

Krystyna Brzozowska

Przesłanki wyboru formy prawnej współpracy jednostek samorządu terytorialnego z partnerami prywatnymi

Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H, Oeconomia 46/3,
321-329

2012

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.

Wydział Zarządzania i Ekonomiki Usług, Katedra Finansów Publicznych,
Uniwersytet Szczeciński

KRYSTYNA BRZOZOWSKA

*Przesłanki wyboru formy prawnej współpracy
jednostek samorządu terytorialnego z partnerami prywatnymi*

Prerequisites for the choice of legal form of cooperation between local governments
and private partners

Słowa kluczowe: władze publiczne, sektor prywatny, współpraca, regulacje prawne

Key words: local governments, private sector cooperation, regulations

Wstęp

Na jednostkach samorządu terytorialnego spoczywa wiele obowiązków nałożonych wymogami ustawowymi. Obok zadań o charakterze bieżącym powinnością każdego samorządu terytorialnego jest zapewnienie rozwoju lokalnego.

Różnorodność zadań, przy ograniczonych zasobach samorządowych, wywołuje konieczność czasowego angażowania sektora prywatnego. Jednym z problemów jest odpowiedni dobór prawnej formy współpracy sektora publicznego z sektorem prywatnym, szczególnie w kwestiach dotyczących przedsięwzięć rozwojowych.

Celem opracowania jest zwrócenie uwagi na cechy charakterystyczne poszczególnych form prawnych współpracy warunkujące wybór formy najbardziej dostosowanej do wymagań obu zainteresowanych stron.

1. Regulacje prawne współpracy jednostek samorządu terytorialnego z sektorem prywatnym

Podstawą do nawiązywania współpracy publiczno-prywatnej są zapisy ustawy o gospodarce komunalnej, określające zadania o charakterze użyteczności publicznej jako zadania, których „celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych”¹ oraz przywołujące regulacje prawne, na mocy których taka współpraca będzie możliwa (por. tab. 1).

Tabela 1. Podstawy prawne współpracy publiczno-prywatnej

Nazwa aktu prawnego	Miejsce i data publikacji
Ustawa o gospodarce komunalnej	Dz.U. z 1997, nr 9, poz. 43
Ustawa o gospodarce nieruchomościami	Dz.U. z 1997, nr 261, poz. 2603
Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie	Dz.U. z 2003 r. nr 96, poz. 873
Ustawa Prawo zamówień publicznych	Dz.U. z 2007, nr 223, poz. 1655
Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi	Dz.U. z 2009 r. nr 19, poz. 101
Ustawa o partnerstwie publiczno- prywatnym	Dz.U. z 2009, nr 19, poz. 100
Ustawa o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym	Dz.U. z 2004 r., nr 256, poz. 2571.
Ustawa o publicznym transporcie zbiorowym	Dz.U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13

Źródło: Opracowanie własne.

Zadania zlecone do wykonania przez partnerów prywatnych w ramach umów zlecenia czy umów o dzieło mają charakter krótkoterminowy i generalnie nie wywołują problemu co do wyboru formy prawnej współpracy. Natomiast w przypadku współpracy o charakterze długoterminowym otwartą pozostaje kwestia wyboru odpowiedniej formy współpracy wśród możliwych do zastosowania, czyli ustawy Prawo zamówień publicznych, Ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, Ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz Ustawy o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym.

2. Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Partnerstwo publiczno-prywatne (PPP) jest rodzajem zamówienia publicznego, z uwagi na udział podmiotu publicznego zakładającego aktywne działania strony publicznej we współpracy z partnerem prywatnym².

Ustawa o PPP, która weszła w życie w styczniu 2009 r., zastępując poprzednią ustawę o PPP z 2005 r., jest pozbawiona szczegółowych regulacji dotyczących

¹ Art. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, Dz.U. 1997 r. nr 9, poz. 43.

² *Niezbędnik PPP*, Investment Support, Warszawa 2011, s. 3 (materiał niepublikowany).

realizacji określonych projektów infrastrukturalnych. Zamysłem „nowej” ustawy o PPP, mającej charakter tzw. *Umbrella Agreement*, było zakreślenie wyłącznie głównych ram regulacji prawnych, odnoszących się do projektów partnerstwa.

Zgodnie z zapisami ustawy przedmiotem partnerstwa jest wspólna realizacja przedsięwzięcia, polegająca na podziale zadań i ryzyka między podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. W ramach przedsięwzięcia mogą być wykonywane działania polegające na budowie lub remoncie obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła polegającego w szczególności na wyposażeniu składników majątkowych w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, a także inne świadczenie. Wymienione działania muszą być związane także z zarządzaniem i utrzymaniem składnika majątkowego wykorzystywanego lub związanego z realizacją umowy PPP.

W roli podmiotu publicznego mogą wystąpić organy administracji rządowej, jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, fundusze celowe oraz państwowe szkoły wyższe, jednostki badawczo-rozwojowe, Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne, a także samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej. Stroną PPP nie mogą być przedsiębiorstwa państwowe, jednoosobowe spółki Skarbu Państwa i inne spółki kapitałowe z większościovym udziałem Skarbu Państwa, chociaż ustawa nie zabrania im występowania w roli partnerów prywatnych w umowach PPP³.

W roli partnera prywatnego mogą występować przedsiębiorcy krajowi lub przedsiębiorcy zagraniczni. Partner prywatny ma prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa – wynagrodzenia, którego wysokość zależy głównie od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa. W takim wypadku, przy wyborze partnera prywatnego oraz rodzaju umowy partnerstwa, mają zastosowanie przepisy Ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (tryb negocjacji z ogłoszeniem). W przypadku wyboru innych korzyści, znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (tryb dialogu konkurencyjnego), a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego w postaci nieruchomości także przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami.

W ustawie o PPP zapisano, że „wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności”⁴, biorąc pod uwagę takie kryteria, jak: podział zadań i ryzyka związanego z przedsięwzięciem między podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych planowanych świadczeń podmiotu

³ *Podmiot publiczny*, <http://opendoor.pl/ppp/podmiot-publiczny>, dostęp 21 marca 2012.

⁴ Art. 4.3 Ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o PPP, Dz.U. z 2009 r., nr 19, poz. 100.

publicznego, podział dochodów z przedsięwzięcia między podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego, efektywność realizacji przedsięwzięcia oraz jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, koszty utrzymania, serwis.

Podmiot publiczny, na którym w dalszym ciągu spoczywa odpowiedzialność za realizację projektu jako obiektu użyteczności publicznej, zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu, głównie przez wniesienie wkładu własnego w postaci poniesienia części wydatków na realizację przedsięwzięcia lub składnika majątkowego w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu lub dzierżawy, natomiast partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości lub części wydatków na jego realizację.

W celu wykonania umowy o PPP strony umowy mogą zawiązać spółkę handlową (kapitałową, komandytową, komandytowo-akcyjną), której efektem działań jest realizacja przedsięwzięcia określonego w umowie PPP.

Obie strony – partner prywatny i podmiot publiczny są obciążone odpowiedzialnością za wystąpienie ryzyka inwestycyjnego i eksploatacyjnego. Podmiot publiczny dysponuje prawem do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego zgodnie z trybem i zasadami określonymi w zawartej umowie PPP.

Po zakończeniu umowy o PPP partner prywatny, najczęściej reprezentowany przez spółkę projektową, ma obowiązek przekazania obiektu infrastrukturalnego wykorzystywanego do realizacji przedsięwzięcia PPP w stanie uwzględniającym jego zużycie wskutek prawidłowego używania na rzecz państwowej lub samorządowej osoby prawnej lub spółki handlowej z większościowym udziałem skarbu państwa lub jednostki samorządu terytorialnego – zgodnie z zapisami umowy PPP. Partnerowi prywatnemu będzie przysługiwać – zarówno w trakcie trwania umowy, jak i po jej zakończeniu – prawo pierwokupu nieruchomości, która służyła do realizacji partnerstwa w przypadku, gdyby istniała sytuacja jej zbywania.

Istotnym odróżnieniem przedsięwzięcia w ramach PPP od innych jest to, że powinno ono być w całości lub w istotnej części realizowane przez partnera prywatnego i jednocześnie być połączone z eksploatacją, utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest przedmiotem partnerstwa. W innym przypadku zachodzą sytuacje objęte zamówieniami publicznymi lub koncesją.

3. Koncesja na roboty budowlane lub usługi

Ustawa o koncesji ma charakter *lex specialis* w stosunku do ustawy o PPP⁵ i znajduje zastosowanie przy wyborze partnera prywatnego.

Instytucja koncesji na roboty budowlane dla państw członkowskich UE została uregulowana w dyrektywie 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Koncesja na roboty budowlane lub koncesja na usługi różni się od zamówienia publicznego na roboty budowlane lub usługi rodzajem świadczenia wzajemnego, które przedsiębiorca otrzymuje od zamawiającego. W przypadku koncesji świadczenie wzajemne polega na przyznaniu koncesjonariuszowi⁶: wyłącznego prawa do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym do pobierania pożytków, prawa do eksploatacji obiektu budowlanego wraz z płatnością koncesjodawcy, prawa do wyłącznego korzystania z usługi lub na przyznaniu prawa do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, albo prawa do wykonywania usług wraz z płatnością koncesjodawcy.

Koncesjonariusz ponosi ryzyko eksploatacji budynku lub świadczenia usług oraz ryzyko związane z popytem na oferowane usługi. W praktyce dosyć często przy koncesjach występuje model mieszany, w którym koncesjonariusz dodatkowo, oprócz wynagrodzenia, otrzymuje opłatę za strony publicznej, np. w formie ryczałtu przypadającego od każdego użytkownika albo stałej kwoty za przekazanie danej infrastruktury do dyspozycji⁷.

W ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi przyjęto następujące warunki:

- stosowana w przypadku robót budowlanych i usług,
- okres trwania umowy koncesji dla robót budowlanych wynosi 30 lat, a dla usług 15 lat,
- wynagrodzenie za ukończenie prac budowlanych stanowi prawo eksploatacji obiektu lub prawo eksploatacji obiektu wraz z zapłatą dodatkowego wynagrodzenia,
- większość ryzyka operacyjnego związanego z realizacją umowy koncesji ponosi podmiot prywatny,
- wielkość wynagrodzenia płaconego koncesjonariuszowi przez podmiot publiczny nie jest związana z wysokością kosztów poniesionych przez koncesjonariusza przy wykonywaniu koncesji,

⁵ Schnell Ch., Haak A., *New chances for Public Private Partnerships In Poland*, „International Financial Law Review” 2009, No. 3.

⁶ Art.1. *Ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji...*

⁷ Schnell Ch., *Kiedy stosować ustawę o partnerstwie, a kiedy o koncesjach*, „Rzeczpospolita” 2008, 15.12, s. C7.

- określenie kryteriów udzielania koncesji, takich jak: opis przedmiotu koncesji pod względem warunków technicznych oraz funkcjonalności, szacunkowa wartość koncesji, okres obowiązywania koncesji, termin wykonania przedmiotu koncesji, wysokość współfinansowania przez oferenta, wysokość opłat za świadczenie usług, aspekty środowiskowe, wartość techniczna i jakość wykonania, kryteria oceny ofert.

Prawo do eksploatacji obiektu oznacza w praktyce prawo koncesjonariusza do czerpania korzyści ekonomicznych w celach komercyjnych przez czas określony w umowie, który powinien być skorelowany z okresem niezbędnym do zwrotu nakładów poniesionych przez partnera prywatnego, któremu przyznano koncesję. Takie kwestie powinny być jednoznacznie uregulowane w zawieranej między stronami umowie koncesji, w której powinny także znaleźć się zapisy dotyczące przedmiotu koncesji, terminu wykonania przedmiotu koncesji oraz okresu obowiązywania umowy koncesji, sposobu wynagradzania koncesjonariusza, warunków i trybu rozwiązywania umowy koncesji, identyfikacji i podziału ryzyka między partnerów umowy koncesji zgodnie z zapisami ustawy, że koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji.

4. Ustawa o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym

W ramach znowelizowanej ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym z 27 października 1994 r. istnieje nadal możliwość prowadzenia inwestycji z udziałem partnerów prywatnych. Dotychczasowe zapisy zostały uzupełnione o określenie warunków budowy i finansowania dróg i autostrad oraz zawierania umów o budowę i eksploatację lub wyłącznie o eksploatację autostrad oraz pobierania opłat za przejazd autostradami, a także wskazanie właściwych organów⁸. Ustawa zakłada możliwość prowadzenia budowy i eksploatacji przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad lub przez drogową spółkę⁹ z opcją powierzenia budowy i eksploatacji lub wyłącznie eksploatacji innej spółce – wybranej zgodnie z przepisami ustawy o koncesji na roboty budowlane czy usługi lub ustawy Prawo zamówień publicznych. Partnerzy prywatni zainteresowani udziałem w przedsięwzięciu muszą udowodnić, że posiadają wiarygodność finansową i techniczną. Umowa zawarta z wybraną w drodze przetargu spółką powinna określać m.in. termin rozpoczęcia i zakończenia budowy, okres eksploatacji oraz stawki opłat za przejazd autostradą,

⁸ Art. 1. *Ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym*, Dz.U. z 2004 r., nr 256, poz. 2571.

⁹ Warunki utworzenia i obowiązki spółki zostały określone w ustawie z dnia 12 stycznia 2007 r. o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia (Dz.U. nr 23, poz. 136 z 2008 r.).

zasady podziału wypracowanego zysku, zobowiązania spółki, zasady współpracy z różnymi organami, termin zwrotu autostrady¹⁰.

5. Porównanie regulacji

W praktyce występują wątpliwości, kiedy stosować Ustawę o PPP, a kiedy ustawę o koncesji na roboty budowlane i usługi, ponieważ w swej wymowie merytorycznej zapisy w obu ustawach są często zbieżne (por. tab. 2).

Tabela 2. Porównanie wybranych aspektów ustaw o PPP i o koncesji na roboty budowlane lub usługi

Cechy	PPP	Koncesja na roboty budowlane lub usługi
Zakres umowy	Ustawa ramowa	Ustawa proceduralna
Cel umowy	Współpraca podmiotu publicznego i prywatnego	Współpraca podmiotu publicznego i prywatnego
Przedmiot umowy	Przedsięwzięcie jako całość połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym	Zlecenie wykonania usług, dostaw, prac budowlanych
Warunki stosowania	Dostosowanie do większych projektów o bardziej złożonej strukturze finansowania	Zalecana, gdy przedmiot umowy zapewnia w miarę pewny zwrot z inwestycji
Uczestnicy po stronie publicznej:	Jednostki sektora finansów publicznych, podmioty prawa publicznego, związki jednostek sektora finansów publicznych i instytucji prawa publicznego	Organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, państwowe jednostki budżetowe, podmioty prawa publicznego, grupy ww. podmiotów
Uczestnicy po stronie prywatnej:	Przedsiębiorcy, Przedsiębiorcy zagraniczni	Osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, grupy ww. podmiotów
Procedura wyboru partnera prywatnego	Oparta na ustawie Prawo zamówień publicznych (w przypadku wynagrodzenia w postaci zapłaty od podmiotu publicznego) albo na ustawie o koncesji (w przypadku wynagrodzenia w postaci prawa do pobierania pożytków z przedmiotu umowy)	Odrębny tryb postępowania na wybór koncesjonariusza

¹⁰ Art. 63 Ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, Dz.U. z 2004 r., nr 256, poz. 2571.

Płatności dla partnera prywatnego	Płatności ze strony partnera prywatnego oparte na dostępności usług w ramach przedsięwzięcia lub oparte na użytkowaniu przedmiotu przedsięwzięcia albo model mieszany – minimalna płatność za dostępność + dodatkowe płatności za wykorzystanie	Płatności ze strony partnera publicznego za wykonane roboty, dostawy lub usługi
Czas trwania przedsięwzięcia	Bez ograniczeń	Na roboty – 30 lat Na usługi – 15 lat z możliwością przedłużenia z powodu dłuższego czasu zwrotu nakładów
Sposób realizacji przedsięwzięcia	Realizacja przedsięwzięcia bezpośrednio przez partnera prywatnego lub spółkę zawiązaną między stronami umowy	Realizacja przedsięwzięcia bezpośrednio przez koncesjonariusza
Składniki majątkowe	Świadczenie usług musi być powiązane z dysponowaniem składnikiem majątkowym	Przedmiotem koncesji może być wyłącznie eksploatacja obiektu budowlanego lub świadczenie usług (mienie publiczne jest udostępniane na cele realizacji zadań)
Spółka handlowa	Możliwość zawiązania przez partnerów spółek handlowych	Brak możliwości utworzenia spółki
Podejście do ryzyka	Podział ryzyka	Przeniesienie ryzyka ekonomicznego z tytułu wykonywania koncesji na koncesjonariusza
Zwrot składnika majątkowego	Obowiązek zwrotu po zakończeniu umowy	Nie dotyczy

Źródło: Opracowanie własne na podstawie omawianych ustaw.

Generalnie przyjęto wykładnię, że ustawa o PPP ma zastosowanie w przypadku dużych, kapitałochłonnych projektów, natomiast Ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi w przypadku projektów o dużo niższej wartości kosztorysowej.

Wybór formy prawnej współpracy zależy od planowanej struktury wynagrodzenia partnera prywatnego. Rozwiązanie stosowane w koncesjach, gdy zasadnicza część wynagrodzenia pochodzi z przedmiotu koncesji, np. z opłat od użytkowników drogi, parkingu czy najmu lokali, w mniejszym stopniu obciąża budżet koncesjodawcy niż inwestycja realizowana na podstawie ustawy o PPP, w której wynagrodzenie jest płacone przez partnera publicznego, np. w formie opłaty za dostępność.

Inną kwestią, wychodzącą poza ramy tego opracowania, jest kwestia ewidencjonowania projektów PPP i koncesji w kontekście ich wpływu na dług publiczny.

Zakończenie

Przeprowadzony przegląd aktów prawnych regulujących warunki współpracy podmiotów publicznych z partnerami prywatnymi przy realizacji zadań spełniających kryteria użyteczności publicznej pozwala na stwierdzenie, że nie ma jasnych reguł wyodrębniania ścieżki wyboru formy prawnej.

Dotychczasowy rozwój tego typu przedsięwzięć w Polsce dowodzi przewagi koncesji nad PPP – według stanu na koniec 2011 r. zawarto 12 umów, w tym 6 koncesji na roboty budowlane, 2 koncesje na usługi i 4 umowy PPP¹¹.

Projektowane zmiany, których zamiarem jest uproszczenie regulacji PPP, przy „szczupłości” środków budżetowych na realizację inwestycji infrastrukturalnych oraz rosnącej świadomości co do warunków PPP, winny przynieść efekt w postaci zwiększenia wolumenu i zakresu projektów realizowanych w Polsce w tej formule.

Bibliografia

- Niezbędnik PPP*, Investment Support, Warszawa 2011, s. 3 (materiał niepublikowany).
Podmiot publiczny, <http://opendoor.pl/ppp/podmiot-publiczny>, dostęp 21 marca 2012.
Schnell Ch., *Kiedy stosować ustawę o partnerstwie, a kiedy o koncesjach*, „Rzeczpospolita” 2008, 15.12, s. C7.
Schnell Ch., Haak A., *New chances for Public Private Partnerships In Poland*, „International Financial Law Review” 2009, No. 3.
Ustawa o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym, Dz.U. z 2004 r., nr 256, poz. 2571.
Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, Dz.U. z 2003 r. nr 96, poz. 873.
Ustawa o gospodarce komunalnej, Dz.U. z 1997, nr 9, poz. 43.
Ustawa o gospodarce nieruchomościami, Dz.U. z 1997, nr 261, poz. 2603.
Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz.U. z 2009 r. nr 19, poz. 101.
Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U. z 2009, nr 19, poz. 100.
Ustawa o publicznym transporcie zbiorowym, Dz.U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13.
Ustawa Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2007, nr 223, poz. 1655.
Ustawa z dnia 12 stycznia 2007 r. o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia (Dz.U. nr 23, poz. 136 z 2008 r.).

¹¹ *Rynek PPP w Polsce 2011*, Investment Support, Warszawa 2012, s. 24.