

Katarzyna Płonka-Bielenin

Wybrane zagadnienia partnerstwa publiczno-prywatnego

Studia Iuridica Lublinensia 14, 93-110

2010

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

KATARZYNA PŁONKA-BIELENIN

Wybrane zagadnienia partnerstwa publiczno-prywatnego

The public-private partnership – selected problems

I

Partnerstwo publiczno-prywatne stanowi coraz szerszą we współczesnym świecie metodę realizacji zadań władz publicznych. Zadania publiczne mogące stanowić przedmiot współpracy realizowane są zarówno przez władze centralne, jak i władze lokalne.¹

Zmiana realizacji zadań publicznych przez podmioty prywatne podyktowana jest przede wszystkim poszukiwaniem nowych sposobów rozwiązywania trudności wynikających z rozbudowania zadań administracji publicznej, w tym potrzeby zmniejszenia kosztów wykonywania administracji oraz zwiększenia jej efektywności. Powyższe czynniki, jak również fakt, iż administracja publiczna nie jest w stanie wykonywać swoich zadań skutecznie, szybko oraz efektywnie, spowodowały, iż zaczęto poszukiwać nowych rozwiązań prawnych, które dają podstawę do przekazania części zadań do wykonania podmiotom prywatnym.

W nauce prawa administracyjnego został wprowadzony termin „prywatyzacja zadań publicznych”. Według L. Zacharko, termin ten oznacza „twórczy proces w zakresie sposobu wykonywania zadań publicznych przez podmioty niepubliczne przyjmujące zadania dobrowolnie, a prowadzące je w interesie wyższym »ogólnym«, nie zaś w interesie jednostkowym”.² Spośród prawnych form działania organu administracji publicznej i podmiotu prywatnego wskazu-

¹ E. Kornberger-Sokołowska (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne w samorządzie polskim na przykładzie regionów mazowieckiego i śląskiego*, PPP Instytut, Uniwersytet Warszawski 2008, s. 27.

² L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, UŚ, Katowice 2000, s. 31, także: S. Biernat, [w:] *Prywatyzacja zadań publicznych...*, s. 25, Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne, pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2004, s. 236. Pojęciem prywatyzacji obejmowane są różne przypadki zmiany cech podmiotu wykonującego zadanie, zmiany form wykonywania zadań oraz zmiany charakteru stosunków łączących podmioty wykonujące zadania publiczne z obywatelami.

je się na działania oparte na współpracy i współdziałaniu.³ Jedną z możliwych form współdziałania opartego na umowie jest partnerstwo publiczno-prywatne.

Pojęcie „partnerstwo publiczno-prywatne” wywodzi się ze Stanów Zjednoczonych, gdzie początkowo było stosowane przez sektor publiczny i sektor prywatny w celu wspólnego finansowania programów edukacyjnych, a następnie także finansowania instalacji komunalnych. W latach sześćdziesiątych termin ten nabiera szerszego wymiaru, służąc określeniu współpracy w realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych w zakresie renowacji miast. Określenia tego używa się także w sytuacji świadczenia, finansowanych przez państwo, usług dla wspólnot lokalnych przez podmioty spoza sektora publicznego, przede wszystkim o charakterze *non profit*, a także finansowania badań i rozwoju w sektorze prywatnym ze środków publicznych.⁴

We Francji jako datę początkującą partnerstwo publiczno-prywatne przyjmuje się rok 1554, w którym Adam de Craponne otrzymał pierwszą w historii państwa koncesję na budowę kanału. Była ona finansowana z własnych środków finansowych oraz ze środków prywatnych inwestorów. Rozkwit systemu partnerstwa publiczno-prywatnego datuje się na lata 60. i 70. ubiegłego stulecia we Francji, Włoszech oraz Hiszpanii, gdzie partnerstwo opierało się na umowach koncesyjnych, których istotą było zlecenie zadań administracji państwowej ze sfery użyteczności publicznej prywatnym przedsiębiorcom. Następnie rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego nastąpił w Wielkiej Brytanii, a także w Niemczech. Formuła partnerstwa publiczno-prywatnego stała się istotnym instrumentem realizacji zadań administracji publicznej przez podmioty prywatne także w innych krajach Unii Europejskiej, np. w Portugalii, Grecji, Irlandii czy Holandii.⁵

Założeniem leżącym u podstaw szerszego zainspirowania się strukturą partnerstwa publiczno-prywatnego w procesie podejmowania decyzji jest fakt, iż zinstytucjonalizowana współpraca i zaangażowanie w proces decyzyjny różnych uczestników przyczynia się do lepszego rozwoju gospodarczego, a ponadto wskazuje się na następujące korzyści wynikające z partnerstwa:

– większa skuteczność interwencji, będąca skutkiem lepszego określenia celów i większego poczucia współdecydowania o podejmowanych działaniach oraz przejrzystości zarówno na stopniu regionalnym, jak i lokalnym;

³ A. Tyśkiewicz-Mazur, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym – wybrane zagadnienia*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 11, s. 19, szerzej na temat wskazanych form działania: E. Ura (red.), *Sprawność działania administracji samorządowej. VII Doroczna Konferencja Stowarzyszenia Edukacji Akademii Publicznej*, Rzeszów 2006, s. 504 i n.

⁴ E. R. Yescombe, *Partnerstwo publiczno-prywatne, zasady wdrażania i finansowania*, Kraków 2008, s. 19.

⁵ J. R. Antoniuk, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, [w:] *Zakres ustroju samorządu lokalnego i regionalnego*, M. Baron-Wiaterek, E. Knosala, L. Zacharko (red.), Wyd. Politechniki Śląskiej, Gliwice 2009, s. 117–118.

- efektywniejsze wykorzystanie środków dzięki lepszej koordynacji;
- zwiększenie zdolności innowacyjnej;
- wzbogacenie kapitału społecznego.⁶

Ponadto przyczyn wzrostu eskalacji tendencji do przekazywania zadań o charakterze publicznym podmiotom prywatnym należy doszukiwać się w kilku źródłach. Po pierwsze, wskazuje się na urynkowanie niektórych gałęzi usług publicznych na skutek wycofania się państwa z ich świadczenia na rzecz podmiotów prywatnych, po wtóre – na większą od administracji publicznej efektywność ekonomiczną i społeczną usług świadczonych przez podmioty prywatne. Po trzecie, wskazuje się, iż państwo i jednostki samorządu terytorialnego przyjęły na siebie zbyt dużo zadań, których w związku ze zmieniającą się rzeczywistością nie są w stanie samodzielnie realizować, co stanowi przyczynek do częściowego scedowania ich na podmioty prywatne.

II

W Polsce istotę i prawne ramy ujęcia partnerstwa publiczno-prywatnego, czyli współpracy sektora prywatnego z podmiotami publicznymi, w tym z jednostkami samorządu terytorialnego, określiła ustawa z dnia 25 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁷ wraz z trzema rozporządzeniami wykonawczymi.⁸ Głównym zamierzeniem ustawy było pobudzenie inwestycji sektora publicznego, przede wszystkim inwestycji infrastrukturalnych przez określenie optymalnych norm prawnych dla przedsięwzięć publicznych z udziałem podmiotów prywatnych. W konsekwencji jednak ustawa ze względu na zawarte w niej rozwiązania prawne okazała się mało efektywna i nie stała się „panaceum” na szybki rozwój inwestycji infrastrukturalnych. Jedną z podstawowych wad powołanej regulacji prawnej były zbyt skomplikowane procedury na etapie poprzedzającym podjęcie decyzji o realizacji przedsięwzięcia w formule part-

⁶ R. Przygodzka (red.), *Sektor publiczny we współczesnej gospodarce*, Uniwersytet Białystok 2008, s. 230. „Kapitał społeczny to: wspólne wartości, wspólne normy i oparte na współdziałaniu metody pracy, więzi zaufania między uczestniczącymi w nich instytucjami i podmiotami”. Według Komisji Europejskiej kapitał społeczny to jeden z najistotniejszych czynników trwałej konkurencyjności regionalnej.

⁷ Dz. U. nr 169, poz. 1420.

⁸ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 30 czerwca 2006 r. w sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz. U. nr 125, poz. 866); rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 9 czerwca 2006 r. w sprawie szczegółowego zakresu, form i zasad sporządzania informacji dotyczących umów o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. nr 125, poz. 867); rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz. U. nr 125, poz. 868).

nerstwa publiczno-prawnego (skrót PPP)”.⁹ Ponadto podmiot publiczny musiał wykonać wiele analiz porównawczych (ekonomiczno-finansowych, prawnych, dotyczących składników majątkowych, jak również określenia rozkładu ryzyka między stronami), których wynik miał wskazywać, że PPP jest korzystniejszą metodą realizacji inwestycji aniżeli inne tradycyjne sposoby. Przeprowadzenie analiz przedmiotowych było niewątpliwie wysoce skomplikowane i czasochłonne.

Nadto ustawa określała szczegółowo zakres i treść umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, określając jej obligatoryjne elementy. Wskazywała na katalogowanie przedsięwzięć według różnych kryteriów, co w rezultacie powodowało wykluczenie znacznej liczby projektów z realizacji przedsięwzięć w ramach formuły PPP. Upřednio obowiązująca ustawa utrudniała podmiotowi publicznemu bieżącą kontrolę realizacji zadań publicznych przez partnera prywatnego.¹⁰

W rezultacie partnerstwo publiczno-prywatne ukształtowało się jako forma współpracy podmiotów sektora publicznego z partnerami sektora prywatnego przy realizacji zadań publicznych. Zmiany, jakie wprowadziła nowa ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym¹¹, generalnie należy ocenić pozytywnie. Nowa regulacja prawna zastąpiła obowiązującą upřednio regulację prawną z 2005 r. Nowa ustawa w odmienny sposób określa zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Zmiany wprowadzone nową ustawą o PPP przyczyniają się do odformalizowania sposobu realizowania zadań publicznych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, nadto zniesione zostało błędne założenie, jakim było wskazanie, iż podmioty sektora publicznego mogą posłużyć się formą współpracy w ramach PPP jedynie wówczas, gdy jest ona metodą korzystniejszą od innych tradycyjnych sposobów realizacji zadań publicznych. Ustawodawca zniósł bowiem obowiązek w zakresie przeprowadzania analiz na etapie poprzedzającym podjęcie decyzji przez podmiot publiczny w zakresie realizacji zadania w formule PPP, jak również zaniechał obowiązku sporządzania przez podmiot publiczny sprawozdań z realizacji PPP oraz przesyłania go do centralnych organów.

Stosownie do treści art. 7 ustawy z 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, który zawiera definicję legalną umowy o PPP, przez umowę tę partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości lub 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 przez wniesienie wkładu własnego. Należy wskazać, iż założeniem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przez podmiot publiczny i partnera prywatnego okreś-

⁹ J. R. Antoniuk, *op. cit.*, s. 119.

¹⁰ Dz. U. z 2009, nr 19, poz. 100.

¹¹ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, druk sejmowy 1180 z 20 października 2008 r., s. 6.

lonego przedsięwzięcia. Rozkład zadań i ryzyk w przedsięwzięciu powinien być tak dokonany, aby jak najlepiej można było wykorzystać atuty każdego z uczestników.¹²

Przedsięwzięcie realizowane w ramach PPP oznacza całość podejmowanych przez strony umowy działań zmierzających do realizacji założonego celu i obejmuje więcej niż jeden etap współpracy. Przedsięwzięcie takie może, stosownie do treści art. 2 pkt 4 powołanej ustawy, przybierać formę budowy lub remontu obiektu budowlanego, świadczenia usług, wykonania dzieła, w szczególności wyposażenia składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub inne świadczenie połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany.

W aktualnie obowiązującej ustawie o PPP ustawodawca zrezygnował z posłużenia się pojęciem „zadania publicznego”, które funkcjonowało w poprzedniej regulacji prawnej. Jak wskazuje się w uzasadnieniu do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prawnym z 2008 r.: „niezależnie [...] od posłużenia się pojęciem »zadania publicznego« w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, każdy podmiot publiczny będzie mógł angażować się w partnerstwo tylko w zakresie, w jakim mieści się ono w jego zakresie działalności. Najczęściej zatem – ze względu na charakter podmiotów publicznych – przedmiotem partnerstwa będzie wykonywanie zadań publicznych. Skoro więc ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹³ stanowi w art. 6 ust. 1, że do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów, to oznacza, że gmina może – o ile inne przepisy nie stoją temu na przeszkodzie – realizować wszystkie zadania związane ze sprawami lokalnymi w formie partnerstwa publiczno-prywatnego”.¹⁴

Należy podkreślić, iż szczegółowe uregulowanie w powołanym akcie normatywnym z 2008 r. o PPP podziału zadań byłoby dość poważnym błędem ustawodawcy. Uzasadniając powyższą tezę, należy wskazać, iż ze względu na ramowy charakter ustawy „wszelka próba definiowania podziału zadań skazana byłaby na niepowodzenie – nie sposób bowiem przewidzieć, w jakich przedsięwzięciach będzie stosowana ustawa”.¹⁵ Nadto przepisy określające podział zadań niepotrzebnie ograniczałyby podmioty publiczne i partnerów prywatnych w takim ułożeniu wzajemnych stosunków, jakie w danych okolicznościach będzie najkorzystniejsze.

Istotnym elementem współpracy jest podział zadań i ryzyk pomiędzy stronami umowy. Stosownie do treści art. 1 ust. 2 powołanej ustawy, przedmiotem

¹² Dz. U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591 z późn. zm.

¹³ Uzasadnienie do projektu..., s. 6.

¹⁴ *Ibidem*, s. 7.

¹⁵ Szerzej na temat ryzyka realizacji przedsięwzięcia: E. R. Yescombe, *op. cit.*, s. 39–42.

partnerstwa jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk¹⁶ pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Ustawodawca zrezygnował ze szczegółowego uregulowania podziału zadań pomiędzy stronami umowy; nie precyzuje pojęcia ryzyka, ani nie podaje jego kategorii. Wprowadzenie terminu „ryzyko” ma na celu jedynie podkreślenie, że partnerzy mają realizować przedsięwzięcie wspólnie. Zarówno podział zadań, jak i ryzyka stanowią istotny element umowy o charakterze ekonomicznym, a zatem powinny być brane pod uwagę w zależności od konkretnego przypadku przez podmioty publiczne na etapie przygotowania partnerstwa oraz na etapie negocjacji umowy o PPP.

III

Umowa o PPP jest umową dwustronnie zobowiązującą, ponieważ na każdej ze stron ciążyą określone prawa i obowiązki. Stosownie do treści art. 7 ustawy o PPP, należy wskazać, iż w umowie o PPP:

1) 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;

2) podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego.

Nadto każda ze stron umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym ponosi część ryzyka powodzenia przedsięwzięcia, w ten sposób nawiązuje się do uznanych w świecie modeli partnerstwa publiczno-prywatnego. Dokonując analizy przepisów ustawy o PPP, należy wskazać, iż w świetle art. 8 ustawy podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego, a zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli winny zostać (jak wskazuje powołany artykuł) *expressis verbis* określone w umowie o PPP.

Istotnym elementem treści umowy o PPP, w myśl art. 7 ustawy, jest wynagrodzenie. Oznacza to, że umowa taka jest kontraktem odpłatnym, a więc obie strony umowy uzyskują korzyść majątkową, jedna w postaci wykonania tej umowy, a druga poprzez otrzymanie zapłaty określonej sumy pieniężnej, bądź też prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego. Przyjmując za J. Jacyszynem i T. Kalinowskim, wynagrodzenie partnera prywatnego w zasadzie ma mieć charakter świadczenia pieniężnego, choć zapłata nie musi pochodzić z budżetu państwa czy samorządu terytorialnego. Może polegać także na uprawnieniu partnera prywatnego do pobierania opłat od użytkowników albo do pobierania pożytków z przedmiotu przedsięwzięcia.¹⁷

¹⁶ J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2006, s. 53.

¹⁷ J. R. Antoniuk, *op. cit.*, s. 120–121.

Ustawodawca nałożył na strony umowy także obowiązek określenia w umowie o PPP skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a przede wszystkim kar umownych lub obniżenia wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki, która została zawiązana przez podmiot publiczny i partnera prywatnego w celu realizacji przedsięwzięcia. Powołana regulacja prawna nie nakłada na strony obowiązku zastosowania określonego rozwiązania, lecz wskazuje jedynie obowiązek włączenia do umowy odpowiednich postanowień.¹⁸

Jak podnosi się w literaturze przedmiotu, brak ustawowej definicji PPP pozwala na określenie, iż umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym, mimo iż może zawierać zobowiązania typowe dla umów nazwanych (np. sprzedaż, dzierżawa itd.), to jednak wykazuje pewne cechy szczególne, które powodują, że zasługuje na wyróżnienie, a nawet można stwierdzić, że jest nowym typem umowy.¹⁹ Zatem wyodrębnienie przez prawodawcę umowy o PPP za pomocą przepisów w odrębny typ umowy, do której jednak stosuje się poza szczegółowymi przepisami regulującymi tę umowę także przepisy części ogólnej k.c., przepisy ogólne o zobowiązaniach umownych, a w stosunku do konkretnych świadczeń charakterystycznych dla umów nazwanych (np. roboty budowlane) odpowiednie regulacje prawne określające daną umowę nazwaną.

IV

Stronami umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym są podmiot publiczny i partner prywatny. Wskazane pojęcia mają swoje definicje legalne, które zostały zawarte odpowiednio w art. 2 pkt 1 oraz w art. 2 pkt 2 ustawy.

Podmiotem publicznym w świetle obowiązującej ustawy są:

a) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych;

b) inna niż wymieniona wyżej osoba prawna, utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemająca charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w lit. a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- finansują ją w ponad 50%,
- lub posiadają ponad połowę udziałów czy akcji, lub

¹⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy..., s. 19.

¹⁹ Dz. U. z 2009 r. nr 157, poz. 1240 ze zm., dalej: n.u.f.p. – w świetle nowej regulacji prawnej sektor finansów publicznych został wskazany w art. 9. Katalog ten wprowadza do wykazu jednostek sektora finansów publicznych np. agencje wykonawcze, instytucje gospodarki budżetowej, wyłącza z niego natomiast gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych, jednostki badawczo-rozwojowe. Należy stwierdzić, że wyłączenie jednostek badawczo-rozwojowych z katalogu podmiotów publicznych zasługuje na uznanie, ponieważ jednostki te będą mogły nawiązywać współpracę opartą na zasadach PPP z organami władzy publicznej, polegającą na realizacji przedsięwzięć naukowych, pilotażowych czy edukacyjnych.

– sprawują nadzór nad organem zarządzającym,
– lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego czy zarządzającego;

c) związki podmiotów, o których mowa w lit. a i b.

Partnerem prywatnym w rozumieniu powołanej ustawy są:

– przedsiębiorca

– lub przedsiębiorca zagraniczny.

Ustawodawca nie wymienił enumeratywnie podmiotów publicznych, lecz wskazuje, że są to jednostki sektora finansów publicznych, a zatem ustalając krąg podmiotów publicznych, należy odnieść się do art. 9 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych²⁰, który wskazuje podmioty sektora finansów publicznych.²¹

²⁰ Do jednostek sektora finansów publicznych należą: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały, np. poszczególni ministrowie kierujący działami administracji rządowej (w tym Prezes Rady Ministrów, wojewodowie, kierujący centralnymi organami administracji rządowej, np. Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych itd.); gmina, powiat (w tym: powiat ziemski, miasto na prawach powiatu), województwo samorządowe oraz związki gmin i powiatów; jednostki budżetowe, samorządowe zakłady budżetowe, agencje wykonawcze, instytucje gospodarki budżetowej; państwowe fundusze celowe (definicję państwowego funduszu celowego podaje art. 29 n.u.f.p., który stanowi, że jest to fundusz tworzony na podstawie odrębnej ustawy, którego przychody pochodzą ze środków publicznych, a koszty są ponoszone na realizację wyodrębnionych zadań państwowych, nie posiada osobowości prawnej, stanowi wyodrębniony rachunek bankowy, którym dysponuje minister wskazany w ustawie tworzącej fundusz. Do państwowych funduszy celowych nie zalicza się funduszy, których jedynym źródłem dochodów – z wyłączeniem odsetek od rachunku bankowego i darowizn – jest dotacja z budżetu państwa, podstawą gospodarki finansowej funduszu jest roczny plan finansowy, ponadto ze środków państwowego funduszu celowego mogą być udzielane pożyczki jednostkom samorządu terytorialnego, jeżeli przewiduje to ustawa tworząca fundusz (np. państwowym funduszem celowym jest Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych czy Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych); uczelnie publiczne (tj. uczelnia utworzona przez państwo reprezentowane przez właściwy organ władzy lub administracji publicznej, stosownie do treści art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z 27.07.2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz. U. nr 164, poz. 1365 ze zm.); samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej (ustawa z 30.08.1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. nr 14, poz. 89 ze zm.); państwowe i samorządowe instytucje kultury; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze, Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; Narodowy Fundusz Zdrowia; Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne (art. 35 i 59 ustawy z 25.04.1997 r. o Polskiej Akademii Nauk, Dz. U. nr 75, poz. 469 ze zm.); inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych (z wyłączeniem przedsiębiorstw, jednostek badawczo-rozwojowych, banków i spółek prawa handlowego).

²¹ W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wzory umów i pism*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 19. Poza tym posiadanie przez jednostkę finansów publicznych ponad połowy głosów na zgromadzeniu wspólników w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością

W PPP podmiotem publicznym może być jednostka mająca co najmniej zdolność do czynności prawnych. Taką zdolność mają podmioty, które są osobami prawnymi oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej.

Oprócz jednostek sektora publicznego do grona podmiotów publicznych mogą należeć także osoby prawne, na których działalność jednostka lub jednostki sektora finansów publicznych mają istotny wpływ poprzez finansowanie połowy ich działalności, posiadanie pakietu ponad połowy akcji lub udziałów, możliwość powołania ponad połowy członków rady nadzorczej lub zarządu, a także poprzez sprawowanie nadzoru nad zarządem.

W świetle regulacji ustawy podmiotami publicznymi mogą być także spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjne, w których jednostki sektora publicznego mają ponad połowę akcji lub udziałów, co mogłoby wskazywać, iż podmioty te mają pełną kontrolę nad spółką z ograniczoną odpowiedzialnością bądź spółką akcyjną. Jednak jak słusznie zauważa W. Gonet, dokonując wykładni literalnej powołanego przepisu, „pozostali współnicy mogą mieć udziały lub akcje uprzywilejowane co do głosu, umożliwiające faktyczne sprawowanie kontroli nad spółką”. Stosownie do treści art. 174 § 4 k.s.h., w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością uprzywilejowanie dotyczące prawa głosu może stanowić do trzech głosów na jeden udział, natomiast w spółce akcyjnej do dwóch głosów na jedną akcję, o czym stanowi art. 352 k.s.h. W konsekwencji oznacza to możliwość samodzielnego podejmowania uchwał zapadających bezwzględną większością głosów.²²

Przesłanką umożliwiającą bycie podmiotem publicznym w PPP jest sprawowanie nadzoru nad zarządem osoby prawnej oraz możliwość powołania połowy składu rady nadzorczej lub zarządu, co określają przepisy umowy (statutu) danej osoby prawnej. Poza wyżej wymienionym warunkiem, jaki musi spełnić przedmiotowa osoba, aby można było uznać ją za podmiot publiczny w rozumieniu powołanej ustawy, jest przedmiot działalności osoby prawnej, który jak stanowi art. 2 pkt 1 lit. b musi być związany z zaspokajaniem potrzeb o charakterze powszechnym, niemającym charakteru przemysłowego ani handlowego.

Do kolejnej grupy podmiotów, które można zakwalifikować jako podmioty publiczne na podstawie powołanej ustawy, należą związki jednostek sektora finansów publicznych oraz osób prawnych (art. 2 pkt 1 lit. c). Podstawę prawną do tworzenia związków przez jednostki sektora finansów publicznych dają

lub walnym zgromadzeniu w spółce akcyjnej nie umożliwia samodzielnego decydowania o istotnych sprawach spółki. Ważne kwestie dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz dla spółki akcyjnej zapadają odpowiednio większością 2/3 głosów na zgromadzeniu współników bądź większością 3/4 głosów.

²² Przykładem może być art. 64 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2001, nr 142, poz. 1591 z późn. zm.), art. 65 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2001, nr 142, poz. 1592 z późn. zm.), które umożliwiają gminom i powiatom tworzenie związków.

przepisy regulujące działalność przedmiotową jednostek. W świetle powołanej ustawy o PPP związki mogą być tworzone zarówno przez jednostki sektora finansów publicznych, wyłącznie przez osoby prawne, jak również mogą to być związki o charakterze mieszanym. Ustawa nie stanowi samoistnej podstawy do tworzenia związków sektora finansów publicznych z osobami prawnymi, a zatem podstawa taka winna wynikać z aktu prawnego regulującego działalność danej jednostki.

Partnerem prywatnym w rozumieniu ustawy o PPP może być wyłącznie przedsiębiorca²³ lub przedsiębiorca zagraniczny.²⁴ Katalog podmiotów będących partnerem prywatnym w świetle ustawy z 2008 r. o PPP został zawężony w stosunku do uprzednio obowiązującej regulacji prawnej. Należy wskazać, iż osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej nie może podjąć współpracy w ramach PPP z podmiotem publicznym. Jak podnosi H. Walczak-Zaremba, powstaje pytanie, czy ustawodawca nie wziął takiego rozwiązania w ogóle pod uwagę, czy celowo pominął rozwiązanie ze względu na brak fachowości takiej osoby w ramach realizacji PPP. Jak wskazuje autorka, ustawa dopuszcza możliwość tworzenia spółki kapitałowej²⁵, która może powstać za zgodą stron na podstawie umowy o PPP, w celu jej wykonania „[...] zatem należy przyjąć, iż nic nie powinno stać na przeszkodzie, by współwłaścicielem takiej spółki była osoba fizyczna”.²⁶

V

Wybór partnera prywatnego stosownie do regulacji ustawy z 2008 r. o PPP może nastąpić według następujących trybów. Pierwszy przewiduje wybór partnera prywatnego na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na

²³ Stosownie do art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2007 r. nr 155, poz. 1095 z późn. zm.), przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Nadto za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

²⁴ Stosownie do treści art. 5 pkt. 2 i 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej – przedsiębiorca zagraniczny, tj. osoba zagraniczna (osoba fizyczna mająca miejsce zamieszkania za granicą, niemająca obywatelstwa polskiego, osoba prawna z siedzibą za granicą, jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, mająca zdolność prawną, z siedzibą za granicą) wykonująca działalność gospodarczą za granicą.

²⁵ Zgodnie z art. 14 ustawy z 2008 r. o PPP spółkę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną tworzy się wyłącznie dla realizacji celu umowy.

²⁶ H. Walczak-Zaremba, *Kilka uwag na temat umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, [w:] *Ewolucja prawnych form administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60. rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, L. Zacharko (red.), Warszawa 2008, s. 308.

roboty budowlane lub usługi²⁷, natomiast drugi tryb wyboru partnera określają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.²⁸ Zastosowanie jednego z przewidzianych przez ustawodawcę trybów uzależniony jest od sposobu wynagrodzenia partnera prywatnego. Na podstawie zmiany ustawy o PPP – wprowadzonej ustawą z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych²⁹ – wyboru partnera prywatnego w przypadku, w którym nie ma zastosowania ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi ani ustawa Prawo zamówień publicznych, wyboru partnera dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów ustawy o PPP, a w sytuacji wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, również przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami.³⁰

Jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania korzyści z przedmiotu partnerstwa albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, wyboru partnera dokonuje się, stosując przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, z uwzględnieniem przepisów ustawy o PPP. W tym przypadku postępowanie o udzielenie koncesji przez podmiot publiczny (koncesjonodawcę) partnerowi prywatnemu (koncesjonariuszowi) odbywa się w drodze negocjacji, z zachowaniem zasady równości i niedyskryminacji uczestników postępowania oraz przejrzystości i uczciwej konkurencji.³¹

W innych przypadkach, a w szczególności gdy wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzi wyłącznie od podmiotu publicznego, wyboru partnera prywatnego dokonuje się, stosując przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem przepisów ustawy o PPP. Stosownie do treści art. 7 powołanej wyżej ustawy, wybór partnera prywatnego następuje w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców. Spośród trybów określonych przez ustawę Prawo zamówień publicznych wydaje się, iż najbardziej stosowne do wyboru partnera prywatnego będzie zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego.³² Tryb ten ma zastosowanie wówczas, gdy łącznie zachodzą określone okoliczności przewidziane przez ustawodawcę.³³

Informację (ogłoszenie) o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym podmiot publiczny zobowiązany jest zamieścić stosownie do przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz w ustawie Prawo zamówień publicznych w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym

²⁷ Dz. U. nr 19, poz. 101.

²⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 z późn. zm.

²⁹ Dz. U. z 2010 r. nr 106, poz. 675.

³⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. nr 102, poz. 651.

³¹ Art. 6 ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

³² Art. 60a–60e ustawy Prawo zamówień publicznych.

³³ W. Gonet, *Komentarz do ustawy...*, s. 46.

Unii Europejskiej, jak również w Biuletynie Informacji Publicznej. Publikacja w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej uzależniona jest od stosowanej procedury wyboru partnera prywatnego. Jeżeli w tym celu stosuje się ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi, to ogłoszenie zamieszcza się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdy przedmiot PPP dotyczy robót budowlanych. Natomiast jeżeli przedmiot dotyczy usług, wówczas informację zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku nie ma znaczenia wartość zamówienia. Jeśli przy wyborze partnera prywatnego posłużono się ustawą Prawo zamówień publicznych, to ogłoszenie należy zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych, w sytuacji gdy wartość PPP jest mniejsza od kwoty wskazanej przez ustawę. Natomiast w pozostałych przypadkach stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych ogłoszenie należy zamieścić w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.³⁴

Niezależnie od wyboru procedury, zastosowanej przy wyborze partnera prywatnego stosownie do powołanych wyżej regulacji prawnych, muszą zostać zastosowane kryteria wyboru określone w ustawie o PPP.

Zgodnie z treścią art. 6 ustawy o PPP najkorzystniejsza jest oferta, która przedstawia najlepszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Kryteria wyboru oferty można podzielić na dwa rodzaje: obligatoryjne i fakultatywne. Do kryteriów o charakterze obligatoryjnym należą:

- bilans wynagrodzenia;
- podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
- terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są planowane.

Natomiast do kryteriów fakultatywnych, które podmiot publiczny może pominąć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należą:

- podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
- stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego;
- efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych;
- kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności: jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, poziomu oferowanych technologii, kosztów utrzymania, serwisu.

Ustawodawca jednak nie wskazuje, jakie znaczenie należy przypisywać kryteriom obligatoryjnym i fakultatywnym. Z samego faktu umieszczenia bilansu wynagrodzenia jako pierwszego kryterium wyboru nie należy domniemywać, iż jest to najważniejsze kryterium i wymaga przyporządkowania największej wagi

³⁴ *Ibidem*, s. 46.

znaczeniowej. Zatem – przyjmując za W. Gonetem – to podmiot publiczny ma swobodę przypisywania określonej wagi znaczeniowej w stosunku do wskazanych kryteriów obligatoryjnych.³⁵

Wskazanie przez ustawodawcę szerokiego zakresu kryteriów, jakimi może posłużyć się podmiot publiczny do wyboru najlepszej oferty, nie stanowi najlepszego rozwiązania. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż ze względu na różnorodność i złożoność przedsięwzięć, jakie mogą być realizowane w formule PPP, do wyboru najlepszej oferty wymagane jest stosowanie odmiennych kryteriów. Nie jest właściwym rozwiązaniem konieczność stosowania obowiązkowych kryteriów do każdego PPP. Z pewnością bardziej pożądanym rozwiązaniem byłoby pozostawienie podmiotowi publicznemu pełnej swobody w zakresie zastosowania jednego lub wielu ze wskazanych przykładowo kryteriów.

VI

Istotnym obowiązkiem ciążącym na stronach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest współdziałanie w realizacji przedsięwzięcia. Podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności przez wniesienie wkładu własnego. Stosownie do treści art. 2 pkt 5 ustawy o PPP, wkład własny stanowi świadczenie podmiotu publicznego lub partnera prywatnego. Polega ono w szczególności na poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowaniu dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia, lub też wniesieniu składnika majątkowego. W rozumieniu ustawy o PPP składnik majątkowy, z wykorzystaniem którego świadczone są usługi publiczne, stanowi:

- nieruchomości (np. grunty)³⁶;
- część składowa nieruchomości (np. oczyszczalnia ścieków)³⁷;

³⁵ W świetle art. 46 § 1 k.c. nieruchomości to części powierzchni ziemskiej, stanowiące odrębny przedmiot własności (grunty), jak również budynki trwale z gruntem związane lub części tych budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności.

³⁶ Stosownie do treści art. 48 k.c., częścią składową nieruchomości mogą być budynki i części budynków niestanowiące odrębnego od gruntu przedmiotu własności lub inne urządzenia trwale z gruntem związane.

³⁷ Art. 55¹ k.c. stanowi, że przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych, przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej, obejmującym m.in. oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa); własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości; prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych; wierzytelności, koncesje, licencje i zezwolenia; patenty i inne prawa własności przemysłowej; majątkowe prawa autorskie

- przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ k.c.³⁸;
- rzecz ruchoma;
- prawa majątkowe (np. autorskie prawa majątkowe, prawa pokrewne, licencje, koncesje, prawa do wynalazków, znaków towarowych, wzorów użytkowych oraz zdobniczych, a także *know-how*).

Wskazany wyżej katalog wyczerpuje praktycznie wszystkie kategorie składników majątkowych, które mogą być wkładem własnym w partnerstwo publiczno-prywatne. Wniesienie wkładu własnego w postaci składnika majątkowego może nastąpić przede wszystkim w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy.³⁹ Należy wskazać, iż wyszczególnione przez ustawodawcę sposoby wniesienia składnika majątkowego przez strony umowy o PPP nie są jedynymi, ponieważ składnik ten może zostać wniesiony na przykład w drodze darowizny.⁴⁰

Należy wskazać, iż składnik majątkowy wniesiony przez podmiot publiczny w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego podlega zwrotowi przez partnera prywatnego, w sytuacji gdy będzie przez niego wykorzystywany niezgodnie z przeznaczeniem. Wskazany przez ustawodawcę zwrot został uzależniony od stwierdzenia, że wykorzystanie jest jednoznacznie sprzeczne z zawartą umową.⁴¹ W świetle powyższego, wykorzystanie go w sposób oczywiście sprzeczny uzasadnia żądanie zwrotu tylko tego składnika majątkowego, który jest w ten sposób wykorzystywany, nie stanowi to uzasadnienia do odstąpienia od całej umowy, przy czym nie można tego całkowicie wykluczyć. Jeżeli np. w ramach partnerstwa będzie realizowany program budowy wielu szkół, to zasadność roszczenia z art. 9 będzie należało oceniać w odniesieniu do każdej z nieruchomości, na której mają powstać poszczególne budynki szkolne. Art. 9 ust. 2 ustawy przewiduje szczególną ustawową podstawę do żądania zwrotu składnika. Nie narusza on postanowień umowy i przepisów umożliwiających wysuwanie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych, a nawet możliwości odstąpienia od umowy w ogóle.⁴² Wykorzystanie składnika majątkowego w sposób „oczywiście” sprzeczny z umową musi godzić w cel umowy.⁴³

i majątkowe prawa pokrewne; tajemnice przedsiębiorstwa; księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

³⁸ Art. 9 ust. 1 ustawy o PPP.

³⁹ W. Gonet, *Komentarz do ustawy...*, s. 58.

⁴⁰ Przykładem niezgodnego z umową wykorzystania składnika majątkowego może być np. sytuacja, gdy na nieruchomości powstaje obiekt budowlany inny niż przewidziano w umowie, bądź nie wznosi się go wcale.

⁴¹ Uzasadnienie do projektu ustawy..., s. 21.

⁴² Wyrok SN z dnia 30 maja 2003 r. (sygn. akt III CKN 1409/00, Lex 146438).

⁴³ Art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezwłocznie po rozwiązaniu umowy o PPP podmiot publiczny dokonuje wyboru nowego partnera prywatnego, chyba że przedsięwzięcie ma być realizowane w inny sposób. Art. 10 ustawy będzie miał zastosowanie oczywiście tylko w sytuacji, gdy przedsięwzięcie po rozwiązaniu umowy o PPP ma być nadal realizowane w formule PPP. Natomiast jeżeli przedsięwzięcie ma być realizowane w innej formie niż wskazana wyżej albo w ogóle ma zostać zakończone, wówczas powoływany przepis nie będzie miał zastosowania. W trakcie dalszej realizacji zadania w ramach PPP podmiot publiczny zobowiązany jest przeprowadzić ponowną procedurę wyboru nowego partnera prywatnego. Ze względu na czasochłonność postępowania, ustawodawca przewidział możliwość zlecenia przez podmiot publiczny wykonania zadań z zakresu PPP w trybie zamówienia publicznego z wolnej ręki⁴⁴, z jednoczesnym ograniczeniem tej możliwości do czasu rozpoczęcia wykonywania nowej umowy o PPP.

Po zakończeniu czasu trwania umowy o PPP partner prywatny lub spółka, o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy, przekazuje podmiotowi publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia, w stanie nie pogorszonym, z uwzględnieniem jego zużycia, chyba że umowa o PPP stanowi inaczej.⁴⁵ Składnik majątkowy, który został wniesiony lub który powstał w wyniku realizacji PPP po zakończeniu współpracy, co do zasady zostaje przekazany podmiotowi publicznemu i jest to jeden z elementów odróżniających PPP od prywatyzacji. Nadto jednak strony umowy mają pełną swobodę w zakresie określenia, komu ma zostać przekazany przedmiot przedsięwzięcia, bądź wskazać mogą inny podmiot, np. państwową lub samorządową osobę prawną lub spółkę handlową z większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa. Możliwe jest także pozostawienie przedmiotu przedsięwzięcia partnerowi prywatnemu.⁴⁶

W ramach umowy o PPP partner prywatny uprawniony jest do otrzymania wynagrodzenia. Wynagrodzenie partnera prywatnego może przybierać postać bądź to uprawnienia do pobierania pożytków, w szczególności w postaci pobierania opłat za świadczone przez partnera prywatnego usługi, bądź też częściowo uprawnienia do pobierania pożytków, a częściowo uprawnienia do zapłaty sumy pieniężnej przez podmiot publiczny lub też wyłącznie do zapłaty sumy pieniężnej przez podmiot publiczny na rzecz partnera prywatnego. Wynagrodzenie partnera musi być uzależnione od wyników jego pracy. „Dlatego partnerstwo publiczno-prywatne to więcej niż »tradycyjne« zamówienie publiczne, w którym wynagrodzenie wykonawcy jest w zasadzie znane z góry i przewidywalne”.⁴⁷

Należy wskazać, iż ustawodawca przyznaje partnerowi prywatnemu – zarówno w trakcie trwania umowy o PPP, jak również bezpośrednio po jej zakończe-

⁴⁴ Art. 11 ust. 1 ustawy z 2008 r. o PPP.

⁴⁵ W. Gonet, *Komentarz do ustawy...*, s. 61.

⁴⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy..., s. 19.

⁴⁷ Art. 12 ust. 2 pkt. 1 i 2 ustawy z 2008 r. o PPP.

niu – prawo pierwokupu nieruchomości będącej wkładem własnym i która służyła do realizacji partnerstwa. W przypadku sprzedaży przez podmiot publiczny albo spółkę (o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy) nieruchomości, partnerowi prywatnemu przysługuje prawo pierwokupu, które może być wykonane w terminie dwóch miesięcy od dnia zawiadomienia go o treści umowy zawartej z osobą trzecią, chyba że umowa o PPP przewiduje dłuższy termin. To przede wszystkim partner prywatny, który zarządzał nieruchomością, jest najbardziej kompetentny do dalszej kontynuacji działalności. Nadto przywilej pierwokupu przysługuje także po zakończeniu umowy o PPP w terminie roku, z zastrzeżeniem, iż wygasa ona, jeżeli w prawomocnym orzeczeniu sądu stwierdzono odpowiedzialność partnera prywatnego za nienależyte wykonanie zobowiązania z tej umowy lub podmiot publiczny zawarł umowę o PPP z nowym partnerem prywatnym.⁴⁸

Ustawodawca zakazuje zmiany postanowień umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że wystąpią negatywne okoliczności nieprzewidziane w trakcie zawarcia umowy. W praktyce może to dotyczyć sytuacji, w której partner prywatny nie osiągnie zwrotu poniesionych nakładów i zakładanego zysku w całym okresie trwania umowy. W takich przypadkach treść umowy powinna przewidywać dopłatę ze strony podmiotu publicznego. Istotne znaczenie ma fakt, iż zmiana umowy o PPP, niezgodna z treścią oferty, jest bezwzględnie nieważna i nie podlega konwalidacji.

Ustawa o PPP gwarantuje podmiotowi publicznemu prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Nie można przecież dopuścić do sytuacji, w której nieprawidłowości czy brak doświadczenia reprezentantów podmiotów publicznych w trakcie negocjacji umowy uniemożliwi podmiotowi publicznemu późniejsze wywiązywanie się z jego ustawowych obowiązków.⁴⁹ Zasady oraz szczegółowy tryb przeprowadzenia kontroli ustawodawca pozostawił stronom do określenia w umowie o PPP.

VII

Konkludując, należy wskazać, iż PPP może opierać się na samej umowie o PPP albo też na związanej w tym celu spółce kapitałowej, czyli spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 151–300 k.s.h.), albo spółce akcyjnej (art. 301–490 k.s.h.), spółce komandytowej (art. 102–124 k.s.h.) lub spółce komandytowo-akcyjnej (art. 125–150 k.s.h.). W świetle powyższego sama umowa o PPP nie stanowi umowy spółki, ale przewiduje jej zawiązanie przez podmiot

⁴⁸ J. R. Antoniuk, *Partnerstwo publiczno-prywatne...*, s. 130.

⁴⁹ Szerzej: W. Gonet, *Komentarz do ustawy...*, s. 64–74; także: J. R. Antoniuk, *op. cit.*, s. 130–132.

publiczny i partnera prywatnego. Strony umowy PPP zobowiązane są zatem do powołania spółki. W przypadku zawarcia umowy spółki staje się ona główną umową wykonawczą w celu realizacji i zarządzania przedsięwzięciem w ramach PPP. Spółka taka jest spółką celową, co oznacza, iż cel i przedmiot działalności spółki są ściśle określone umową o PPP i nie mogą wykraczać poza zakres określony taką umową.

Reasumując powyższe rozważania, należy przyjąć, iż najluźniejszą formą współpracy w ramach wspólnego wykonywania zadań publicznych przez sektor prywatny i publiczny są umowy określające zakres odpowiedzialności każdej ze stron i jej zadania. Na mocy tych zobowiązań sektor prywatny może uczestniczyć w bieżącej eksploatacji i zarządzaniu infrastrukturą, która służy świadczeniu usług użyteczności publicznej, co w rezultacie sprowadza się do przejęcia przez stronę prywatną odpowiedzialności za określone elementy procesu świadczenia usług, bez konieczności zmian w zakresie własności wykorzystywanej infrastruktury. Bardziej ścisła współpraca w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego odbywa się najczęściej z wykorzystaniem specjalnie powołanej w tym celu spółki (tzw. spółki celowej), w której współnikami są podmiot publiczny, partner prywatny, a także podmioty finansujące przedsięwzięcie, ale nie angażujące się w codzienne zarządzanie partnerstwem lub spółkę celową. W związku z tym można stwierdzić, iż ustawa z 2008 r. o PPP pozwoli na lepsze zrozumienie metodologii tworzenia, wdrażania i realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego.

SUMMARY

The combined public-private partnership has taken shape as a form of cooperation of public sector entities with the partners of a private sector in executing public projects. In general, the changes the new Act of December 19, 2008 on public-private-partnership has introduced must be assessed as positive. The new legal regulation has replaced the hitherto prevailing legal regulation of 2005. The new legal regulation determines in another way the principles of cooperation of a public entity with a private partner under a public-private partnership (PPP) arrangement.

The changes introduced by the new PPP Act contribute to deformalizing the manner of executing the public tasks under a public-private partnership, besides, cancelled has been the erroneous premise indicating that the public sector entities might use a PPP arrangement form only when it is a more advantageous method than the other conventional manner of implementation of the public projects, the legislator having recalled the duty on conducting studies at the stage preceding the decision making by the public entity on implementation of the task under the PPP formula, as well as neglected the duty of making reports by the public sector unit on the PPP implementation and sending them to the central organs concerned.

In compliance with the contents of the art. 7 of the PPP Act it must be indicated that under the PPP Agreement the private partner undertakes the duty of implementation of the project against a remuneration and covering the whole or part of expenditures involved, or covering them by a third party, while the public entity is obliged to conduct cooperation in order to gain the objective of the undertaking, especially by way of introducing its own contribution (share).

Besides, each party of the public-private agreement takes a part of the risk in achieving of success in the undertaking, thus reference is made to the worldwide recognized models of public-private partnership. Upon making a study of the regulations of the PPP Act it must be indicated that in the light of art. 8 of the Act the public entity has the right to currently conduct inspection of realization of the undertaking by the private partner, and the rules and detailed procedure of inspection must be included, as indicated *expressis verbis*, in the PPP Agreement.

A closer cooperation under a public-private partnership takes place, most often, with taking advantage of a specially set-up company (so-called purpose-bound company) in which partners are the public entity, a private partner, and also the entities that are financing the project but not involved in daily management either of the partnership or the purpose-bound company.

In conclusion, the foregoing should be noted that the Law of 2008. PPP will enable better understanding of development methodologies, implementation and project development public-private partnership.