s.t.), w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty **samorządowej, może:**

1. **Budować lub eksploatować infrastrukturę telekomunikacyjną i sieci telekomunikacyjne oraz nabywać prawa do infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych;**
2. **Dostarczać sieci telekomunikacyjne lub zapewniać dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej;**
3. **Świadczyć, z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, usługi na rzecz:**
 - a) **przedsiębiorców telekomunikacyjnych,**
 - b) **podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (chodzi o określone jednostki administracji rządowej),**
 - c) **użytkowników końcowych, przy czym takie usługi, jak zapewnianie bezpłatnego dostępu do Internetu mogą być wykonywane, jeżeli nie jest zaspokojone zapotrzebowanie użytkowników końcowych w zakresie dostępu do usług telekomunikacyjnych. Działalność taka musi być proporcjonalna i niedyskryminująca w sposób przejrzysty i niezakłócający rozwoju równoprawnej i skutecznej konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych.**

Powyższa działalność j.s.t. w zakresie usług i sieci telekomunikacyjnych musi być wykonywana przy zachowaniu kompatybilności i łączności z innymi sieciami telekomunikacyjnymi tworzonymi przez podmioty publiczne lub finansowanymi ze środków publicznych oraz przy zagwarantowaniu przedsiębiorcom telekomunikacyjnym,

Zadanie samorządu

na zasadach równego traktowania, współkorzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych oraz dostępu do nich.

Działalność j.s.t. w zakresie usługi i sieci telekomunikacyjnych należy do **zadań własnych o charakterze użyteczności publicznej j.s.t.** Potwierdzają to art. 7 ust. 1 pkt 3a ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, art. 4 ust. 1 pkt 23 ustawy 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym oraz art. 14 ust. 1 pkt 15a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa. **Podjęcie się wykonywania zadań z zakresu telekomunikacji nie będzie obowiązkiem j.s.t., a jedynie uprawnieniem.** Nie mniej, samorząd, który rozpocznie określone działania z zakresu telekomunikacji, będzie musiał spełnić wymogi organizacyjno-prawne stawiane „Megaustawą”, jak i wymogi ogólne, dotyczące samego procesu świadczenia usług, wynikające z charakteru samorządowych usług telekomunikacyjnych, jako „usług użyteczności publicznej”, co wiąże się m.in. z koniecznością zachowania ciągłości procesu świadczenia usług dla całej wspólnoty lokalnej na zasadach powszechności dostępu.

Zadania w zakresie telekomunikacji j.s.t. może **wykonywać samodzielnie**, na podstawie uchwały organu stanowiącego **po uprzednim uzyskaniu wpisu do rejestru jednostek samorządu terytorialnego wykonujących działalność w zakresie telekomunikacji, prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.** Samodzielna działalność j.s.t. w obszarze usług i sieci telekomunikacyjnych, o której mowa w art. 3 ust. 1 „Megaustawy”, nie będzie działalnością gospodarczą. W ramach samodzielnej realizacji zadań związanych z telekomunikacją **mieścić się będzie działalność j.s.t. w formie niewyodrębnionej w ramach jej osobowości prawnej, jak również w formie porozumienia, związku lub stowarzyszenia j.s.t., fundacji, której fundatorem jest j.s.t., porozumienia komunalnego, spółki kapitałowej lub spółdzielni z udziałem j.s.t.**

Jeżeli budowa sieci lub świadczenie usług telekomunikacyjnych samodzielnie będzie poza możliwościami i zainteresowaniem j.s.t., zadania te samorząd będzie mógł **zlecić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu. W myśl art. 2 ust. 1 pkt 2 „Megaustawy”, regionalne sieci szerokopasmowe mogą być budowane i eksploatowane zarówno bezpośrednio przez j.s.t., działającą samodzielnie lub w jednej z form organizacyjno-prawnych, o których mowa w akapicie powyżej, jak i przez koncesjodawcę w rozumieniu ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.), w skrócie „Ustawa o Koncesjach”, albo przez partnera prywatnego w rozumieniu ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.), dalej „Ustawa o ppp”, w ramach programów operacyjnych. Ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość realizacji sieci dużych przepustowości przy połączeniu finansowania środkami z budżetu UE, jak i kapitałem inwestorów prywatnych. Zaangażowanie operatorów we współpracę z j.s.t. przy budowie i eksploatacji sieci szerokopasmowych możliwe jest także bez współfinansowania inwestycji funduszami UE, na podstawie przepisów **ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej** (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236). Zgodnie z art. 3 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy, samorzady, w drodze umowy, mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej w trybie przepisów: Ustawy o ppp, Ustawy o Koncesjach, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), w skrócie „PZP”, ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2003 r. Nr 96, poz. 873, z późn. zm.) albo na zasadach ogólnych. Ze względu na zakres opracowania, ale i zastosowanie praktyczne, dalsze rozważania dotyczyć będą powierzenia przez j.s.t. zadań z zakresu telekomunikacji w trybie Ustawy o ppp oraz w trybie Ustawy o Koncesjach.**

Współpraca z partnerem prywatnym lub koncesjonariuszem

3. Ppp, jako forma realizacji inwestycji telekomunikacyjnych przez samorzady

Na wstępie rozważań wskazać należy na zakres i definicję pojęcia ppp. W ujęciu normatywnym ppp, to wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta **na podziale zadań i ryzyk** między podmiotem publicznym i prywatnym. Warunkiem definicyjnym ppp jest współpraca kontrahentów przy realizacji przedsięwzięcia, przy **czym w praktyce najczęściej będzie to oznaczać wniesienie wkładów własnych, zaprojektowanie i budowę inwestycji, utrzymanie jej i zarządzanie nią.** Strony umowy o ppp: podmiot publiczny, tj. jednostka sektora finansów publicznych lub podmiot od niej zależny, ale posiadający odrębną osobowość prawną, jak np. spółka komunalna, i partner prywatny, którym będzie przedsiębiorca, będą dzielić się ww. zadaniami, wynikającymi ze wspólnego

III. Ppp w praktyce

Zakres współpracy

przedsięwzięcia. Będą również dzielić się związanymi z nim ryzykami (jak np. ryzyko budowy, ryzyko popytu, ryzyko dostępności). **Realizowane wspólnie przedsięwzięcie polegać może na:**

1. **Budowie lub remoncie obiektu budowlanego (np. budowie infrastruktury i sieci telekomunikacyjnej, regionalnej sieci szerokopasmowej);**
2. **Świadczeniu usług (np. telekomunikacyjnych usług hurtowych);**
3. **Wyposażeniu składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego użyteczność lub wartość (np. sprzęt aktywny);**
4. **Innym świadczeniu.**

Powyższe działania w ramach ppp połączone muszą być **z utrzymaniem lub zarządzaniem** składnikiem majątkowym, który jest *wykorzystywany* do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego (np. kanałem technologicznym lub wybudowaną i oddaną do eksploatacji siecią telekomunikacyjną) lub jest *z nim związany* (jakieś dodatkowe urządzenia lub nieruchomości nie służące bezpośrednio budowie i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej).

W kontekście zarysowanej powyżej definicji w ustawowych ramach ppp mieścić się będzie przedsięwzięcie polegające na powierzeniu prywatnemu operatorowi budowy publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych, lub tylko i wyłącznie świadczenia usług telekomunikacyjnych przy wykorzystaniu już istniejącej publicznej sieci telekomunikacyjnej, przy założeniu, że wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzić będzie ze świadczenia usług telekomunikacyjnych albo z tego źródła oraz z zapłaty sumy pieniężnej podmiotu publicznego.



Szeroka definicja ppp oznacza, że każda współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, które spełnia przesłanki definicyjne ppp z Ustawy o ppp będzie podlegała reżimowi jej przepisów. Oznacza to m.in. każdorazowy wymóg wyboru partnera prywatnego (operatora) w trybie Ustawy o Koncesjach lub PZP.

Uproszczony schemat przedsięwzięcia ppp, obejmujący wszystkich jego uczestników oraz związane z nim umowy, przedstawia się następująco:

W obrocie prawnym w ramach kontraktów obejmujących współpracę międzysektorową przy realizacji inwestycji publicznych, obok umów o ppp, występować będą koncesje. Koncesje zawierane będą na podstawie

Ustawy o Koncesjach, wyróżniającej koncesje na roboty budowlane oraz koncesje na usługi. Na podstawie umowy koncesji podmiot prywatny (koncesjonariusz) zobowiązuje się do:

1. W przypadku koncesji budowlanej – wykonania obiektu budowlanego (np. wybudowania infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej) i jego eksploatacji (świadczenia usług telekomunikacyjnych) lub
2. W przypadku koncesji usługowej – świadczenia określonych usług (np. telekomunikacyjnych usług hurtowych lub detalicznych).

Wynagrodzeniem koncesjonariusza mogą być wyłącznie przychody z eksploatacji przedmiotu koncesji lub przychody z eksploatacji połączone z płatnością koncesjodawcy (podmiotu publicznego). Płatność może mieć np. formę rekompensaty koncesjonariuszowi kosztów świadczenia określonych usług, np. nieodpłatnej dostawy Internetu lub dostawy po obniżonych cenach. Płatność *nie może prowadzić do odzyskania całości nakładów w ramach umowy koncesji, a zasadniczą część ryzyka ekonomicznego* wykonywania koncesji ciążyć ma na koncesjonariuszu. W praktyce oznacza to, że płatność koncesjodawcy (np. w formie pokrycia części nakładów inwestycyjnych, rekompensat, wynagrodzenia ryczałtowego) nie powinna przekraczać 50% łącznych nakładów na przedmiot koncesji: inwestycyjnych, jak i bieżących w całym okresie jej trwania.

Podobnie, jak w przypadku ppp, ściśle określona definicja koncesji wiąże się z tym, że podmiot zaliczany do kategorii koncesjodawców (m.in. j.s.t. lub jej spółka zależna) przy zawarciu z podmiotem trzecim umowy spełniającej cechy koncesji będzie zobowiązany stosować przepisy Ustawy o Koncesjach.

Koncesje, jako samodzielna podstawa prawna współpracy z prywatnym operatorem, stosowane będą w przypadku przedsięwzięć o nieskomplikowanej strukturze podmiotowej (brak spółek celowych o kapitale mieszanym), zasadniczo samofinansujących się i nie wymagających dopłat z budżetu koncesjodawcy, wiążących się z bardzo szerokim zakresem zadań i ryzyk przekazanych stronie prywatnej oraz publiczną własnością infrastruktury.

4. Zakres i zasady realizacji przedsięwzięcia telekomunikacyjnego w ppp

Odnosząc powyższe wywody do specyfiki przedsięwzięć telekomunikacyjnych wskazać należy, że wszystkie zadania samorządu z zakresu rozwoju usług telekomunikacyjnych (zob. art. 3 ust. 1 „Megaustawy”) mogą być przekazane w drodze umowy partnerowi prywatnemu. W ramach ppp partner prywatny może być zobowiązany, zatem, do **budowy infrastruktury publicznej i zarządzania nią oraz jej utrzymywania**, a w szczególności:

- a) **budowy infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych,**
- b) **utrzymywania, konserwacji i naprawy zarządzanej infrastruktury,**
- c) **świadczenia usług telekomunikacyjnych dla operatorów sieci dostępowych/dostawców usług na potrzeby połączenia sieci dostępowych z siecią krajową,**
- d) **udostępniania na przejrzystych i równych dla wszystkich zasadach zarządzanej infrastruktury podmiotom trzecim – np. operatorom sieci dostępowych i dostawcom usług szerokopasmowych dla mieszkańców i instytucji z określonego obszaru.**

Na stronach realizujących sieć szerokopasmową w formule ppp ciążyć będzie szereg wymogów wynikających z Ustawy o ppp, Ustawy o Koncesjach lub PZP „Megaustawy”, Prawa Telekomunikacyjnego, a także innych przepisów. Spośród wielu tego typu wymogów wymienić należy te najbardziej charakterystyczne:

1. **Zapewnienie dostępu do nieruchomości** – jeśli z realizacją projektu będzie związana konieczność uzyskania dostępu do danej nieruchomości, wówczas warunki tego dostępu określi umowa pomiędzy prawnym dysponentem nieruchomości a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (partnerem prywatnym);
2. **Przestrzeganie przepisów dotyczących udzielania pomocy publicznej** – w tym zakresie warto zapoznać się z Wytycznymi wspólnotowymi w sprawie stosowania przepisów państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych (2009/C 235/04), w których Komisja Europejska określiła kilka warunków niezbędnych do zminimalizowania oferowanej pomocy państwa oraz potencjalnego zakłócenia konkurencji w przedsięwzięciach telekomunikacyjnych. Zastosowanie znajdą także przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego w sprawie udzielenia pomocy na inwestycje w zakresie: energetyki,

**Obszar
współpracy
z sektorem
prywatnym**

III. Ppp w praktyce

- infrastruktury telekomunikacyjnej, infrastruktury strefy badawczo-rozwojowej, lecznictwa uzdrowiskowego w ramach regionalnych programów operacyjnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 214, poz. 1661),
3. **Przestrzeganie wymagań, regulacji i zaleceń UKE** – strony umowy o ppp muszą się liczyć z uprawnieniami Prezesa UKE do ingerowania w umowy o dostępie telekomunikacyjnym, umowy o współkorzystanie lub umowy o dostępie do infrastruktury technicznej, zawierane przez partnera prywatnego lub spółkę celową, w tym z możliwością wydania *decyzji określającej warunki współpracy* lub też *nakazującej zmianę umowy*;
 4. **Uwzględnienie określonych wymogów związanych z posiadaniem przez partnera prywatnego statusu operatora o znaczącej pozycji rynkowej**, określone w Prawie Telekomunikacyjnym;
 5. **Określenie w umowie o ppp szczegółowych zasady dostępu do sieci** przy uwzględnieniu reguły, że w przypadku infrastruktury, do której budowy, przebudowy lub remontu zostały wykorzystane środki publiczne konieczne jest zapewnienie równego i otwartego dostępu do tej infrastruktury;
 6. **Uzyskanie zgody Prezesa UKE na świadczenie usług dostępu do Internetu bez pobierania opłat lub pobierania opłat niższych niż rynkowe**;
 7. **Ogłoszenia informacji o podjęciu działalności telekomunikacyjnej**, jak również przekazania do Prezesa UKE takiej informacji, jeżeli w ramach ppp powstanie nowy przedsiębiorca telekomunikacyjny (np. spółka celowa);
 8. **Ustalanie zasad udostępniania sieci, a zwłaszcza stosowanych opłat przy założeniu nie osiągnięcia nadmiernego zysku netto** (zasadność wysokości opłat może być weryfikowana przez audyt regulacyjny);
 9. Uwzględnienie **innych wymogów** dotyczących świadczenia usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym, wynikających z Prawa Telekomunikacyjnego.

5. Wynagrodzenie partnera i modele realizacji inwestycji

Współpraca w ramach ppp może przybrać różne modele organizacyjno-prawne. Modele te determinowane będą przede wszystkim formą wynagrodzenia partnera prywatnego. Wyróżnić można trzy modele wynagrodzenia partnera prywatnego:

1. Wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzić może **w całości z pożytków z przedmiotu przedsięwzięcia**, tj. przede wszystkim z opłat od przedsiębiorców telekomunikacyjnych za udostępnienie sieci lub możliwość współkorzystania z infrastruktury – wybór partnera następuje wówczas w trybie Ustawy o Koncesjach;
2. Wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzić może także **częściowo z pożytków oraz częściowo z zapłaty sumy pieniężnej** (rekompensat) podmiotu publicznego – wybór partnera następuje wówczas w trybie Ustawy o Koncesjach lub PZP;
3. Wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzić może **w całości z zapłaty sumy pieniężnej** podmiotu publicznego (opłata ryczałtowa za świadczenie usług telekomunikacyjnych) – wybór partnera następuje wówczas w trybie PZP.

Internet socjalny

W odniesieniu do zapłaty sumy pieniężnej podmiotu publicznego wskazać należy, iż **art. 8 „Megaustawy” stanowi, że infrastruktura lub sieć telekomunikacyjna może być udostępniona w zamian za opłaty niższe niż koszt wytworzenia, jak również usługi detaliczne mogą zostać dofinansowane przez podmiot publiczny, gdy na danym obszarze nie jest możliwe prowadzenie działalności opłacalnej finansowo.** Jeżeli zatem zapłata sumy pieniężnej będzie miała charakter subsydiowania działalności partnera prywatnego, to będzie takie subsydiowanie dopuszczalne jedynie wtedy, gdy subsydiowane usługi np. będą miały charakter socjalny.

Zgodnie z wymogiem ustawodawcy, wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od **rzeczywistego wykorzystania** lub **faktycznej dostępności** przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego. Umowa o ppp musi więc uzależniać wielkość uzyskiwanego wynagrodzenia partnera prywatnego z budżetu publicznego od dostępności świadczonych przez niego usług, ich jakości, ceny oraz innych parametrów.

W przypadku koncesji wynagrodzenie koncesjonariusza pochodzi, co do zasady, z pożytków z przedmiotu koncesji. Umowa może przewidywać dopłaty koncesjonodawcy, ale łączna suma dopłat w okresie trwania umowy nie może przekroczyć połowy łącznych nakładów inwestycyjnych i eksploatacyjnych na przedmiot koncesji. Naruszenie tej reguły naraża kontrakt na sprzeczność z prawem UE, jak również zwiększa ryzyko braku kwalifikowalności wydatków w przypadku współfinansowania inwestycji środkami z budżetu UE.

III. Ppp w praktyce

W odniesieniu do wariantów podmiotowych realizacji przedsięwzięcia ppp przepisy umożliwiają partnerowi prywatnemu samodzielną realizację zadania lub też wspólnie z podmiotem publicznym – w ramach spółki celowej o kapitale mieszanym (*SPV – special purpose vehicle*). O współpracy kontrahentów w ramach spółki celowej przesądzać będzie umowa o ppp. W celu realizacji przedsięwzięcia partnerskiego podmiot publiczny i partner prywatny mogą zawiązać spółkę kapitałową (z o.o. lub akcyjną), bądź komandytową lub komandytowo-akcyjną z zastrzeżeniem, że podmiot publiczny nie może być komplementariuszem. Celowy charakter spółki oznacza, że *cel i przedmiot działalności spółki nie może wykraczać poza zakres określony w umowie*. Wyraźnie wskazać należy, że partner prywatny, będący udziałowcem w spółce mieszanej, **musi zostać wybrany w drodze przejrzystej i konkurencyjnej procedury** (zamówień publicznych lub koncesji). Jest to wymóg prawa UE.

Reasumując powyższe rozważania stwierdzić należy, że na gruncie przepisów polskiego prawa wyróżnić można następujące modele realizacji inwestycji ppp:

1. **Ze względu na źródło wynagrodzenia prywatnego:**
 - a) ppp realizowane w oparciu o przepisy Ustawy o Koncesjach,
 - b) ppp realizowane w oparciu o przepisy PZP,
 - c) Koncesja na roboty budowlane,
 - d) Koncesja na usługi.
2. **Ze względu na strukturę prawną** realizacji przedsięwzięcia:
 - a) samodzielną realizację przez partnera prywatnego w ramach własnego przedsiębiorstwa,
 - b) wspólną realizację przedsięwzięcia przez strony w ramach spółki celowej (SPV).

6. Tryby wyboru partnera prywatnego

Przepisy polskiego prawa, za wzorem regulacji europejskich, regulują dwie procedury wyboru partnera prywatnego, stosowane w zależności od planowanego charakteru wynagrodzenia strony prywatnej.

Jeżeli zatem, wynagrodzeniem partnera prywatnego ma być **prawo do pobierania pożytków** z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego albo **przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej**, wyboru partnera prywatnego dokonuje się stosując przepisy Ustawy o Koncesjach (art. 4 ust. 1 Ustawy o ppp). Procedura przewidziana w Ustawie o Koncesjach stosowana będzie w przypadku samofinansujących się przedsięwzięć, w których przewidywany jest brak dopłat lub subsydiów podmiotu publicznego, lub też przewidywane dopłaty (subsytidia) stanowić mają mniejszą część ogólnego wynagrodzenia partnera prywatnego. W takiej sytuacji Ustawę o Koncesjach należy stosować wprost i w całości. Ustawa o Koncesjach znajdzie zastosowanie również do wyboru koncesjonariusza.

W przypadkach innych niż określone w akapicie powyżej, tj. wówczas, gdy **wynagrodzenie partnera ma pochodzić w całości lub w przeważającej mierze z zapłaty podmiotu publicznego**, wyboru partnera prywatnego dokonuje się stosując przepisy ustawy PZP (art. 4 ust. 2 Ustawy o ppp). PZP będzie stosowane jedynie ze zmianami wynikającymi wprost z Ustawy o ppp (kryteria oceny ofert – art. 6 Ustawy o ppp).

W przypadkach, **w których nie ma zastosowania Ustawa o Koncesjach ani PZP**, 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 Ustawy o ppp, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami – tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 z późn. zm. (art. 4 ust. 3 Ustawy o ppp). Omawiana w tym akapicie procedura znajdzie zastosowanie w przypadkach, kiedy stosowanie PZP lub Ustawy o Koncesjach zostało wprost wyłączone w ustawie. Wskazać należy, że art. 4 ust. 1 pkt. 2 Ustawy o Koncesjach wyłącza stosowanie tej ustawy do wyboru koncesjonariusza w przypadku zawierania umowy głównie w celu wykonywania co najmniej jednego z następujących rodzajów działalności:

1. Udostępniania publicznej sieci telekomunikacyjnej;
2. Eksploatacji publicznej sieci telekomunikacyjnej;
3. Świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Tryb koncesyjny

Prawo zamówień publicznych

Szczególny tryb konkurencyjny

III. Ppp w praktyce

Z kolei art. 4 pkt 10 PZP, wyłącza obowiązek stosowania PZP w odniesieniu do zamówień, *których głównym celem jest*:

1. Pozwolenie zamawiającym na oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub
2. Eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej lub
3. Świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Oba cytowane „wyłączenia” mają swoje źródło w tym samym przepisie prawa wspólnotowego, tj. art. 13 Dyrektywy 2004/18/WE, który określa „*wyłączenia szczególne w dziedzinie telekomunikacji*”. W świetle tego przepisu skorzystanie ze zwolnienia zależy od tego, czy zamawiający prowadzi lub zamierza prowadzić działalność telekomunikacyjną. Jeżeli warunek ten jest spełniony, to udzielenie koncesji, jak również udzielenie wszelkich zamówień, których głównym celem jest prowadzenie działalności telekomunikacyjnej, jest wyłączone odpowiednio z PZP i Ustawy o Koncesjach. Wyłączenia z Ustawy o Koncesjach i PZP dotyczą, zatem, takiej sytuacji, gdy samorząd wpisany jest do rejestru j.s.t. świadczących usługi telekomunikacyjne. Związane z tą działalnością zamówienia i koncesje wyłączone będą spod reżimu ww. ustaw proceduralnych. Wyłączenia spod obowiązku stosowania PZP czy Ustawy o Koncesjach nie znajdują zastosowania **do powierzania zadań** w zakresie telekomunikacji, o których mowa w art. 3 ust. 1 „Megaustawy” przez samorządy podmiotom trzecim. **Jeżeli j.s.t. nie świadczy usług telekomunikacyjnych, to powierzenie ich świadczenia (np. wraz z budową sieci telekomunikacyjnej) partnerowi prywatnemu wiązać się będzie z koniecznością jego wyboru w trybie Ustawy o Koncesjach lub PZP.**

Ze względu na powszechność stosowania PZP i utrwaloną w tym zakresie praktykę oraz szerokie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, opisana poniżej została jedynie szczegółowa procedura wyboru partnera prywatnego (koncesjonariusza) w trybie Ustawy o Koncesjach, która stanowi *novum* w polskim prawie i wymaga bliższego przedstawienia. Odnośnie trybu wyboru partnera prywatnego w oparciu o PZP wskazać w tym miejscu jedynie należy, że optymalnym trybem wyboru partnera będzie dialog konkurencyjny, szeroko rekomendowany przez Komisję Europejską, jako tryb wręcz skrojony na potrzeby ppp.

Odnośnie wyboru partnera prywatnego (koncesjonariusza) w trybie Ustawy o Koncesjach wskazać należy, że postępowanie o zawarcie umowy ppp rozpoczyna się od zamieszczenia **ogłoszenia** o postępowaniu. Zgodnie z art. 10 ust. 3 Ustawy o Koncesjach, niezależnie od wartości przedsięwzięcia, ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane przesyła się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a ogłoszenie o koncesji na usługi zamieszcza się na stronie internetowej Biuletynu Zamówień Publicznych. Po opublikowaniu ogłoszenia w jednym z ww. publikatorów, koncesjodawca powinien zamieścić odpowiednie ogłoszenie w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej.

Na podstawie ogłoszenia zainteresowane podmioty składają **wnioski o zawarcie umowy o ppp**. Termin składania wniosków określony został w art. 12 Ustawy o Koncesjach. W przypadku, gdy wartość przedmiotu partnerstwa przekracza 4 845 000 euro, termin ten nie może być krótszy niż 45 dni od dnia przesłania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Wniosek o zawarcie umowy koncesji, zawierać powinien oświadczenie o zgłoszeniu udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu warunków udziału. W przypadku niezłożenia przez zainteresowany podmiot właściwego oświadczenia lub złożenia go w niepełnym zakresie, koncesjodawca informuje zainteresowany podmiot o nieprzyjęciu wniosku.

Koncesjodawca zaprasza do udziału w **negocjacjach** kandydatów, którzy złożyli wnioski zgodnie ze wskazanymi powyżej wymaganiami. Prowadzone negocjacje mogą dotyczyć wszystkich aspektów partnerstwa, w tym technicznych, finansowych i prawnych. O **zakończeniu negocjacji** koncesjodawca powinien poinformować wszystkich kandydatów i sporządzić protokół z prowadzonych negocjacji. W wyniku przeprowadzonych negocjacji koncesjodawca może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań określonych w ogłoszeniu.

Koncesjodawca **zaprasza do złożenia ofert** kandydatów, z którymi prowadził negocjacje przesyłając im opis warunków partnerstwa, który powinien zawierać, poza elementami określonymi w ogłoszeniu, termin związania ofertą, określenie opłat za korzystanie z przedmiotu partnerstwa przez koncesjodawcę lub osoby trzecie albo sposób ich ustalania, o ile jest to podyktowane specyfiką przedsięwzięcia oraz pouczenie o prawie



do wniesienia skargi na czynności podejmowane przez koncesjodawcę w trakcie postępowania. Koncesjodawca powinno wyznaczyć termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia. **Po złożeniu ofert**, koncesjodawca może zażądać od oferentów wyjaśnień oraz sprecyzowania lub dopracowania złożonych ofert. Nie mogą one jednak prowadzić do zmiany oferty lub warunków zawartych w opisie warunków partnerstwa, która mogłaby prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub mogłaby mieć charakter dyskryminacyjny.

Koncesjodawca **wybiera ofertę najkorzystniejszą** spośród ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków partnerstwa, na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych w tym opisie. Oznacza to, że nie jest dopuszczalne przy wyborze oferty najkorzystniejszej kierowanie się innymi kryteriami niż przyjęte w treści ogłoszenia. Koncesjodawca musi **poinformować oferentów o wyborze oferty najkorzystniejszej** podając uzasadnienie. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej zawiera również powody ewentualnego niedopuszczenia poszczególnych ofert do oceny i porównania.

Partner prywatny, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest zobowiązany w terminie wskazanym przez koncesjodawcę **złożyć wskazane w opisie warunków partnerstwa dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu**. Zgodnie z art. 18 ust. 2 Ustawy o Koncesjach, partner prywatny może udowodnić swą sytuację ekonomiczną i finansową za pomocą każdego dokumentu, który koncesjodawca uzna za odpowiedni.

Koncesjodawca może **odwołać** postępowanie tylko wtedy, gdy zaistnieją okoliczności przewidziane w ogłoszeniu. Należy pamiętać, że zastrzeżenie w ogłoszeniu możliwości odwołania postępowania bez podania przyczyn jest nieważne. Koncesjodawca powinien sporządzić **protokół** z postępowania. Protokół jest jawny.

Uczestnikom postępowania przysługują **środki odwoławcze** opisane w Ustawie o Koncesjach (skarga do wojewódzkiego sądu administracyjnego).

Z partnerem prywatnym, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą zawarta zostanie **umowa ppp**. Nastąpić to może nie wcześniej jednak niż w terminie 10 dni od dnia przesłania oferentom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej faksem lub drogą elektroniczną oraz 15 dni, jeżeli informacja przekazana zostanie w inny sposób.



Jakub Wilk

Zastępca Dyrektora
Departamentu
Społeczeństwa
Informacyjnego Urzędu
Marszałkowskiego
Województwa
Warmińsko-Mazurskiego



3.2. Otwarta Gminna Sieć Szerokopasmowa na przykładzie Gminy Dobre Miasto – propozycja projektu z zastosowaniem modelu spółki celowej

Kontekst

Samorząd województwa warmińsko-mazurskiego na swoim terenie realizuje projekt Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej (SSPW). Wybudowana w tym projekcie infrastruktura zapewni hurtowy dostęp do Internetu szerokopasmowego na wybranych obszarach. Sieć nie obejmuje budowy tzw. ostatniej mili do klienta końcowego. Budowa zakończy się we wrześniu 2015 r. Powstanie ponad 2200 km światłowodów i 216 węzłów dystrybucyjnych. Na obszarze województwa niezbędna stanie się rozbudowa sieci dostępowej. Na terenach wiejskich charakteryzujących się w województwie warmińsko-mazurskim mocno rozproszonym osadnictwem i niską gęstością zaludnienia brak opłacalności ekonomicznej takich przedsięwzięć, szczególnie mając na względzie wysokie koszty utrzymania generowane przez opłaty za umieszczenie urządzeń w pasie drogowym i podatki od nieruchomości, zasilające kasy samorządów, a szczególnie gmin. Stąd niezbędna wydaje się budowa sieci przez najbardziej do tego celu odpowiednie samorządy gminne, w szczególności gdy finansowanie kosztów budowy można powiązać z dofinansowaniem z UE.

Zapewnienie mieszkańcom szybkiego czy ultraszybkiego szerokopasmowego dostępu do Internetu jest niezbędnym elementem budowania przewagi konkurencyjnej gminy, a jednocześnie nieuchronnie nadchodzącą normą i koniecznością cywilizacyjną o podobnym stopniu czystości, jak np. elektryfikacja.

Niniejsze opracowanie zawiera próbę przedstawienia praktycznego podejścia do organizacji budowy sieci na terenie gminy poprzez prezentację modelowego projektu, który oczywiście można modyfikować pod względem zastosowanych rozwiązań formalno-prawnych, jak i stosować na dowolnym terenie. Najistotniejsze jednak jest zasygnalizowanie, że w uwarunkowaniach obecnego otoczenia administracyjnego, biznesowego i technologicznego, na słabo zurbanizowanych terenach wiejskich, szczególnie o rozproszonym osadnictwie, niezbędne jest wspólne działanie samorządów i komercyjnych operatorów telekomunikacyjnych, gdyż żadna z wymienionych kategorii podmiotów nie jest w stanie podźwignąć samodzielnie ciężaru inwestycji zarówno w fazie budowy, jak i eksploatacji. Natomiast przy współpracy partnerów publicznego z prywatnym może się okazać, że przedsięwzięcie jest wykonalne i utrzyma się, nie obciążając budżetu partnera publicznego, a określony cel społeczny zostanie osiągnięty na zasadzie „win-win” dzięki zaspokojeniu potrzeb biznesu.

Podstawowe dane o projekcie:

Jako przykładową, modelową gminę, wybrano gminę miejsko-wiejską Dobre Miasto. Sieć nie obejmuje terenu miasta – jest zaplanowana wyłącznie na terenach wiejskich. Podstawowe parametry infrastruktury to:

- łączna długość wybudowanej sieci ok. 60 km,
- Liczba węzłów 24,
- Liczba przyłączy FTTH 1000 szt., (FTTH – światłowód do gospodarstwa domowego, założenie kosztowe maksymalnej odległości 150 m od węzła)

całkowity koszt projektu: ok. 10 000 000 zł

finansowanie kosztów budowy

PORPW: 50%–70%

JST: 7,5%–12,5% (w zależności od poziomu dofinansowania UE)

Partner prywatny: 22,5%–37,5% (w zależności od poziomu dofinansowania UE)

finansowanie kosztów eksploatacji

- przychody za usługi świadczone na rzecz operatorów (dostawców) Internetu i innych usług (TV, telefonia)

okres realizacji – inwestycja

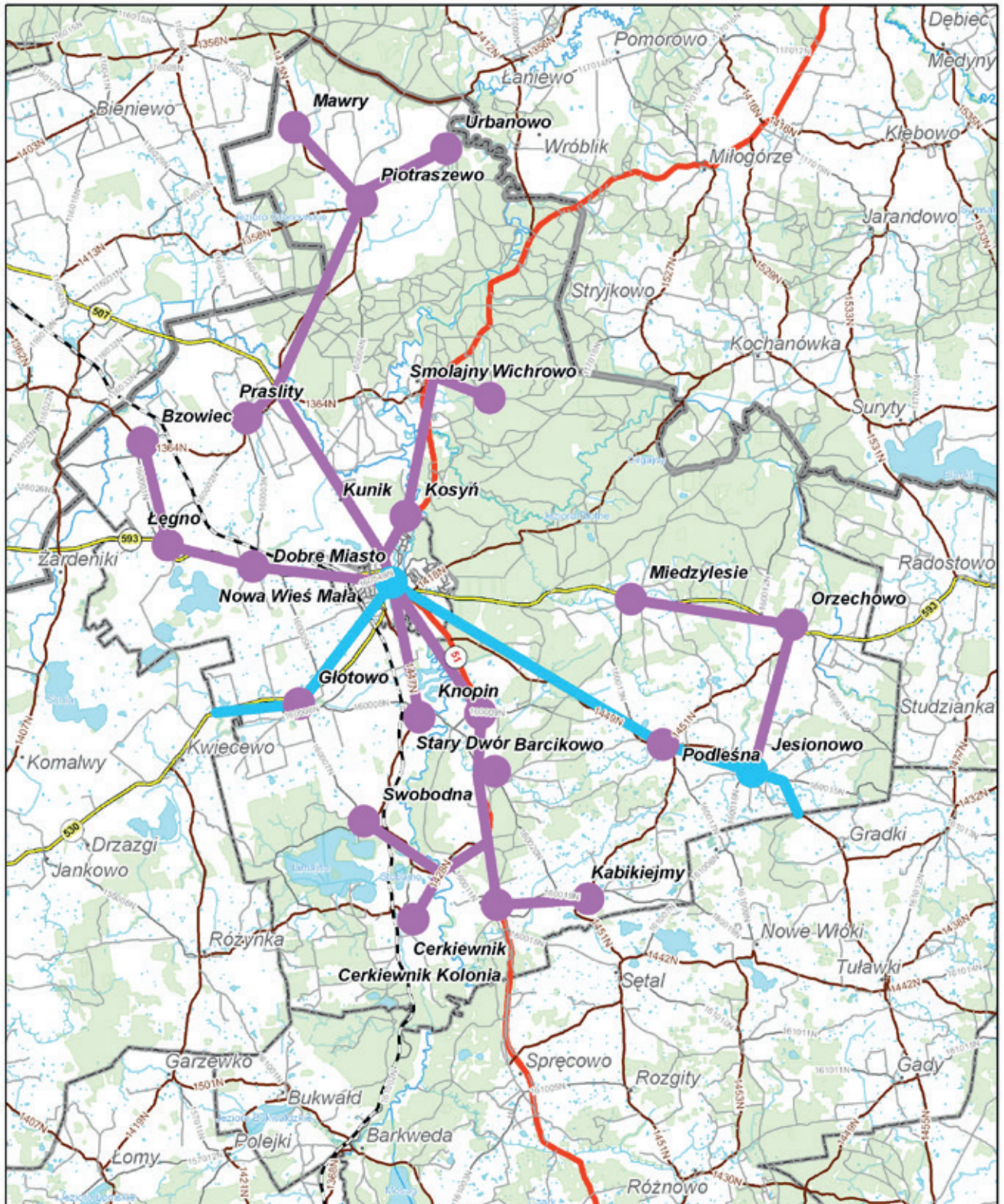
03.2013 r. – 10.2015 r.

okres realizacji – eksploatacja

bezterminowo (min. 5 lat – trwałość projektu)



Sieć światłowodowa w gminie Dobrze Miasto



Podkład mapowy z danych Regionalnego Systemu Informacji o Terenie Wojewódzkiego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Włomsko-Mazurskiego w Gostyniu

Reprodukowanie, rozpowszechnianie i rozpraszanie tych danych wymaga zezwolenia, o którym mowa w art. 19 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz. U. z 2010 r. Nr 193, poz. 1287) WINGIX_OL_IG_IX_7611-05407 Aktualność 2002 r. Opracowała: inspektor Milena Okuszo

1:120 000



Legenda

węzły

- planowane węzły SSPW
- planowane węzły sieci gminnej
- planowany przebieg sieci wojewódzkiej SSPW
- planowana sieć gminna (przebiegi)

- tor i zespół torów
- droga krajowa
- droga wojewódzka
- droga powiatowa
- droga gminna
- droga inna
- granica powiatu
- granica gminy
- rzeka
- strumień
- kanał
- obszary wód
- las

Przykład realizacji podobnego projektu

MODEL FIŃSKI

Firma Suupohjan Seutuverkko w regionie Suupohja w zachodniej części Finlandii, której właścicielami jest 6 sąsiednich gmin w Finlandii została założona w 2005 r. w wyniku decyzji władz lokalnych o konieczności inwestycji we własną infrastrukturę telekomunikacyjną. Oprócz wkładu własnego pozyskano także fundusze UE przeznaczone na budowę sieci ostatniej mili.

W latach 2005–2007 budowa sieci ostatniej mili stanowiła 45% kosztów budowy całej sieci telekomunikacyjnej w małych miejscowościach. Sieć szkieletowa została sfinansowana kredytem bankowym 3 mln €, z budżetów samorządowych i UE 2 mln €, źródła prywatne 1,5 mln €. Przed interwencją region ten miał wiele miejscowości bez żadnego połączenia szerokopasmowego. Średnia wielkość miejscowości to ok. 50 km² o populacji 50–500 osób. Te małe miejscowości nie miały żadnego dostępu do sieci internetowej. Firma została utworzona by umożliwić mieszkańcom oraz firmom połączenie do sieci internetowej na bardzo mało zaludnionych terenach.

FTTx-network jest przykładem prawdziwej sieci o otwartym dostępie, gdzie posiadanie i zarządzanie infrastrukturą (samorządy) i dostarczanie usług (Internet Providers) są całkowicie od siebie oddzielone.

FTTx-network jest również wykorzystywana jako środowisko testowe dla różnych producentów oprogramowania i sprzętu z całego świata, gdzie mogą testować swoje urządzenia i usługi, udostępniając je rzeczywistym użytkownikom przed wprowadzeniem ich na rynek.

Przyczyny interwencji i problemy:

- duży obszar bez możliwości pozyskania dostępu do usług szerokopasmowych
- mała gęstość zaludnienia (4–9 osób/m²)
- operatorzy nie mieli uzasadnienia biznesowego do budowy sieci na tych obszarach
- wysokie koszty usług dostępu do sieci internetowej

Cele:

- dać mieszkańcom oraz przedsiębiorcom możliwość rozwoju na obszarach wiejskich
- umożliwić wszystkim dostęp do usług szerokopasmowych bez względu na miejsce zamieszkania
- zmniejszenie kosztów usług szerokopasmowych w gminach
- zwiększenie współpracy pomiędzy gminami i regionem w realizowaniu ich zadań własnych
- umożliwienie korzystania z e-usług
- spełnienie oczekiwań społeczeństwa w zakresie szybkości łączy internetowych

Parametry sieci w 2012 r.:

Długość sieci światłowodowej: 2500km na obszarze 4500km²

Liczba gospodarstw domowych podłączonych do sieci: 3500

Spółka samorządowa co roku notuje dodatni wynik finansowy, generując przychody ze sprzedaży ciemnych włókien, usług świadczonych samorządom (Internet/intranet/telefonii) i opłat miesięcznych od użytkowników końcowych (pobieranych za pośrednictwem Internet Provider'ów, jako część opłaty w wysokości ok. 25 €/mies. od gospodarstwa domowego). Należy jednak podkreślić, że w przeciwieństwie do Polski, w Finlandii nie ma istotnych tzw. opexowych czynników kosztowych; nie obowiązują podatki od nieruchomości ani opłaty za umieszczenie urządzeń w pasie drogowym związane z wybudowaną infrastrukturą liniową sieci światłowodowych.



• Size of the region: 5000 km²

• Population: 44 000

• The density: 8,8 inhabitants/km² (in Italy the density is 200 inhabitants/km² and in Japan 336 inhabitants/km²).

• The region has about 55 villages with 50-500 people per village and seven municipality centres.

Region facts

Suupohjan Seutuverkko – finansowanie BUDOWY i EKSPLOATACJI

opłata przyłączeniowa FTTx 1500–2000 €	dzierżawa ciemnych włókien, przepustowości	opłaty od klientów końcowych 25 €/mies	usługi dla samorządów telefon internet intranet
częściowe pokrycie kosztów budowy	częściowe pokrycie kosztów budowy	koszty utrzymaniowe (płace, opłaty)	spłata kredytu i odsetek

Dobre Miasto – finansowanie KOSZTÓW EKSPLOATACJI

opłata przyłączeniowa FTTx 100–300 zł	dzierżawa ciemnych włókien, przepustowości	opłaty od klientów końcowych 80–120 zł/mies (internet, telefon, telewizja HD)	usługi dla samorządów (telefon, internet, intranet)
koszty utrzymaniowe	koszty utrzymaniowe	koszty utrzymaniowe	koszty utrzymaniowe

I. Przygotowanie projektu

ASPEKT ORGANIZACYJNY

Projekt polega na wybudowaniu sieci gminnej. Na początku gmina zawiązuje spółkę z o.o. Spółka następnie jest prywatyzowana w min. 75%, co jest uzasadnione z punktu widzenia przepisów Komisji Europejskiej (KE) w zakresie określania statusu przedsiębiorstwa pod względem wielkości (MŚP). Zagadnienie to uregulowane jest w ZALECENIACH KOMISJI z dnia 6 maja 2003 r. dotyczących definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (notyfikowane jako dokument nr C(2003) 1422) (2003/361/WE). Małe przedsiębiorstwo może uzyskać dofinansowanie do projektu z działania 2.1 PORPW w wysokości do 70%, średnie do 60%, a duże do 50% (zgodnie z projektem rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego w sprawie udzielania przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości pomocy finansowej na tworzenie i umożliwienie dostępu do sieci szerokopasmowej w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007–2013). Posiadanie przez stronę publiczną udziałów w spółce nie przekraczających 25%, gwarantuje możliwość zachowania statusu MŚP prywatyzowanej spółce. Przy 75% prywatyzacji, obciążenie budżetu gminy związane z dokapitalizowaniem spółki małej w celu zapewnienia jej wkładu własnego do projektu wyniesie 7,5% wartości projektu. Pozostałe 22,5% sfinansują pozostali udziałowcy spółki. Należy jednak zaznaczyć, że do określenia wielkości przedsiębiorstwa bada się wszystkich udziałowców spółki. W tym kontekście, jeżeli 75% udziałów objąłby partner prywatny będący przedsiębiorstwem dużym, to maksymalny poziom dofinansowania zmniejszy się do 50%, jako że sprywatyzowana spółka również będzie miała status spółki dużej. W przypadku, gdyby sprywatyzowana spółka miała status spółki dużej, to przy 50% dofinansowaniu wkład budżetu gminy, przy takim samym stopniu prywatyzacji (75%) wynosiłby ok. 12,5% kosztów kwalifikowalnych.

Spółka, a więc w praktyce jej udziałowcy (początkowo sama spółka nie będzie posiadała żadnego majątku) wniosą wkład własny do projektu proporcjonalny do posiadanych udziałów. Tak więc wysoki stopień prywatyzacji przekłada się na niższe obciążenie budżetu gminy. Może poza tym stanowić większą zachętę dla partnerów prywatnych, którzy, jak się wydaje, mogą być zainteresowani objęciem jak największych udziałów w spółce.

Powstaje przy tym pytanie: jakie dodatkowe korzyści skłaniające do wspólnej, a nie samodzielnej realizacji przedsięwzięcia, odniesie partner(rzy) prywatny. Strona prywatna może odnieść wiele korzyści, m.in.:

- partycypację finansową w projekcie po stronie gminy, skutkującą zmniejszeniem wkładu własnego po stronie partnera prywatnego,
- przyspieszenie procedur administracyjnych (zgody, pozwolenia),
- wsparcie kompetencyjne w zagadnieniach proceduralnych związanych z pozyskaniem i rozliczeniem dofinansowania (również poprzez delegowanie ekspertów z projektu systemowego przy Ministerstwie Administracji i Cyfryzacji (MAiC)),
- zwiększenie popytu na usługi – włączenie się gminy w akcje promocyjne może przynieść bardzo dobre rezultaty, stworzyć przyjazny klimat w otoczeniu spółki.

III. Ppp w praktyce

Proces prywatyzacji można przeprowadzić, sprzedając udziały wszystkim operatorom którzy się zgłoszą i jednocześnie wykazą się zdolnością finansową do poniesienia wkładu własnego (dopłat czy też podwyższenia kapitału zakładowego) w czasie budowy sieci (1) lub tylko jednemu partnerowi (2).

Sprzedaż udziałów wszystkim zainteresowanym wydaje się z niektórych względów rozwiązaniem dobrym, gdyż daje szansę każdemu z operatorów do wzięcia udziału w przedsięwzięciu. Może to stworzyć korzystny klimat dla rozwoju i budowy sieci. Trudno też będzie zarzucić władzom gminy działanie na czyjąkolwiek korzyść. Powstałby swoisty ekosystem, nie blokujący żadnego z przedsiębiorców telekomunikacyjnych w rozwijaniu swoich usług. W tym kontekście planowana interwencja ze środków publicznych poprowadzona będzie w sposób z pewnością minimalizujący zakłócanie konkurencji i rynku. Mogą przy tym powstawać i zaożnaczać się konflikty pomiędzy udziałowcami, jednak odpowiednio rozpisana umowa spółki może pomóc w wyeliminowaniu tego problemu.

Wadą takiego rozwiązania, z punktu widzenia większych operatorów pragnących wziąć udział w przedsięwzięciu, jest dzielenie się udziałami, a więc potencjalnymi zyskami i innymi prawami, z konkurencyjnymi graczami rynkowymi. Prawdopodobne jest, że duży inwestor chętniej zainwestuje w przedsięwzięcie, mając zagwarantowaną możliwość samodzielnego wykupu wszystkich udziałów. Gmina z kolei może pozyskać partnera o większej stabilności, doświadczeniu i potencjale. W kontekście konkurencyjności rynku i wpływu na otoczenie biznesowe takiego rozwiązania, można w umowie spółki wypracować narzędzia gwarantujące otwarty charakter sieci co zminimalizuje ewentualny negatywny wpływ na konkurencję na rynku klienta detalicznego.

Zasady sprzedaży udziałów przez gminę w pierwszym przypadku przedstawiałyby się następująco:

Każdemu uprawnionemu do nabycia akcji po przeprowadzeniu wcześniejszych zapisów zostanie zaoferowana do odpłatnego nabycia co najmniej jedna akcja (udział) Spółki. Pozostałe akcje nie rozdzielone będą mogły być przedmiotem zbycia na rzecz uprawnionych, którzy zgłosili zainteresowanie nabyciem więcej niż jednej akcji. W takim przypadku nastąpi proporcjonalne ich rozdzielanie według wielkości złożonych wniosków.

W przypadku, gdy uprawnieni złożą zapisy na większą liczbę akcji niż liczba przeznaczonych do zbycia akcji, przydział akcji nastąpi na następujących zasadach:

- a) uprawnionym składającym zapisy na liczbę akcji od 1 do „n” zostanie przydzielona liczba akcji, na jaką opiewają zapisy,
- b) przez liczbę „n” akcji należy rozumieć maksymalną liczbę akcji możliwą do przydzielenia bez zastosowania redukcji,
- c) uprawnionym, którzy złożą zapisy na liczbę większą niż „n” akcji zostanie przydzielone „n” akcji (przydział podstawowy) oraz akcje dodatkowe, o których mowa w pkt. c,
- d) akcje dodatkowe zostaną przydzielone na zasadzie proporcjonalnej redukcji z zastosowaniem zaokrąglenia do 1 akcji.

Uprawniony, składając wniosek (zapis na akcje), przyjmuje do wiadomości i wyraża pisemną zgodę, że w wyniku ewentualnej redukcji zapisów liczba przydzielonych akcji może być mniejsza od liczby akcji, jaką wskazał we wniosku.

Warto zaznaczyć, że spółkę może współtworzyć kilka samorządów różnego szczebla, przy czym niekoniecznie muszą to być samorządy geograficznie sąsiadujące. Spójność sieci na terenie nawet niesąsiadujących gmin osiągnąć można poprzez wykorzystanie sieci SSPW budowanej przez Samorząd Województwa.

W umowie spółki powinno się przewidzieć sposób postępowania w przypadku nieuzyskania dofinansowania z UE (w szczególności brak konieczności dokapitalizowywania spółki), aż do możliwości rozwiązania spółki łącznie.

ZAKRES ŚWIADCZONYCH USŁUG

Należałoby rozważyć w dalszej kolejności, czy spółka miałaby prowadzić sprzedaż usług klientom końcowym, czy też powinna poprzestać na wybudowaniu przyłączy i dzierżawie infrastruktury, aż do najdalej idącej zasady uwolnienia pętli abonenckiej (LLU) czyli prowadzenia tzw. otwartej sieci (open network). To drugie rozwiązanie wydaje się właściwsze zarówno z punktu widzenia instytucji jaką jest działalność o charakterze użyteczności publicznej, jak i z punktu widzenia rozwijania konkurencyjności usług. Sprzedaż w uwolnionej pętli abonenckiej

gwarantuje klientom końcowym możliwość skorzystania z usług dowolnego operatora (Internet Provider'a). Następuje tu bardzo wyraźne oddzielenie infrastruktury od świadczenia usług. Istnieją podstawy by przypuszczać, że po wybudowaniu sieci lokalni operatorzy przystąpią do szybkiej ofensywy sprzedażowej. Po pierwsze, będą mieli bardzo małą barierę wejścia na rynek – cała niezbędna infrastruktura będzie przygotowana do świadczenia usług. Pozostanie jedynie pozyskanie klienta końcowego, wyposażenie go w urządzenia końcowe i uruchomienie usługi. Po drugie, presja podażowa wymusi bardzo szybkie i skuteczne działania w celu pozyskania klientów. Należy zaznaczyć, że nic nie będzie stało na przeszkodzie, aby udziałowcy spółki gminnej byli jednocześnie operatorami, na jednakowych i nefaworyzujących warunkach.

Opisany model uwolnienia pętli abonenckiej i udostępniania infrastruktury na zasadzie otwartej sieci z powodzeniem stosowany jest w opisanym wyżej przykładzie z Finlandii.



ASPEKT TECHNOLOGICZNY

Jedyną technologią gwarantującą na długie lata nowoczesność infrastruktury jest technologia FTTH (Fiber To The Home – światłowód do domu). Jest to rozwiązanie stające się trendem nawet na lokalnym warmińsko-mazurskim rynku. Można rozważać budowanie do odleglejszych stanic linii radiowych. Linie światłowodowe można budować na podbudowie słupowej linii energetycznych, co może być 2–3 razy tańsze od światłowodów doziemnych, a ponadto może znacznie przyspieszyć proces inwestycyjny. W przygotowaniu koncepcji sieci niezbędne będzie wykonanie odpowiednich, pogłębionych analiz techniczno-ekonomicznych.

Jednym z istotnych zagadnień jest wykorzystanie istniejącej infrastruktury; powinno się ją wykorzystywać o ile będzie to opłacalne ekonomicznie. Dane kosztorysowe przedstawione na wstępie odnoszą się do budowy od podstaw kabli doziemnych. W przypadku wykorzystania istniejącej infrastruktury bądź podwieszania światłowodów na liniach energetycznych koszty budowy można znacząco ograniczyć.

ASPEKT EKONOMICZNY

Wysokość kosztów inwestycyjnych budowy sieci została oszacowana powyżej. Sposób finansowania kosztów inwestycyjnych polega na dywersyfikacji źródeł w taki sposób, aby dla każdego z finansujących podmiotów wysokość nakładów była akceptowalna. Stąd połączenie wkładu prywatnego i wkładu samorządu (udziałowcy spółki) oraz dofinansowania UE. Niewykluczone, że częściowo koszty budowy samych przyłączy mogłyby być pokryte przez klientów końcowych.

III. Ppp w praktyce

Koszty utrzymaniowe, podobnie jak analiza popytu wymagają odrębnej analizy. Warto jednak w tym miejscu zdecydowanie zaznaczyć, że np. w projekcie SSPW realizowanym przez Województwo Warmińsko-Mazurskie blisko 40% kosztów utrzymaniowych stanowią opłaty za umieszczenie urządzeń w pasie drogowym oraz podatki od nieruchomości odprowadzane w przeważającej mierze do samorządów (odpowiednio zarządców dróg oraz gmin). W przypadku projektu otwartej sieci gminnej, samorzady mogłyby (tu wypada zdecydowanie podkreślić, że dla zapewnienia ekonomicznej opłacalności powinny) zrezygnować, przynajmniej w początkowej fazie, z pobierania podatków i opłat, co przyczyniłoby się do przyspieszenia osiągnięcia rentowności przedsięwzięcia. Istnieją ku temu odpowiednie mechanizmy prawne.

Porównując działalność spółki z projektem finlandzkim i mając na uwadze większą zamożność i popyt na sieć ze strony tamtejszego społeczeństwa, a z drugiej strony wielokrotnie niższą gęstość zaludnienia przekładającą się na wyższe „jednostkowe” koszty utrzymania (8,8 os./km² w gminach finlandzkich do ok. 30 os./km² na terenie wiejskim gminy Dobre Miasto), można postawić uzasadniony wniosek, że przedsięwzięcie stanie się rentowne szczególnie, gdy sieć zostanie odciążona z podatków i opłat.

II. Analiza prawna – wybrane zagadnienia

1. Założenie spółki gminnej

1.1. Rodzaje spółek zakładanych przez JST

„Gospodarkę komunalną można prowadzić w formie spółek z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółek akcyjnych, przy czym spółka z o.o. jest zdecydowanie preferowaną formą organizacyjną. Jednostki samorządu terytorialnego mogą same tworzyć takie spółki lub przystępować do zawiązywanych wraz z innymi podmiotami (np. innymi jednostkami samorządu). Art. 3 ust. 4 ustawy ustanawia działalność telekomunikacyjną gminy jako zadanie własne o charakterze użyteczności publicznej jednostki samorządu terytorialnego.

Spółki tworzone przez JST podlegają regulacjom przepisów KSH, z pewnymi odrębnościami przewidzianymi w przepisach szczególnych. Zaakcentowanie tych odrębności jest o tyle istotne, że wyłączają one całkowicie stosowanie przepisów ogólnych, poza tym są bezwzględnie wiążące i niezastosowanie ich pociągnąć może za sobą duże konsekwencje prawne. Pierwszą odrębnością jest obowiązek powołania rady nadzorczej (dalej: RN) w każdej spółce z udziałem JST. Regulacje dotyczące RN w spółkach komunalnych reguluje art. 10a GospKomU. Brak powołania RN w umowie spółki skutkować powinien odmową rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej: KRS) z uwagi na niezgodność umowy z przepisami prawa. Co za tym idzie, spółka taka nie uzyska osobowości prawnej i nie może prowadzić swej działalności.”¹

Spółka powinna przyjąć formę spółki z o.o. utworzoną w celu prowadzenia działalności telekomunikacyjnej jako sposobu wykonywania zadania własnego o charakterze użyteczności publicznej. Przed utworzeniem spółki organ stanowiący powinien podjąć odpowiednią uchwałę (art. 3 ust. 4 WspRoTelU), która co najmniej:

1. zezwalała na podjęcie działalności telekomunikacyjnej
2. precyzowała warunki utworzenia spółki. Należy odpowiednią informację zamieścić na stronie internetowej, BIP, jak również dokonać odpowiedniego zgłoszenia do UKE oraz dokonać wpisu do rejestru przedsiębiorstw telekomunikacyjnych (art. 3 ust. 6, art. 5 WspRoTelU).

1.2. Obowiązek powołania Rady Nadzorczej w każdej spółce zakładanej przez jednostkę samorządu terytorialnego

„W spółce z większościowym udziałem JST (ponad 50% kapitału zakładowego) kadencja Rady Nadzorczej (RN) trwać musi 3 lata. W innych wypadkach zastosowanie ma reguła z art. 216 § 1 Kodeksu Spółek Handlowych (KSH), zgodnie z którym członków RN powołuje się na rok, jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej. Termin 3-letni nie może być krótszy ani dłuższy, ustawa określa to kategorycznie. Brak takiego postanowienia w umowie lub odmienna regulacja skutkuje tym, że zastosowanie znajduje wprost przepis ustawy.

Szczególne zasady dotyczą również osób, które mogą być powołane do RN.²

1.3. Obejmowanie udziałów i akcji spółek przez jednostki samorządu terytorialnego

„W art. 12 ustawy z dnia 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 ze zm., zwanej dalej GospKomU) ujęto kwestie operacji na kapitale zakładowym spółek.

Ustęp 1. stwierdza, że do wniesienia wkładów oraz obejmowania udziałów i akcji stosuje się przepisy Kodeksu spółek handlowych, Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem przepisów ustaw: o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym, o samorządzie województwa oraz o komercjalizacji i prywatyzacji.

Odnosnie do przepisów KSH chodzi tu o przepisy art.: 14 – ogólne zasady dotyczące wkładów, art. 158 – treść umowy spółki przy wnoszeniu aportu, art. 166 – zgłoszenie spółki do rejestracji, art. 255–265 – zmiana umowy spółki ze szczególnym uwzględnieniem podwyższenia kapitału zakładowego.

Co do przepisów Kodeksu Cywilnego (KC), szczególnie istotne są te o formie niektórych czynności prawnych, szczególnie art. 158 – wymagalność formy aktu notarialnego dla przeniesienia własności nieruchomości (wniesienie prawa własności do spółki w drodze aportu jest niewątpliwie przeniesieniem własności, spółka staje się właścicielem nieruchomości i jako taka powinna być ujawniona w księdze wieczystej) oraz art. 751 – forma przy zbyciu przedsiębiorstwa (jako zorganizowanego zespołu środków przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej).

Powołane ustawy ustrojowe JST regulują tryb podejmowania decyzji dotyczących majątku komunalnego. Dla przykładu przeanalizujmy ustawę o samorządzie gminnym. Zgodnie z art. 30 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 08.03.1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 ze zm., zwanej dalej SamGminU) gospodarowanie mieniem komunalnym należy do zadań wójta. Jednocześnie z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a wynika, że do kompetencji rady gminy należy podejmowanie uchwał w sprawach majątkowych gminy, przekraczających zakres zwykłego zarządu, dotyczących m.in. określenia zasad zbywania nieruchomości.

Jednocześnie wskazać należy art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f tego przepisu, z którego wynika, że wyłącznie do rady należy decydowanie o tworzeniu i przystępowaniu do spółek i spółdzielni oraz rozwiązywanie i występowanie z nich.

W tym kontekście sięgnąć należałoby do dorobku orzecznictwa. Trafny pogląd wyraził NSA w wyroku z 21.01.2010 r. (I OSK 1161/09, Legalis). Zgodnie z zawartym tam stanowiskiem, jeśli nie zostały określone zasady gospodarowania mieniem gminy w drodze uchwały rady, wójt ma obowiązek uzyskać zgodę na nabycie (ale również zbycie) określonej nieruchomości. Uchwała taka powinna zawierać treści aprobujące, a nie nakazujące określone działanie. Tym samym rada gminy nie jest uprawniona do określenia wartości nieruchomości, która ma stanowić przedmiot czynności cywilnoprawnej (wniesienia aportu objęcia udziałów o określonej wartości). Zawarcie umowy należy do kompetencji wójta gminy i cena jest ustalana w procesie negocjacji prowadzonych przez podmioty uprawnione do reprezentowania stron czynności.³

² Źródło: <http://www.ekspertbeck.pl/tworzenie-i-przystepowanie-przez-jst-do-spolek-z-ograniczona-odpowiedzialnoscia/>

³ Źródło: <http://www.ekspertbeck.pl/tworzenie-i-przystepowanie-przez-jst-do-spolek-z-ograniczona-odpowiedzialnoscia/>

III. Ppp w praktyce

Uchwała rady gminy o podjęciu działalności telekomunikacyjnej i utworzeniu w tym celu spółki, optymalnie powinna od razu definiować zasady i możliwość zbycia udziałów w spółce w celu realizacji przedsięwzięcia polegającego na wybudowaniu sieci gminnej. Istotnym elementem uchwały powinna być również zgoda na wniesienie określonej dopłaty do spółki (lub podwyższenia Kapitału Zakładowego, zapasowego lub rezerwowego), proporcjonalnej do udziałów w spółce, a niezbędnej do wykonania przedsięwzięcia (sfinansowania części wkładu własnego spółki do dofinansowania z UE). Ujęcie wszystkich tych zagadnień w jednej uchwale rady gminy gwarantowało będzie sprawność realizacji procesu, a ponadto da partnerom prywatnym pewność co do uzupełnienia wkładu własnego przez gminę. Wyprzedzająco do powyższego należałoby również dokonać odpowiednich wpisów w budżecie gminy – wieloletniej prognozie finansowej, jeżeli umowa spółki będzie przewidywała dopłaty.

Należy podkreślić, że kluczowym elementem konstytuującym spółkę będzie umowa spółki. Powinna zostać ona tak skonstruowana, aby zabezpieczyć interes gminy i jednocześnie pozwolić w sposób optymalny prowadzić działalność zgodną z celem powołania spółki przez gminę (działalność telekomunikacyjna o charakterze użyteczności publicznej polegająca na otwartym dostępie do infrastruktury). Warunki zmiany umowy spółki powinny być tak opracowane, aby zapisów kluczowych z punktu widzenia gminy nie można było zmienić bez jej zgody, co pozwoli zachować gminie wpływ na niewrażliwe elementy funkcjonowania przedsiębiorstwa, w szczególności na zachowanie otwartości sieci. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby w wybranych dziedzinach gmina była współnikiem uprzywilejowanym. Zróżnicowanie praw współnika w spółce możliwe jest poprzez przyznanie szczególnych uprawnień określonym współnikom lub uprzywilejowanie udziałów. Takie specjalne uprawnienie współnika samorządowego (gminy) mogłoby polegać na wyrażaniu zgody przez uprzywilejowanego współnika na niektóre czynności spółki, np. zmiana oferty spółki.

Umowa spółki stanie się kluczowym elementem przedsięwzięcia, wymaga dogłębnej i szczegółowej analizy. Wybrane problemy zostały powyżej tylko zasygnalizowane.

1.4. Procedura zbycia udziałów

„Podstawową regulacją jest art. 12 ust. 2–4 GospKomU. Odsyła on jednak do przepisów działu IV ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji. Odesłanie jest przy tym kategorię, nie przewiduje stosowania „odpowiednio”. Przepisy o zbywaniu muszą być zatem stosowane w miarę dosłownie. Fakt, że dotyczą spółek z udziałem JST, a nie SP nie ma znaczenia. Sytuacja takich spółek i model zbywania jest dość podobny.

Analizę procedury zbycia zacząć należy od przepisów ustawy o samorządzie gminnym. Na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. g SamGminU określanie zasad wnoszenia, cofania i zbywania udziałów oraz akcji przez wójta należy do rady gminy. Aktualne są przy tym również rozważania o wnoszeniu aportów. Zasady te mogą określać np. wartość udziałów, jakie może zbyć wójt bez zgody rady gminy, dokonywać wyboru sposobu zbycia (ta kwestia poruszona będzie później), mogą to też być ograniczenia w zbywaniu udziałów w konkretnych przedsiębiorstwach. Zbycie udziałów w imieniu JST należy do przewodniczącego zarządu JST (starosta, marszałek województwa), a w przypadku gminy – wójta. Dopuszczalne jest oczywiście upoważnienie innych osób, np. zastępcy wójta (wiceprezydenta miasta), wicestarosty.

Przed zaoferowaniem udziałów dokonać należy analizy mającej na celu oszacowanie wartości przedsiębiorstwa spółki, w tym ustalenie sytuacji prawnej majątku spółki w zakresie każdorazowo ustalonym z uwzględnieniem specyfiki spółki oraz poziomu zaangażowania kapitałowego konkretnej JST – art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 30.08.1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz.U. z 2002 r., Nr 171, poz. 1397 ze zm., zwanej dalej KomPrywU).

Szczegółowe zasady uregulowane są w aktach podustawowych (rozporządzenie Rady Ministrów z 17.02.2009 r. w sprawie analizy spółki, przeprowadzanej przed zaoferowaniem do zbycia akcji należących do Skarbu Państwa; Dz.U. Nr 37, poz. 288; dalej: AnSR), które też znajdują zastosowanie w przypadku spółek z udziałem JST. Regulacje dotyczące zbywania udziałów (akcji) stanowią pewną całość. Do niej zaliczyć należy również przepisy wynikające z innych aktów, do których odsyła ustawa.⁴

⁴ Źródło: <http://www.ekspertbeck.pl/tworzenie-i-przestepowanie-przez-jst-do-spolek-z-ograniczona-odpowiedzialnoscia/>

Spółka w początkowej fazie swojego istnienia nie będzie posiadała żadnego majątku. Jedynymi wartościami poza początkowym kapitałem zakładowym mogącym podwyższyć wartość spółki, jest zobowiązanie gminy do dokapitalizowania spółki proporcjonalnie do posiadanych udziałów, prowadzone na etapie budowy sieci oraz ewentualnie wartość wsparcia kompetencyjnego, jaką spółka może otrzymać za pośrednictwem gminy z projektu systemowego MAiC.

„Przepisy AnSR w § 16 przewidują okoliczności umożliwiające odstąpienie od tego elementu procedury. Ze wszystkich najbardziej istotny w przypadku spółek komunalnych wydaje się § 16 pkt 6. Przewiduje on odstąpienie od analizy przy wystąpieniu odpowiednich przesłanek omówionych poniżej.

W art. 33 ust. 1 KomPrywU określono sposoby dokonywania zbycia. Ze względu na specyfikę spółek komunalnych, a w szczególności ich rozmiar oraz fakt, że są to głównie spółki z o.o., tylko niektóre z nich będą nadawały się do zastosowania (odpadają sposoby dokonywania zbycia związane z uczestnictwem w regulowanym obrocie na rynku giełdowym). Szczególnie istotne będą zatem: oferta ogłoszona publicznie, przetarg publiczny, negocjacje podjęte na podstawie publicznego zaproszenia, aukcja ogłoszona publicznie. Wyjątki przewidziane w art. 33 ust. 3–5 nie mają zastosowania w przypadku spółek komunalnych. W JST nie działają bowiem organy będące odpowiednikami Rady Ministrów. Nie można za takie uznać ani rady gminy, powiatu, ani sejmiku województwa. Nie są to bowiem organy wykonawcze, a jedynie stanowiące. Z kolei przepisy ustawy o gospodarce komunalnej nie przewidują wykonywania przez organy wykonawcze JST kompetencji Rady Ministrów. Przewidziana np. w ustawie o samorządzie gminnym możliwość ustalenia przez radę gminy zasad zbywania udziałów nie może prowadzić do naruszenia przepisów ustawy poprzez wykreowanie innego sposobu przeprowadzenia zbycia niż wyraźnie przewidziane przez ustawę. Z tego też względu dopuścić można tylko jeden ze sposobów przewidzianych powyżej.

Wybór sposobu zbycia ma duże znaczenie, ponieważ zgodnie ze wspomnianym § 16 pkt 6 AnSR od analizy tej można odstąpić, jeśli:

- udziały będą zbywalne w trybie przetargu publicznego, aukcji ogłoszonej publicznie,
- tryb zbywania udziałów ma charakter nieograniczony, niedyskryminujący, przejrzysty i otwarty dla wszystkich,
- w umowie nie występują żadne warunki pozacenowe, które mogą prowadzić do obniżenia ceny sprzedaży udziałów,
- zbycie udziałów ma nastąpić na rzecz oferenta, który zaproponował najwyższą cenę nabycia akcji,
- oferentom zapewnia się wystarczającą ilość czasu i informacji do przeprowadzenia własnego oszacowania wartości przedsiębiorstwa spółki, której nabyciem udziałów są zainteresowani.

Od ustalenia sytuacji prawnej majątku spółki można odstąpić, jeżeli zbywane są udziały, w której JST posiada nie więcej niż 50% kapitału zakładowego.

Szczegółowe wymogi dla każdego ze sposobów zbycia udziałów również zostały uregulowane w odpowiednim rozporządzeniu (rozporządzenie Rady Ministrów z 17.02.2009 r. w sprawie szczegółowego trybu zbywania akcji Skarbu Państwa; Dz.U. Nr 34, poz. 264 ze zm.). Ogólne zasady przewidują, że udziały (akcje) zbywane są w trybie publicznym, a wyboru sposobu dokonuje odpowiedni organ, uwzględniając w szczególności stopień skomplikowania planowanej transakcji zbycia akcji, a także wielkość i kondycję ekonomiczno-finansową podmiotu, którego akcje będą przedmiotem zbycia. Publiczny tryb wymaga również, aby stosowne informacje (np. oferta publiczna) ogłoszone były w co najmniej jednym dzienniku o zasięgu ogólnopolskim oraz w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej właściwej JST. W pozostałym zakresie rozporządzenie wylicza informacje, które powinny znaleźć się w ogłoszeniu o planowanej sprzedaży udziałów.

Zgodnie z art. 34 KomPrywU zbycie dokonane z naruszeniem powyższych zasad jest nieważne.

W wypadku zbycia w drodze przetargu publicznego lub negocjacji podjętych na podstawie publicznego zaproszenia zapłata może zostać dokonana w ratach, ale tylko pod warunkiem, że zostanie zabezpieczona kwota pozostała do zapłaty po uiszczeniu pierwszej raty. Pierwsza rata musi wynieść minimum 20% ceny. Pozostała kwota jest spłacana w ratach przez okres nie dłuższy niż 5 lat, przy czym jest oprocentowana w wysokości nie niższej niż wskaźnik wzrostu cen dóbr inwestycyjnych (wskaźnik publikowany przez Prezesa GUS).

III. Ppp w praktyce

Szczegóły zapłaty za udziały uregulowane są również stosownym aktem (rozporządzenie Rady Ministrów z 14.12.2004 r. w sprawie sposobu finansowania zbywania akcji oraz formy i warunków zapłaty za akcje nabywane od Skarbu Państwa; Dz.U. Nr 269, poz. 2666). Zgodnie z § 4 zapłata za udziały może być dokonywana: gotówką, poleceniem przelewu, czekiem potwierdzonym przez bank, czekiem rozrachunkowym, akcjami oraz obligacjami lub innymi papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa, o ile warunki emisji tych obligacji lub papierów wartościowych przewidują ich wykorzystanie do zapłaty za akcje zbywane przez Skarb Państwa – przy czym ten ostatni punkt w wypadku spółek komunalnych nie ma zastosowania. Zapłata może zostać dokonana w formie zwiększenia funduszy statutowych albo kapitału zakładowego komunalnych osób prawnych.

Zabezpieczenie zapłaty, w przypadku rozłożenia ceny na raty, może zostać dokonane poprzez hipotekę, poręczenie bankowe, gwarancję bankową.⁵

Prywatyzacja powinna się odbyć w trybie Oferty ogłoszonej publicznie (Rozdział 2 rozporządzenia Rady Ministrów z 17.02.2009 r. w sprawie szczegółowego trybu zbywania akcji Skarbu Państwa; Dz.U. Nr 34, poz. 264 ze zm.), z oszacowaną ceną akcji (udziału) i dopuszczeniem wszystkich zainteresowanych podmiotów o statusie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego z udokumentowaną wiarygodnością zobowiązania do wniesienia wkładu finansowego na budowę sieci, w wysokości określonej proporcjonalnie do przyszłego udziału w spółce. Wymaga dobrego przemyślenia dobór odpowiedniej metody zabezpieczenia tego zobowiązania.

Proces prywatyzacji jest odrębny i niezależny od procesu aplikowania o dofinansowanie projektu z UE i oba te procesy mogą postępować równolegle bez szkody dla siebie. W napiętym harmonogramie czasowym związanym z przygotowaniem przedsięwzięcia ma to szczególne znaczenie.

1.5. Dopłaty do spółki

„Przepisy o spółce z o.o. przewidują również instytucję dopłat wspólników. Jest to forma dokapitalizowania spółki. Jakkolwiek można w ten sposób powiększyć majątek spółki, to nie jest to tożsame z podwyższeniem KZ, bardziej zbliża się do pożyczki, choć wykazuje istotne różnice z kodeksowym modelem tej umowy. Dopłaty mogą być wnoszone jedynie w środkach pieniężnych, nie jest możliwe pokrycie dopłat aportem. Niewątpliwym atutem dokapitalizowania spółki w stosunku do podwyższenia kapitału jest odformalizowanie procedury (dopłaty nie wymagają rejestracji w KRS).

Zgodnie z art. 177 KSH umowa spółki może zobowiązywać wspólników do dopłat w granicach liczbowo oznaczonej wysokości w stosunku do udziału, a dopłaty powinny być nakładane i uiszczane przez wspólników równomiernie w stosunku do ich udziałów.

Wynika z powyższego, że jedynym źródłem obowiązku wnoszenia dopłat jest umowa spółki, przy czym postanowienia takie mogą być przewidziane zarówno w pierwotnej umowie spółki, jak i wprowadzone wtórnice w drodze zmiany umowy. W tym drugim przypadku zmiana taka wymaga zgody wszystkich wspólników, a więc powinna zapaść jednomyślnie. Uchwała wspólników o wniesieniu dopłat, przy braku postanowień umownych, nie jest sama przez się nieważna, jednakże oceniana będzie przez pryzmat przepisów KC, a nie KSH. Jednocześnie uchwała, konkretyzująca obowiązek dopłat niebędąca już zmianą umowy, nie wymaga w takim przypadku zgody wszystkich wspólników.

Wymóg liczbowego określenia granic oznacza, że z umowy powinna wynikać górna granica obowiązku do dopłat, określona w stosunku iloczynowym – wielokrotność wartości udziału lub jej ułamek, dopuszcza się również określenie procentowe (np. 75%). Chodzi tu o wartość nominalną. Spotkać można również tezy o dopuszczalności kwotowego limitu powiązanego z udziałem, np. do 2000 zł na udział.

Przyjęte jest, że wysokość i terminy dopłat mogą zostać określone już w umowie spółki, względnie doprecyzowane w uchwale wspólników. Opowiedzieć się należy za słusznością stanowiska, że kwestie te nie mogą pozostać do decyzji zarządu czy też RN.

Ustawodawca przewidział sankcję w wypadku opóźnienia z uiszczeniem dopłaty. Spółka może domagać się odsetek oraz ewentualnego naprawienia szkody. Przyjęto jednak, że dopuszczalne jest złagodzenie wysokości odsetek, jak i ostrzejszych rygorów. Możliwe są przede wszystkim kary umowne za dzień zwłoki, ustalenie odszkodowania umownego itp. Niezależnie od tego można żądać wyłączenia opóźniającego się wspólnika ze spółki, na warunkach określonych w art. 266 § 1 KSH. Jako najbardziej dotkliwą sankcję wprowadzić można nawet przymusowe umorzenie udziałów.

Zgodnie z art. 179 § 1 KSH dopłaty mogą być zwracane wspólnikom, tylko jeżeli nie są wymagane na pokrycie straty wykazanej w sprawozdaniu finansowym. Jeżeli zatem jest możliwe pokrycie straty z innych źródeł, np. kapitału zapasowego, wypłata jest dopuszczalna. Dokonując wypłat, trzeba mieć na uwadze, że zgodnie z art. 189 § 2 KSH wspólnicy nie mogą otrzymywać z jakiegokolwiek tytułu wypłat z majątku spółki potrzebnego do pełnego pokrycia KZ.

Zwrot dopłat może nastąpić po upływie miesiąca od dnia ogłoszenia o zamierzonym zwrocie w piśmie przeznaczonym do ogłoszeń spółki, przy czym wierzycielom spółki nie przysługuje sprzeciw.

Prawo do zwrotu przysługuje aktualnym wspólnikom. Najpełniej ujęto to w wyroku WSA w Warszawie z 10.01.2012 r. (sygn. akt III SA/Wa 1046/11), który stanowi, że prawo do zwrotu dopłat, w świetle art. 177 i 179 § 1 i 3 KSH, jest ściśle związane z posiadaniem udziału i przysługuje ono bez względu na to, kto posiada udział, z którym skojarzone zostało uprzednie wniesienie dopłat.

Z punktu widzenia sfery publicznoprawnej decyzja o wniesieniu dopłat związana jest z kwestiami gospodarki mieniem komunalnym. Obowiązują tu zasady przewidziane w art. 18 SamGminU. W tej kwestii przywołać należy interesującą uchwałę RIO w Kielcach z 13.01.2010 r. nr 2/2010. Organ ten stwierdził, że żaden przepis prawa nie daje organowi stanowiącemu JST kompetencji do podejmowania uchwał w sprawie wnoszenia dopłat do spółki, określania terminu ich wniesienia oraz wysokości w przypadku, gdy rolę zgromadzenia wspólników pełni burmistrz. Decyzje takie może podejmować jedynie burmistrz, który wykonuje uprawnienia jedynego wspólnika. Kompetencje rady określać należy każdorazowo, w odniesieniu do zasad zawartych w jej uchwałach, jak bowiem wskazano powyżej, to w jej gestii pozostaje normowanie zasad gospodarki komunalnej. Ponadto rada ma również uprawnienia w zakresie konstrukcji budżetu gminy, a zatem umieszczenia dopłat jako jednej z pozycji uchwały budżetowej.

Dopłaty są prostszym sposobem dokapitalizowania spółki. Procedura dopłat tym się różni od podwyższenia KZ, że:

- nie wymaga zmiany umowy spółki (w formie aktu notarialnego) bądź uchwał o podwyższeniu;
- nie wymaga oświadczeń o objęciu udziałów (znowu forma aktu notarialnego);
- nie wymaga wpisu do rejestru (nie ma konieczności poniesienia kosztów sądowych);
- istnieje możliwość zwrotu dopłat – brak natomiast możliwości zwrotu wkładów przez okres trwania spółki, brak możliwości naliczenia odsetek od wkładów;
- wysokość dopłat jest sztywna i jej zmiana wymaga każdorazowo zmiany umowy spółki, podczas gdy jakiegokolwiek podniesienie KZ może być dokonane wielokrotnie – samo w sobie co do zasady – jest zmianą umowy.⁶

Mając na uwadze powyższe rozważania, wydaje się, że dopłata do spółki będzie najlepszą formą pozyskania przez nią finansowania wkładu własnego do projektu. Obowiązek dopłat powinien zostać przewidziany już w umowie spółki. Uchwały wspólników można pozostawić jedynie termin wniesienia dopłat, choć można rozważać, czy nie należałoby określić na sztywno wysokości dopłat w poszczególnych latach.

⁶ Źródło: <http://www.ekspertbeck.pl/tworzenie-i-przystepowanie-przez-jst-do-spolek-z-ograniczona-odpowiedzialnoscia/>

III. Ppp w praktyce

III. Ścieżka „krok po kroku”

1. Wystąpienie o wsparcie całego procesu z projektu systemowego MAiC.
2. Podjęcie uchwały rady gminy ws.:
 - a) podjęcia działalności telekomunikacyjnej (art. 3 ust. 4 WspRoTelU),
 - b) zgody na utworzenie spółki w celu realizacji zadania własnego użyteczności publicznej będącego działalnością, o której mowa w art. 3 ust. 1 WspRoTelU,
 - c) zasady i możliwość zbycia udziałów w spółce,
 - d) zgody na dopłaty do spółki w latach 2014 i 2015 proporcjonalnych do wkładu własnego spółki do projektu dofinansowanego z UE oraz do posiadanych udziałów w spółce,
 - e) dokonania odpowiednich wpisów w budżecie gminy – ujęcia w wieloletniej prognozie finansowej.
3. Zgłoszenie do UKE oraz dokonanie wpisu do rejestru przedsiębiorstw telekomunikacyjnych (art. 3 ust. 6, art. 5 WspRoTelU) i publikacja informacji o podjęciu działalności telekomunikacyjnej na stronie internetowej i w BIP.
4. Przeprowadzenie pełnej procedury rejestracyjnej spółki.
5. Prywatyzacja spółki:
 - a) analiza mająca na celu oszacowanie wartości przedsiębiorstwa spółki, w tym ustalenie sytuacji prawnej majątku spółki w zakresie każdorazowo ustalonym z uwzględnieniem specyfiki spółki oraz poziomu zaangażowania kapitałowego konkretnej JST – art. 33 ust. 1 KomPrywU, AnSR,
 - b) publiczne ogłoszenie Oferty (Rozdział 2 rozporządzenia Rady Ministrów z 17.02.2009 r. w sprawie szczegółowego trybu zbywania akcji Skarbu Państwa; Dz.U. Nr 34, poz. 264 ze zm.),
 - c) sprzedaż udziałów wszystkim zainteresowanym podmiotom.
6. Wystąpienie z wnioskiem o dofinansowanie.
7. Opracowanie studium wykonalności i wniosku o dofinansowanie przy pomocy ekspertów z projektu systemowego.

Procesy opisane w punktach 5. i 6. można prowadzić równolegle. W szczególności zakończenie procedury prywatyzacji nie ma wpływu na możliwość aplikowania o dofinansowanie przez spółkę i zawarcia umowy o dofinansowanie.

HARMONOGRAM RZECZOWY*

	2013												2014				2015			
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Pozyskanie wsparcia całego procesu z projektu systemowego MAiC.																				
2. Podjęcie uchwały rady gminy ws.																				
b. zgody na utworzenie spółki w celu realizacji zadania własnego użyteczności publicznej będącego działalnością o której mowa w art. 3 ust. 1 WspRoTelU,																				
c. zasady i możliwość zbycia udziałów w spółce,																				
d. zgody na dopłaty do spółki w latach 2014 i 2015 proporcjonalnych do wkładu własnego spółki do projektu dofinansowanego z UE oraz do posiadanych udziałów w spółce,																				
e. dokonania odpowiednich wpisów w budżecie gminy - wieloletniej prognozie finansowej.																				
3. zgłoszenia do UKE oraz dokonanie wpisu do rejestru przedsiębiorstw telekomunikacyjnych (art. 3 ust. 6, art. 5 WspRoTelU), publikacja informacji o podjęciu działalności telekomunikacyjnej na stronie internetowej i BIP.																				
4. Przeprowadzenie pełnej procedury rejestracyjnej spółki.																				
5. Prywatyzacja spółki.																				
a. analiza mająca na celu oszacowanie wartości przedsiębiorstwa spółki,																				
b. publiczne ogłoszenie Oferty publicznie (Rozdział 2 rozporządzenia Rady Ministrów z 17.2.2009 r. w sprawie szczegółowego trybu zbywania akcji Skarbu Państwa; Dz.U. Nr 34, poz. 264 ze zm.),																				
c. sprzedaż udziałów wszystkim zainteresowanym podmiotom,																				
6. Wystąpienie z wnioskiem o dofinansowanie.																				
7. Opracowanie studium wykonalności i wniosku o dofinansowanie przy pomocy ekspertów z projektu systemowego.																				
8. Realizacja projektu.																				

*Niniejsze opracowanie powstało w lutym 2013 roku.

3.3. Rynek projektów hybrydowych

Termin „hybryda” w ostatnim czasie mocno zyskał na popularności. Najczęściej kojarzony jest z silnikiem, który napędzany jest za pomocą dwóch różnych źródeł energii – paliwa i prądu. Nie inaczej „hybrydowość” funkcjonuje w środowisku inwestycyjnym, zwłaszcza tym związanym z partnerstwem publiczno-prywatnym oraz funduszami unijnymi. Hybryda będzie w tym kontekście przedsięwzięciem inwestycyjnym sektora publicznego, które finansowane jest z różnych niezależnych źródeł. **Źródłami tymi będą środki dotacyjne pochodzące z funduszy UE**, towarzyszące im środki publiczne, jako wymagany wkład własny beneficjenta, **oraz środki pochodzące z sektora prywatnego**, będące własnym lub też specjalnie do tego celu pozyskanym kapitałem firmy prywatnej. Czy tego rodzaju połączenie źródeł finansowania dla inwestycji jest wykonalne? Z całą pewnością tak, jednak trudność pogodzenia obydwu procesów, tj. aplikowania o środki unijne oraz procedury wyboru partnera prywatnego, dobrze oddaje słownikowa z kolei definicja słowa „hybryda”, którą Słownik Języka Polskiego wyd. PWN określa jako „*coś, co składa się z różnych elementów, często do siebie niepasujących*”.



Adam Jędrzejewski

Utarło się również, że mianem przedsięwzięć hybrydowych określa się te realizowane przez sektor publiczny w formule tożsamej lub pokrewnej partnerstwu publiczno-prywatnemu.

W Polsce tak rozumianymi projektami hybrydowymi zajmuje się z ramienia administracji centralnej Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, którego strategicznym zadaniem jest czuwanie nad rozwojem regionalnym Polski, szczególnie przy wykorzystaniu środków unijnych. O wadze działań tego resortu niech świadczy fakt, że Polska jest największym beneficjentem unijnego budżetu, zarówno w perspektywie finansowej z lat 2007–2013, jak i w nadchodzącym horyzoncie lat 2014–2020.

Rynek hybrydowy w Europie

Mimo że w Polsce dużo mówi się o projektach hybrydowych, nie jesteśmy kolebką tego rodzaju przedsięwzięć, a są nimi te państwa europejskie, które dużo wcześniej niż Polska zostały członkami Unii Europejskiej, jak również dużo wcześniej postawiły na realizację części zadań publicznych za sprawą mariażu sektora publicznego z prywatnym w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Wśród krajów, które **najwcześniej sięgnęły po hybrydy, wymienić należy Portugalię, Grecję oraz Irlandię**. Nie należy jednak w żaden sposób nadinterpretować faktu, że gospodarki wymienionych tu krajów faktycznie zbankrutowały w dobie kryzysu końca lat dziesiątych XXI w. Zarówno Portugalia, Grecja, jak i Irlandia starały się bowiem zmaksymalizować wykorzystanie środków pomocowych pochodzących z UE, wprowadzając je m.in. do przedsięwzięć typu ppp, a kłopoty ekonomiczne wspomnianych gospodarek nie wynikają ani z absorpcji środków unijnych jako takich, ani tym bardziej z kilku zrealizowanych projektów hybrydowych. Dla pełnego obrazu należy dodać, że projekty hybrydowe realizowane są m.in. **w Francji, Belgii, Wielkiej Brytanii czy w Niemczech**.



Według cytowanych przez działającą w ramach MRR Platformę PPP danych EPEC (*European PPP Expertise Centre*; polskie tłumaczenie: *Europejskie Centrum Wiedzy o PPP*) z czerwca 2012 r., w Europie zidentyfikowano **49 projektów hybrydowych**, spośród których aż 51% (25 umów) dotyczyło inwestycji w sektorze ICT, głównie budowy i zarządzania sieciami szerokopasmowymi, 22% (11 umów) w obszarze transportu, 16% (8 umów) w sektorze rekreacyjnym, 6% (3 umowy) w sektorze środowiskowym, a po 2% (każdorazowo po jednej umowie) w energetyce oraz rolnictwie. Wśród projektów hybrydowych zidentyfikowanych w ubiegłym roku przez EPEC znalazł się też jeden polski przedstawiciel – projekt budowy kompleksu mineralnych basenów w Solcu Zdroju.

III. Ppp w praktyce

Poniżej prezentujemy **wybrane projekty hybrydowe** z zestawienia EPEC (źródło: *EU Funds in PPPs, Project Stocktake and Case Studies*, EPEC, czerwiec 2012 r.; tłumaczenie własne autora):

Lp.	Kraj oraz rok zamknięcia finansowego lub komercyjnego	Projekt	Sektor	Wartość projektu w EUR; wartość dotacji w EUR; źródło dotacji	Strona publiczna umowy
1	Włochy, 2011	Budowa i zarządzanie siecią szerokopasmową w regionie Lombardii (w ponad 700 miejscowościach bez sieci światłowodowej)	ICT	95 000 000; 20 000 000; Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego (dalej EFRR)	Region Lombardii
2	Polska, 2011	Budowa kompleksu mineralnych basenów w Solcu Zdroju	rekreacja	4 000 000; 2 000 000; EFRR	Gmina Solec Zdrój
3	Portugalia, 2011	Budowa i zarządzanie koleją wysokich prędkości RAVE na odcinku <i>Poceirão-Caia</i> (długość 167 km)	transport	1 200 000 000; 300 000 000; EFRR	Rede Ferroviária de Alta Velocidade (RAVE)
4	Francja, 2010	Budowa i zarządzanie ciepłownią na biomasę na potrzeby Szpitala w Périgueux (Region Akwitania)	energetyka	44 00 000; 500 000; EFRR	Centre Hospitalier de Périgueux (Szpital w Périgueux)
5	Litwa, 2010	Centrum narciarskie w miejscowości Druskininkai (budowa i zarządzanie)	rekreacja	23 500 000; 11 600 000; EFRR	Ministerstwo Finansów
6	Francja, 2010 (Wyspa Reunion, terytorium zamorskie Francji na Oceanie Indyjskim)	Budowa i zarządzanie oczyszczalnią ścieków Grand Prado na Wyspie Reunion	środowisko	75 000 000; 24 000 000; EFRR	Communauté intercommunale du nord de La Réunion (CINOR; Interkomunalna Społeczność Północnej Części Reunionu)
7	Wielka Brytania, 2010	Budowa i zarządzanie siecią szerokopasmową w Kornwalii (projekt „Superfast Cornwall”)	ICT	ok. 158 700 000 (134 mln GBP); ok. 63 345 000 (53,5 mln GBP); Fundusz Spójności	Cornwall Council (Hrabstwo Kornwalii)
8	Belgia, 2009	Kolejowo-drogowy terminal kontenerowy w Porcie w Antwerpii	transport	28 000 000; 4 400 000; EFRR	Comité Van Toezicht (Komitet Monitorujący)
9	Irlandia, 2009	Budowa i zarządzanie siecią szerokopasmową w obszarach wiejskich (projekt „National Broadband Scheme”)	ICT	90 000 000; 12 100 000; EFRR	Rząd Irlandii, Departament Komunikacji, Energetyki i Zasobów Naturalnych
10	Malta, 2009	Rozwój strefy turystycznej na Malcie, m.in. promenada, centrum nurkowe i publiczne akwarium w miejscowości Quawra	rekreacja	20 600 000; 10 000 000; EFRR	Urząd Turystyki Malty
11	Francja, 2009	Budowa i zarządzanie regionalną siecią szerokopasmową w regionie Langwedocja-Roussillon (555 gmin, 400 tys. mieszkańców)	ICT	52 000 000; 10 000 000; EFRR	Prefektura Langwedocja-Roussillon
12	Estonia, 2009	Budowa szkieletowej sieci szerokopasmowej na obszarach wiejskich (projekt „EstWIN”)	ICT	łącznie do 22 700 000; łącznie do 20 100 000; EFRR oraz Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW),	Ministerstwa: Gospodarki i Komunikacji; Spraw Wewnętrznych; Rolnictwa; Finansów

III. Ppp w praktyce

Lp.	Kraj oraz rok zamknięcia finansowego lub komercyjnego	Projekt	Sektor	Wartość projektu w EUR; wartość dotacji w EUR; źródło dotacji	Strona publiczna umowy
13	Słowenia, 2008/2009	Budowa i zarządzanie lokalnymi sieciami szerokopasmowymi w obszarach tzw. „białych plam” (10 odrębnych kontraktów)	ICT	łącznie 52 000 000; łącznie 36 400 000; EFRR,	Ministerstwo Gospodarki (na rzecz 10 podmiotów lokalnych: Velike Lašče, Loški Potok, Dolenjske Toplice, Gorenja vas – Poljane, Vitanje, Slovenj Gradec, Železniki, Semič, Postojna, Ormož)
14	Francja, 2008 (Gwadelupa, Antyle Francuskie: terytorium zamorskie Francji w Ameryce Środkowej)	Zakład przetwarzania odpadów komunalnych na Gwadelupie (projekt „Gabar’Belle”), w tym sortownia odpadów, kompostownia i produkcja energii elektrycznej	środowisko	170 500 000; 69 400 000; EFRR	<i>Syndicat Intercommunal de traitement des ordures ménagères</i> (SYCTOM; Międzygminny Syndykat Przetwarzana Odpadów)
15	Grecja, 2008	Autostrada E65 w centralnej Grecji (odcinek o długości 231 km)	transport	1 700 000 000; 518 000 000; EFRR	Ministerstwo Infrastruktury, Transportu i Sieci
16	Francja, 2008	Projekt „Cité de l’Océan” w Biarritz: kompleks rekreacyjno-naukowy prezentujący środowisko wodne, w tym muzeum morskie z blisko 2 tys. m ³ akwariów	rekreacja	66 300 000; 4 200 000; EFRR	Region Akwitanii oraz Miasto Biarritz
17	Niemcy, 2007	Termy Wąwozu Bode, w tym park wodny i spa, w miejscowości Thale w regionie Saksonia-Anhalt (projekt „Bodetal”)	rekreacja	20 600 000; 9 800 000; EFRR	Miasto Thale
18	Francja, 2004	Budowa i zarządzanie siecią szerokopasmową w regionie Pirenejów Atlantyckich	ICT	67 600 000; 15 100 000; EFRR	<i>Conseil général des Pyrénées-Atlantiques</i> (Rada Generalna Regionu Pirenejów Atlantyckich)
19	Irlandia, 2000	Narodowa Sieć Światłowodowa – budowa 1300 km szkieletowej sieci światłowodowej	ICT	16 600 000; 3 330 000; EFRR	Rząd Irlandii, Departament Komunikacji, Energetyki i Zasobów Naturalnych
20	Grecja, 1997	Most łączący miasta Rion i Antirion leżące nad Zatoką Koryncą	transport	740 000 000; 310 000 000; EFRR	Ministerstwo Infrastruktury, Transportu i Sieci
21	Grecja, 1996	Obwodnica Aten	transport	2 000 000 000; 422 000 000; EFRR	Ministerstwo Infrastruktury, Transportu i Sieci
22	Grecja, 1996	Międzynarodowy Port Lotniczy „Sparta” w Atenach	transport	2 200 000 000; 250 000 000; Fundusz Spójności	Rząd Grecji
23	Portugalia, 1995	Drugi Most Vasco da Gama w Lizbonie (o długości ponad 17 km) nad rzeką Tag	transport	1 100 000 000; 328 600 000; Fundusz Spójności	Biuro ds. Przeprawy przez Tag w Lizbonie (GATTEL)

Rynek hybrydowy w Polsce

W maju bieżącego roku na Platformie PPP (www.ppp.gov.pl) opublikowano kolejną wersję (po wydaniu marcowym) Bazy Projektów Hybrydowych, na której znalazło się 18 przedsięwzięć inwestycyjnych sektora publicznego, z czego 14 posiadało podpisane umowy o dofinansowanie (zestawienie tabelaryczne tych projektów znajduje się poniżej), a 4 były w fazie koncepcyjnej.



W opublikowanym przez resort rozwoju regionalnego dokumencie jest więc wyraźnie więcej przedsięwzięć hybrydowych, aniżeli wynikałoby to z danych pozyskanych przez EPEC. Różnice te biorą się zarówno z czasu przygotowania zestawień (EPEC – czerwiec 2012 r., MRR – maj 2013 r.), jak i z przyjętej metodologii czy kryteriów, które musiały spełnić projekty, aby zyskać miano „hybrydowych”. **Wobec braku jednego i powszechnie obowiązującego podejścia metodologicznego czy standardu klasyfikacji projektów hybrydowych** Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, wzorując się na opracowaniu JASPERS (*Joint Assistance to Support Projects In European Regions*; polskie tłumaczenie: *Wspólna Pomoc we Wspieraniu Projektów dla Europejskich Regionów*) z grudnia 2010 r., partnerstwem publiczno-prywatnym określiło również przedsięwzięcia,

które realizowane są nie za sprawą *project finance*, a w tradycyjnej formule zamówieniowej, tzn. takiej, w której wybrany wykonawca wyłącznie projektuje i buduje infrastrukturę, a nie jest już koniecznie angażowany w etap jej utrzymania i eksploatacji, przynajmniej nie na etapie wyboru wykonawcy do wytworzenia infrastruktury.

Poniżej prezentujemy zestawienie tabelaryczne 14 projektów hybrydowych w ślad za listą opublikowaną przez Platformę PPP (źródło: *Baza Projektów Hybrydowych*, Platforma PPP, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, maj 2013 r.; skróty, zmiany i uzupełnienia od autora):

Lp.	Nazwa projektu	Beneficjent	Ramy prawne dla ppp?*	Sektor	Wartość projektu w zł; wartość dotacji w zł; program operacyjny	Data zawarcia; czas trwania umowy	Faza realizacji
1	Kompleks mineralnych basenów w Solcu Zdroju	Gmina Solec Zdrój	TAK	sport i rekreacja	16 000 000; 6 800 000; RPO Świętokrzyskie	28.10.2010; 27 lat	faza operacyjna, obiekt w eksploatacji od lutego 2013 r.
2	Rewitalizacja dworca PKP oraz terenów przydworcowych w Sopocie	Urząd Miasta Sopot	TAK	przestrzeń miejska	95 780 000; 41 910 000; RPO Pomorskie (finansowanie zwrotne w ramach inicjatywy JESSICA)	23.01.2012; 11 lat	zamknięcie finansowe w styczniu 2013 r.; ruszają prace budowlane
3	Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa	Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa SA	NIE	ICT	407 110 000; 283 640 000; RPO Wielkopolskie	czerwiec 2010; 10 lat	wybór wykonawców dla 6 obszarów inwestycyjnych w kwietniu 2013 r.
4	System Gospodarki Odpadami dla Miasta Poznania	Urząd Miasta Poznań	TAK	Gospodarka odpadami	854 000 000; 352 000 000; PO Infrastruktura i Środowisko	8.04.2013; 25 lat	zawarta umowa o ppp; przygotowania do prac budowlanych
5	Operator Sosnowieckiego Parku Naukowo-Technologicznego (SPNT)	Urząd Miasta Sosnowiec	TAK	nauka i rozwój	38 750 000; 29 540 000; RPO Śląskie	25.07.2012; 11 lat	trwa zasiedlanie SPNT

III. Ppp w praktyce

Lp.	Nazwa projektu	Beneficjent	Ramy prawne dla ppp?*	Sektor	Wartość projektu w zł; wartość dotacji w zł; program operacyjny	Data zawarcia; czas trwania umowy	Faza realizacji
6	Operator Bielsko-Bialskiego Ośrodka Rekreacyjno-Narciarskiego	Urząd Miasta w Bielsku-Białej	TAK	sport i rekreacja	61 320 000; 44 960 000; RPO Śląskie	grudzień 2012; 7 lat	faza operacyjna od I kw. 2013 r.
7	Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej – województwo warmińsko-mazurskie	Urząd Marszałkowski Województwa Warmińsko-Mazurskiego	TAK	ICT	327 041 000; 219 740 000; PO Rozwój Polski Wschodniej	19.04.2013; 9 lat	zawarta umowa o ppp; przygotowania do prac budowlanych
8	Dolnośląska Sieć Szkieletowa	Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego	NIE	ICT	215 000 000; 150 000 000; RPO Dolnośląskie	28.02.2012; brak danych	inżynier kontraktu wybrany w marcu 2013 r.
9	Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej – województwo świętokrzyskie	Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego	NIE	ICT	200 720 000; 139 420 000; PO Rozwój Polski Wschodniej	29.01.2013; brak danych	w kwietniu 2013 r. zgoda Komisji Europejskiej na dofinansowanie
10	Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej – województwo podkarpackie	Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego	TAK	ICT	294 730 000; 204 490 000; PO Rozwój Polski Wschodniej	umowa niezawarta; brak danych	trwa procedura dialogu konkurencyjnego
11	Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej – województwo podlaskie	Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego	NIE	ICT	252 360 000; 176 830 000; PO Rozwój Polski Wschodniej	21.03.2013; brak danych	zawarta umowa z wykonawcą; przygotowania do prac budowlanych
12	Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej – województwo lubelskie	Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego	NIE	ICT	385 080 000; 266 970 000; PO Rozwój Polski Wschodniej	umowa niezawarta; brak danych	oferty od 2 wykonawców wpłynęły w marcu 2013 r.
13	Internet dla Mazowsza	Agencja Rozwoju Mazowsza SA	TAK	ICT	499 310 000; 346 910 000; RPO Mazowieckie	umowa niezawarta; brak danych	trwa procedura dialogu konkurencyjnego
14	Małopolska Sieć Szerokopasmowa	Małopolska Sieć Szerokopasmowa Sp. z o.o.	NIE	ICT	193 000 000; 61 890 000; RPO Małopolskie	umowa niezawarta; brak danych	oferty od 7 wykonawców wpłynęły w kwietniu 2013 r.

*Ramy prawne dla ppp w powyższej tabeli oznaczają realizację przedsięwzięcia (zarówno w fazie budowy, jak i eksploatacji) w oparciu o następujące ustawy:

ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. 2009, nr 19, poz. 100 z późn. zm.) i/lub

ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. 2009, nr 19, poz. 101 z późn. zm.).

Osiem projektów w oparciu o ramy prawne dla ppp

Spośród 14 projektów umieszczonych przez Platformę PPP w Bazie Projektów Hybrydowych **niewiele ponad połowa** (8 spośród 14 projektów, tj. ok. 57% przypadków) **realizowana jest w formule ppp w sensie ścisłym (tj. na podstawie przywołanych wyżej aktów prawnych)**.

Pierwszy, spośród projektów hybrydowych, jest **projekt kompleksu mineralnych basenów w Solcu Zdroju**. Inwestycja ta, której łączna wartość środków kwalifikowalnych wyniosła 16 mln PLN (środki UE 6,8 mln PLN, środki krajowe 1,2 mln PLN oraz wkład własny koncesjonariusza 8 mln PLN), jest jednocześnie pierwszą polską hybrydą, która weszła w fazę eksploatacji. W lutym bieżącego roku obiekt rozpoczął działalność – jako łączący funkcję rekreacyjną z misją leczenia i profilaktyki. Umowa koncesji, która zakończy się w 2037 r., zawarta została w dniu 28 października 2010 r. na okres 27 lat pomiędzy Gminą Solc Zdrój (koncesjodawca) a spółką Malinowy

III. Ppp w praktyce

Zdrój Sp. z o.o. (koncesjonariusz). Projekt współfinansowany jest przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR) w ramach RPO województwa świętokrzyskiego na lata 2007–2013 (Priorytet II, Działanie 2.3. Promocja gospodarcza i turystyczna regionu).

Drugą, spośród zawartych w Polsce hybrydowych umów typu ppp – w styczniu 2012 r., była ta dotycząca **projektu rewitalizacji dworca PKP oraz terenów przydworcowych w Sopocie**. Projekt ten jest pionierskim nie tylko w zakresie wykorzystania formuły koncesji na roboty budowlane (po Solcu Zdroju), ale także – i to na skalę europejską – w zakresie źródła finansowania. Jest to bowiem pierwszy w Europie projekt hybrydowy, którego finansowanie odbywa się w ramach środków zwrotnych inicjatywy JESSICA (*Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas*, tłumaczenie: Wspólne Europejskie Wsparcie na rzecz Zrównoważonego Inwestowania w Obszarach Miejskich), przedsięwzięcia Komisji Europejskiej realizowanego we współpracy z Europejskim Bankiem Inwestycyjnym (EBI) oraz *Council of Europe Development Bank* (tłumaczenie: Bank Rozwoju Rady Europy), a promującego zrównoważone inwestowanie, wzrost i poprawę warunków socjalnych w obszarach miejskich UE.

Projekt sopocki uzyskał zamknięcie finansowe w dniu 7 stycznia br., kiedy to podpisana została umowa pomiędzy Bałtycką Grupą Inwestycyjną SA (koncesjonariuszem) a Bankiem Gospodarstwa Krajowego, który pełni funkcję Funduszu Rozwoju Obszarów Miejskich dla inicjatywy JESSICA wdrażanej w województwie pomorskim. Sama umowa koncesji przewiduje rozpoczynający się właśnie 2-letni okres budowy infrastruktury, a następnie 8-letni okres eksploatacji, zarządzania i czerpania pożytków z jej przedmiotu. W ramach projektu zmodernizowany zostanie dworzec kolejowy wraz z najbliższym otoczeniem. Powstanie m.in. parking podziemny na 270 samochodów, hotel, liczne punkty handlowo-usługowe oraz promenada miejska, która tworzyć będzie nowy zrewitalizowany obszar turystycznego centrum miasta.



Trzecia hybrydowa umowa typu ppp podpisana została w dniu 25 lipca 2012 r. i dotyczyła pełnienia funkcji **operatora Sosnowieckiego Parku Naukowo-Technologicznego** (SPNT), wpisując się tym samym w sektor nauki i rozwoju. Jest to umowa koncesji na usługi związana z zarządzaniem infrastrukturą i działalnością SPNT, a jej wartość opiewa na 38,75 mln PLN, z czego 29,54 mln PLN stanowi dofinansowanie UE w ramach RPO województwa śląskiego na lata 2007–2013. Koncesjodawcą w przedmiotowej umowie jest Urząd Miejski w Sosnowcu, a koncesjonariuszem wyłoniona w postępowaniu Agencja Rozwoju Lokalnego SA.

Czwarta z hybryd z listy Platformy PPP to projekt sportowo-rekreacyjny, także związany z zarządzaniem wytworzoną infrastrukturą i realizowany w modelu koncesji na usługi. Chodzi tu o pełnienie funkcji **operatora Bielsko-Bialskiego Ośrodka Rekreacyjno-Narciarskiego**, tj. utrzymanie i zarządzanie infrastrukturą sportowo-rekreacyjną na stoku Dębowca w Bielsku-Białej. Umowa pomiędzy Urzędem Miejskim w Bielsku-Białej a ZIAD Bielsko-Biała SA została zawarta w grudniu 2012r na okres 7 lat. Wartość umowy opiewa na 61,32 mln PLN, z czego 44,96 mln PLN stanowi dofinansowanie UE w ramach RPO województwa śląskiego na lata 2007–2013.

Piątą z kolei umową hybrydowego ppp w Polsce była umowa dotycząca **Systemu Gospodarki Odpadami Miasta Poznania**, tj. przede wszystkim budowy zakładu termicznego przekształcania odpadów, ale też organizacji miejskiego systemu gospodarki odpadami komunalnymi. Projekt, który swoje komercyjne zamknięcie uzyskał w dniu 8 kwietnia bieżącego roku, kiedy to podpisana została umowa o ppp pomiędzy Miastem Poznań

a należąca do francuskiej grupy *SUEZ Environnement* spółką powołaną do realizacji przedsięwzięcia (SITA Zielona Energia Sp. z o.o.), jest jednocześnie największym ze wszystkich realizowanych w Polsce projektów typu ppp – jego wartość opiewa na 854 mln PLN (nakłady inwestycyjne ok. 725 mln PLN, wynagrodzenie partnera prywatnego w perspektywie 25 lat na poziomie ok. 129 mln PLN), z czego ok. 350 mln PLN stanowić ma dofinansowanie ze środków unijnych w ramach PO Infrastruktura i Środowisko.

Szóstym hybrydowym ppp, mającym szczególną wagę z punktu widzenia tematyki niniejszego numeru „Biuletynu partnerstwa publiczno-prywatnego”, jest projekt **Sieci Szerokopasmowej Polski Wschodniej (SSPW) dla województwa warmińsko-mazurskiego**, który jest zarazem pierwszym w Polsce projektem sektora ICT (*Information & Communication Technology*) realizowanym w oparciu o ustawę o ppp. Spośród pięciu województw, które objął program SSPW, dwa (warmińsko-mazurskie oraz podkarpackie) zdecydowały się realizować swoje przedsięwzięcia w formule ppp, która łączy zaprojektowanie i budowę infrastruktury z jej późniejszym zarządzaniem i utrzymaniem, trzy natomiast (województwa: podlaskie, świętokrzyskie i lubelskie) postawiły na rozłączne postępowania przetargowe: najpierw na zaprojektowanie i budowę sieci, a dopiero potem na jej operatora. Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Warmińsko-Mazurskiego niespełna rok zajęło przeprowadzenie postępowania wyboru partnera prywatnego dla przedsięwzięcia, którego wartość wyniosła ostatecznie ok. 327 mln PLN (blisko 220 mln PLN pochodzić będzie z dofinansowania w ramach PO Rozwój Polski Wschodniej). W czerwcu ubiegłego roku ukazało się ogłoszenie na wybór partnera prywatnego, a w dniu 19 kwietnia bieżącego roku podpisana została już umowa o ppp ze spółką Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o., która pokonała dwa inne podmioty ubiegające się o ten 9-letni kontrakt.

Dwa ostatnie projekty spośród 8 analizowanych tu projektów hybrydowych, nie posiadają jeszcze zamknięcia komercyjnego, tj. zawartych umów. Obydwa dotyczą jednak również sektora ICT oraz budowy regionalnych, szkieletowych i dystrybucyjnych (bez fragmentów dostępowych do użytkowników końcowych) sieci szerokopasmowych – w województwach podkarpackim i mazowieckim.

Projekt SSPW dla województwa podkarpackiego, którego wartość wynosi blisko 295 mln PLN (ok. 204,5 mln PLN pochodzić będzie z dofinansowania w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej), znajduje się aktualnie na etapie dialogu konkurencyjnego (ogłoszenie postępowania nastąpiło w lipcu 2012 r.), w którym uczestniczą trzy potencjalni partnerzy prywatni.

Na podobnym etapie postępowania znajduje się ostatnia z analizowanych hybryd – projekt **Internetu dla Mazowsza** realizowanego w imieniu województwa mazowieckiego przez Agencję Rozwoju Mazowsza SA. Także tutaj, po ogłoszeniu postępowania w listopadzie 2012 r., trwa procedura dialogu konkurencyjnego w udziale trzech podmiotów prywatnych (dwóch konsorcjów i jednej spółki celowej). Wartość projektu w tym przypadku to aż 499,3 mln PLN, z czego 310 mln PLN pochodzić ma z dofinansowania UE w ramach RPO województwa mazowieckiego.

Konkluzje

Na podstawie przedstawionych w niniejszym tekście zestawień oraz opisów projektów hybrydowych przedsięwzięcia takie są w Polsce realizowane zarówno w wariantcie ppp sensu stricto, tj. odnoszącym się do ram prawnych ustawy o ppp i ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, jak i do szerzej rozumianego partnerstwa publiczno-prywatnego, niekoniecznie wyływającego z przedmiotowych ustaw. Duża część z hybrydowych projektów to przedsięwzięcia zdecydowanie kapitałochłonne, które przodują na całym polskim rynku ppp pod względem wartości nakładów inwestycyjnych. Pozostałe, to projekty operatorskie związane z zarządzaniem infrastrukturą. Dominujący obszar zadań publicznych, w których realizowane są omówione projekty hybrydowe, to bez wątpienia **sektor ICT**, następnie **sport i rekreacja**, ale także przedsięwzięcia **środowiskowe** (spalarnia odpadów w Poznaniu) oraz **rewitalizacyjne** (dworzec PKP w Sopocie). Łączna wartość tylko tych 8 projektów realizowanych w ramach prawnych dedykowanych ppp wynosi **blisko 2,2 mld PLN**. Pokazuje to, że w perspektywę budżetową UE na lata 2014–2020 powinniśmy patrzeć ze względny optymizmem, licząc, że starania polskich władz, zwłaszcza Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, przyniosą zamierzone efekty, tym bardziej, że Polska ponownie będzie największym beneficjentem unijnego budżetu, a sama Komisja Europejska zapowiada bardziej elastyczne narzędzia do łączenia różnych typów finansowania w realizacji zadań publicznych.



Anna Pronińska
Dziennikarka „Pulsu Biznesu” specjalizująca się w tematyce partnerstwa publiczno-prywatnego

3.4. Uczelnie wyższe przecierają szlak ppp

Niż demograficzny, konieczność zagwarantowania popytu przez wiele lat, duża podaż konkurencyjnych mieszkań na danym rynku czy konieczność wpuszczenie do siebie „obcego”. Mimo wielu niewiadomych i ryzyk uczelnie nie boją się zmierzyć z formułą ppp.

Partnerstwo publiczno-prywatne (ppp) jest i pewnie zawsze będzie w Polsce domeną samorządów. Na rynku jednak coraz śmielej zaczynają pojawiać się projekty uczelni wyższych. Powoli stają się one poważnym graczem w ppp, bo w tej formule pokładają duże nadzieje na budowę przede wszystkim akademików.

Do tej pory wyzwania podjęło się zaledwie kilka uczelni. Wśród nich są: Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego (UKSW) w Warszawie, Uniwersytet Medyczny w Lublinie i Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego (UJ) w Krakowie. Do ogłoszenia postępowań przystępują: Warszawski Uniwersytet Medyczny, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (UAM) w Poznaniu i Uniwersytet Warszawski (UW).

– W przeciwieństwie do samorządów uczelnie nie tworzą długu publicznego, a rząd lubi, gdy pieniądze do szkolnictwa płyną z zewnątrz. Na to jednak nie ma zbyt wielu możliwości, bo zawsze musi być przychód. Akademiki to czysty pieniądź, który i tak student płaci. Ważne, by firma prywatna była wiarygodna. Dlatego już na etapie dialogu technicznego staramy się sygnalizować, że oczekujemy wysokiej jakości wykonania – mówi prof. Bogusław Mróz, pełnomocnik rektora ds. rozbudowy bazy akademickiej UAM.

W planach poznańskiej uczelni jest budowa Kompleksu Domów Studenckich na terenie Kampusu Morasko. Partner prywatny ma odpowiadać za zaprojektowanie, budowę, sfinansowanie i zarządzanie przedsięwzięciem przez kilkadziesiąt lat. Szacunkowa wartość inwestycji to 100 mln zł.

Profesor UAM jest przekonany, że realizację akademików można zlecać „na zewnątrz”, bo to zadanie nie jest zapisane w statucie uczelni.

– Sięgamy po ppp, bo uznaliśmy, że tak będzie łatwiej znaleźć kogoś, kto wybuduje akademiki i będzie nimi zarządzał – mówi prof. Bogusław Mróz.

Bodźcem do inwestycji były problemy władz uczelni z miejscami w akademikach. Obecnie uniwersytet dysponuje 1,8 tys. miejscami, ale z tego około 600 ubędzie. UAM planuje bowiem sprzedać akademik w centrum miasta. Jeśli przedsięwzięcie w ppp powiedzie się, to w nowych akademikach będzie można zakwaterować studentów w 1,8 tys.–2 tys. pokojach.

Władze UAM są jednak świadome piętrzących się problemów. Jednym z nich jest oferowana ogromna liczba mieszkań na wynajem. I to w konkurencyjnych cenach. UAM ma jednak nadzieję, że pokoje w nowych akademikach, oferowane po rynkowych cenach, będą ciekawą alternatywą dla studentów.

W planowanym przedsięwzięciu partner prywatny ma zarabiać głównie na czynszach studentów, ale też na części usługowej, która powstanie w ramach inwestycji. Wkładem uczelni będzie grunt. Co ważne, UAM zamierza też wziąć na siebie ryzyko popytu.

– Mamy 30 tys. studentów dziennych, a 10 tys. będzie na Morasku. Z naszych obliczeń wychodzi, że po 17 latach zwrócą się koszty inwestycji – mówi prorektor UAM.

Blisko mety

Do pozyskania partnera prywatnego szykuje się też Uniwersytet Warszawski, który kosztem kilkudziesięciu milionów złotych planuje budowę dwóch akademików na Służewcu dla około 1,6 tys. osób.

– W tej chwili trwa przygotowywanie kompleksowej „analizy przedrealizacyjnej”, która ma odpowiedzieć na pytania Uniwersytetu, np. dotyczące stanu prawnego, opłacalności inwestycji dla partnera prywatnego, etc. Jesienią tego roku można spodziewać się ogłoszenia postępowania na wyłonienie partnera – zapowiada Anna Korzekwa, rzeczniczka UW.

Partner prywatny ma zarabiać przede wszystkim na powierzchniach handlowych znajdujących się na parterze budynków. W wakacje zaś na działalności hotelowej prowadzonej w ramach akademików.

- Plusy dla UW sięgnięcia po ppp to możliwość realizowania inwestycji bez zaangażowania własnego kapitału – podkreśla Anna Korzekwa.

O ile uczelnie w Warszawie i Poznaniu dopiero stają na starcie, o tyle dwie inne powoli zbliżają się do mety. Wśród nich Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego, które planuje przebudowę kompleksu przy ul. Badurskiego w Krakowie Prokocimiu. Obecnie to jedno z najbardziej zaawansowanych postępowań. W grze o wartość 80 mln zł akademiki są Mota-Engil Central Europe, Warbud, Nuvola Sports Facilities oraz firma Niteo. W pierwszym etapie ma powstać 330 miejsc.

- Zakończyliśmy negocjacje w ramach dialogu konkurencyjnego. Wszyscy uczestnicy zapowiedzieli, że złożą oferty. Projekt zarówno dla wykonawców, jak i instytucji finansujących wygląda bardzo obiecująco. Mamy przygotowany komplet dokumentacji. Umowa wraz z załącznikami liczy prawie 700 stron. Po przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia mamy 75 dni na złożenie ofert – mówi Marcin Jędrychowski, zastępca kwestora UJ ds. Collegium Medicum.

W Krakowie partner prywatny ma być odpowiedzialny za zaprojektowanie, przebudowę kompleksu, sfinansowanie przedsięwzięcia i zarządzanie nim przez ćwierć wieku. Uczelnia ma wziąć na siebie ryzyko popytu.

Do finału zbliża się też postępowanie prowadzone przez UKSW. Chodzi o budowę Domu Młodego Naukowca, który będzie pełnił funkcję akademika i hotelu dla studentów oraz osób wynajmujących pokoje w wakacje. Inwestycję oszacowano na 20 mln zł. W grze są dwa podmioty. Uczelnia nie ujawnia ich nazw.

- UKSW zakończył etap dialogu konkurencyjnego. Obecnie aktualizuje Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, którą zamierza wkrótce przekazać wykonawcom uczestniczącym w dialogu konkurencyjnym – ujawnia Agnieszka Pawlak, rzeczniczka uczelni.

Partner prywatny będzie odpowiedzialny za zaprojektowanie, sfinansowanie, budowę i zarządzanie akademikami przez 30 lat. Uczelnia nie ma wątpliwości, że ppp jest dobrą alternatywą.

- W obecnej sytuacji ograniczonego dostępu do środków finansowych na inwestycje (brak środków z Unii Europejskiej, ograniczenie dotacji krajowych, wysoki koszt kredytu) dla uczelni jest to alternatywne źródło dostępu do finansowania i realizacji zadań inwestycyjnych. Więcej na temat skuteczności tego rozwiązania, a zwłaszcza jego efektywności, będzie można powiedzieć dopiero za kilka lat, gdy cel postępowania zostanie zrealizowany, tj. gdy zostanie wybudowany budynek Domu Młodego Naukowca i UKSW rozpocznie jego eksploatację – mówi Agnieszka Pawlak.

Tylko akademiki?

Na razie wśród pomysłów na zastosowanie ppp na uczelniach wyższych dominują akademiki.

- Już za parę miesięcy będę w stanie odpowiedzieć, czy ppp na uczelniach jest możliwym do zrealizowania. Biorąc pod uwagę specyfikę tego modelu, już w chwili obecnej jestem w stanie zaryzykować stwierdzenie, że jeśli tak, to wyłącznie w obszarze akademików, gdzie istnieją realne możliwości pozyskania środków celem pokrycia opłaty za dostępność – mówi Marcin Jędrychowski.

Podkreśla, że trzeba pamiętać, że ppp to idealne rozwiązanie, gdy uczelnia nie ma pieniędzy.

- W zamian ma zagwarantowane stałe źródło finansowania w przyszłości. Mamy sygnały od innych uczelni, że już w chwili obecnej zainteresowane są skorzystaniem z naszych doświadczeń. Oczywiście jesteśmy chętni do współpracy – mówi Marcin Jędrychowski.

Także zdaniem Agnieszki Niczewskiej, rzeczniczki Politechniki Wrocławskiej, jeśli uczelnie mają o czymś myśleć w formule ppp, to tylko o akademikach.

- Akurat w naszym przypadku nie ma takiej potrzeby. Mamy 3,5 tys. miejsc i to wystarczy. Wolimy remontować akademiki niż budować nowe, ppp jest świetną i użyteczną formułą, ale tylko w zakresie akademików. Przecież dydaktyki nie wynajmujemy, tak samo budynku naukowego. To nie wchodzi w grę. Z kolei budynki administracyjne już mamy. Poza tym ppp charakteryzuje się dość skomplikowaną procedurą. Interesuje nas

III. Ppp w praktyce

za to współpraca w zakresie badań naukowych i nowych technologii, ale tutaj nie ma opcji ppp. Jest innego rodzaju współpraca z biznesem, który wykłada pieniądze na badania i je wdraża, a dzieli się kosztami intelektualnym i zyskami. Większość polskich uczelni technicznych utrzymuje się dzięki badaniom dla gospodarki, a nie dzięki dotacjom – podkreśla Agnieszka Niczewska.

Kolejka chętnych i wątpiących

Zastosowania ppp nie wyklucza Politechnika Warszawska (PW).

- W naszych planach inwestycyjnych zarówno ppp, jak i tryb koncesji na roboty budowlane lub usługi traktowane są jako potencjalnie możliwe do zastosowania sposoby realizowania przyszłych przedsięwzięć uczelni. Obecnie trwają prace nad przygotowaniem programu inwestycyjnych potrzeb PW, w którym zostaną określone potencjalne możliwości rozbudowy istniejących oraz budowy nowych obiektów na terenie uczelni – mówi Krzysztof Wieczorek, pełnomocnik rektora PW ds. inżynierii finansowania projektów.

Dostrzega wiele plusów w ppp.

- Niewątpliwie jako plus można potraktować możliwość pozyskania dodatkowych środków finansowych, wykorzystanie know-how oraz doświadczeń partnera prywatnego, podział ryzyka. Dopuszczamy możliwość zastosowania ppp zarówno do budowy nowych obiektów dydaktycznych czy zaplecza, jak również modernizacji istniejących – mówi Krzysztof Wieczorek.

Także warszawska Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego (SGGW) przypatruje się szansie na zastosowanie ppp.

- Władze SGGW z uwagą obserwują projekty ppp i pozytywnie oceniają zastosowanie tej formuły w szkolnictwie wyższym. Jest to formuła, która może być wykorzystywana w wielu projektach realizowanych w SGGW. Ponieważ jest to nowe zagadnienie, nie zapadły jeszcze decyzje, co do konkretnej współpracy. Uczelnia prowadzi z kilkoma podmiotami na razie wstępne rozmowy na ten temat. Sprawdzamy, na ile firmy są zainteresowane taką współpracą. Jest jednak za wcześnie, aby mówić o konkretach – mówi Krzysztof Szwejk, rzecznik prasowy SGGW.

Rzecznik dodaje, że uczelnia nie rozpatruje ppp do zarządzania swoimi gruntami, bo posiada w strukturze Rolnicze Zakłady Doświadczalne, które się tym zajmują.

Z większą rezerwą do ppp odnosi się Wojskowa Akademia Techniczna (WAT) im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie.

- Współpraca pomiędzy sektorem prywatnym i publicznymi uczelniami może przybierać różne formy. Może to być np. partnerstwo w ramach realizacji jakiegoś projektu finansowanego ze środków Unii Europejskiej, ale też ppp w rozumieniu ustawy o ppp. W Polsce druga z tych możliwości wciąż rzadko wykorzystywana jest przez uczelnie przy realizacji ich działań – przyznaje płk Wiesław Grzegorzewski, rzecznik WAT.

Dodaje on, że ppp należy traktować jako jedno z wielu instrumentów możliwych do zastosowania tylko w przypadku, gdy zezwala na to sytuacja i właściwości projektu oraz wtedy, gdy mogą być dowiedzione wyraźne zalety i korzyści.

- Decyzja o zaangażowaniu kapitału prywatnego musi być naturalną konsekwencją dokonanych szacunków kosztów i potencjalnych ryzyk projektu. Rozważając nawiązanie współpracy z sektorem prywatnym, należy mieć na uwadze, iż ppp nie jest celem samym w sobie, ale metodą realizacji celów publicznych – uważa rzecznik WAT.

Wiesław Grzegorzewski sądzi, że ppp nie jest ani jedynym, ani zawsze najlepszym rozwiązaniem.

- Każde przedsięwzięcie powinno być oceniane pod kątem konkretnych okoliczności. Jeśli trafnie zostanie podjęta decyzja, czy w ogóle przeprowadzić je we współpracy z partnerem prywatnym oraz odpowiednio zostanie dobrany model współpracy, można liczyć na określone korzyści. Jeśli zadanie to nie zostanie właściwie wykonane, korzyści z dobrego podziału ryzyka mogą przemienić się w swoje bliźniacze niebezpieczeństwa – mówi Wiesław Grzegorzewski.

I podkreśla, że ewentualność zastosowania ppp nie powinno wykluczać innych możliwości, włącznie z tradycyjnymi zamówieniami publicznymi.

- Mylącym byłoby utożsamianie ogólnego pojęcia partnerstwa publiczno-prywatnego jedynie z formułą ppp, która stosowana jest przy realizacji przez podmioty publiczne inwestycji publicznych, i która, co do zasady,

III. Ppp w praktyce

obliczona jest na osiągnięcie zysku finansowego przez sektor prywatny w zamian za dostarczenie przez partnera prywatnego infrastruktury lub usług należytej jakości. Dobrym przykładem na realizację wspólnych przedsięwzięć oraz obustronne korzyści jest współpraca funkcjonujących w obrębie klastrów publicznych jednostek badawczych z przedsiębiorstwami. Są one pomocne w poszukiwaniu partnerów do współpracy i w nawiązywaniu z nimi trwałych relacji biznesowych – mówi rzecznik WAT.

Argumentuje to tym, że nawiązanie kontaktów biznesowych w ramach takich powiązań służy lepszym decyzjom co do przedmiotu prowadzonych przez siebie badań naukowych.

- Jednostki naukowe, jak i klastry, zyskują na współpracy. Te pierwsze zdobywają przede wszystkim pieniądze na prowadzenie badań, drugie otrzymują w zamian specjalistyczne doradztwo, wykwalifikowaną kadrę oraz możliwość korzystania z najnowszych i nieznanymi konkurencyjnym firmom osiągnięć naukowych i technologicznych. Specyfika współpracy jednostek naukowo-badawczych i firm w Polsce, czy to w obrębie klastrów, czy poza nimi, polega na tym, że projekty takie nie mają formuły ppp w rozumieniu ustawy. Realizowane są zwykle przy wsparciu pochodzącym z grantów unijnych czy w ramach innych programów finansowania – reasumuje rzecznik WAT.



Nie same plusy

Także profesor Mróz widzi przeszkody w stosowaniu ppp przez uczelnie wyższe.

- Minusem ppp jest łamanie dawnych przyzwyczajeń, bo nie wszyscy są za taką formułą inwestycji. W końcu wpuścimy do siebie „obcego”. Chodzi o przełamywanie przekonań administracji „starej daty”. Przekonujemy, że warto wprowadzać nowoczesne metody zarządzania na uczelni – mówi Bogusław Mróz.

Anna Korzekwa z UW dostrzega inne minusy.

- To długi okres spłaty wymagający znalezienia partnera stabilnego finansowo w perspektywie 20–25 lat oraz niewielkie doświadczenie w Polsce ppp z udziałem szkół wyższych – mówi rzeczniczka warszawskiej uczelni.
- Po stronie minusów można zapisać wyższy koszt kapitału oraz złożoność formalną i prawną. Ppp wymaga partnerskiego podejścia obu stron zaangażowanych w projekt. Złożoność tej formuły stanowi jednak również jej zaletę poprzez możliwość precyzyjnego jej dostosowania do rzeczywistych potrzeb partnera publicznego.

III. Ppp w praktyce

Jednak niezależnie od istotnych zalet tej formuły, w przypadku inwestycji PW, może być zastosowana jedynie w sytuacji wykazania jej przewagi nad innymi formułami finansowania konkretnych inwestycji – uważa Krzysztof Wieczorek z PW.

Podkreśla, że Politechnika Warszawska od 2012 r. jest członkiem platformy ppp utworzonej w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego.

Według rzecznika WAT, barierą we współpracy w ramach ppp jest brak dobrych praktyk, niska świadomość i niewystarczająca wiedza dotycząca ppp, zwłaszcza po stronie publicznej, oraz brak odpowiednio wykwalifikowanych kadr do wdrażania przedsięwzięć tego typu.

– Ppp niesie zagrożenia dla prawidłowości procesu świadczenia usług objętych partnerstwem, utraty kontroli nad procesem świadczenia usług, zagrożenia dla prawidłowego funkcjonowania administracji publicznej, nadmiernego wzrostu opłat ponoszonych przez usługobiorców i niższej jakości usług świadczonych w ramach ppp – dodaje Wiesław Grzegorzewski.

Agnieszka Pawlak, rzecznik UKSW, dodaje, że:

– Plusem ppp jest otwarcie dostępu do alternatywnego sposobu realizowania zadań inwestycyjnych, ale minusem jest brak doświadczeń w realizowaniu tego typu zadań w uczelniach, a co za tym idzie – brak wzorców prawidłowego postępowania i ryzyko błędów, których skutki mogą się ujawnić dopiero w dłuższej perspektywie czasowej.

Smak porażki

Choć wciąż nie ma wielu inicjatyw ppp na uczelniach wyższych, są już pierwsze porażki. To m.in. przedsięwzięcie Uniwersytetu Medycznego (UM) w Lublinie. O realizację inwestycji zabiegały Unibep, Interbud Lublin oraz Mota-Engil Central Europe.

– Po szczegółowej analizie przedsięwzięcia oraz negocjacjach z podmiotami zamierzającymi przystąpić do partnerstwa publiczno-prywatnego, prowadzone w latach 2011–2013 postępowanie „Budowa i przebudowa akademików UM w Lublinie” zostało zakończone. Partnerom prywatnym zależało, od pierwszych chwil negocjacji, na nałożeniu na uczelnię obowiązku wpisywania do umów z rekruterami obowiązku zakwaterowania studentów zagranicznych w nowych akademikach, czego nie mogliśmy im zagwarantować, bowiem wiązałyby się to z poniesieniem przez UM, trudnego do przewidzenia, ryzyka ekonomicznego – mówi Włodzisław Matysiak, rzecznik UM w Lublinie.

Dodaje, że uczelnia dokonała szczegółowej analizy potrzeb mieszkaniowych studentów anglojęzycznych i dziś wiadomo, że są one całkowicie zaspokojone.

– Studenci nie sygnalizują problemów ze znalezieniem w Lublinie miejsca zamieszkania. W pobliżu kampusu studenckiego powstało wiele inwestycji mieszkaniowo-biurowych. Rynek mieszkaniowy jest pełen nowych, wolnych mieszkań oczekujących na najemców. Przewidywane przed dwoma laty na realizację ppp środki finansowe, władze uczelni zaangażowały w realizację projektów badawczych i aparaturowych – dodaje Włodzisław Matysiak.

W tym przedsięwzięciu partner prywatny miał odpowiadać za sfinansowanie i budowę akademika oraz zaprojektowanie, sfinansowanie i przebudowę dwóch budynków hotelowych, którymi miał zarządzać. Źródłem dochodów miałyby być opłaty czynszowe i wynajem powierzchni biurowych.

Niezrealizowane przedsięwzięcie przyniosło także plusy. Inwestycję uczelni skontrolowała Najwyższa Izba Kontroli (NIK), która wydała pozytywną ocenę podjętym działaniom w ramach ppp. Izba stwierdziła m.in. rzetelne przeprowadzenie analiz wykonalności i efektywności przedsięwzięć w ppp, prawidłowe przygotowanie pod względem formalno-prawnym, prowadzenie postępowania zgodnie z zasadami i trybem ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Kontrolerzy uznali, że projekt w zadowalającym stopniu został przygotowany do realizacji w systemie ppp. Rzetelnie zidentyfikowano potrzeby związane z bazą noclegową dla studentów, głównie zagranicznych. NIK pochwaliła uczelnię także za należyte przygotowanie formalno-prawne, bo na potrzeby planowanych inwestycji m.in. dokonano podziału nieruchomości i założono odrębne księgi wieczyste oraz opracowano projekt budowlano-wykonawczy akademika. Izba nie wniosła też uwag do prowadzonych negocjacji z kandydatami.

Bez problemu długu

Na uczelniach ppp zależy stronie prywatnej, która zachęca do stosowania formuły.

- Partnerstwo publiczno-prywatne jest moim zdaniem bardzo dobrą formułą dla uczelni wyższych, gdyż oferuje realizację projektów potrzebnych, a niejednokrotnie niezbędnych dla funkcjonowania uczelni wyższych praktycznie od zaraz, natomiast ich spłata rozłożona zostaje na wiele lat (np. dwadzieścia). Zatem uczelnia otrzymuje infrastrukturę z wyposażeniem, nie dysponując wystarczającymi środkami w celu ich natychmiastowej zapłaty – mówi Jerzy Widzyk, pełnomocnik zarządu i dyrektor ds. partnerstwa publiczno-prywatnego w Warbudzie.

Jego zdaniem, ppp na uczelniach ma szansę przyjąć się i gorąco do takiej formuły zachęca.

- Na uczelniach występują potrzeby inwestycyjne, firmy prywatne i banki są zainteresowane uczestnictwem w projektach ppp z uczelniami i wreszcie na uczelniach nie występuje problem dotkliwy dla samorządów, czyli ograniczenia dotyczące wielkości zadłużenia. W przypadku uczelni, bank sprawdza jedynie jej zdolność do spłaty zobowiązań wynikających z projektu ppp – podkreśla Jerzy Widzyk.

Przynajmniej jednak, że problemy, z którymi zetknęli się przy tego typu projektach, to brak kontynuacji projektów ppp przez nowo wybrane władze uczelni, drastycznie nierównomierny podział ryzyka na niekorzyść partnera prywatnego i duże obawy przed stosowaniem tego narzędzia w finansowaniu rozwoju.

- Zalety to możliwość zastosowania tanich formuł finansowania projektu np. forfaitingu, brak ograniczeń z tytułu długu publicznego, możliwość wykorzystania środków unijnych i bardzo duże potrzeby rozwojowe uczelni. Uważamy, że formuła ppp może być zastosowana przez uczelnie nie tylko do budowy czy modernizacji akademików, ale projekty ppp mogłyby dotyczyć kompleksowej rozbudowy, modernizacji i wyposażenia uczelni w potrzebny sprzęt i urządzenia z wykorzystaniem środków unijnego wsparcia – mówi Jerzy Widzyk.

Przykład z zagranicy

Korzyści ze stosowania ppp na uczelniach dawno odkryto za granicą. To właśnie na tych przykładach mogłyby wzorować się polskie uczelnie. Wystarczy wspomnieć o takich krajach jak Hiszpania, Niemcy czy Wielka Brytania. Uczelniach ppp przybywa z każdym rokiem. Świadczą o tym dane zbierane przez European PPP Expertise Centre (EPEC). W jednym z ostatnio wydanych raportów o stanie rynku ppp w Europie, eksperci EPEC przyrzekli się m.in. ppp na francuskich uczelniach, do których popłynęło około 5 mld EUR w ramach programu „Plan Campus”. Jednym z podjętych działań było powołanie w 2009 r. departamentu przez francuski resort szkolnictwa wyższego i badań naukowych, który miał pomóc uczelniom wdrażać ppp. Udało się zaprosić uczelnie do składania propozycji projektów. Ze zgłoszonych 66, wyselekcjonowano osiem, które następnie przeszły do dalszych procedur. Z kolei inny raport EPEC-u (o stanie rynku w 2009 r.), dowodzi, że o edukacyjnym ppp myślało wiele krajów. Takie plany miał m.in. minister edukacji Turcji czy jego odpowiednik w Bułgarii. Jeśli polskim uczelniom uda się przetrzeć szlak ppp, to w przyszłości ich doświadczenia mogą stać się wzorcowymi dla wielu edukacyjnych projektów ppp w Europie.





IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

Bartosz Korbus
Instytut PPP

4.1. Gala finałowa Konkursu 3P

W dniu 19 kwietnia 2013 r. w Pałacu Lubomirskich w Warszawie odbyła się uroczysta Gala finałowa Konkursu 3P, podczas której wręczone zostały nagrody główne za najlepsze przedsięwzięcia planowane do realizacji w formule partnerstwa publiczno-privatnego.

Na Galę przybyli przedstawiciele podmiotów publicznych – laureatów Konkursu 3P, a także przedstawiciele jednostek administracji centralnej zaangażowanych we wspieranie rozwoju partnerstwa publiczno-privatnego, oraz osoby zainteresowane wszelkimi inicjatywami podejmowanymi w obszarze ppp.

Uroczystość wręczenia nagród laureatom Konkursu 3P poprzedziły oficjalne wystąpienia przedstawicieli: Ministra Gospodarki, który objął honorowym patronatem Konkurs 3P, Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości – organizatora Konkursu 3P oraz przedstawiciela Najwyższej Izby Kontroli.

W imieniu Janusza Piechocińskiego, Wiceprezesa Rady Ministrów, Ministra Gospodarki oficjalną część Gali finałowej Konkursu 3P rozpoczęła Pani **Agnieszka Buła-Kopańska, Dyrektor Departamentu Instrumentów Wsparcia Ministerstwa Gospodarki**. Pani Dyrektor w swoim wystąpieniu zwróciła uwagę, na fakt, iż partnerstwo publiczno-privatne staje się obecnie coraz bardziej rozpowszechnioną na całym świecie formą realizacji zadań publicznych. Działania upowszechniające partnerstwo publiczno-privatne wpisują się więc w międzynarodowe trendy dotyczące zwiększania współpracy podmiotów publicznych z prywatnymi, a Minister Gospodarki aktywnie wspiera inicjatywy promujące nowoczesne podejście instytucji publicznych do realizacji zadań własnych w formule ppp. Konkurs 3P – przedsięwzięcie projektu systemowego pt. „Partnerstwo publiczno-privatne” realizowanego przez PARP we współpracy z Instytutem Partnerstwa Publiczno-Privatnego – bez wątpienia jest przykładem takiego działania. *Wystąpienie Pani Dyrektor Agnieszki Buły-Kopańskiej w całości zamieszczone zostało na stronie 72 niniejszego numeru „Biuletynu ppp”.*



O tym, że Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości dostrzegła wagę partnerstwa publiczno-privatnego w rozwoju społeczno-gospodarczym Polski, a w szczególności w rozwoju przedsiębiorstw i podejmuje w tym obszarze działania upowszechniające, podkreśliła w swoim wystąpieniu Pani **Bożena Lubińska-Kasprzak, Prezes Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości**. Konkurs 3P, zorganizowany przez PARP w ramach projektu systemowego pt. „Partnerstwo publiczno-privatne”, jest ważną inicjatywą dla polskiego rynku ppp, zarówno dla strony publicznej, jak i dla strony prywatnej. Odpowiada ona bowiem na potrzeby instytucji publicznych w zakresie zdobywania wiedzy i doświadczenia w przygotowaniu i realizacji przedsięwzięć w ppp, które przyczyniają się do rozwoju infrastruktury, niezbędnej do zapewnienia najwyższej jakości usług publicznych. Przynosi konkretne korzyści przedsiębiorcom, którzy dzięki inwestycjom planowanym do realizacji w formule ppp mogą rozwijać swoje firmy uzyskując dostęp do nowych rynków zbytu. *Wystąpienie Pani Prezes PARP Bożeny Lubińskiej-Kasprzak w całości zamieszczone zostało na stronie 72 niniejszego numeru „Biuletynu ppp”.*

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

Po tych wystąpieniach nastąpiło przedstawienie wyróżnionych laureatów Konkursu **3P**. Punktem kulminacyjnym uroczystości w Pałacu Lubomirskich było zaprezentowanie czterech laureatów nagrodzonych nagrodą główną Konkursu **3P**. Przypomnijmy, iż nagrodę główną w postaci bezpłatnego kompleksowego wsparcia doradczego otrzymały:

- Gmina Miasto Wąbrzeźno za projekt pt. Budowa budynku mieszkalnego w formie ppp
- Centrum Medyczne w Łąncucie Sp. z o.o. za projekt pt. Przebudowa i rozbudowa Szpitala Św. Michała Archanioła w Łąncucie
- Miasto i Gmina Pleszew za projekt pt. Budowa budynku mieszkalno-usługowego przy ulicy Mieszka I w Pleszewie
- Gmina Kędzierzyn-Koźle za projekt pt. Remont Rynku w Koźlu z ulicami przyległymi.



Nagrody główne odebrali przedstawiciele władz podmiotów publicznych, którzy będą realizować ww. projekty: Leszek Kawski – Burmistrz Gminy Miasto Wąbrzeźno oraz Bolesław Kunstler – Wiceprzewodniczący Rady Miasta Wąbrzeźno, Krzysztof Przyśliwski – Prezes Zarządu Centrum Medycznego w Łąncucie Sp. z o.o. oraz Adam Krzysztoń – Starosta Powiatu Łąncuckiego, Marian Adamek – Burmistrz Miasta i Gminy Pleszew oraz Stanisław Łopatka pracownik Urzędu Miasta i Gminy Pleszew, Ewa Stawska-Bąk – Zastępca Prezydenta Miasta Kędzierzyn-Koźle ds. Gospodarki Przestrzennej i Inwestycyjno-Remontowej. Obok zadowolenia i dumy z przyznanej nagrody, wszyscy laureaci zgodnie twierdzili, iż dzięki kompleksowemu wsparciu doradczemu, które otrzyma ich przedsięwzięcie, mają szansę z powodzeniem zrealizować zaplanowaną inwestycję, jak również zdobyć doświadczenie i wiedzę do podejmowania śmielszych decyzji o przystępowaniu do realizacji przedsięwzięć publicznych w formule ppp. *Wystąpienia tych osób prezentujemy na stronach 76–78 niniejszego numeru „Biuletynu ppp”.*

Po wręczeniu nagród głównych następnie głos zabrała, dziękując za zaproszenie w imieniu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, **Pani Elżbieta Sikorska, Wicedyrektor Departamentu Gospodarki, Skarbu Państwa i Prywatyzacji Najwyższej Izby Kontroli**. Dla wszystkich wystąpienie przedstawicielki NIK wniosło wiele optymizmu. Najwyższa Izba Kontroli pozytywnie oceniła realizację przedsięwzięć ppp, po przeprowadzonej przez Izbę w 2012 r. kontroli podmiotów publicznych realizujących projekty w formule ppp. *Wystąpienie Pani Dyrektora Elżbiety Sikorskiej w całości zamieszczone zostało na stronie 74 niniejszego numeru „Biuletynu ppp”.*

Część oficjalną zakończyło wystąpienie Ireny Herbst, Prezes Fundacji Centrum PPP, członkini Jury Konkursu **3P** podsumowujące rynek partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce podczas 4 lat obowiązywania przepisów regulujących ppp. *Wystąpienie Pani Prezes Ireny Herbst w całości zamieszczone zostało na stronie 75 niniejszego numeru „Biuletynu ppp”.*

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

Wystąpienia podczas Gali finałowej Konkursu 3P

Pani **Agnieszka Buła-Kopańska**, Dyrektor Departamentu Instrumentów Wsparcia Ministerstwa Gospodarki



Agnieszka Buła-Kopańska
Dyrektor Departamentu
Instrumentów Wsparcia
Ministerstwa Gospodarki

Pierwsza edycja Konkursu 3P przyczynia się do rozpowszechniania partnerstwa publiczno-prywatnego jako formy współpracy pomiędzy administracją i przedsiębiorcami prywatnymi. Partnerstwo publiczno-prywatne pozwala na połączenie wysiłków podmiotów publicznych z umiejętnościami przedstawicieli sektora prywatnego przy realizowaniu przedsięwzięć obejmujących szeroki zakres zadań publicznych. Zakres współpracy w ramach ppp, wyłaniający się z nagrodzonych w Konkursie 3P przedsięwzięć obejmuje: budowę budynków mieszkalnych, przebudowę szpitala oraz rewitalizację zniszczonych części miasta.

Współpraca przedstawicieli podmiotów publicznych z partnerami prywatnymi z jednej strony pozwoli na zwiększenie jakości usług świadczonych obywatelom oraz zaspokojenie rosnących wymagań społeczeństwa. Natomiast z drugiej strony, podmioty prywatne dzięki zaangażowaniu w projekty ppp zyskają dostęp do nowych rynków zbytu oraz stabilne źródła spłaty zaangażowanego kapitału.

W związku z ww. powodami, partnerstwo publiczno-prywatne jest obecnie coraz bardziej rozpowszechnioną na całym świecie formą realizacji zadań przez podmioty publiczne. Jest ono szeroko stosowane we Francji, Niemczech, Hiszpanii czy też Wielkiej Brytanii. Upowszechnianie partnerstwa publiczno-prywatnego wpisuje się więc w międzynarodowe trendy dotyczące zwiększania współpracy podmiotów publicznych z prywatnymi. Minister Gospodarki aktywnie wspiera wszelkie inicjatywy promujące nowoczesne podejście instytucji publicznych do wykonywania zadań w formie partnerstwa publiczno-prywatnego. Zorganizowany przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, pod honorowym patronatem Ministra Gospodarki, Konkurs 3P przyczynia się do upowszechniania partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, co nierozdzielnie łączy się z jego promocją będącą jednym z zadań Ministra. Serdecznie gratuluję laureatom I edycji Konkursu 3P. Mam nadzieję, że zaproponowane przez nich przedsięwzięcia zostaną z powodzeniem zrealizowane i staną się zarówno wzorem, jak i zachętą do podejmowania tego rodzaju inicjatyw przez podmioty publiczne i prywatne. Liczę, że dzięki inicjatywom takim jak Konkurs 3P upowszechnimy w Polsce dobre praktyki w zakresie przygotowania i zarządzania projektami partnerstwa publiczno-prywatnego oraz zachęcimy innych do wyboru tej właśnie formy prowadzenia inwestycji publicznych.

Pani **Bożena Lubińska-Kasprzak**, Prezes Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości

Partnerstwo publiczno-prywatne w Europie rozwija się od ponad 20 lat. Zgodnie z Raportami Europejskiego Centrum Wiedzy o ppp (EPEC) zostało zrealizowanych w Europie, co najmniej 1400 projektów o wartości przekraczającej 250 mld euro. Formuła ppp odgrywa zatem duże znaczenie w finansowaniu projektów infrastrukturalnych. W Polsce statystyki przedsięwzięć ppp przedstawiają się skromniej niż w krajach Europy Zachodniej, dlatego też Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości dostrzegła wagę partnerstwa publiczno-prywatnego w rozwoju społeczno-gospodarczym, a w szczególności w rozwoju przedsiębiorstw. Misją PARP jest wspieranie procesu powstawania i rozwoju przedsiębiorstw (w szczególności mikro, małych i średnich firm). Agencja stara się, aby jej działania były efektywne, dlatego realizujemy nasze cele nie tylko poprzez bezpośrednie wsparcie przedsiębiorców, ale również poprzez wspieranie instytucji otoczenia biznesu czy też wspieranie budowania środowiska, w którym firmy mogą się rozwijać. Projekt systemowy „Partnerstwo publiczno-prywatne” jako projekt wspierający formułę ppp, bardzo dobrze wpisuje się w strategię naszych działań na rzecz rozwoju przedsiębiorczości. Partnerstwo publiczno-prywatne z jednej strony przyczynia się do rozwoju infrastruktury, która jest niezbędna do zapewnienia najwyższej jakości usług publicznych, co ma wpływ na rozwój przedsiębiorczości w gminie, w mieście oraz w regionie. Z drugiej strony, ppp przynosi konkretne korzyści przedsiębiorcom, którzy mogą rozwijać swoje firmy jako kontrahenci władz publicznych. Projekt systemowy „Partnerstwo publiczno-prywatne” realizowany od września 2011 r. Zgodnie z przyjętą przy realizacji projektów PARP

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

strategią, projekt systemowy "Partnerstwo publiczno-prywatne" zawiera komponent badawczy, którego zadaniem jest monitorowanie sytuacji w danym obszarze. Realizujemy też działania informacyjno-promocyjne, ponieważ w obszarze ppp zarówno strona publiczna, jak i przedsiębiorcy potrzebują jeszcze bardzo wiele informacji, a sama instytucja ppp powinna być promowana jako realny instrument realizacji zadań publicznych.

W 2012 roku zakończyliśmy realizację pierwszego tak szerokiego i pogłębionego badania problematyki ppp w Polsce. Wyniki naszych badań nastrojają optymizmem co do przyszłości rozwoju rynku ppp. Przypomnę, że najważniejsze wnioski wskazują, że oba sektory i sektor prywatny, i sektor publiczny dostrzegają zalety tego typu współpracy i chcą współpracować mimo pewnych barier, które w konsekwencji okazują się możliwe do przezwyciężenia. 33 procent jednostek publicznych w Polsce rozważało realizację przedsięwzięć w formule ppp. 14 procent jednostek podjęło przygotowania do przeprowadzenia



Bożena Lubińska-Kasprzak
Prezes Polskiej Agencji
Rozwoju Przedsiębiorczości

przedsięwzięcia ppp, a 4 procent z nich zastosowało ppp w praktyce. Przedstawiciele strony publicznej mają zwykle bardzo dobrą opinię o współpracy z partnerami prywatnymi - 85 procent instytucji publicznych, które miało takie doświadczenie ocenia je pozytywnie. Przedsiębiorcy mają również bardzo dobre zdanie o tej formule – 58 procent z nich zna pozytywne przykłady współpracy między instytucjami publicznymi. 66 procent przedstawicieli badanych podmiotów ocenia, że taki model współpracy przynosi korzyści obydwu stronom. W ramach naszego badania zidentyfikowaliśmy jako jedną z barier w stosowaniu tej formuły brak odpowiednich struktur i kadr do samodzielnego przygotowania przedsięwzięcia tego typu przez podmioty publiczne. Szczególne trudności sprawia sporządzanie niezbędnych analiz potwierdzających prawidłowość wyboru formuły ppp jako realizacji danego zadania. Problemy zdiagnozowano również na etapie przygotowania postępowania na wybór partnera prywatnego. Odpowiedzią na te trudności była skierowana do podmiotów publicznych propozycja udziału w Konkursie **3P**, w którym jako nagrodę proponujemy wsparcie doradcze: prawne, ekonomiczne i techniczne dla najbardziej obiecujących dla rozwoju rynku ppp projektów. Korzystając z okazji, pragnę podziękować Jury Konkursu **3P**, które wybrało laureatów. Przewodniczącym Jury był pan Dariusz Szewczyk, zastępca Prezesa Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Ponadto w składzie Jury zasiadali: Tadeusz Donocik, Prezes Regionalnej Izby Gospodarczej, dr Irena Herbst, obecnie Prezes Fundacji Centrum PPP, dr Aleksandra Jadach-Sepiolo, adiunkt w Katedrze Inwestycji i Nieruchomości Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie, Marcin Jędrasik, Naczelnik w Departamencie Wsparcia Projektów Partnerstwa Publiczno-Prywatnego Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, Jolanta Korzun oraz Dorota Wtulich, przedstawicielki Ministerstwa Gospodarki, Grzegorz Lang, radca prawny, ekspert PKPP Lewiatan, ekspert Komisji Europejskiej w grupie ekspertów ds. Zamówień Publicznych, Anna Świebocka-Nerkowska, Dyrektor Departamentu Rozwoju Kapitału Ludzkiego Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości i opiekun ww. projektu systemowego i Małgorzata Kuś-Konieczna z Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości - sekretarz Jury Konkursu. Kryteriami wyboru projektów, którymi kierowało się Jury Konkursu **3P** to stan gotowości przedsięwzięcia ppp do realizacji, czyli jego wykonalność. Zamiarem PARP jest wsparcie tych podmiotów publicznych, które poważnie myślą o swoich zadaniach i odpowiedzialnie przygotowują się do wdrożenia projektów ppp. Doświadczenia zagraniczne, jak i krajowe pokazują, że nie jest to instrument prosty w zastosowaniu. Udany proces ppp wymaga zatem odpowiednio wysokiego poziomu zaangażowania władz publicznych. Projekty poddawane były również ocenie pod kątem kompleksowego i modelowego charakteru zgłoszonego do Konkursu **3P** przedsięwzięcia ppp oraz jego oddziaływania na otoczenie społeczno-gospodarcze. Członkowie Jury brali także pod uwagę znaczenie danej inwestycji dla rozwoju regionu oraz znaczenie realizacji przedsięwzięcia dla społeczności lokalnej.

Spośród 10 zgłoszeń, które wpłynęły do Konkursu **3P**, cztery zostały nagrodzone nagrodą główną w postaci wsparcia doradczego. Wszyscy pozostali uczestnicy zostali docenieni przez Jury za odwagę, determinację w poszukiwaniu nowych rozwiązań w tak trudnych czasach. Wszystkim, którzy zgłosili swoje projekty, chciałam bardzo serdecznie pogratulować. PARP będzie z zainteresowaniem obserwować dalsze losy nagrodzonych przedsięwzięć, życząc sukcesu w ich realizacji.

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

Projekty realizowane w formule partnerstwa publiczno-prywatnego mogą przyczynić się do rozwoju wielu kompetencji społecznych po stronie władz publicznych, tj. odpowiedzialności za jakość życia Polaków, odpowiedzialności za podejmowanie wieloletnich zobowiązań inwestycyjnych, które mogą wpływać z rzeczywistych potrzeb ludzi, zaufania do przedsiębiorców. Po stronie przedsiębiorców rozwój projektów ppp może przyczynić się do wzrostu zaufania do władz publicznych, odpowiedzialności i umiejętności współpracy przy realizacji wspólnych celów. Życząc wszystkim, którzy będą realizować projekty w formule ppp dużo wytrwałości i sukcesów, zachęcając do korzystania z dorobku wypracowanego w ramach projektu systemowego „Partnerstwo publiczno-prywatne”, dostępnego na stronie internetowej projektu www.ppp.parp.gov.pl.

Pani **Elżbieta Sikorska**, Wicedyrektor Departamentu Gospodarki, Skarbu Państwa i Prywatyzacji Najwyższej Izby Kontroli



Elżbieta Sikorska
Wicedyrektor Departamentu
Gospodarki, Skarbu
Państwa i Prywatyzacji
Najwyższej Izby Kontroli

Najwyższa Izba Kontroli niedawno zakończyła kompleksową kontrolę przedsięwzięć realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, co sprzyja pozytywnej refleksji nie tylko nad w większości dobrze skonstruowanymi projektami, ale zwraca uwagę na pewne problemy związane z realizacją tego typu przedsięwzięć.

W ramach wspomnianej kontroli NIK zbadano 21 podmiotów, realizujących partnerstwo publiczno-prywatne. Projekty objęte kontrolą znajdowały się na różnym stopniu zaawansowania: w trakcie lub po przeprowadzeniu analiz przedrealizacyjnych, na etapie procedury wyboru partnera prywatnego, niektóre podmioty miały już zawartą umowę o ppp z partnerami prywatnymi. Pomimo tego, że kontrolowano podmioty, które posiadały już doświadczenie we wdrażaniu projektów ppp, to jedynie 14 procent wartości inwestycji w tych gminach było realizowane w ppp. Widać, że ta formuła jest jeszcze niedoceniana i mało rozpowszechniona w naszym kraju, co na pewno wiąże się z tym, że jest to instytucja nowa, nieznaną i stąd wzbudza wiele obaw podmiotów

publicznych. Natomiast co do nieprawidłowości, jakie zidentyfikowała Izba, są bardzo podobne do nieprawidłowości, z którymi Izba spotyka się w czasie kontroli innych procesów inwestycyjnych. Taki wynik wskazuje, że jeśli samorządy potrafią przygotować projekty inwestycyjne realizowane w sposób tradycyjny, to na pewno poradzą sobie z partnerstwem publiczno-prywatnym. Co więcej w 12 spośród 21 skontrolowanych podmiotów Izba nie ujawniła żadnych nieprawidłowości. To również świadczy o tym, że podmioty publiczne podchodzą z należytą uwagą do realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego i potrafią właściwie zadbać o swoje interesy. Tym bardziej warto wspomnieć o pewnych zaobserwowanych nieprawidłowościach, które po przeanalizowaniu mogą stanowić wskazówki dotyczące tego, w jaki sposób można sobie poradzić z pewnymi problemami i jak ich uniknąć w przyszłości. Najczęstszym błędem w skontrolowanych przedsięwzięciach ppp było nierzetelne ich przygotowanie bez wcześniejszych analiz lub nieuwzględnianie wyników wcześniej sporządzonych analiz. Tym bardziej należy docenić możliwość skorzystania w ramach Konkursu **3P** z profesjonalnego doradztwa przez nagrodzone podmioty. Najwyższa Izba Kontroli zwróciła uwagę, że podmioty publiczne obawiają się wydatkować środki na konsultacje i fachowe doradztwo prawne, co niejednokrotnie ustrzegłoby je przed popełnieniem błędów i pozwoliłoby na sporządzenie lepszych umów, które lepiej zabezpieczałyby interes publiczny. Co więcej przeprowadzenie fachowej analizy może pokazać, jaka formuła partnerstwa publiczno-prywatnego jest w wypadku danego przedsięwzięcia najlepsza i najkorzystniejsza, wskazując jednocześnie na warunki, jakie możemy postawić partnerowi prywatnemu. Niestety często zabrakło opisanego wyżej podejścia, choć Izba oczywiście nie podważa legalności rozpoczynania postępowania bez wykonania wcześniej analiz. W obowiązujących od 2008 roku przepisach nie ma bowiem bezwzględnego wymogu sporządzania analiz w normatywnie określonym zakresie. Każdy partner publiczny decyduje, jakie analizy chce wykonać i czy w ogóle je przygotowywać. Należy jednak zwrócić uwagę, że porównując, szacując koszty inwestycji i koszty ryzyka związanego z zaangażowaniem się w przedsięwzięcie publiczno-prywatne, zdaniem Izby, rzetelnym postępowaniem byłoby skorzystanie z jakiejś formy doradztwa w każdym przypadku wdrażania projektu ppp.

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

Należy również podkreślić, że przedsięwzięcia ppp nie są rutynowo realizowane przez władze publiczne, więc administracja ma ograniczone możliwości w zdobywaniu stosowanych w tym zakresie doświadczeń. W tej sytuacji powinniśmy się uczyć na cudzych błędach, należy zatem korzystać z doświadczeń innych podmiotów realizujących projekty ppp, jak i z wiedzy udostępnianej w ramach projektu systemowego PARP. Omawiając korzyści związane z wdrażaniem ppp, często wspomina się o możliwości skorzystania przez administrację z doświadczeń biznesowych i doświadczeń w organizacji procesu inwestycyjnego zgromadzonych przez partnerów prywatnych. Jednak w świetle ustaleń kontroli NIK, trzeba stwierdzić, że podstawową przesłanką wykorzystania partnerstwa publiczno-prywatnego przy realizacji celów publicznych był brak źródeł finansowania w decydującej się na realizację projektu jednostce samorządowej. Inne korzyści niż pozyskanie środków finansowych na realizację przedsięwzięcia, które mogą wynikać ze współpracy z partnerem prywatnym, nie były należycie wyeksponowane i zbadane. Brakuje jeszcze powszechnej świadomości, że dzięki ppp można i należy korzystać z doświadczeń partnera prywatnego w realizacji zadań inwestycyjnych.

NIK nie zgłasza zastrzeżeń, jeśli chodzi o stosowanie przepisów ppp czy o koncesji w przypadku wyboru partnera prywatnego. Niemniej jednak w kilku przypadkach wykazaliśmy pewne elementy nierównego traktowania podmiotów, które zgłaszały się do przetargu. Ujawniliśmy także pewną niekonsekwencję w przepisach. Niektóre podmioty publiczne nie traktowały umów koncesji jako przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego. Konsekwencją takiego podejścia było to, że nie stosowały one ustawy o ppp w postępowaniach zmierzających do wyłonienia koncesjonariusza, co było przez NIK kwestionowane w przypadkach, gdy zawierane umowy koncesji spełniały ustawową definicję partnerstwa publiczno-prywatnego, obejmując wspólną realizację przedsięwzięcia opartego na podziale zadań i ryzyk. W trakcie kontroli zauważono jednak, że w obrocie prawnym funkcjonują odmienne od stanowiska NIK opinie prawne, wobec czego nie stosowaliśmy sankcji w postaci oceny negatywnej, jeśli chodzi o legalność takiego postępowania. Natomiast Izba stoi na stanowisku, że jeżeli wdrażane jest przedsięwzięcie polegające na podziale zadań i ryzyk, to władze publiczne powinny stosować do ich realizacji ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Należy podkreślić, że w ponad połowie realizowanych przedsięwzięć w ppp nie stwierdziliśmy nieprawidłowości. Wskazano wiele takich przedsięwzięć, które mogą stanowić dobre praktyki i wzory czy też przykłady, dla tych podmiotów publicznych, które będą w przyszłości myślały o realizacji zadań publicznych w formule ppp. Niebawem¹ na stronach Najwyższej Izby Kontroli zostanie opublikowana informacja o wynikach omawianej kontroli. W ocenie NIK podmioty publiczne, realizując projekty ppp, postępują niekiedy zbyt ostrożnie w zakresie angażowania swoich środków finansowych, traktując partnerstwo publiczno-prywatne jako sposób na przerzucenie całego ryzyka inwestycji na partnera prywatnego. Takie zbyt zachowawcze podejście było głównym powodem tego, że przedsięwzięcia publiczno-prywatne nie dochodziły do skutku. Oczekiwanie, że partner prywatny przejmie całe ryzyko przedsięwzięcia, w ocenie NIK, nie znajduje potwierdzenia w relacjach biznesowych i na ten aspekt polskiej praktyki ppp należy zwrócić uwagę w przypadku partnerów publicznych. Oczywiście Najwyższa Izba Kontroli, mimo że wyniki omawianej kontroli są bardzo obiecujące, pokazując dobre zaangażowanie i odpowiedzialność podmiotów publicznych, będzie w dalszym ciągu obserwowała funkcjonowanie ppp. Jednym z celów kontroli jest ocena, czy, po pierwsze, zmniejszają się bariery w rozwoju przedsięwzięć ppp, a po drugie, czy podmioty publiczne w dalszym ciągu postępują prawidłowo i panują nad rozwojem ppp w swoich jednostkach.

Należy ocenić, że prowadzona przez NIK kontrola pokazała, że działania Izby nie powinny być traktowane w kategorii zagrożenia dla przedsięwzięć ppp, ale jako niezbędny element korygujący potencjalne nieprawidłowości w przygotowaniu i realizacji tak złożonych procesów.

Pani **Irena Herbst**, Prezes Fundacji Centrum PPP

Analizy rynku ppp wciąż jeszcze bazują na śledzeniu oficjalnej liczby ogłoszeń, których liczba wciąż utrzymuje się na znacznym poziomie, jeśli porównamy je z liczbą faktycznie realizowanych projektów. Niestety wciąż utrzymuje się niekorzystna proporcja między rozpoczętymi



Irena Herbst
Prezes Fundacji Centrum PPP

¹ <http://www.nik.gov.pl/plik/id,4883,vp,6340.pdf> z dnia 20.05.2013 r.

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

postępowaniami na wybór partnera prywatnego czy koncesjonariusza, a faktycznie zawierany umowami. Najaktywniejszy na polu inicjowania nowych przedsięwzięć ppp jest samorząd regionu małopolskiego, jeśli przyjmiemy bezwzględną liczbę zainicjowanych postępowań. Natomiast po przeliczeniu liczby zainicjowanych projektów na liczbę mieszkańców, okaże się, że najaktywniejsze działania podejmowano na rynku ppp w województwie opolskim. Jeśli przeanalizujemy wskaźnik skuteczności, tj. liczbę wszczętych procedur w relacji do zawartych umów, okazuje się, że najbardziej skuteczne w poszukiwaniu partnera prywatnego do przedsięwzięć ppp były jednostki w województwie śląskim i pomorskim. Tam wskaźnik skuteczności wynosił odpowiednio: 44% i 43%. Na tle ogólnych wyników w Polsce to wyjątkowo korzystna relacja. W analizie rynku ppp w ostatnim czasie należy zwrócić uwagę na zwiększenie liczby realizowanych projektów i coraz większą popularność projektów ppp w relacji do koncesji. Między 2009–2011 r. tylko 33% odwoływało się do zapisów ustawy o ppp, natomiast w 2012 r. działało się tak już w ponad 68%. Ten trend wydaje się potwierdzać wzrost świadomości władz publicznych, co do możliwości jakie niesie ze sobą ppp w zakresie wykonywania ciężących na nich zadań publicznych. Widać wyraźnie, że mamy coraz bardziej uświadomioną potrzebę bardziej kompleksowych projektów, bazujących na coraz bardziej skomplikowanych założeniach, również co do zasad wynagradzania strony prywatnej innych niż ma to miejsce w prostych przedsięwzięciach koncesyjnych. Stosowanie ustawy o ppp jest konieczne, gdy założeniem projektu od samego początku jest wynagradzanie strony prywatnej w mechanizmie opłaty za dostępność.

Duże zmiany nastąpiły w strukturze przedmiotowej partnerstwa publiczno-prywatnego dotyczącej sektorów, w jakich są realizowane i inicjowane tego typu przedsięwzięcia. Wyraźnie widać spadek kontrowersyjnych przedsięwzięć w zakresie sportu i rekreacji (o 18%). Mamy duży, bardzo wyraźny wzrost – o 16 punktów procentowych w projektach energetycznych. Zanotowaliśmy nowe zjawisko w sektorze kultury - 5 projektów Instytutu Pamięi Narodowej dotyczących produkcji filmowej. Zanotowano spadek popularności projektów parkingowych i innych kubaturowych obiektów komunalnych, szczególnie w sektorze służby zdrowia, co jednak wiąże się z długim okresem przygotowywania tego typu projektów.

Podsumowując tendencje panujące na rynku ppp w roku 2012, można stwierdzić, że podstawowe uwarunkowania prawno-instytucjonalne, postawy i zachowania podmiotów biorących udział w tych przedsięwzięciach czy przesłanki podejmowania decyzji o realizacji przedsięwzięć ppp nie uległy znaczącym zmianom. Nadal na rynku ppp dominują samorządy terytorialne. Nie odnotowano znacznego wzrostu zainteresowania realizacją projektów ppp, jednak tendencja jest wzrostowa, stosownie do wzrostu umiejętności podmiotów publicznych w tym obszarze.

Pani **Ewa Stawska-Bąk**, Zastępca Prezydenta Miasta Kędzierzyn-Koźle ds. Gospodarki Przestrzennej i Inwestycyjno-Remontowej

Ewa Stawska-Bąk
Zastępca Prezydenta
Miasta Kędzierzyn-Koźle
ds. Gospodarki Przestrzennej
i Inwestycyjno-Remontowej



Otrzymała nagroda to przede wszystkim duże wyróżnienie i zasługa Wydziału Strategii, Rozwoju i Środków Pomocowych Urzędu Miasta, który przygotował projekt wart uznania przez PARP. W naszej ocenie szczególnie ważna jest możliwość skorzystania z profesjonalnego doradztwa, które umożliwi wsparcie nas na etapie strukturyzacji finansowania przedsięwzięcia, pozwalając na to, by dialog, jaki na etapie wyłonienia partnera prywatnego będzie prowadzony z przedsiębiorcą prywatnym, miał partnerski charakter i ostatecznie okazał się owocny. Mamy nadzieję, że dzięki nagrodzie będziemy mogli sprawnie realizować inwestycję w formule, która cieszy się dużą popularnością w UE, tym bardziej, że w Polsce ppp obejmuje zaledwie 1,7% udziału w tym rynku. W porównaniu z Hiszpanią, gdzie tego typu przedsięwzięcia stanowią 11% czy Wielką Brytanią, która realizuje 53% projektów w tym modelu, nasza praktyka powinna w większym stopniu obejmować partnerstwo publiczno-prywatne, jak również koncesje na roboty budowlane lub usługi. Na pewno pozostaje jeszcze dużo do zrobienia po stronie legislacyjnej np. - dostosowanie przepisów krajowych do przepisów unijnych.

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

W moim odczuciu rozwojowi rynku ppp bardzo przysłużą się inicjatywy takie jak Konkurs **3P** czy działalność Platformy PPP w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego. To samorzady stymulują rozwój infrastruktury i to one powinny być objęte pomocą w zakresie wdrażania partnerstwa publiczno-prywatnego, podobnie jak miało to miejsce przy realizacji projektów na Euro 2012, gdzie solidarnie, wspólnie z administracją rządową j.s.t przystąpiły do inwestycji drogowych, budowy stadionów i pozostałej koniecznej infrastruktury. W mojej ocenie sektor publiczny i prywatny są niejako na siebie skazane w najbliższych latach. Sektor publiczny potrzebuje kapitału i umiejętności strony prywatnej, natomiast inwestorzy poszukują nowych rynków w tym możliwości współpracy z j.s.t. Kluczem do sukcesu jest wzajemne zrozumienie oczekiwań każdej ze stron i wspólny wysiłek na rzecz wdrożenia i przeprowadzenia przedsięwzięcia.

Pan **Marian Adamek** Burmistrz Miasta i Gminy Pleszew

Realizacja nagrodzonego przedsięwzięcia jest dla nas bardzo ważna i ma duży wpływ na życie mieszkańców. Dzięki zastosowaniu partnerstwa publiczno-prywatnego mamy nadzieję, że uda się zaspokoić potrzeby mieszkańców, tworząc ciekawą ofertę dla przedsiębiorców. Nagrodę otrzymaliśmy za budowę budynku mieszkalno-użytkowego. W części mieszkalnej to ponad 100 mieszkań oraz ponad 1500 m² powierzchni użytkowej. Zadanie to planujemy zrealizować w latach 2016–2017. Wartość przedsięwzięcia to ponad 18 mln złotych, z czego Miasto i Gmina Pleszew zamierza zaangażować się finansowo jedynie w zakresie 600 tys. złotych. Mamy nadzieję, że dzięki wsparciu profesjonalnego doradcy przedsięwzięcie będzie zrealizowane z pożytkiem dla obu stron współpracy.



Marian Adamek
Burmistrz Miasta
i Gminy Pleszew

Pan **Adam Krzysztoń**, Starosta Powiatu Łąncuckiego

Nagrodę otrzymaliśmy za przygotowanie projektu w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego, pn. „Przebudowa i rozbudowa Szpitala św. Michała Archanioła w Łąncucie” dla mieszkańców powiatu łąncuckiego. Ochrona zdrowia wymaga licznych inwestycji, a realizacja tego typu projektów z sektorem prywatnym jest przedmiotem szczególnej uwagi polityków i społeczeństwa. Nasza placówka, którą zamierzamy rozbudować i zmodernizować, dzięki formule ppp, opiekuje się rocznie kilkudziesięcioma tysiącami osób. Obecny Szpital zlokalizowany jest w bardzo starych budynkach, wzniesionych jeszcze w czasach ordynacji Potockich. Nie były one z całą pewnością projektowane dla potrzeb szpitalnictwa, zatem projekt, który zamierzamy zrealizować pozwoli nie tylko na utrzymanie dotychczasowego poziomu działalności leczniczej, ale na jego dalszy rozwój dla dobra mieszkańców całego regionu. W mojej ocenie główną korzyścią z wygranej, oprócz sfinansowania usług doradczych, jest pewność, że nasze działania prowadzące do wdrożenia projektu będą nadzorowane przez fachowców i specjalistów w dziedzinie doradztwa prawnego, finansowego i technicznego podobnie jak możliwość wymiany doświadczeń z osobami, które zajmują się partnerstwem publiczno-prywatnym na szerszą skalę niż ten zrealizowany w Łąncucie.



Adam Krzysztoń
Starosta Powiatu
Łąncuckiego

Organizowanie przedsięwzięć przez PARP takich jak projekt systemowy „Partnerstwo publiczno-prywatne” jest niezwykle ważne, ponieważ idea ppp w naszym kraju ciągle nie jest popularna, a w najbliższym czasie istnieje poważna konieczność rozpoczęcia debaty na temat możliwości pozyskiwania finansowania do projektów w obszarze ochrony zdrowia. Obawiam się, że samorząd samodzielnie nie jest w stanie ponieść olbrzymich nakładów finansowych koniecznych w obszarze ochrony zdrowia w najbliższym czasie. Szczególnie wobec zasad dotyczących ograniczeń w zakresie

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

zarządzania długiem j.s.t. Specyfika sektora ochrony zdrowia wiąże się z faktem, że do końca 2016 roku przepisy obligują podmioty publiczne do dostosowania pomieszczeń oraz urządzeń zakładów opieki zdrowotnej i podmiotów leczniczych do standardów znacznie odbiegających od obecnie spotykanych. Ponieważ samorząd nie może samodzielnie unieść ciężaru finansowego związanego z koniecznymi modernizacjami, liczymy, że uda się to dzięki współpracy z sektorem prywatnym w ramach ppp.

Pan **Leszek Kawski**, Burmistrz Gminy Miasto Wąbrzeźno



Leszek Kawski, Burmistrz
Gminy Miasto Wąbrzeźno

Nagroda w Konkursie **3P** to wyróżnienie dla Wąbrzeźna i jednocześnie duża pomoc dla projektu. Nasze przedsięwzięcie przygotowaliśmy bardzo starannie. W chwili ogłoszenia Konkursu znajdowało się już na etapie poprzedzającym zaangażowanie doradców, co wiązało się ze znacznymi kosztami. Budżet Miasta Wąbrzeźno to zaledwie 40 mln złotych i poniesienie wydatków na doradztwo, bez gwarancji powodzenia przedsięwzięcia, to ogromne ryzyko zarówno dla radnych, którzy podejmują takie decyzje, jak i dla mnie jako burmistrza.

Dzięki Konkursowi **3P**, możemy zaoszczędzone środki przeznaczyć na inne, równie pilne potrzeby. Nagroda pozwoli na realizację projektu na wzniesienie wielorodzinnego budynku mieszkalnego, obejmującego mieszkania komunalne i socjalne. Liczymy na fachowe doradztwo w zakresie ekonomicznym i prawnym, które pozwoli nam sprostać wielu ryzykom wiążącym się z realizacją tego typu przedsięwzięć.

Składam podziękowanie dla pomysłodawców i organizatorów Konkursu **3P**, jak i dla Jury, które wyłoniło laureatów. Niestety w Polsce – inaczej niż w UE – nie mamy jeszcze wielu projektów typu ppp. Wiele z nich nie kończy się optymistycznie z różnych przyczyn, z których najważniejsze jest ryzyko prawne ich realizacji. W mojej ocenie, uwarunkowania prawne realizacji tego typu projektów nie są do końca jasne, dlatego uzyskane przez nas doradztwo jest ogromnym sukcesem, z którego cieszymy się i wierzymy, że pozwoli ono doprowadzić nasz projekt do udanego finału.

Laureaci Konkursu **3P**



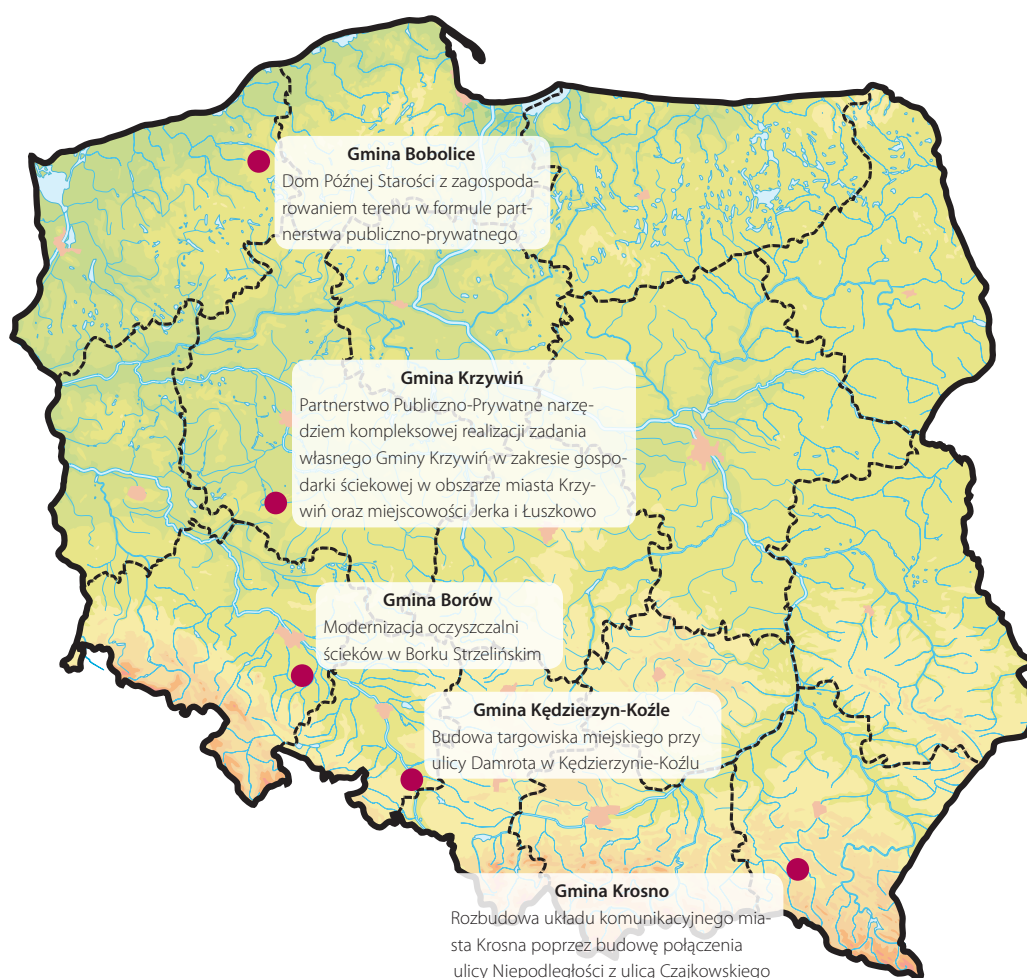
4.2. Druga szansa na bezpłatne doradztwo dla planowanych przez podmioty publiczne przedsięwzięć ppp



Bartosz Korbus
Instytut PPP

Już po raz drugi Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości zorganizowała Konkurs **3P**, w ramach którego podmioty publiczne mogły się ubiegać o kompleksowe wsparcie doradcze dla planowanych przedsięwzięć w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Tym razem kryterium konkursowe objęło projekty, których wartość nakładów inwestycyjnych nie przekraczała 25 mln zł brutto. Przypomnijmy, iż założeniem Konkursu **3P** jest wspieranie przedsięwzięć ppp zainicjowanych przez samorządy lokalne, które nie zaliczają się do dużych inwestycji, gdyż te mogą liczyć na mechanizmy wsparcia udzielanego np. z Ministerstwa Rozwoju Regionalnego. Konkurs **3P** to szansa dla małych projektów, na które decydują się podmioty publiczne i które dzięki wsparciu PARP będą mogły nie tylko zminimalizować ryzyko niepowodzenia inwestycji, ale co równie istotne, przyczynić się do zdobycia wiedzy na temat procesu wdrażania projektów ppp, istotnej przy planowaniu realizacji kolejnych przedsięwzięć.

Podsumowaniem naboru w drugiej edycji Konkursu **3P** jest pięć zgłoszeń przedsięwzięć ppp przygotowanych przez następujące podmioty publiczne:



Obecnie trwa ocena merytoryczna złożonych projektów i o jej wynikach napiszemy w kolejnym numerze „Biuletynu ppp”, wcześniej jednak będzie można o tym przeczytać na stronie internetowej projektu www.ppp.parp.gov.pl.



Bartosz Korbus
Instytut PPP

4.3. Debata ekspertów pod hasłem „PPP – Prawo i Praktyka”

W dniu 16 maja 2013 r. odbyła się w debata ekspertów partnerstwa publiczno-prywatnego poświęcona uwarunkowaniom realizacji przedsięwzięć podejmowanych wspólnie przez administrację publiczną i partnerów prywatnych.

W debacie poprowadzonej przez Ewę Ivanową – dziennikarkę Dziennika Gazety Prawnej, udział wzięli:

- **dr Rafał Cieślak** – radca prawny, Kancelaria Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz,
- **Maciej Dobieszewski** – radca prawny, naczelnik wydziału w Ministerstwie Gospodarki, ekspert i autor publikacji w obszarze ppp,
- **Grzegorz Lang** – radca prawny, ekspert PKPP Lewiatan, ekspert Komisji Europejskiej w Grupie ekspertów ds. zamówień publicznych,
- **Bartosz Korbus** – koordynator projektu systemowego PARP „Partnerstwo publiczno-prywatne” ze strony partnera projektu – Instytutu Partnerstwa Publiczno-Prywatnego,
- **Małgorzata Kuś-Konieczna** – koordynatorka projektu systemowego PARP „Partnerstwo publiczno-prywatne” ze strony Lidera projektu – Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

W trakcie debaty eksperci dyskutowali o zakresie obowiązywania regulacji istotnych z punktu widzenia partnerstwa publiczno-prywatnego oraz o dopuszczalności zastosowania poszczególnych ustaw i istniejących praktycznych rozwiązań w zakresie wdrażania przedsięwzięć w formule ppp i koncesji, a także o barierach uniemożliwiających rozwój tej formy realizacji zadań publicznych jakim jest właśnie ppp. Nie brakowało również postulatów zmian, które zdaniem ekspertów mogłyby przyczynić się do zintensyfikowania działań w zakresie inwestycji publicznych z wykorzystaniem formuły ppp. W Polsce mimo, że od ponad 4 lat obowiązują przepisy ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r nr 19, poz. 100 z późn. zm.) oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2009 r. nr 19, poz. 101 z późn. zm.) to niewiele przedsięwzięć jest realizowanych w formule ppp. Istotną przeszkodą jest zbyt skomplikowane ustawodawstwo i brak regulacji w zakresie problemów zdiagnozowanych przez podmioty realizujące projekty ppp. Szczególną bolączką, na którą zwracają uwagę eksperci zajmujący się problematyką ppp jest brak na szczelnie centralnym spójnej koncepcji wspierania ppp.

Debata była rejestrowana i udostępniona internautom on-line poprzez stronę internetową projektu www.ppp.parp.gov.pl. Zachęcamy do zapoznania się w szczególności z zagadnieniami, o jakich rozmawiano podczas debaty.

■ **[Ewa Ivanova (E.I.):** *Pragnę państwa zachęcić do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób należy ocenić rozwój rynku ppp w Polsce. Wydaje się, że rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce jest faktem, natomiast pojawia się pytanie, czy jest to satysfakcjonujący poziom wzrostu. Pojawia się też pytanie, w jakiej formule można tak naprawdę realizować projekty ppp. Czy drogą do ppp są jedynie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym i ustawa o koncesjach na roboty budowlane lub usługi, czy też ppp należy postrzegać szeroko, klasyfikując do tej kategorii projekty realizowane w oparciu o inne ustawy, jak ustawa o gospodarce komunalnej, kodeks cywilny, kodeks spółek handlowych i inne przepisy szczegółowe. Czy Polska wykorzystuje szansę, jaką stwarza współpraca typu ppp?*

[Maciej Dobieszewski (M.D.): Nie wydaje się abyśmy obserwowali „boom” w przedsięwzięciach ppp, zresztą chyba nigdzie na świecie nie mamy takiej sytuacji. Na rynku europejskim można raczej mówić o stagnacji czy recesji w tym obszarze, szczególnie w stosunku do tego okresu z lat najwyższej koniunktury gospodarczej, czyli z lat 2006–2007. W obszarze inwestycji realizowanych w formule ppp obserwujemy spadek, niemalże o 50%. W Polsce z pewnością nastąpił wzrost inwestycji w formule ppp i koncesji, których jest więcej niż było wcześniej. Są to jednak inwestycje o stosunkowo małej skali, szczególnie w porównaniu z projektami realizowanymi w obszarze autostrad, które często swoją wartością przekraczają wartość 40 czy 100 mniejszych przedsięwzięć. Poza tym warto postawić pytanie, co rozumiemy przez projekty typu ppp. Polski system prawny bardzo szeroko definiuje to pojęcie. Wiele przedsięwzięć,

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

które realizowane są obecnie w Polsce, to koncesje na usługi i ewentualnie koncesje na roboty budowlane, które nie do końca są uznawane za ppp z perspektywy międzynarodowej. Za przedsięwzięcia ppp z tej perspektywy uznawane są bowiem projekty z opłatą za dostępność, w których ponadto zaangażowanie partnera prywatnego obejmuje inwestycje kapitałowe w infrastrukturę publiczną. Odmiennym zagadnieniem jest natomiast to, czy polski rynek ppp osiągnął poziom jakiego można by oczekiwać. Nie wiem, jakiego poziomu moglibyśmy oczekiwać, ponieważ nikt tego nie próbował dokładnie zdefiniować, a to jest zadanie dla rządu przygotowującego strategię w obszarze ppp, formułującego swoje cele w tym obszarze. Formuła ppp nie dla każdego rodzaju przedsięwzięcia publicznego musi się sprawdzić. W mojej ocenie ta formuła sprawdzić się może raczej niż częściowo. Natomiast wszędzie na świecie, gdzie formuła ppp jest wykorzystywana z sukcesem w wymiarze ilościowym i jakościowym, na którym najbardziej powinno nam zależeć, dzieje się to w ramach spójnej i przemyślanej polityki państwa, co jest zagadnieniem kluczowym.

[Bartosz Korbus (B.K.): Sytuację na rynku ppp można opisać jako bardzo złą lub zachęcającą – zależnie od nastawienia. Projekty, w których występuje opłata za dostępność, wyraźnie rozwijają się bardzo wolno, co jest wyraźną słabością polskiego ppp. Z drugiej strony, początek tego roku przyniósł optymistyczne wydarzenia, mamy naprawdę duże projekty wdrożone w Poznaniu, Olsztynie czy zamknięcie finansowe projektu sopockiego. Można na tym przykładzie zauważyć zaskakujący urodzaj na projekty hybrydowe. Jednak w relacji do innych rynków, widać że polski rynek ppp nie jest rozwinięty, a powodem tego jest brak spójnej polityki w zakresie realizacji przedsięwzięć publicznych z sektorem prywatnym, wizji w jakich obszarach i kiedy ma być wdrażana.

■ **[E.I.]:** *Rozumiem, że brak wizji na poziomie centralnym.*

[B.K.]: Tak. Wyraźnie widać, że kompetencje w zakresie regulacji ppp są bardzo podzielone, bez wyraźnego centrum polityczno-decyzyjnego, które czuwałoby nad spójnością ram prawnych i metodologią wdrażania tego typu przedsięwzięć. Wydaje się, że dlatego mamy rozwój projektów hybrydowych, ponieważ w ich przypadku ze strony instytucji zarządzających środkami UE ewidentnie stworzono spójną politykę i wsparcie beneficjentów. Można się spierać, czy jest ona dobra czy zła, ale jakaś jest. W przypadku przedsięwzięć, które nie angażują środków dotacyjnych, samorządy skazane są na „rozpoznanie przez atak”, muszą borykać się z wieloma problemami interpretacyjnymi, nie mając wsparcia, jak ma to miejsce w projektach hybrydowych ze strony tych instytucji, które tymi środkami zarządzają. Tam są już jakieś procedury, istnieją ustalone ramy działania. Gdyby takie ramy były stworzone również dla innych projektów, jako dokumenty polityczne, w formie wytycznych działania, oficjalnych, rządowych, to mogłyby zaryzykować tezę, że byłoby o wiele łatwiej realizować wszelkie projekty ppp. Na razie rozwijają się projekty koncesyjne, a tam gdzie pojawiają się opłaty za dostępność, mnożą się problemy i wciąż jest bardzo wiele niepewności co do tego, w jaki sposób płatności w projektach ppp będą wpływać w długiej perspektywie na limity zobowiązań samorządu. Nie chciałbym przedstawiać ppp, jako sposobu na kreatywną księgowość, ale chodzi o jasną odpowiedź, możliwość uzyskania prawdopodobnych interpretacji w tym zakresie. Wobec braku jasnych wykładni co do wpływu zobowiązań z ppp na limity zobowiązań budżetowych realizujących je podmiotów, przy olbrzymich potrzebach inwestycyjnych, w niedługiej perspektywie, poszukiwania samorządu mogą doprowadzić do pewnych wynaturzeń, czyli stosowania rozwiązań, niespójnych z klasycznymi rozwiązaniami ppp, które będą miały na celu minimalizację tego ryzyka. Odpowiedzi powinny przekładać się na bardzo konkretne kwestie, np. podziałki budżetowej wydatków jednostki samorządu terytorialnego, w jakim paragrafie skarbnik ma zapisywać wydatki na wkład własny na wynagrodzenie tak, żeby to był wydatek majątkowy lub bieżący stosownie do natury świadczenia wynikającego z umowy o ppp. Na poziomie polityki w zakresie ppp, państwo powinno odpowiedzieć, czy wdrażamy ppp „z biedy” – jak to jest obecnie w Polsce, czy realizujemy takie projekty, żeby efektywniej realizować przedsięwzięcia publiczne. Tych podstawowych odpowiedzi brak. Pojawiają się często kwestie szczegółowe, ale wiążą się one z wizją polityczną. Słabość polskiego rynku ppp wynika z faktu, że rząd nie wykorzystuje tego instrumentu w realizacji swoich zadań. Dużo trzeba zmienić. Samorządowe projekty, które się pojawiają, pokazują nam, jakie są realne problemy. Niebawem będą wdrażane projekty pilotażowe, także w ramach projektu systemowego PARP i dzięki nim oraz możliwościom korzystania z realnych doświadczeń, udanych projektów samorząd będzie mógł wdrażać ich

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

więcej. Tam gdzie ścieżka już jest przetarta, np. w projektach energetycznych, termomodernizacyjnych, obserwujemy coraz więcej przedsięwzięć ppp.

- **[E.I.]:** *Poproszę pozostałych uczestników o ocenę tego, czy wykorzystujemy szansę, jaka jest przed Polską, czy wykorzystujemy te przepisy funkcjonujące od 4 lat, czy wyciągamy też wnioski z tego jak te projekty funkcjonują w praktyce niemal we wszystkich regionach.*

[Małgorzata Kuś-Konieczna (M.K-K.): W pierwszej kolejności chciałabym się odnieść do tego co powiedział pan Bartosz Korbus i do pierwszego postawionego pytania – czy jest boom na rynku ppp? Gdy zaczęliśmy realizować projekt we wrześniu 2011 roku, rozpoczęliśmy też ogólnopolskie badania rynku ppp. Braliśmy pod uwagę 23 projekty partnerstwa publiczno-prywatnego. W tej chwili mówimy już o ponad 40 projektach. W samym konkursie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości wybraliśmy do realizacji 4 przedsięwzięcia ppp, więc wydaje mi się, że jesteśmy na dobrej drodze do boomu, jeśli można tak to określić. Rzeczywiście dominują małe przedsięwzięcia, o wartości maksymalnie do 5 milionów, ale być może to jest charakterystyczne dla polskiego rynku i nasza dobra strona.



Mówiliście państwo o wielkim rozwoju rynku projektów hybrydowych – w tej chwili realizowanych jest około 14, a biorąc pod uwagę rok 2011, w którym prawie ich nie było, dynamika rozwoju tego rynku jest olbrzymia. Natomiast wciąż pozostajemy na poziomie planowania przedsięwzięć niż ich właściwej realizacji. Ostrożnie podchodzę do tezy o ożywieniu jedynie na rynku projektów hybrydowych. Oczywiście Polska, czy polskie samorzady mają problem z budżetem i finansowaniem inwestycji i z tego powodu będą korzystały ze wszystkich możliwych, dodatkowych źródeł finansowania dla planowanych przedsięwzięć. Cieszymy się, że Polska jest jednym z największych odbiorców pomocy europejskiej. A czy wykorzystujemy szansę jaką jest ppp? To pytanie, na które w tej chwili jeszcze trudno odpowiedzieć – jesteśmy wciąż w fazie rozwojowej tego rynku, ocena będzie możliwa za 10–20 lat. Z tej perspektywy można ocenić, czy projekty były dobrze zrealizowane, czy były korzystne, niekorzystne. Wiemy, że występują problemy w realizacji projektów z dopłatami z budżetu. Prowadzone są różne działania na poziomie administracji, aby te wątpliwości rozwikłać i żeby sprawa długu i deficytu, związana z realizacją tego typu przedsięwzięć była wyjaśniana. Oceniam zatem rozwój rynku ppp bardziej pozytywnie niż negatywnie.

- **[E.I.]:** *To bardzo pocieszająca i pozytywna perspektywa, na pewno należy docenić pracę, która została włożona w realizowane projekty, zwłaszcza, że ich skala jest – mówię o projektach hybrydowych – duża. Może pan mecenas Grzegorz Lang chciałby skomentować te kwestie z punktu widzenia rynku i przedsiębiorców. Czy rozwój rynku ppp, z którym mamy do czynienia, spełnia oczekiwania przedsiębiorców?*

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

[G.L.]: Zastanawiam się, czy boom na rynku ppp sam w sobie powinien być w ogóle celem, ponieważ z punktu widzenia przedsiębiorców, niezależnie czy prowadzą działalność w ppp czy nie, funkcjonują oni na rynku w obrębie świadczenia usług wynikających z zamówień publicznych i tradycyjnych. Wszystkie formy zamówień publicznych są atrakcyjną ofertą dla przedsiębiorców. Rzecz w tym, aby oferta współpracy ze strony publicznej była sensowna i atrakcyjna gospodarczo. Podejście, zgodnie z którym, oto mamy ppp i na siłę realizujemy tego typu projekty, chociaż nie do końca wszystkim ta formuła się opłaca, jest pozbawione sensu. Partnerstwo publiczno-prywatne nie powinno być realizowane tylko dlatego, że wynikające z niego zobowiązania, które przecież muszą być pokryte z podatków, „nie wpływają na dług publiczny”. Myślę, że jest to podejście bardzo krótkowzroczne i pytanie, czy mamy boom, nie jest dobrze postawionym pytaniem. Właściwe jest pytanie, czy istnieją warunki, aby ppp mogło być realizowane w sposób sensowny, ekonomicznie opłacalny i z korzyścią dla społeczności lokalnych. Natomiast jeżeli chodzi o kwestię profilu polskich projektów ppp uważam, że to dobrze, iż mamy dużo małych projektów, ponieważ polskie przedsiębiorstwa również rozwijają się przede wszystkim w mniejszej i średniej skali. Jeżeli prześledzimy większe inwestycje, to one są oczywiście niezwykle spektakularne, ale to nie one przesądzają o kształcie życia gospodarczego w poszczególnych miejscowościach, powiatach, miastach. Inwestycje w wielkiej skali, również trzeba prowadzić i tutaj słusznie państwo zauważyli, że rola rządu powinna być nieco aktywniejsza, choć myślę, że rząd również zdaje sobie sprawę, że wybór formuły ppp to wybór formy zobowiązań na kilkadziesiąt lat, co jest decyzją obciążoną dużą odpowiedzialnością. Podsumowując uważam, że motywem realizacji ppp nie może być kwestia księgową. Nie można też z góry zakładać jakiegoś pułapu wartości przedsięwzięć, który byłby pożądany, bo to konkretne warunki, konkretne przypadki powinny określać, w jakiej formie strona publiczna podejmuje się realizacji zadania publicznego w formule ppp.

[Rafał Cieślak (R.C.): Co do oceny samego rynku to trudno jednoznacznie jej dokonać, gdyż mówimy o 200 postępowaniach ppp i koncesji przez 4 lata, 40 umowach, z których część jest wykonywana, część jeszcze poszukuje finansowania. Jak na to co się dzieje w Europie, to sytuacja na polskim rynku ppp nie jest tragiczna, ale też nie jest dobra. Dlatego zająłbym w tej sprawie umiarkowanie optymistyczną pozycję. Natomiast specyfika polskiego ppp, polega na tym, że jest to ppp samorządowe, gdyż na poziomie centralnym brakuje jakiegokolwiek strategii w tym zakresie. Pierwszą ustawę uchwalono w 2005 roku. Od tego czasu minęło już 8 lat. Zatem był czas i warunki, aby choć w podstawowym zakresie taką strategię sformułować, niestety do dzisiaj ona się nie pojawiła. Rząd z jednej strony stara się prowadzić działania promocyjne i wspierające, czego najlepszym przykładem jest projekt systemowy PARP, ale to jest jeden z nielicznych wyjątków. Nie ma spójnej wizji tego, jak ppp powinno się w Polsce rozwijać. Z drugiej strony samorządowcy stale poszukują kapitału na realizację inwestycji, a ppp postrzegane jest jako możliwość pozyskania kapitału prywatnego. Niestety nasz rynek również samorządowy nie jest jeszcze na tyle dojrzały, żeby jego działania sprzyjały realizacji poglądu wyrażonego przez mojego przedmówcę na temat kreatywnej księgowości. Uważam, że ppp to absolutnie nie może być sposób na kreatywną księgowość i nie tym się powinniśmy kierować, tylko powiedzmy to wójtom, burmistrzom, prezydentom miast, skarbnikom gmin. Obawiam się, że w takiej sytuacji ich pierwsza reakcja na ppp jest negatywna, bo niestety, jedna z podstawowych motywacji samorządu do zaangażowania się w ppp, to duże odciążenie wskaźników obsługi zadłużenia. Nawet jeśli nie zgadzamy się z takim stanem rzeczy, to zajmując się promocją ppp i edukacją, należy wykazywać się elastycznym podejściem i zrozumieć ten punkt widzenia. Część z uczestników dyskusji prowadzi działalność doradczą, współpracuje na bieżąco z sektorem samorządowym i jak na dłoni widzi wspomniany problem. Ideologicznie, można się nie zgadzać z motywacją do realizacji projektów ppp, jaką jest „neutralność budżetowa”. Tymczasem mamy do czynienia z podmiotami i takimi postępowaniami na rynku, w których wprost w ogłoszeniu o zamówieniu zapisuje się, że jeżeli zobowiązanie z umowy, projektowanej umowy ppp, będzie miało negatywny wpływ na wskaźniki obsługi długu, wówczas podmiot publiczny nie będzie zainteresowany zawarciem tego typu umowy. Jest to przykre, z drugiej strony trzeba rozumieć ten punkt widzenia samorządowców, bo jak na razie jeszcze trudno wytłumaczyć, jednoznacznie wagę pozostałych korzyści z ppp.

Należy również zwrócić uwagę, że dla przedsiębiorców zaangażowanie się w projekty ppp jest źródłem przewagi konkurencyjnej. Partner musi znaleźć finansowanie, ale nie jest typowym wykonawcą zamówienia publicznego. Konieczność zaangażowania finansowego przekłada się na specyfikę rynku. Z jednej strony działają na nim duże podmioty, zwykle korporacje międzynarodowe, z drugiej strony lokalny

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

czynnik, mali i średni przedsiębiorcy operujący na rynkach lokalnych, będący w stanie obsłużyć te niewielkie inwestycje realizowane w ramach ppp. Takich inwestycji na Zachodzie w ogóle nie bierze pod uwagę, my celebруем zawarcie każdej umowy, nawet o tak nieznacznym budżecie. Myślę, że w gruncie rzeczy nie ma się czego wstydzić, jeżeli sprzyja to rozwojowi gospodarczo-społecznemu, w tym rynku lokalnego.

■ **[E.I.]:** *Podsumowując, rozumiem, że większość z państwa z umiarkowanym optymizmem ocenia rozwój rynku i oczekuje wyraźnego impulsu pobudzającego przedsięwzięcia ppp ze strony administracji centralnej. Jak w tym kontekście oceniać jakość regulacji i zakres stosowania przepisów regulujących ppp w sensie ścisłym, jak i szerokim, wykraczającym poza ustawę o ppp i ustawę koncesyjną, tworząc np. modele bazujące na kodeksie cywilnym czy ustawie o gospodarce komunalnej?*

[G.L.]: Mam jasne stanowisko w sprawie obowiązku zastosowania ustawy o ppp czy ustawy koncesyjnej – jeżeli mamy ustawę, która jasno definiuje jakieś zjawisko i stan faktyczny mieści się w tej definicji, to należy obowiązkowo stosować ustawę regulującą ten stan. W przeciwnym razie mamy sytuację, w której ustawy miałyby charakter, co najwyżej zaleceń, a jestem przekonany, że epokę traktowania prawa w sposób tak lekki, powinniśmy już mieć za sobą. Jeżeli regulacje się nie sprawdzają, to trzeba je zmieniać i propozycje zmian konsultować z przyszłymi adresatami tj. przedsiębiorcami i samorządowcami. Natomiast nie powinno się poszukiwać dróg obejścia prawa. Oczywiście kodeks cywilny jest podstawowym aktem prawnym regulującym transakcje i obie ustawy – koncesyjna i o partnerstwie publiczno-prywatnym, a także ustawa szerokopasmowa – w zakresie, w którym występują stosunki cywilno-prawne odnoszą się do kodeksu cywilnego. Natomiast jestem zdecydowanym przeciwnikiem poszukiwania dróg realizacji projektów poza podstawowymi dla ppp ustawami, jeżeli stany faktyczne mieszczą się w tych przepisach

■ **[E.I.]:** *To dosyć kontrowersyjny temat, bo nie jest pewne czy przepisy, które zostały uchwalone 4 lata temu, naprawdę wyłączają zastosowanie innych, szczególnych regulacji.*

[R.C.]: Sprawa jest faktycznie kontrowersyjna. Administracja publiczna działa na zasadach i w granicach prawa, zatem wiadomo, że tego prawa musi przestrzegać, zwłaszcza, że mamy tutaj do czynienia z gospodarowaniem majątkiem publicznym. Niemniej jednak ja zaprezentowałbym bardziej elastyczne stanowisko w tej kwestii, ponieważ wprawdzie zamówienia publiczne dominują w działalności samorządu terytorialnego, związanego z realizowaniem różnego rodzaju transakcji, przede wszystkim w zakresie nabywania usług, dostaw, robót budowlanych, to mamy jeszcze inne przepisy, które wprost odnoszą się do samorządów. Takim najbardziej znanym przykładem szeroko pojętego ppp, które może na ich podstawie zafunkcjonować, jest ustawa o gospodarce komunalnej, która dopuszcza możliwość tworzenia spółek publiczno-prywatnych. Ta ustawa w omawianym zakresie jest dosyć lakoniczna, niemniej jednak warto zwrócić uwagę, że przepisy ustawy o ppp w żaden sposób nie wyłączają zastosowania innego rodzaju mechanizmów współpracy publiczno-prywatnej. Pamiętajmy, że definicja ppp, w swej najszerszej postaci, dotyczy właśnie różnego rodzaju współpracy sektora publicznego z prywatnym. Nasza definicja ustawowa, pamiętając zresztą, że ppp nie jest wprost zdefiniowane w ustawie, ale z przepisów można ją wywieść, nieco to pojęcie zawęża. Jednak gdyby tak dogmatycznie stosować przepisy ustawy o ppp, to trzeba by na przykład wyłączyć stosowanie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, ponieważ również tego typu współpraca zakłada jakiś podział zadań i ryzyk między stroną publiczną i stroną prywatną, długofalowy rodzaj współpracy, wniesienie wkładów. Należy poszukiwać możliwości rozwiania tych wątpliwości, dokonania określonych zmian w przepisach, żeby samorządowcy też nie mieli wątpliwości, czy jeżeli chcą realizować przedsięwzięcie w ramach spółki z jakimś prywatnym inwestorem, to wystarczy, że tak, jak do tej pory to czynili, posłużą się przepisami ustawy o gospodarce komunalnej, czy muszą stosować ustawę o ppp, bo dzisiaj w praktyce przepisy ustawy o gospodarce komunalnej są stosowane równolegle. Nadal powstają spółki publiczno-prywatne, takie jak od 1996 roku i wcześniej, więc samorządy często w ogóle nie dostrzegają tego problemu, że nagle nie wolno utworzyć spółki, nie wolno zrealizować jakiejś formy konkursu, w ramach którego wybierany będzie prywatny podmiot, który będzie chciał z samorządem taką spółkę tworzyć, a trzeba stosować przepisy ustawy o ppp, zamówienia publiczne i ustawę koncesyjną. Większość samorządowców często w ogóle nie zastanawia się nad tym, uznając, że przecież jest funkcjonująca dobrze od lat ustawa o gospodarce komunalnej, po co komplikować sprawy przesadnie i prowadzić długą procedurę zamówienia publicznego.

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

[B.K.]: Jestem zwolennikiem raczej pierwszeństwa dla prawa zamówień publicznych, zresztą pamiętajmy w ogóle skąd się wzięły ustawy i o koncesji, i o partnerstwie publiczno-prywatnym. Jest to owoc harmonizacji naszego prawa z prawem unijnym w zakresie zamówień publicznych, dyrektywami, które mają stworzyć jednolity rynek. Możemy zatem zapytać, dlaczego mając do wyboru tryb konkursu, który powstał na początku transformacji systemowej w naszym kraju, a prawo zamówień publicznych wybieramy dość niedoprecyzowany konkurs. Nie ma wątpliwości, że najmniejszym problemem ppp jest tryb wyboru partnera, ugruntowanym orzecznictwem i praktyką. W mojej ocenie z punktu widzenia pewności obrotu, na jakim na pewno zależy samorządowi, lepiej stosować prawo zamówień publicznych, tj. artykuł 4, ustęp 2 ustawy o ppp, zawsze gdy jest to uzasadnione. Istnieje pewne zamieszanie interpretacyjne związane z tym, że uchwalono dwie ustawy: ustawę o koncesjach i ustawę o ppp. A więc są pytania, kiedy zastosować koncesję i czy w ogóle ją wdrażać, jak zastosować ustawę o ppp i tryb koncesyjny do wyłonienia partnera, a kiedy samą koncesję. Postrzegam ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym jako pewną modyfikację systemu prawa zamówień publicznych, wprowadzoną po to, żeby łatwiej i elastyczniej przeprowadzać skomplikowane przetargi. Zdefiniowano w niej, kiedy tworzyć spółki, wnosić wkłady, jakie mogą wystąpić formy wynagrodzenia, pewnie niestandardowe podziały obowiązków. Zamiast w kilku postępowaniach, nawet skomplikowane przedsięwzięcie, można objąć jednym postępowaniem zgodnie z prawem zamówień publicznych. Najwięcej wątpliwości wzbudza relacja między systemem zamówień publicznych i zawieraniem w jego ramach skomplikowanych umów, a ustawą o gospodarce komunalnej i tworzeniem spółek o kapitale mieszanym. Tam gdzie istnieje już spółka publiczna i kapitał prywatny dopiero się pojawia, mamy uznaną drogę komercjalizacji i prywatyzacji, natomiast omawiany problem pojawia się przy tworzeniu spółek publiczno-prywatnych od samego początku, albo przy tzw. retenderingu (odnawianiu zawartych umów), z którym będzie musiała się zmierzyć cała armia spółek zawieranych w latach 90., których czas funkcjonowania powoli zbliża się do końca okresu, na który zawierano konstytuujące je umowy spółki.



Pojawia się również inne pytanie – czy w drodze decyzji rady miasta można dokonać przedłużenia umowy czy też uznać, że świadczenia, które były na początku współpracy określone, ekwiwalentne, zostały już spełnione, a teraz muszą być ustalone na nowo w drodze przetargu. Inne rozwiązanie dotyczące gospodarowania składnikami majątkowymi byłoby niezgodne, w mojej ocenie, z prawem zamówień publicznych. Może ktoś zapytać, czy tutaj trzeba automatycznie zastosować ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym, żeby te spółki powołać, czy może zrobić nowy konkurs zgodnie z ustawą o gospodarce komunalnej. Jest pewien znak zapytania, ponieważ ustawa o gospodarce komunalnej odsyła do pewnych przepisów ustawy o ppp. Wydaje się, że tam gdzie samorząd zakłada stałą obecność kapitałową strony prywatnej, czyli de facto mówimy o dopuszczeniu współnika bez określenia terminu, na który spółka jest zawierana, czyli obecności ekonomicznej, zazwyczaj większościowej strony prywatnej w obszarze gospodarki komunalnej, uzasadnione może być zastosowanie ustawy z 1996 roku o gospodarce komunalnej.

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

Natomiast, gdy przedsięwzięcie z natury rzeczy wpisuje się w ramy partnerstwa-publiczno-prywatnego, tak jak definiuje to ustawa o ppp, to znaczy jest ograniczone w czasie (choćby to było nawet 30 lat, czy 25), i jest ono przejściowe oraz nie planuje się znaczących przekształceń własnościowych, wówczas byłbym skłonny rekomendować stosowanie prawa zamówień publicznych czy też ustawy o koncesjach, gdzie jest to uzasadnione ze względu na podział ryzyka ekonomicznego. Oczywiście mogą pojawić się różne interpretacje, natomiast jeśli przedsięwzięcie wpisuje się w model realizacji zadania inwestycyjnego, które ostatecznie będzie zarządzane przez stronę publiczną, warto założyć zastosowanie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zawsze warto zadać sobie pytanie, czy jeżeli rysuje się scenariusz wyboru partnera prywatnego, inwestora w formule prawa zamówień publicznych, to w razie rezygnacji z tej ścieżki na rzecz mniej konkurencyjnego trybu należy dokładnie uzasadnić taką decyzję.

■ **[E.I.]:** *Jestem ciekawa, co na ten temat myśli przedstawiciel administracji rządowej, przedstawiciel Ministerstwa Gospodarki, bo kwestia jest dosyć podstawowa. Pan jest zwolennikiem liberalnego podejścia, czy takiego bardziej rygorystycznego?*

[M.D.]: Jestem zwolennikiem podejścia zgodnego z prawem i w tym kontekście zgadzam się z wypowiedziami pana mecenas Grzegorza Langa. Jeżeli mamy określoną w przepisach prawa definicję jakiegoś zjawiska, to należy przepisy regulujące to zjawisko stosować. Natomiast nie wydaje mi się, żeby samo stosowanie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym było jakimkolwiek problemem, bo ona sama w sobie nie nakłada jakichś specjalnych obowiązków. Ustawa sama w sobie nie jest też szczególnie użytecznym instrumentarium dla realizacji przedsięwzięcia w formule ppp. Tym instrumentarium są ustawy innego rodzaju – ustawy szczegółowe. W tym kontekście pojawia się kwestia bardziej systemowa, dotycząca relacji między ustawami zamówień publicznych, ustawą o koncesji i ustawą o ppp. Jestem zdania, że przedsięwzięcia realizowane w formule partnerstwa publiczno-prywatnego nie są wyłączone z zakresu przedmiotowego ustawy prawo zamówień publicznych lub ustawy o koncesji. I w tym kontekście jeżeli przedsięwzięcie spełnia definicję zamówienia publicznego lub koncesji, to trudno traktować je jako coś innego, jako jakąś trzecią drogę. Inne rozwiązanie byłoby niezgodne z systemem prawa UE, które traktuje ppp jako szczególny rodzaj zamówienia publicznego lub koncesji. Zatem literalnie czytając nasze przepisy, to partnerstwo publiczno-prywatne nie jest niczym innym niż szczególnym rodzajem koncesji, czy zamówienia publicznego. Jeżeli ustawa prawo zamówień publicznych wyłącza jej stosowanie w stosunku do konkretnego rodzaju przedsięwzięcia, ze względu na warunki czy to podmiotowe, czy przedmiotowe, czy jakiegokolwiek inne, to wtedy możemy się zastanawiać, czy możemy jej nie stosować w stosunku do przedsięwzięcia realizowanego w formule ppp. Taki przypadek ma miejsce na przykład w odniesieniu do autostrad płatnych realizowanych przy zastosowaniu odrębnej procedury. Natomiast odnosząc się do kwestii powodów, dla których realizowane jest ppp w kontekście długu publicznego, uważam, że motywacja czysto księgową będzie nieszczęściem i ustawodawca musi zapewnić, aby zobowiązania z tego tytułu były w jak najpełniejszy i jak najwierniejszy sposób odzwierciedlane w rachunkach narodowych, niezależnie od tego, jak to wpłynie na ilość zawieranych umów ppp. Zastanawiając się nad tym, czy wykorzystujemy naszą szansę, implikujemy przekonanie, że ppp jest szansą, ale pamiętajmy, że ono może być szansą, ale może być też przekleństwem, jakim stało się dla wielu państw dlatego, że traktowane było jako element kreatywnej księgowości. Zwróćmy uwagę na to, gdzie ppp w Europie było szczególnie mocno wykorzystywane. Po pierwsze w Wielkiej Brytanii, gdzie jest to instytucja głęboko wpisana w pewną naturę systemu społeczno-gospodarczego. Natomiast w państwach takich jak Grecja, Portugalia, Hiszpania, gdzie ppp było bardzo powszechnie stosowane, w sposób dość nierozsądny i nadmierny, powodowało to narastanie niekorzystnych zjawisk w obszarze finansów publicznych. Powinniśmy więc czerpać z tych doświadczeń, będąc świadomi zagrożeń, jakie nieść może ze sobą ppp. Jeżeli mówimy o konieczności promocji instytucji partnerstwa społeczno-prywatnego, uświadamiania podmiotom publicznym i partnerom prywatnym przez administrację rządową korzyści w obszarze ppp, to na tym samym poziomie należy postawić konieczność uświadamiania zagrożenia, jakie niesie ze sobą ten model. Partnerstwo publiczno-prywatne będzie się rozwijało dobrze wtedy, gdy podmioty będą też świadome wszelkich uwarunkowań z nim związanych. Wspomniałem już o braku strategii w zakresie ppp na poziomie rządowym, co jest pewnym problemem dla rozwoju ppp. Natomiast brak przedsięwzięć na poziomie rządowym wynika z bardzo konkretnych przyczyn. Przedsięwzięcia inwestycyjne na poziomie rządowym w Polsce realizowane są przede wszystkim w obszarze dużych inwestycji transportowych, to jest zresztą obszar, który do dziś jest zdecydowanie największym obszarem zastosowania ppp. Nawet

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

w tej chwili na rynku europejskim ponad 60% przedsięwzięć ppp realizowanych jest w tym sektorze. Następny sektor to edukacja, który jest 5 razy mniejszy. Trudno stwierdzić bez wątpienia, że rzeczywiście model ppp w tym obszarze sprawdził się w Polsce. Ministerstwo Infrastruktury, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad są być może jedynymi podmiotami publicznymi z tego sektora administracji rządowej, które mają bardzo dobrą wiedzę i praktyczne doświadczenie w realizacji przedsięwzięć ppp oraz świadomość tego, jakie są w tym obszarze zagrożenia, dlatego ich ostrożność, co do zastosowania ppp jest oparta na przesłankach i wiedzy wypływającej z doświadczenia. W mojej ocenie można wrócić do formuły partnerstwa publiczno-prywatnego w budowie dróg czy kolei. Na pewno są tu możliwości stosowania ppp, choć realizowanego nieco inaczej niż dotychczas, natomiast musimy być świadomi, że to nie jest przypadkiem czy kwestią braku wiedzy, że ta instytucja się nie zawsze sprawdza. Powodem tego, że instytucja ppp nie jest stosowana powszechnie są pewne uwarunkowania i ograniczenia tego modelu ekonomicznego, które sprawiają, że choć co do zasady może być stosowany, to nie będzie się to działo w tak powszechnej skali jak wszyscy by sobie to wyobrażali.



■ **[E.I.]:** *W nawiązaniu do sytuacji w obszarze projektów transportowych, dopytam czy według państwa nasz rynek ppp rozwija się typowo, podobnie do rynków europejskich, szczególnie pod względem skali projektów, branż i modeli wynagrodzenia, a także pod względem popularności modelu koncesyjnego.*

[R.C.]: Dominacja koncesji to nie tyle wola działających na rynku podmiotów, co pewnego rodzaju konieczność ze względu na problemy z klasyfikacją zobowiązań z umowy o ppp. Jeżeli skarbnik w gminie ma problemy z interpretacją tego zagadnienia, a Regionalna Izba Obrachunkowa nie jest skłonna jednoznacznie odpowiedzieć, jak płatności z umów o ppp mają być klasyfikowane, to podejmie on decyzję o odstąpieniu od ppp i będzie preferował koncesję lub samodzielnie zdecyduje o zasadach, na jakich ujmie przedsięwzięcie w budżecie. Takie postępowanie wiąże się jednak z dużym ryzykiem, również regulacyjnym, jak miało to miejsce w 2010 roku w związku z rozporządzeniem wigilijnym, za sprawą którego znakomita część zobowiązań samorządowych, opierająca się o różnego rodzaju umowy z rozterminowanymi płatnościami, została z automatu zaliczona do długu publicznego, co ma swoje reperkusje do dnia dzisiejszego. Natomiast większość skarbników nie chce brać na siebie tego typu ryzyka, szukając możliwości realizacji przedsięwzięć w ppp, w ramach, których wynagrodzenie partnera prywatnego pochodziło będzie z rynku, a nie z budżetu publicznego, ewentualnie z nieznacznymi dopłatami z budżetu publicznego. Stąd bierze się duża popularność koncesji. Przez 4 lata funkcjonowania rynku w nowych ramach prawnych ok. 30% postępowań dotyczyło realizacji przedsięwzięć w obszarze sportu i rekreacji, ale jednocześnie można mówić o największej porażce w tym obszarze. W projektach tego typu najmocniej zderzają się podejście publiczne z podejściem biznesowym. Władze publiczne pragną powierzyć stronie prywatnej wybudowanie, zaprojektowanie, sfinansowanie np. pływalni w zamian za dorozumiane dochody, które pokryją koszty eksploatacyjne, nakłady na inwestycję i zapewnią zysk. To jest oczywiście niemożliwe, bo na tego typu inwestycjach zarabiać się nie da, ale nieliczni samorządowcy mają tego świadomość w momencie ogłaszania postępowania na wybór koncesjonariusza. Nie poprzedzając

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

wdrożenia przedsięwzięcia żadnymi analizami, nawet najprostszymi, które wykazałyby kompletny brak racjonalności w prowadzeniu tego typu postępowania, samorządy skazują się na porażkę. Rynek reaguje zazwyczaj negatywnie: albo nikt nie ubiega się o zamówienie czy zawarcie umowy koncesji, albo ci, którzy uczestniczą w negocjacjach, robią to jedynie, aby ten mechanizm przetestować. Partner prywatny analizuje przedsięwzięcie biznesowo i jest w stanie zoptymalizować pewne koszty, wygenerować dodatkowe dochody stąd popularność tego typu rozwiązań, jednak jedynie w branżach rokujących dochodowość, takich jak parkingi czy zarządzanie systemem wodno-kanalizacyjnym. Na pewno bardzo pręźnie będzie się rozwijał sektor modernizacji energetycznej, dotyczący przedsięwzięć, w ramach których możliwe jest uzyskanie określonych oszczędności dzięki zastosowaniu przez partnera zaawansowanej technologii, umiejętności zarządzania energią elektryczną i ciepłą. Oszczędności te stają się źródłem spłaty dokonanych inwestycji, oczywiście w dłuższym terminie. Tego typu projekty są najbardziej atrakcyjne dla samorządów. Na drugim końcu skali mamy projekty związane z opłatą za dostępność, w szczególności projekty, w których 100% wynagrodzenia partnera prywatnego ma pochodzić z budżetu publicznego. W takiej sytuacji samorząd musi zadać sobie pytanie, jakie korzyści osiągnie z ppp skoro de facto bierze na siebie kolejny kredyt. Jakiego rodzaju mogą być to korzyści? Szybsze wybudowanie obiektu, przekazanie na partnera prywatnego zadań i ryzyk związanych z zarządzaniem infrastrukturą, podczas gdy podmiot publiczny będzie jedynie kontrolował jakość świadczonej usługi. To są niewątpliwe zalety, ale będzie trzeba za nie zapłacić konkretne kwoty, zatem projekt może być o wiele droższy niż gdyby samorząd samodzielnie go realizował. Zawsze korzystne w ppp jest to, że płacimy za konkretne usługi, których przy tradycyjnym modelu przedsięwzięcia samorząd prawdopodobnie nigdy by nie uzyskał, jednak pro-



jekt jest droższy. W związku z faktem, że projekt generuje zobowiązanie wieloletnie, przedsięwzięcie ppp musi być dogłębnie przeanalizowane pod kątem konkretnych wyspecyfikowanych korzyści. Należy też pamiętać o tym, że ppp nie zawsze jest najlepszą formą dla wszelkiego rodzaju przedsięwzięć. Formalnie zakres przedmiotowy tego typu projektów jest niemal dowolny, to jednak ppp stanowi alternatywną formę realizacji zadań publicznych i niemożliwe jest zastępowanie każdego zamówienia publicznego partnerstwem publiczno-prywatnym.

[B.K.]: Zainteresowanie koncesjantów ewentualnie projektami z opłatami za dostępność, których skala pokrywa się z już ponoszonymi wydatkami, jak ma to miejsce w projektach energetycznych, wiąże się z niepewnością co do tego, w jaki sposób płatności te ujmować w wieloletniej prognozie finansowej. Pamiętajmy też o jednej sprawie, o której się zwykle zapomina – samorządy nie będą czekać żeby najpierw zbudować drogi, żłobki, szkoły, potem domy komunalne, a na końcu cmentarze, ponieważ cała ta infrastruktura jest potrzebna teraz i zaraz. Ten stan rzeczy wymaga odpowiedzi na pytania, jak zapewnić płynność finansową władz publicznych i w jaki sposób najwięcej usług realizować równolegle. Ppp właśnie w tym obszarze stwarza duży potencjał dla samorządów za sprawą zaangażowania na potrzeby publiczne kapitału, którego permanentnie będzie brakowało władzom. Samorządom brakuje jednak jasnych ram do podejmowania długoterminowych decyzji finansowych w zakresie ppp. To jaką decyzję podejmą odnośnie zaangażowania się w ppp, to już jest inna sprawa. Stosowna polityka określi, czy oczekiwane jest większe otwarcie na ppp czy mniejsze, ile władze są gotowe płacić za kapitał

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

prywatny wspierający ich własny wysiłek inwestycyjny. Być może to kontrowersyjne stwierdzenie, ale wydaje mi się, że banki w Polsce zbyt swobodnie pożyczają wszystkim samorządom na dość łagodnych zasadach, bez względu na ich sytuację indywidualną. Widać to szczególnie na poziomie oprocentowania pożyczek publicznych, które w Polsce jest zaburzone, bo jeśli wszystkie podmioty publiczne pożyczają w zasadzie tak samo tanio, to trudno oszacować prawdziwy koszt projektów publicznych w relacji do projektów ppp. Wobec braku przyjętej powszechnie metodologii oceny zasadności wdrożenia ppp tak naprawdę rzadko wiemy, jakie są koszty publicznej realizacji danego zadania, w związku z czym trudno porównać wariant ppp do wariantu samodzielnego działania podmiotu publicznego. Rzetelny benchmark kosztów to ważna sprawa, na którą powinny zwrócić uwagę samorządy. We Francji, która rozpoczęła tak naprawdę program ppp, istnieje cały system wsparcia instytucjonalnego, ale i regulacyjnego ppp, np. w zakresie opodatkowania tych transakcji. Dzięki temu tamtejszy rynek powoli staje się liderem ppp. Postrzegam ppp jako jedno z wyrafinowanych, ale dość sprawnych narzędzi administracji. Być może nie wszystkie społeczeństwa i nie od razu będą je równie sprawnie stosować. Jednak jeżeli stabilne ramy instytucjonalne dla ppp funkcjonują, to mamy przykład Kanady, gdzie małe miejscowości realizują z sukcesem po 16–18 projektów w różnych branżach.

■ **[E.I.]:** *Zatem nie jest to problemem, że skala projektów w Polsce jest niewielka mimo opinii, że ppp jest stworzone do dużo większej skali niż tą, którą spotyka się u nas.*

[B.K.]: Jest taki pogląd, w pewnym sensie uzasadniony, bazujący na kosztach przygotowania analiz, dla projektów ppp, które do pewnego stopnia są podobne bez względu na wielkość przedsięwzięcia. Koszt doradztwa jest relatywnie mniejszy wobec dużej skali projektu, więc pojawiły się opinie, że tylko duże projekty uzasadniają tak naprawdę gruntowne doradztwo i nie jest to pozbawione racji bytu, szczególnie w przypadku projektów dość skomplikowanych. Natomiast moim zdaniem, jeżeli lokalne władze wiedzą o co im chodzi w partnerstwie, mogą zapewnić sobie efektywne doradztwo w niedużej cenie. Konieczne jest jednak uznanie pewnej metodologii analiz. Być może struktura polskiego rynku ppp jest pochodną unikania ryzyka związanego z brakiem pewności co do poprawnego działania przy wdrażaniu bardziej skomplikowanych, dużych projektów. Chcę w tym kontekście zwrócić uwagę, że atakuje się często te nieszczęsne „aquaparki” tj. rozrywkę wodną, ale czy naprawdę zasadne jest oceniać z zewnątrz, czy realizowanie danej inwestycji jest sensowne i celowe, jeśli wspólnota lokalna jest za danym projektem? Albo zakładamy, że burmistrz to reprezentant lokalnej wspólnoty albo nie, a jeżeli właściwi reprezentanci uznają, że tego typu inwestycje są niezbędne do rozwoju, to w sposób świadomy podejmują te decyzje i później ewentualnie ponoszą konsekwencje. Nie oceniając decyzji politycznej, nie zaszkodzi przynajmniej wypracować metodologię oceny – czy lepiej zrobić aquapark z partnerem, czy samodzielnie. Podejrzewam, że niestety w większości wypadków aquaparków, jak już powstają w metodzie zupełnie publicznej i generują znaczne koszty na etapie eksploatacji, czemu mogłaby zapobiec sensownie nawiązana współpraca z operatorem prywatnym. W mojej ocenie przez brak pewności co do zasad na jakich oceniane będą projekty z perspektywy finansowej związanej z brakiem wizji politycznej i metodologii wdrażania tej wizji jako państwo tracimy olbrzymie pieniądze – musimy pamiętać, że konkurujemy o kapitał inwestycyjny z innymi państwami.

■ **[E.I.]:** *Czy przedstawicielka PARP chciałaby ocenić rozwój naszego rynku, pod kątem skali projektów i obszarów w jakich są realizowane.*

[M.K-K.]: W czasie dyskusji zarysowały się 3 zagadnienia. Pierwsze z nich to polskie branże w ppp, które są dosyć specyficzne, np.: baseny, parkingi. Są one zupełnie niezgodne z jakąkolwiek klasyfikacją funkcjonującą w gospodarce. Nagle okazuje się, że mamy większość projektów w jakiejś dziedzinie, która ma być w tej formule realizowana. Drugie zagadnienie to ocena, czy do funkcjonujących na rynku małych przedsięwzięć powinna być wykorzystywana formuła partnerstwa publiczno-prywatnego. W końcu kwestia, do jakiego rodzaju przedsięwzięć ma nam służyć ten instrument partnerstwa publiczno-prywatnego, czy np. budowa basenu, hotelu – jest zadaniem publicznym. Zaczniemy od tego, które branże mają szansę rozwoju w partnerstwie publiczno-prywatnym? Oceniając to zagadnienie z perspektywy naszych badań z 2011 roku, można wskazać, że na początku wśród realizowanych projektów dominowały parkingi. Ogłoszenia może rzeczywiście w większości dotyczyły rekreacji, ale patrząc na listę przedsięwzięć realizowanych w ppp, nie mamy za wiele basenów.

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

Z drugiej strony obszar, który się gwałtownie pojawił i szybko zgasł, to ochrona zdrowia – obszar, który bardzo chcieliśmy wspomóc formułą ppp. Mam na myśli przykład Powiatowego Szpitala w Żywcu. Widać, że ppp będzie wykorzystywane w tym obszarze przede wszystkim do wznoszenia infrastruktury, a nie świadczenia usług medycznych, gdyż przepisy i system finansowania ochrony zdrowia w Polsce nie ułatwiają realizacji usług medycznych w formule ppp, choć mamy przykład małego zintegrowanego przedsięwzięcia w ochronie zdrowia, które funkcjonuje tj. stacja dializ wraz z poradnią nefrologiczną w Jaworznie.

Kolejny obszar specyficzny dla polskiego ppp, to budownictwo komunalne – dość popularny temat. Po zorganizowanym przez PARP Konkursie 3P widać, że jest to obszar, w którym samorzady potrzebują wsparcia i jednocześnie widoczne są możliwości rozwoju. Na uwagę zasługuje również termomodernizacja, która jest taką najmniej problemową branżą do realizacji w ppp, ponieważ łatwo rozwiązać kwestie finansowania tego typu projektów.

W świetle powyższego można postawić pytanie – czy wskazane branże rozwijają się, bo można przy kolejnych projektach czerpać z istniejącego w tym zakresie doświadczenia, wypracowanego przez odważnych pionierów? Czy raczej w wymienionych branżach mamy największe potrzeby, a wobec braku środków publicznych samorzady decydują się na rozwijanie tych branż w formule ppp?

Inny obszar dyskusji to wykorzystanie instrumentu ppp w małych przedsięwzięciach. Moim zdaniem nie należy się wstydić polskiego rynku. Realizacja przedsięwzięć ppp to rzeczywiście jest kwestia ryzyka politycznego. Dwa lata temu byłam w Madrycie, gdzie uczestniczyliśmy w spotkaniu w Urzędzie Miasta Madrytu i rozmawialiśmy o obwodnicy Madrytu zrealizowanej w formule ppp, która przyczyniła się do deficytu budżetu Hiszpanii. Ciekawe było to, w jaki sposób był oceniany ten projekt, gdyż z punktu widzenia długu była to katastrofa, z drugiej zaś strony dla przedstawicieli Madrytu był to sukces, bo zostali wybrani na kolejną kadencję. Na tym przykładzie widać, że wszystko zależy tego, jaki jest cel działania władz. Uważam, że ppp dla małych przedsięwzięć w Polsce jest świetnym rozwiązaniem zwłaszcza, że jak zauważył już pan Lang, rynek polski to głównie działalność małych i średnich przedsiębiorców tworzących obszar, w którym bezpiecznie może się rozwinąć ppp. Jestem zdania, że twierdzenie, iż ppp powinno być stosowane tylko do dużych przedsięwzięć, jest w pewnym sensie lobbieniem firm doradczych. Z naszych badań wynika, że może rzeczywiście – polskie samorzady nie mają jeszcze *know how* w zakresie realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego i istnieją też trudności z procesem uczenia się od doradców. Należy postulować, aby finansując pracę doradców, jednocześnie pozyskiwać ich wiedzę, żeby budować niezbędne umiejętności w samorządach i wtedy okaże się, że nie ma problemu wysokich kosztów doradztwa przy ppp.

Trzecie zagadnienie, dotyczy odpowiedzi na pytanie, kiedy ppp może być wykorzystane i jaki jest zakres zadania publicznego w projektach ppp. Ustawa definiuje partnerstwo publiczno-prywatne jako instrument realizacji zadania publicznego, a często samorzady chcą wykorzystać to narzędzie do realizacji zadania, które nie jest całkiem publiczne. Kompetencje w zakresie ustalania, jakie przedsięwzięcia ppp mieszczą się w zakresie zadań publicznych, spoczywają na administracji, co jest powodem różnych, niejednorodnych interpretacji w tej materii.

■ **[E.I.]:** *Bardzo dziękuję i chciałabym od razu zapytać pana mecenas Grzegorza Lang, aby powiedział, co jest, a co nie jest zadaniem publicznym w kontekście ppp?*

[G.L.]: Uważam, że trzeba wrócić do podstawowego założenia, jakie przyświecało zarówno nowej ustawie, jak i w ogóle całej organizacji samorządu terytorialnego i ram prawnych jego działalności. Kwestia zadań publicznych, nie jest definiowana przez ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym, zamówienia publiczne czy inne ustawy materialne. Zadania publiczne są definiowane przede wszystkim w ustawach ustrojowych. Wiadomo, czym się gmina musi zająć. Z ustaw szczegółowych wynika nawet, jak musi realizować to zadanie. Natomiast obszar, jakim może się zająć, jest to pole do sporu, o którym wspomniała pani Małgorzata. W tym sporze dużą rolę odgrywa polityka, zatem samorządowcy, którzy poszukują różnych, nie raz niekonwencjonalnych sposobów działania i rozszerzenia swojej działalności, wchodzą na obszary, które w zasadzie, ze swojej natury, powinny być przedmiotem wolnej działalności przedsiębiorców. Granice są płynne, czego przykładem jest aktualnie wdrażana „rewolucja śmieciowa”, która

IV. Sprawozdanie z realizacji projektu systemowego

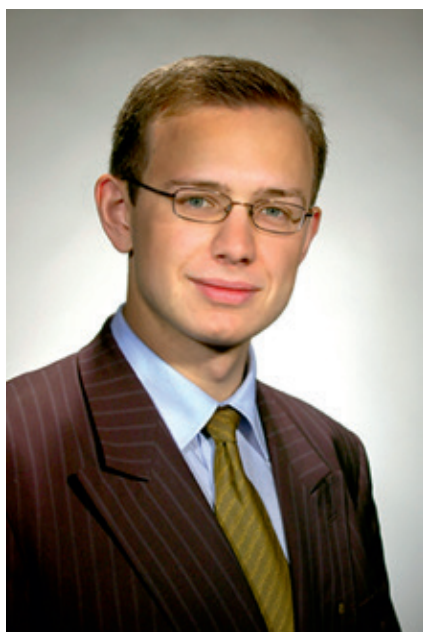
powoduje, że rynek nadzorowany przez samorząd cofa się w obszar samodzielnej działalności administracji. Jako reprezentant przedsiębiorców muszę tutaj zdecydowanie wskazać, że te zadania publiczne, które mogą być wykonywane w sposób sensowny na zasadach wolnorynkowych, powinny być wykonywane na zasadach wolnorynkowych. Przykładem nie całkiem dobrze zdefiniowanych przedsięwzięć ppp są projekty hotelowe. Większość hoteli jest prywatnych i nie ma powodu, żeby burmistrz, który mając wybór – czy wydać pieniądze na szkołę czy na szpital, wydawał środki na hotel (w postaci wygradzenia partnera z budżetu czy wkładu pieniężnego). To jest coś, co budzi mój głęboki sprzeciw i nie mieści się w pewnej filozofii samorządu, jako wspólnoty lokalnej, zabezpieczającej podstawowe potrzeby, bez angażowania się w obszar działalności prywatnych przedsiębiorców. Jestem za tym, żeby zadania publiczne definiować wąsko i nie pozwolić samorządowcom ulegać pokusie umiejscowienia się w pozycji przedsiębiorcy na ryzyko podatników.

[B.K.]: Przepraszam, jeśli można à propos zadań publicznych. Zgadzam się absolutnie, że są pewne zadania publiczne obligatoryjne, jednak właśnie na tym polega ciekawość sytuacji, że ppp jest jednym z instrumentów realizacji zadań, które mogą być realizowane przez wolny rynek i automatyczne nakreślanie granic może być zawodne. Trzeba odróżnić zadanie, obszar interwencji publicznej od infrastruktury, która służy jego zaspokajaniu oraz formy wynagrodzenia partnera. Jeżeli analizujemy przedsięwzięcie, które obiektywnie jest hotelem, ale dotyczy osób niepełnosprawnych albo sportowców, którzy chcieliby korzystać z bazy noclegowej, której nie ma na terenie danej gminy, gdzie jednak zlokalizowano infrastrukturę sportową, można chyba nie być aż tak rygorystycznym, żeby zakazać w formule ppp czy realnie koncesyjnej zorganizowania działalności w dużej mierze hotelowej, która po części będzie służyła zadaniu publicznemu, które już jest w ustawie jakoś zdefiniowane wprost – jako wspieranie sportu. Samo przedsięwzięcie może zakładać prowadzenie działalności komercyjnej w zakresie przysługującego koncesjonariuszowi prawa do eksploatacji, które polegałoby na tym, żeby prowadzić hotel. Być może hotel sam w sobie nie byłby właściwy jako zadanie publiczne realizowane w formule ppp, ale raczej będę zachęcał, żeby odnosić się za każdym razem do konkretnej sytuacji.

■ **[E.I.]:** *Pani Małgorzato poproszę panią o podsumowanie doświadczeń, jakie płyną z analizy polskiego rynku ppp.*

[M.K-K.]: Dokonując takiej oceny, należy mieć świadomość trudności, jakie nastąpiły w ostatnich latach na rynkach europejskich, szczególnie w krajach południowych, o których wspominaliśmy. W tych krajach szeroki rozwój rynku przedsięwzięć ppp był głównie wynikiem działań politycznych i decyzji rządu niż przemyślanych potrzeb inwestycyjnych potwierdzonych analizami. W trakcie dyskusji wspomniano o braku wsparcia ppp w Polsce z poziomu centralnego. Być może jest to korzystna tendencja, ponieważ każde przedsięwzięcie powinno być przystosowane do rynków i potrzeb lokalnych oraz oceniane przez lokalną społeczność. Na pewno francuski przykład wsparcia systemowego dla ppp jest pomocny, jednak myślę, że w Polsce nie będzie zgody na tak szeroko idące ułatwienia i rozwiązania podatkowo-finansowe dla podmiotów prywatnych zaangażowanych w ppp. Myślę, że powinniśmy docenić to, co udało nam się już osiągnąć na rynku ppp i wspierać jego rozwój, dostarczając wszystkim zainteresowanym partnerstwem publiczno-prywatnym rzetelnej wiedzy niezbędnej przy realizacji tego typu przedsięwzięć.

■ **[E.I.]:** *Podsumowując naszą dyskusję, chciałam dostrzec optymistyczne sygnały płynące z rynku związane z tym, gdzie się realizuje przedsięwzięcia w formule ppp i jak samorządy w niemal wszystkich regionach, biorą na siebie odpowiedzialność za realizację tych wciąż pionierskich projektów. Z przebiegu dzisiejszej dyskusji wynika, że wskazane jest, aby państwo polskie nieco mocniej zaangażowało się w rozwijanie polityki w zakresie ppp, ponieważ stworzenie jedynie ram prawnych może być jednak niewystarczające. Być może powinien powstać jakiś ośrodek koordynujący, który przeprowadzi program stymulujący rozwój ppp. Są również inne poglądy, zgodnie z którymi narzucanie centralnego punktu widzenia może nie być zasadne. Ta sprawa powinna być poddana debacie publicznej w kontekście tego, co się dzieje na rynkach zagranicznych i wpływie ppp na dług publiczny. Ta ostatnia kwestia jest bardzo istotna, podobnie jak odpowiedź na pytanie, jakie są granice ingerencji państwa i co jest zadaniem publicznym lub nim nie jest, w kontekście określenia przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego.*



Marcin Wawrzyniak
Instytut PPP

V. ABC ppp

5.1. Zarządzanie umową o ppp (koncesji), zmiany umowy i rozwiązanie kontraktu – przykłady zapisów

Niniejszy artykuł stanowi dopełnienie rozważań dotyczących umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Poświęcony jest zagadnieniom związanym z wykonywaniem umowy o ppp, zarządzania kontraktem, zmianom umów, a także sposobom zakończenia kontraktu i rozliczenia stron. Artykuł zawiera również liczne przykłady konkretnych zapisów umownych.

1. Zarządzanie i wykonywanie umowy o ppp

Partnerstwo publiczno-prywatne jest formułą realizacji zadań publicznych. Nie stanowi ono żadnego środka do zrzucenia przez organy administracji publicznej odpowiedzialności za świadczenie usług publicznych. Z tego względu, niezależnie od przyjętego modelu współpracy publiczno-prywatnej, na podmiocie publicznym zawsze ciążyć będzie ostateczna odpowiedzialność za wykonywanie zadań ustawowych. Mechanizmem służącym podmiotowi publicznemu w wyegzekwowaniu od partnera prywatnego prawidłowego poziomu realizacji powierzonych mu zadań będzie kontrakt ppp. Jednakże nawet najlepiej skonstruowane zapisy umowne nie pozwolą na osiągnięcie pierwotnie przyjętego celu umowy, jeżeli podmiot publiczny nie będzie należycie zarządzał realizacją kontraktu. Komisja Europejska w *Wytycznych dotyczących udanego ppp* podkreśla, iż wdrażanie przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego, obejmujących wykorzystanie infrastruktury publicznej, wymaga od władz uruchomienia wydajnego systemu zarządzania realizacją kontraktu ppp. Komisja podkreśla konieczność rozróżnienia dwóch płaszczyzn zarządzania:

- *project management* (zarządzanie projektem czy też przedsięwzięciem jako całością) – jest to zbiór czynności mających na celu właściwy rozwój przedsięwzięcia, obejmujący również zawarcie odpowiedniego kontraktu,
- *contract management* (zarządzanie realizacją kontraktu) – obejmuje podjęcie działań, w tym stworzenie odpowiednich ram instytucjonalnych pozwalających na zagwarantowanie wymaganego w kontrakcie standardu usług świadczonych obywatelom, **od momentu zawarcia tego kontraktu do spełnienia jego postanowień i zakończenia współpracy.**

Zarządzanie kontraktem

Contract management obejmuje:

- cały okres obowiązywania zawartych umów;
- dbałość o zapewnienie założonego poziomu value for money;
- oraz typowe zadania, takie jak:
 - bieżący monitoring zachowań partnera,
 - umiejętne rozwiązywanie sytuacji pojawiających się na skutek zewnętrznych zdarzeń,
 - nadzór nad płatnościami pobieranymi od użytkowników.

Odnosnie metod wykonywania zarządzania kontraktem (*contract management*), wskazuje się, że jako dysponent środków budżetowych strona publiczna powinna zatrudnić **audytorów finansowych** analizujących dane przedsięwzięcie. Rolą audytu finansowego jest m.in. weryfikacja, czy wysokość zrealizowanego przez partnera prywatnego zysku zależy od prawidłowego wywiązania się z zobowiązań, a w szczególności od zachowania ustalonych standardów. Partner prywatny powinien dołożyć należytej staranności zarówno w okresie tworzenia infrastruktury, jak i późniejszej eksploatacji. Obniżenie standardów na etapie budowy może spowodować konieczność późniejszych remontów, co związane będzie z obniżeniem dostępności usług publicznych. Wtedy

podmiot publiczny może uruchomić **system kar i obniżek wypłat**, zagwarantowany w umowie. W skrajnych przypadkach niski poziom świadczenia usług może **doprowadzić do przejęcia zadań partnera prywatnego przez podmiot publiczny** (jeśli uprawnienie takie zagwarantowane zostało w umowie).

PRZYKŁAD:

- „Partner Prywatny zobowiązany jest zachować pełną dostępność zgodnie ze Standardem Eksploatacyjnym Części Publicznej na potrzeby Podmiotu Publicznego przez cały okres Etapu Eksploatacji.
- Partner Prywatny jest zobowiązany powiadomić Podmiot Publiczny o czasowym ograniczeniu dostępności Części Publicznej, jeżeli ograniczenie trwa powyżej 3 dni oraz dołożyć należytej staranności, aby ograniczenie dostępności trwało jak najkrócej. Strony uzgadniają czas ograniczenia dostępności.
- Partner Prywatny zobowiązany jest do usuwania naruszeń Standardu Eksploatacyjnego w terminach wskazanych w Standardzie Eksploatacyjnym (czasy reakcji).
- W przypadku naruszenia Standardu Eksploatacyjnego Oplata za Dostępność za okres rzeczywistego ograniczenia dostępności Części Publicznej ulega obniżeniu.
- Podmiot Publiczny powoła i poda do wiadomości Partnera Prywatnego, w terminie 14 dni od dnia zawarcia Umowy, Zespół Nadzoru nad Realizacją Przedsięwzięcia, który reprezentowany będzie przez Dyrektora Wydziału Mieszkalnictwa.

Zakres obowiązków i uprawnień Zespołu Nadzoru nad Realizacją Przedsięwzięcia obejmuje nadzorowanie prawidłowości i terminowości wykonania Umowy, w tym w szczególności prawo do:

1. Na Etapie Przygotowawczym i Etapie Projektowania:

- 1) akceptacji przyjętych rozwiązań w koncepcji przedkładanej do wniosku o ustalenie warunków zabudowy,
- 2) akceptacji projektów budowlanych pod względem zgodności z Umową, przed złożeniem ich przez Partnera Prywatnego w Wydziale Architektury i Urbanistyki Urzędu Miasta w celu uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę,
- 3) przedstawienia zastrzeżeń i uwag do Dokumentacji Projektowej oraz żądania ich usunięcia wyznaczając jednocześnie termin do dokonania niezbędnych poprawek lub uzupełnień.

2. Na Etapie Budowy:

- 1) uczestniczenia w Odbiorach Częściowych Robót Budowlanych,
- 2) uczestniczenia w Odbiorach Powykonawczych i Odbiorach Końcowych poszczególnych budynków, jak i całego Przedmiotu Przedsięwzięcia,
- 3) żądania sporządzenia i przedstawienia przez Partnera Prywatnego raz na kwartał pisemnego raportu z wykonywanych w danym okresie Robót Budowlanych

3. Na Etapie Eksploatacji:

- 1) żądania usunięcia usterek i awarii, których konieczność usunięcia ujawniła się w trakcie kontroli Przedmiotu Przedsięwzięcia oraz żądania przywrócenia wymaganego Umową standardu eksploatacyjnego,
- 2) żądania przedstawiania sprawozdań z realizacji przez Partnera Prywatnego obowiązków określonych w Umowie.

Partner Prywatny zobowiązany jest do sporządzania kwartalnych sprawozdań z Eksploatacji Przedmiotu Przedsięwzięcia, obejmujących przynajmniej:

- opis stanu technicznego Przedmiotu Przedsięwzięcia wraz z urządzeniami i instalacjami znajdującymi się w budynkach oraz infrastruktury niezbędnej do prawidłowej Eksploatacji Przedmiotu Przedsięwzięcia z informacją o stopniu ich zużycia;
- zestawienie wykonanych prac konserwacyjnych, remontów i napraw wraz z zestawieniem nakładów poniesionych w celu ich wykonania z uzasadnieniem ceny;

W przypadku uznania, iż sprawozdanie wykazuje nieprawidłowości w Eksploatacji Przedmiotu Przedsięwzięcia, Podmiot Publiczny uprawniony jest do przeprowadzenia kontroli i zażądania dodatkowych wyjaśnień w terminie 14 dni.

Podmiot Publiczny jest uprawniony do dokonywania kompleksowej kontroli wykonywania Umowy przez Partnera Prywatnego raz do roku, w tym kontroli stanu technicznego Przedmiotu Przedsięwzięcia. W przypadku zgłaszanych skarg i uwag dotyczących Przedmiotu Przedsięwzięcia Podmiot Publiczny uprawniony jest do dokonania kontroli niezwłocznie we wskazanym przez niego terminie.

- Z przeprowadzonych czynności kontrolnych sporządzany jest każdorazowo protokół pokontrolny, podpisywany przez przedstawicieli Stron, przy czym w przypadku odmowy podpisania protokołu pokontrolnego przez przedstawiciela Partnera Prywatnego, w protokole pokontrolnym dokonuje się odpowiedniej wzmianki na temat okoliczności i powodu odmowy podpisania przedmiotowego protokołu.
- Raz na dwa lata Podmiot Publiczny może zlecić na własny koszt przeprowadzenie szczegółowej kontroli wykonywania Umowy przez Partnera Prywatnego profesjonalnemu audytorowi zewnętrznemu. Audytor, o którym mowa w poprzednim zdaniu, w zakresie wykonania kontroli korzysta z wszystkich uprawnień Podmiotu Publicznego określonych w niniejszym paragrafie.

- *Niezależnie od powyższych uprawnień Podmiotu Publicznego, Partner Prywatny zobowiązany jest zapewnić przedstawicielom Podmiotu Publicznego dostęp do Przedmiotu Przedsięwzięcia na każde wezwanie, a także udzielać im stosownych wyjaśnień oraz udostępniać dokumentację, której prowadzenie jest obowiązkiem wynikającym z Przepisów Prawa lub Umowy. Czynności, o których mowa w niniejszym punkcie, powinny odbywać się w obecności uprawnionego pracownika Partnera Prywatnego.*
- *Z przeprowadzonych czynności kontrolnych sporządzany jest każdorazowo protokół pokontrolny, podpisywany przez przedstawicieli Stron, przy czym w przypadku odmowy podpisania protokołu pokontrolnego przez przedstawiciela Partnera Prywatnego, w protokole pokontrolnym dokonuje się odpowiedniej wzmianki na temat okoliczności i powodu odmowy podpisania przedmiotowego protokołu.*
- *Raz na dwa lata Podmiot Publiczny może zlecić na własny koszt przeprowadzenie szczegółowej kontroli wykonywania Umowy przez Partnera Prywatnego profesjonalnemu audytorowi zewnętrznemu. Audytor, o którym mowa w poprzednim zdaniu, w zakresie wykonania kontroli korzysta z wszystkich uprawnień Podmiotu Publicznego określonych w niniejszym paragrafie.*
- *Niezależnie od powyższych uprawnień Podmiotu Publicznego, Partner Prywatny zobowiązany jest zapewnić przedstawicielom Podmiotu Publicznego dostęp do Przedmiotu Przedsięwzięcia na każde wezwanie, a także udzielać im stosownych wyjaśnień oraz udostępniać dokumentację, której prowadzenie jest obowiązkiem wynikającym z Przepisów Prawa lub Umowy. Czynności, o których mowa w niniejszym punkcie, powinny odbywać się w obecności uprawnionego pracownika Partnera Prywatnego.*
- *Podmiot Publiczny może wezwać Partnera Prywatnego do usunięcia uchybień w wykonywaniu Umowy, jak również przedstawić Partnerowi Prywatnemu swoje pisemne zalecenia, i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin, nie krótszy niż 14 dni. Partner Prywatny zobowiązany jest usunąć uchybienia we wskazanym wyżej terminie.*
- *Nie później niż rok przed zakończeniem czasu trwania Umowy Podmiot Publiczny zleci na własny koszt profesjonalnemu audytorowi zewnętrznemu wykonanie szczegółowej ewaluacji wykonania Umowy przez Partnera Prywatnego. Audytor, o którym mowa w poprzednim zdaniu, w zakresie wykonania kontroli korzysta ze wszystkich uprawnień Podmiotu Publicznego określonych w niniejszym paragrafie. Raport ewaluacyjny stanowi podstawę do oceny zakresu wykonania Umowy przez Partnera Prywatnego i rozliczeń, wynikających z zakończenia czasu trwania Umowy.*
- *Niezależnie od okoliczności wskazanych w przepisach powyższych niniejszego punktu, Podmiot Publiczny jest uprawniony do żądania od Partnera Prywatnego przedstawiania dokumentów, jak również pisemnych i ustnych wyjaśnień związanych z Eksploatacją Przedmiotu Przedsięwzięcia.*
- *W przypadku wystąpienia jakiegokolwiek sporu pomiędzy Stronami na gruncie Umowy, Strony zobowiązują się do próby jego rozwiązania na drodze negocjacji prowadzonych w dobrej wierze.*
- *W przypadku braku możliwości rozwiązania sporu na drodze negocjacji, spory wynikłe z Umowy, Strony poddają pod rozstrzygnięcie sądowni właściwemu miejscowo dla siedziby Podmiotu Publicznego.”*

2. Zmiany umów

Zgodnie z art. 13 u.p.p.p.¹ zakazuje się istotnych **zmian postanowień zawartej umowy o ppp** 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 lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana dokonana z naruszeniem powyższej zasady jest nieważna. Powyższy przepis ma zapobiegać sytuacjom, w którym po wyborze najkorzystniejszej oferty i zawarciu umowy strony zmieniają ją w zakresie naruszającym prawidłowość wyboru, ponieważ gdyby inni uczestnicy danego postępowania mieli świadomość możliwości takiej zmiany, inaczej ukształtowaliby swoje oferty, co dałoby im szansę na wybór ich oferty. Przepis art. 13 u.p.p.p. znajduje zastosowanie niezależnie od zasad zmian umów przewidzianych w u.k.r.b.u. czy u.p.z.p.

Przepis art. 13 u.p.p.p. dopuszcza dokonanie takich zmian umowy w stosunku do treści oferty, które zostały przewidziane w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego. Muszą zostać także określone warunki takiej zmiany. Nie jest wystarczające zatem samo przewidzenie zmiany, ale niezbędne jest również określenie jej warunków, tj. wskazanie m.in. przesłanek dokonania

¹ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U. 2009 nr 19 poz. 100 z późn.zm.

tej zmiany, sposobu, w jaki w danych okolicznościach zmianie ulegnie umowa, w tym kierunków jej zmiany (np. czy w danej sytuacji wynagrodzenie partnera publicznego wzrośnie czy zmaleje i w jakim stopniu). Zmiany umowy o ppp nie mogą być dowolne. Zmiany nie mogą spowodować całkowitej zmiany przedmiotu partnerstwa, a powinny one raczej dotyczyć takich kwestii, które choć mają wpływ na realizację danego przedsięwzięcia, to nie zmieniają jego istoty, a zmierzają do tego, aby pierwotnie określone przedsięwzięcie mogło być dalej realizowane.

Ustawodawca dopuścił swobodę dokonywania zmian umowy o ppp w zakresie zmian nieistotnych. Na tym tle znaczenia nabiera precyzyjne rozróżnienie, które zmiany umowy o PPP można uznać za istotne, a które, *a contrario*, będą nieistotne.



Za istotne zmiany umowy można uznać takie, które spełniają następujące cechy:

- w sposób zasadniczy odbiegają od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia;
- wprowadzają warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż tych, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona;
- w sposób znaczący poszerzają pierwotne zamówienie o usługi, które wcześniej nie były w nim przewidziane;
- modyfikują równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

W świetle powyższego, do istotnych zmian umowy o ppp będą należały zmiany dotyczące m.in.: elementów stanowiących kryteria oceny ofert, zasadniczego podziału zadań i ryzyk, rodzaju i sposobu wynagrodzenia partnera prywatnego, rodzaju wkładu własnego, terminu eksploatacji obiektu.

W literaturze przedmiotu podnosi się, że istotne zmiany umowy w stosunku do treści oferty partnera prywatnego powinny być dopuszczalne w przypadku:

- a) gdy zmiana jest korzystna dla Podmiotu Publicznego i dotyczy w szczególności:
 - obniżenia wynagrodzenia partnera prywatnego lub ustalenia korzystniejszych dla podmiotu publicznego terminów płatności,
 - wykonania dodatkowych prac, bez szkody dla wykonania przedmiotu przedsięwzięcia, w ramach pierwotnie ustalonego wynagrodzenia partnera prywatnego;
 - wykonania przedmiotu przedsięwzięcia przy wykorzystaniu materiałów i urządzeń lepszej jakości niż ustalone w umowie w ramach pierwotnie ustalonego wynagrodzenia partnera prywatnego;
 - podwyższenia kar umownych,
 - wydłużeniu terminu gwarancji lub rękojmi,
- b) istotnej zmiany stanu prawnego bezpośrednio dotyczącego realizacji przedsięwzięcia, w tym zmiany przepisów podatkowych, której nie dało przewidzieć się w momencie zawarcia umowy;
- c) wystąpienia okoliczności, których nie dało się przewidzieć w momencie zawarcia umowy, takich jak zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron i całkowicie od nich niezależne, w tym gwałtowna dekonunktura, ograniczenie dostępności surowców czy globalny istotny wzrost cen materiałów;

Zmiany podmiotowe po stronie partnera prywatnego są co do za zasady nieważne (przejęcie przedsięwzięcia przez inny podmiot, np. bank). Za dopuszczalne uważać należałoby jednak zmiany, które mają charakter zmian organizacyjnych na podstawie właściwych przepisów prawa, a przepisy przewidują sukcesję generalną praw i obowiązków. Dotyczy to w szczególności zmian dokonywanych na podstawie przepisów kodeksu spółek handlowych (k.s.h.), w postaci łączenia, podziału i przekształcania spółek.

Istotne zmiany umowy

Zmiany podmiotowe

Zagadnienie I

Czy dopuszczalne są zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy?

Zgodnie z podstawową zasadą PZP wyrażoną w art. 7 ust. 3, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami u.p.z.p.

- Doktryna i orzecznictwo – zakaz dokonywania zmian podmiotowych po stronie wykonawców.
- SN (V CK 97/03), „Zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego przez podmiot nieuprawniony, jest nieważną czynnością prawną”.

Zakaz ten ma na celu ochronę interesów zamawiającego poprzez zapewnienie, iż zamówienie realizować będzie podmiot, którego potencjał, doświadczenie i kompetencje zostały zweryfikowane w drodze oficjalnej procedury.

Zagadnienie II

Czy możliwa jest realizacja zamówienia przez 100% spółkę córkę wykonawcy, który wygrał przetarg?

- Na gruncie prawa polskiego – zagadnienie kontrowersyjne
- Wyrok ETS – C-454/06:

„Pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, takiej jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, w której usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego usługodawcę zostają przeniesione na innego usługodawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny usługodawca jest jedynym akcjonariuszem, posiadającym kontrolę nad nowym usługodawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny usługodawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych.”

Zagadnienie III

Czy bank może przejąć projekt?

- Praktyka zagraniczna – umowy bezpośrednie, trójstronne, pomiędzy podmiotem publicznym, partnerem prywatnym oraz podmiotem finansującym.
 - Cel - podmiot publiczny zobowiązuje się nie wypowiedzieć umowy o PPP w danym okresie, pomimo zaistnienia określonych w umowie przesłanek wypowiedzenia. Okres ten niezbędny jest dla wdrożenia programu naprawczego przez partnera prywatnego.
 - W praktyce międzynarodowej, podmiot finansujący uprawniony jest także do „przejęcia” przedsięwzięcia.
- U.p.z.p. nie przewiduje takiej możliwości. Z uwagi na konieczność dokonywania wyboru partnera prywatnego w określonej procedurze oraz brak możliwości przeniesienia praw z umowy o zamówienie publiczne, rozwiązanie takie nie jest dopuszczalne na gruncie polskiego prawa.

PRZYKŁAD: ZMIANY PODMIOTOWE

1. Strony ustalają, że w przypadku planowanych czynności którejkolwiek ze spółek składających się na Partnera Prywatnego, polegających na:

- połączeniu z innym podmiotem,
- podziale na odrębne podmioty,
- przekształceniu formy prawnej,
- zbyciu przedsiębiorstwa,
- przejęciu którejkolwiek ze spółek składających się na Partnera Prywatnego,
- utworzeniu wspólnego przedsięwzięcia przez którąkolwiek ze spółek składających się na Partnera Prywatnego z inną spółką (joint venture) poprzez wniesienie wkładu kapitałowego którejkolwiek ze spółek składających się na Partnera Prywatnego oraz wkładu kapitałowego co najmniej jednego

innego, niezależnego od niej pod względem ekonomicznym i prawnym podmiotu gospodarczego.

2. Partner Prywatny przed dokonaniem wskazanych czynności wystąpi do Podmiotu Publicznego o uzyskanie jego zgody w formie pisemnej. Podmiot Publiczny nie może odmówić zgody bez uzasadnionej przyczyny.
3. Podmiot Publiczny zobowiązany jest do zajęcia stanowiska, co do wniosku Partnera Prywatnego w terminie 60 dni od jego otrzymania. Brak odpowiedzi w tym terminie oznacza wyrażenie brak zgody Podmiotu Publicznego na planowaną czynność.
4. Podmiot Publiczny udzieli zgody pod warunkiem przejęcia przez następcę prawnego spółki wszelkich praw i obowiązków wynikających z Umowy.

PRZYKŁAD: LIKWIDACJA PARTNERA

1. W przypadku likwidacji Partnera Prywatnego Umowa wygasa.
2. W przypadku wygaśnięcia Umowy z powodu likwidacji Partnera Prywatnego zobowiązany jest on do wydania Podmiotowi Publicznemu Przedmiotu Przedsięwzięcia najpóźniej w dniu Wygaśnięcia Umowy, w stanie wolnym od obciążeń i praw osób trzecich.
3. Partnerowi Prywatnemu, po Wygaśnięciu Umowy z powodu jego likwidacji nie przysługują w stosunku do Podmiotu Publicznego żadne roszczenia, a w szczególności z tytułu zwrotu nakładów na Przedmiot Przedsięwzięcia lub z tytułu utraconego wynagrodzenia za skrócony okres obowiązywania Umowy.

PRZYKŁAD: ZMIANY NIEISTOTNE I ZMIANY ISTOTNE

1. Dopuszcza się jedynie nieistotne zmiany Umowy. Za nieistotne zmiany Umowy uważa się takie zmiany, które nie zmieniłyby kręgu podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu o wybór partnera prywatnego dla realizacji Przedsięwzięcia oraz nie wpłynęłyby na wynik postępowania.
2. Za istotne zmiany Umowy uważa się zmiany, które mogłyby spowodować udział w postępowaniu o wybór partnera prywatnego dla realizacji Przedsięwzięcia innych podmiotów, lub umożliwiłyby wybór innej oferty niż oferta Partnera Prywatnego.
3. Istotne zmiany Umowy w stosunku do treści oferty Partnera Prywatnego złożonej w postępowaniu o wybór partnera prywatnego dla realizacji Przedsięwzięcia dopuszczalne są jedynie w przypadku, gdy:
 - zmiana jest korzystna dla Podmiotu Publicznego i dotyczy w szczególności:
 - obniżenia wynagrodzenia partnera prywatnego lub ustalenia korzystniejszych dla Podmiotu Publicznego terminów płatności,
 - wykonania dodatkowych prac, w tym zwiększenia liczby lokali mieszkalnych lub powierzchni lokali o innym przeznaczeniu (użytkowych), bez szkody dla wykonania Przedmiotu Przedsięwzięcia, w ramach pierwotnie ustalonego wynagrodzenia Partnera Prywatnego,
 - wykonania Przedmiotu Przedsięwzięcia przy wykorzystaniu materiałów i urządzeń lepszej jakości, niż ustalone w Umowie i w załącznikach do Umowy, w ramach pierwotnie ustalonego wynagrodzenia Partnera Prywatnego,
 - podwyższenia kar umownych,
 - wydłużeniu terminu gwarancji lub rękojmi,
 - istotnej zmiany stanu prawnego bezpośrednio dotyczącego realizacji Przedsięwzięcia, w tym zmiany przepisów podatkowych, której nie dało się przewidzieć w momencie zawarcia Umowy, przy czym Strona zainteresowana zmianą powinna wykazać, że spełnienie świadczenia wynikającego z Umowy byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze Stron rażącą stratą,
 - wystąpienia okoliczności, których nie dało się przewidzieć w momencie zawarcia Umowy, takich jak zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do Stron i całkowicie od nich niezależne, w tym gwałtowna dekonunktura, ograniczenie dostępności surowców czy globalny istotny wzrost cen materiałów, przy czym Strona zainteresowana zmianą powinna wykazać, że spełnienie świadczenia wynikającego z Umowy byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze Stron rażącą stratą.

W uzupełnieniu powyższego wywodu należy wskazać na pewne różnice dotyczące zmian umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zgodnie z art. 23 u.k.r.b.u.², zakazuje się **zmian postanowień zawartej umowy koncesji** w stosunku do treści oferty, na podstawie której zawarto umowę koncesji, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy. Zmiana umowy koncesji dokonana z naruszeniem powyższych zasad jest nieważna. O dopuszczalności zmiany umowy koncesji przesądzać będzie wystąpienie okoliczności, których strony nie były w stanie przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Punktem odniesienia będzie treść oferty ostatecznie złożonej przez koncesjonariusza. Jeżeli w chwili składania ostatecznej oferty dało się przewidzieć wystąpienie okoliczności przemawiające za zmianą umowy, taka zmiana będzie niedopuszczalna. Strony mogą na etapie kształtowania treści umowy ustalić np. klauzule waloryzacyjne, aktualizujące się w toku trwania kontraktu. Zmiany treści umowy dokonać może sąd (art. 3571 KC). Sąd może orzeczeniem przywrócić ekwiwalentność świadczeń zachwianą niespodziewanymi zdarzeniami. Umowa koncesji nie może zostać zawarta z innym podmiotem niż z podmiotem wyłonionym na podstawie procedury wyboru wykonawcy (u.k.r.b.u.). Reguła ta nie odnosi się do dokonywania zmian pod-

² Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi Dz.U. 2009 nr 19 poz. 101 z późn.zm.

V. ABC ppp

miotowych w takiej umowie. W przypadku, kiedy zorganizowana część przedsiębiorstwa jest wnoszona aportem do spółki zobowiązanej do stosowania przepisów u.k.r.b.u., to wejście tej spółki w przysługujące danemu podmiotowi prawa i obowiązki wynikające z umowy koncesji jest dopuszczalne, jeżeli koncesjonariusz został wybrany zgodnie z przepisami u.k.r.b.u. Analogiczna sytuacja będzie dopuszczalna w przypadku przejścia kontraktu przez jednostki samorządu terytorialnego (j.s.t.) od spółki komunalnej tejże jednostki. Translatywne przejęcie długu przez j.s.t. powinno zostać dokonane na podstawie trójstronnej umowy prawa prywatnego, której stronami będą: j.s.t., spółka komunalna oraz koncesjonariusz.

Przepisy dotyczące **zmian umowy o ppp lub umowy koncesji nie mogą jednak stanowić podstawy do zdjęcia z wykonawcy ryzyka** prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, mogą natomiast służyć wyłącznie do zapobieżenia powstania po jego stronie rażącej straty. Ograniczenie to wyłączone będzie zaistnieniem okoliczności, której obiektywnie (przy zachowaniu należytej staranności) nie dało się przewidzieć (np. gwałtowna dekonjunktura). Zmianę treści umowy mogą powodować niespodziewane zdarzenia powstałe na skutek działania sił natury lub przyczyny społeczno-ekonomiczne, wynikające np. z drastycznego wzrostu cen surowców i materiałów, wzrostu stawek bankowych czy też stawek roboczo-godziny. Jeżeli już po zawarciu umowy, partner (koncesjonariusz) zgłaszał będzie postulaty zmian umowy, będące wcześniej przedmiotem eliminacyjnego postępowania, takie jak termin wykonania, zakres przedmiotu koncesji, warunki realizacji umowy, to takie zmiany będą co do zasady niedopuszczalne i powinny być każdorazowo oceniane pod kątem zasady równości i uczciwej konkurencji.

3. Zakończenie kontraktu

Umowa o ppp może ulec zakończeniu z rozmaitych powodów. Zakończenie wykonywania kontraktu może być następstwem skorzystania przez jedną ze stron z uprawnień prawno-kształtujących (wypowiedzenie umowy, odstąpienie od umowy – **zagadnienia dotyczące wypowiedzenia umowy o ppp omówione zostały w rozdziale 2.1 niniejszego numeru „Biuletynu ppp”**). Może być ono również następstwem działań zmierzających do unieważnienia umowy o ppp z powodu naruszenia przez umowę przepisów prawa.

Stosownie do powyższego, **unieważnieniu** podlega umowa o ppp zawarta w trybie u.p.z.p.³, jeżeli podmiot publiczny:

- z naruszeniem przepisów u.p.z.p. zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
- zawarł umowę z naruszeniem ustawowych terminów, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej (KIO) uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy.

Względna nieważność umowy

Nieważność umowy ma **charakter względny**, co oznacza, że zastosowanie tej sankcji wymaga konstytutywnego wyroku sądu lub KIO, unieważniającego umowę. Unieważnienie umowy co do zasady odnosi **skutek od momentu jej zawarcia**. Unieważnienie może nastąpić z inicjatywy podmiotów bezpośrednio zainteresowanych (wykonawców) oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który jest uprawniony do wystąpienia z samodzielnym powództwem w tym zakresie. Unieważnienie umowy w przypadku wniesienia środków ochrony prawnej dokonywane będzie w postępowaniu toczącym się przed KIO w wyniku wniesienia odwołania lub przed sądem okręgowym, w związku ze złożeniem skargi na orzeczenie KIO. Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz będzie zachodzić jedna z przesłanek unieważnienia umowy, uwzględniając odwołanie, KIO może:

- **unieważnić umowę** albo
- **unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową** w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu albo
- **nałożyć karę finansową** albo **orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy** w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

Na orzeczenie KIO stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu okręgowego. Od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie, stronom postępowania nie będzie przysługiwała skarga kasacyjna. Skargę kasacyjną będzie mógł wnieść wyłącznie Prezes UZP.

W przypadku unieważnienia umowy **wykonane świadczenia traktowane są jako nienależne**. Stosuje się wtedy przepisy kodeksu cywilnego (k.c.) – przepisy o nienależnym świadczeniu (bezpodstawnym wzbogaceniu). Świadczenia podlegają zwrotowi w naturze lub zwrotowi podlega ich wartość. Odpowiedzialność odszkodowawcza oparta na reżimie odpowiedzialności deliktowej – art. 415 k.c., zgodnie z którą, kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.

Niezależnie od przyczyn wygaśnięcia kontraktu ppp (wypowiedzenie, odstąpienie od umowy, rozwiązanie/unieważnienie umowy), rozwiązanie partnerstwa **jest formalnym, prawnym procesem, który musi przebiegać na mocy postanowień kontraktowych oraz przepisów prawa** powszechnie obowiązującego. Dlatego też przejęcie zadań przez podmiot publiczny (po zakończeniu zadań lub wcześniejsze) **powinno być szczegółowo uregulowane w kontrakcie ustanawiającym partnerstwo**. Dotyczy to przede wszystkim:

- metody alokacji zysków lub strat, jakie pojawiły się w trakcie i w wyniku partnerstwa,
- ewentualnej spłaty zainwestowanego kapitału i rozdysponowania aktywów stosownie do wcześniejszych ustaleń i wymogów prawa.

Zadaniem strony publicznej jest w szczególności opracowanie takich zasad zwrotu wykorzystywanego w partnerstwie majątku, które **zagwarantują możliwość jego dalszej eksploatacji**. Może się zdarzyć, że przy okazji wygaśnięcia PPP trzeba będzie ustalić **zasady spłaty zobowiązań powstałych w trakcie współpracy**, niezależnie od woli stron, z ich winy (odpowiedzialność odszkodowawcza) lub na skutek zmian prawa (np. w zakresie ochrony środowiska czy prawa podatkowego).

Po zakończeniu przedsięwzięcia składniki majątkowe zasadniczo przekazywane są na rzecz podmiotu publicznego lub innego wskazanego przez podmiot publiczny podmiotu. **Wzór odpowiedniej umowy** w tym zakresie powinien zostać załączony do umowy o PPP. W przypadku wydania składnika majątkowego podmiotowi publicznemu opisywana klauzula powinna wskazywać, w jaki sposób dojdzie do przekazania posiadania składnika, w szczególności, w jaki sposób będzie kształtować się kwestia przejścia ryzyka jego przypadkowej utraty, zniszczenia, etc. Przekazanie składnika majątkowego powinno zostać poprzedzone działaniami renowacyjnymi, wymianą elementów eksploatacyjnych, szkoleniem pracowników, etc. Umowa może przewidywać **przeprowadzenie niezbędnych analiz stanu technicznego oraz prawnego** przekazywanego składnika.

W związku z zakończeniem współpracy niezbędne będzie **zwolnienie zabezpieczeń rzeczowych**, obciążających składniki majątkowe przekazywane podmiotowi publicznemu. W interesie podmiotu publicznego leży przejęcie składnika majątkowego bez jakichkolwiek obciążeń, takich jak np. hipoteki czy zastawy rejestrowe ustanowione na rzecz banku, udzielającego finansowania partnerowi prywatnemu. Podmiot publiczny powinien zapewnić sobie także **możliwość odstąpienia od przejęcia składnika majątkowego**, jeżeli przejęcie pociągałoby za sobą negatywne konsekwencje finansowe dla podmiotu publicznego.



PRZYKŁAD: ZAKOŃCZENIE UMOWY

1. Przed upływem 180 miesięcy od daty Odbioru Powykonawczego Partner Prywatny oraz Podmiot Publiczny dokonają Odbioru Końcowego.
2. Partner Prywatny zobowiązany jest zapewnić, że Przedmiot Przedsięwzięcia w dacie Odbioru Końcowego spełniać będą wszystkie wymagania określone w Standardzie Końcowym.
3. Fakt dokonania Odbioru Końcowego stwierdzony zostanie Protokołem Końcowym podpisanym przez Stronę.
4. Przed podpisaniem Protokołu Końcowego, Podmiot Publiczny przeprowadzi szczegółową kontrolę Przedmiotu Przedsięwzięcia. Podmiot Publiczny odmówi podpisania Protokołu Końcowego w sytuacji stwierdzenia, iż Przedmiot Przedsięwzięcia nie odpowiada Standardowi Końcowemu. W takiej sytuacji Partner Prywatny zobowiązany będzie przeprowadzić na swój koszt odpowiednie naprawy, remonty oraz wszelkie inne niezbędne prace w tym wymianę elementów lub urządzeń Przedmiotu Przedsięwzięcia w terminie wskazanym przez Podmiot Publiczny celem doprowadzenia Przedmiotu Przedsięwzięcia do Stanu zgodnego ze Standardem Końcowym.
5. Po dokonaniu powyższych prac przez Partnera Prywatnego, Podmiot Publiczny dokona ponownej oceny Przedmiotu Przedsięwzięcia. W przypadku stwierdzenia dalszych niezgodności Przedmiotu Przedsięwzięcia ze Standardem Końcowym lub niewykonania przez Partnera Prywatnego odpowiednich prac w terminie, o którym mowa w punkcie 51.4, Podmiot Publiczny może powierzyć wykonanie niezbędnych napraw i remontów podmiotowi trzeciemu bez konieczności uzyskiwania sądowego upoważnienia oraz obciążyć Partnera Prywatnego wynikłymi stąd kosztami, płatnymi w terminie 30 dni od daty doręczenia Partnerowi Prywatnemu stosownej faktury.
6. W ramach Odbioru Końcowego Partner Prywatny zobowiązany jest do wydania Podmiotowi Publicznemu dokumentacji Przedmiotu Przedsięwzięcia i przekazania mu wszelkich informacji istotnych z punktu widzenia funkcjonowania Przedmiotu Przedsięwzięcia. Ponadto w ramach Odbioru Końcowego Partner Prywatny dokona przeniesienia na Podmiot Publiczny praw i obowiązków z umów najmu zawartych w odniesieniu do Części Komercyjnej, jak również w tym dniu wygaśnie umowa najmu zawarta przez Partnera Prywatnego z Podmiotem Publicznym w odniesieniu do Części Publicznej. Prawa i obowiązki z pozostałych umów dotyczących Przedmiotu Przedsięwzięcia, zawartych przez Partnera Prywatnego przeniesione zostaną na Podmiot Publiczny na jego żądanie.
7. Partner Prywatny jest zobowiązany wydać Nieruchomość wraz z Przedmiotem Przedsięwzięcia w stanie wolnym od wszelkich obciążeń na rzecz osób trzecich.
8. Z chwilą dokonania Odbioru Końcowego wygasa przysługujące Partnerowi Prywatnemu Prawo do dysponowania Nieruchomością.





Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) jest rządową agencją wykonawczą, która od 2000 roku wspiera przedsiębiorców. Celem działania PARP jest rozwój małych i średnich firm w Polsce – powstawanie nowych podmiotów, podnoszenie kwalifikacji i wzrost potencjału, wzmocnienie pozycji konkurencyjnej w oparciu o innowacyjność i nowoczesne technologie, kształtowanie przyjaznego otoczenia biznesowego, tworzenie warunków do prowadzenia działalności gospodarczej. Realizując działania wspierające przedsiębiorców (a także: instytucje otoczenia biznesu, jednostki samorządu terytorialnego, uczelnie), PARP korzysta ze środków budżetu państwa oraz funduszy europejskich. Zarówno w okresie przedakcesyjnym, jak i po wejściu przez Polskę do Unii Europejskiej, PARP oferuje przedsiębiorcom wsparcie finansowe i szkoleniowo-doradcze. W latach 2007–2015 Agencja jest odpowiedzialna za realizację działań w ramach trzech ogólnopolskich programów operacyjnych: **Innowacyjna Gospodarka, Kapitał Ludzki oraz Rozwój Polski Wschodniej.**

PARP posiada unikalne doświadczenie nie tylko w przekazywaniu pomocy unijnej przedsiębiorcom. Od kilku lat w Agencji działa **Ośrodek Badań nad Przedsiębiorczością**, którego zadaniem jest prowadzenie badań z zakresu przedsiębiorczości, innowacyjności, zasobów ludzkich i usług wspierających prowadzenie działalności gospodarczej. W oparciu o ich wyniki powstają założenia dla kolejnych programów pomocowych, które odpowiadają na zidentyfikowane potrzeby przedsiębiorców.

Aby pomoc była skuteczna, przedsiębiorca musi mieć łatwy dostęp do informacji na jej temat. PARP zainicjowała utworzenie **Krajowego Systemu Usług dla MŚP (KSU)**, który pomaga w zakładaniu i rozwijaniu działalności gospodarczej. W około 140 ośrodkach KSU na terenie całej Polski przedsiębiorcy i osoby rozpoczynające działalność gospodarczą mogą uzyskać informacje, porady i szkolenia z zakresu prowadzenia działalności gospodarczej, a także otrzymać pożyczkę lub poręczenie. PARP jest ponadto koordynatorem i członkiem jednego z 4 obecnych w Polsce konsorcjów sieci **Enterprise Europe Network**, w skład którego wchodzi ośrodki oferujące przedsiębiorcom nieodpłatne, kompleksowe usługi informacyjne, szkoleniowe i doradcze z zakresu prowadzenia działalności gospodarczej, organizacji udziału w misjach i targach oraz świadczące pomoc w znalezieniu partnerów do współpracy gospodarczej i w transferze technologii.

Zaangażowanie PARP w międzynarodowe fora i organizacje zajmujące się wspieraniem przedsiębiorczości i innowacyjności przekłada się na jakość oferowanych usług i ich zbieżność ze światowymi trendami. Członkostwo w **TAFITIE** (Europejska Sieć Agencji Innowacyjnych) gwarantuje stały dostęp do najlepszych praktyk stosowanych w wiodących europejskich agencjach wspierających innowacyjność. PARP jest również członkiem stowarzyszonego **IASP** (Międzynarodowe Stowarzyszenie Parków Naukowo-Technologicznych i Stref Innowacji), dzięki czemu korzysta z bogatych doświadczeń zagranicznych parków naukowo-technologicznych.

PARP stale dopasowuje ofertę informacyjno-doradczą do zmieniających się potrzeb przedsiębiorców oraz pojawiających się nowych kanałów komunikacji. Obecnie Agencja dysponuje 25 **specjalistycznymi portalami internetowymi i społecznościowymi**, oferującymi szkolenia e-learningowe, e-booki, transmisje ze spotkań szkoleniowych i konferencji, informacje nt. możliwości ubiegania się o wsparcie, bazy wiedzy, publikacje, wyniki badań. Z informacji i narzędzi zawartych we wszystkich portalach PARP dostępnych za pośrednictwem głównego portalu Agencji www.parp.gov.pl korzysta ponad milion internautów miesięcznie.

Osoby zainteresowane uzyskaniem dostępnych w PARP informacji nt. programów wsparcia dla przedsiębiorców oraz instytucji otoczenia biznesu, mogą skorzystać z infolinii prowadzonej w ramach **Informatorium** PARP. Konsultanci udzielają informacji telefonicznie i mailowo oraz biorą udział w spotkaniach z zainteresowanymi wnioskodawcami.

Zapraszamy do skorzystania z naszych usług!

Instytut Partnerstwa Publiczno-Prywatnego (IPPP), jako niezależna fundacja (NGO) wspiera administrację samorządową i centralną w tworzeniu planów rozwoju infrastruktury i usług publicznych jak i w ich urzeczywistnianiu w drodze współpracy z sektorem prywatnym, szczególnie w drodze ppp i koncesji. Instytut PPP pomaga również sektorowi prywatnemu rozwijać działalność na rynku inwestycji publicznych – zwłaszcza w modelu partnerstwa publiczno-privatnego. Celem statutowym Instytutu PPP jest krzewienie idei ppp w Polsce. Instytut PPP jest partnerem Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości w realizacji projektu systemowego PARP „Partnerstwo publiczno-privatne” finansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1. „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3. „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększenia zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”.

Więcej informacji: www.ippp.pl