

ZAŁĄCZNIK 1
DO RAPORTU Z WYKONANIA I CZĘŚCI ZAMÓWIENIA

Opłata za dostępność

*Interpretacja prawna i finansowa pojęcia wraz z opinią na temat wybranych zagadnień
dotyczących podziału ryzyk, wpływu na dług publiczny oraz klasyfikacji opłaty za dostępność w
budżetach podmiotów publicznych*

ŹRÓDŁA PRAWA

SPIS TREŚCI

PUNKT		STRONA
1.	PRZEGLĄD WYBRANYCH AKTÓW PRAWA WSPÓLNOTOWEGO	1
2.	PRZEGLĄD WYBRANYCH AKTÓW PRAWA KRAJOWEGO	5
3.	PRZEGLĄD WYBRANYCH PROJEKTÓW AKTÓW PRAWA KRAJOWEGO	10

1. PRZEGLĄD WYBRANYCH AKTÓW PRAWA WSPÓLNOTOWEGO

W prawie międzynarodowym w zasadzie brak jest regulacji bezpośrednio dotyczących zagadnienia partnerstwa publiczno-prywatnego; nie występuję też nigdzie prawna definicja partnerstwa. Na podstawie obserwacji praktyki można zaryzykować tezę, że partnerstwo strony publicznej i prywatnej występuje wszędzie tam, gdzie ujawnia się deficyt efektywności działania państwa w realizacji jego zadań publicznych. Powszechnie uważa się, że w prawie Unii Europejskiej – póki co – mamy do czynienia jedynie z tzw. "programowaniem PPP", zarówno w znaczeniu strategii w wymiarze ekonomiczno-społecznym, jak również ze wstępnymi próbami legislacyjnymi. Jest to tzw. „miękkie prawo”, którego normy nie są wyposażone w przymiot egzekwowalności.

W każdej z wymienionych niżej regulacji podjęta została próba przybliżenia trybu zamówienia publicznego, zarówno jako formy współpracy gospodarczej, jak i sposobu finansowania inwestycji publicznych.

Z obszernego spektrum regulacji w tym zakresie, z całą pewnością należy wskazać poniżej wskazane.

- (a) **Wytyczne KE** – jest to dokument szczegółowo regulujący zastosowanie w praktyce współpracy podmiotów publicznych i prywatnych w ramach PPP. Są to wytyczne do tego, aby w jak najbardziej efektywny sposób podmioty publiczne dostarczały infrastrukturę oraz związane z nią usługi o charakterze publicznym. Dominującą koncepcją współpracy w modelu PPP jest realizacja przedsięwzięć w celu wykonywania zadań publicznych, jakie ciążą na sektorze publicznym, przy założeniu, że każda ze stron jest zdolna wywiązać się z powierzonego zakresu jej zadań sprawniej niż druga strona. Zasadą udanego partnerstwa, według tych wytycznych, jest wzajemne uzupełnianie się stron partnerstwa w ten sposób, że każda z nich zajmuje się tą częścią wspólnego zadania, którą wykonuje najlepiej. Proporcjonalnie do zaangażowania, każda ze stron partnerstwa powinna czerpać korzyści z takiej współpracy, odpowiednio do nałożonego na nią zakresu obowiązków, odpowiedzialności oraz ryzyka.
- (b) **Decyzja EUROSTAT** – jest to decyzja na temat statystycznego ujęcia zobowiązań jednostek sektora instytucji rządowych i samorządowych z umów zawartych z jednostkami spoza tego sektora. Eurostat zaleca w tej decyzji, aby środki zaangażowane w projekty realizowane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego były klasyfikowane poza bilansem podmiotu publicznego realizującego odnośny projekt, w sytuacji gdy spełniony jest warunek odpowiedniej alokacji ryzyka, to znaczy: partner prywatny ponosi ryzyko budowy, i jednocześnie co najmniej jeszcze jedno ryzyko: dostępności lub popytu. Natomiast jeśli ryzyko budowy jest ponoszone przez podmiot publiczny, lub jeśli partner prywatny ponosi jedynie ryzyko budowy, środki są zakwalifikowane jako środki publiczne. Wydanie tej decyzji doprowadziło w rezultacie do opracowania obszerniejszych zaleceń, wydanych w 2010 r. w formie Podręcznika MGDD. Do polskiego systemu prawa decyzja ta nie została dotychczas w sposób skuteczny zaimplementowana. Dalsze uwagi w tej kwestii zawarte są w Punkcie 2(c)(iii) poniżej.
- (c) **Podręcznik MGDD** – w dokumencie tym Eurostat podał własną definicję PPP i koncesji, które, jak się podkreśla, mają zastosowanie wyłącznie na potrzeby analizy statystycznej. "Znaczenie pojęć statystycznych użytych w podręczniku MGDD może odbiegać od definicji prawnych lub powszechnie stosowanej terminologii obowiązującej w państwach członkowskich. Należy podkreślić, że przyjęte przez Eurostat rozgraniczenie między PPP a koncesjami ma umożliwić podmiotom opracowującym rachunki narodowe odróżnienie poszczególnych form

tych umów w celu zastosowania do nich właściwych zasad ujęcia statystycznego. Tym samym definicja PPP i koncesji może zdecydowanie odbiegać od rozgraniczeń przyjętych w przepisach prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich. W przypadkach, kiedy definicja w państwie członkowskim różni się od definicji Eurostatu, definicja Eurostatu ma znaczenie rozstrzygające i to ona jest uwzględniana do celów statystycznych".¹ Zgodnie z tym opracowaniem, w przypadku wątpliwości, co do tego, czy reguły ESA95 (patrz Punkt (I) poniżej) i zasady opisane w nim mają zastosowanie do danej umowy o PPP, Podręcznik GDDI zaleca, aby krajowe urzędy statystyczne państw członkowskich Unii Europejskiej zwracały się o opinię do Eurostat, przy czym wnioski takie mogą dotyczyć zarówno projektów, które zostały już wdrożone (opinia *ex post*), jak i projektów znajdujących się na etapie przygotowania, co do których struktura finansowania została już wstępnie ustalona i przedstawiona w zapytaniu (opinia *ex ante*).

- (d) **Komunikat KE** z dnia 29 kwietnia 2000 r. w sprawie interpretacji przepisów dotyczących udzielenia **koncesji** na podstawie prawa wspólnotowego – ten komunikat stanowi próbę zidentyfikowania problemów współczesnej koncesji przy realizacji przedsięwzięć infrastrukturalnych; wprowadza rozróżnienie pomiędzy koncesją sensu stricto a innymi umowami o wykonanie określonych robót na rzecz podmiotu publicznego, poprzez wskazanie rodzajów ryzyk przenoszonych na stronę prywatną w danym projekcie.
- (e) **Komunikat KE** dla PE, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji z 15 listopada 2005 r. – zawiera przegląd aktualnych na chwilę jego sporządzania aktów prawa unijnego traktujących o partnerstwie publiczno-prywatnym i jest krokiem w kierunku "utworzenia korzystnych dla PPP wspólnotowych ram prawnych, które spełniałyby potrzeby obywateli, ułatwienie realizacji celów wspólnotowych poprzez analizę przyszłych zdarzeń oraz zagwarantowanie zaspokojenia tych potrzeb w praktyce". Zwraca uwagę na aktualne problemy z realizacją inwestycji w tym modelu. W tym komunikacie Komisja Europejska zapewnia, że podejmie między innymi następujące kroki w celu zapewnienia odpowiedniego ujmowania projektów z wykorzystaniem PPP w kontekście długu publicznego: "(...) Zapewni odpowiednie ujmowanie PPP w kontekście długu publicznego i deficytu budżetowego poprzez: zbadanie wpływu zmienionego planu finansowania na sposób ujęcia w bilansie aktywów PPP oraz opublikowanie informacji na temat ujęcia umów PPP w rachunkach narodowych, publikację wskazówek dotyczących księgowania gwarancji przekazanych w ramach programów PPP, w razie potrzeby dalsze zapewnianie jasnych wskazówek dla państw członkowskich na temat zasad ujmowania poszczególnych umów PPP do celów statystycznych."
- (f) **Komunikat KE** do PE, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie zwiększania znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych z dnia 19 listopada 2009 r. – komunikat ten odnosi się do zadań KE zaplanowanych na rok 2010, jednak wskazane w nim zadania pozostają nadal aktualne i bieżące. "(...) Działania mają na celu utworzenie korzystnych dla PPP wspólnotowych ram prawnych, które spełniałyby potrzeby obywateli, ułatwienie realizacji celów wspólnotowych poprzez analizę przyszłych zdarzeń oraz zagwarantowanie zaspokojenia tych potrzeb w praktyce." Wśród tych działań komunikat wymienia: (1) Utworzenie grupy ds. PPP, na forum której właściwe podmioty będą mogły omawiać swoje obawy i pomysły dotyczące PPP. (2)

¹ PPP w statystyce - podział ryzyk i raportowanie zobowiązań. Praktyczny przewodnik. Grudzień 2011 (autorstwa The European PPP Expertise Centre (EPEC))

Współpraca z EBI w celu zwiększenia puli środków finansowych dostępnych dla projektów PPP poprzez zmianę punktu ciężkości obowiązujących instrumentów wspólnotowych oraz opracowanie instrumentów finansowych dla PPP w najważniejszych obszarach polityki. (3) Przegląd odpowiednich zasad i praktyk, aby zagwarantować równe traktowanie podczas przydzielania funduszy wspólnotowych bez względu na to, czy zarządzanie projektem jest publiczne czy prywatne. (4) Propozycja bardziej skutecznych ram prawnych w obszarze innowacji, obejmujących możliwość uczestnictwa UE w podmiotach prawa prywatnego i bezpośredniego inwestowania w konkretne projekty.

- (g) **Rezolucja PE** w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji (20062043 (INI)) z dnia 26 października 2006 r. – powstała w odpowiedzi na Zieloną Księgę. PE opowiada się w niej przeciwko otwarciu unijnych dyrektyw oraz przeciw stworzeniu własnego reżimu prawnego dla PPP, ale uważa za konieczne wprowadzenie inicjatywy prawodawczej w tym zakresie, która respektowałaby zasady rynku wewnętrznego i która przewidywałaby proste reguły do przełożenia na prawa krajowe państw członkowskich.
- (h) **Komunikat wyjaśniający KE** w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do **zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP)** z dnia 5 lutego 2008 r. – Komisja objaśnia w tym komunikacie, w jaki sposób – w jej opinii - należy stosować przepisy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych. Komunikat powstał w odpowiedzi na rezolucję z dnia 26 października 2006 r. w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych Parlamentu Europejskiego, w której PE dostrzegł wynikającą z praktyki potrzebę wyjaśnienia stosowania prawa o zamówieniach publicznych w odniesieniu do tworzenia podmiotów publiczno-prywatnych związanego z udzieleniem zamówienia lub koncesji. Poprzez ten komunikat "Komisja pragnie zwiększyć pewność prawną a także odpowiedzieć na wyrażane często obawy, że stosowanie prawa wspólnotowego w odniesieniu do udziału partnerów prywatnych w ZPPP zniechęca do tej formuły albo wręcz uniemożliwia jej stosowanie".
- (i) **Zielona Księga** – opisuje w szczególności zagadnienie wynagrodzenia partnera prywatnego w modelu koncesji na usługi, na które składają się "pobieranie opłat od użytkowników usługi, uzupełnione, jeśli konieczne, subwencjami od władz publicznych". Wyróżniony został także interesujący dla potrzeb niniejszego raportu model, w którym "wynagrodzenie partnera prywatnego nie przyjmuje formy opłat czynionych przez użytkowników prac lub usługi, ale formę regularnych płatności ze strony partnera publicznego. Płatności te mogą być ustalone, ale mogą być również wyliczane na różne sposoby, na przykład na podstawie dostępności prac lub odpowiedniej usługi, lub nawet na podstawie poziomu użytkownika prac."
- (j) **Dyrektywa Sektorowa** - zawiera szczegółowe wskazówki odnoszące się do przebiegu postępowania przetargowego, zasad nim rządzących, a także podmiotów zaangażowanych w proces udzielenia zamówienia w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.
- (k) **Dyrektywa Klasyczna** – zgodnie z zawartą w tej dyrektywie definicją koncesji na roboty budowlane jest nią umowa tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, "z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością". Nie stosuje się jej do zamówień w sektorach objętych Dyrektywą Sektorową opisaną powyżej. Zawiera

szczegółowe wskazówki co do przebiegu postępowania przetargowego, zasad nim rządzących, a także podmiotów zaangażowanych w proces udzielenia zamówienia. Omawiana dyrektywa jest aktem prawa unijnego i podlega implementacji do systemów prawa wewnętrznego, a jej przepisy - poza ustaleniem samych procedur udzielania zamówień publicznych określają również krąg podmiotów zobowiązanych do ich stosowania (instytucje zamawiające) oraz wskazany w niej krąg instytucji zamawiających ma charakter wiążący dla państw członkowskich.

- (I) **Rozporządzenie Rady ESA 95** – jest to podstawowy dokument UE w dziedzinie rachunków narodowych (ujęcie do celów statystycznych). W kilku ostatnich latach wydano rozporządzenia uzupełniające i precyzujące to rozporządzenie. Łącznie rozporządzenia te stanowią dokument bazowy - schemat koncepcyjny, który jest prawnie wiążący dla państw członkowskich UE w zakresie rachunkowości narodowej państw członkowskich. Zgodnie z tym rozporządzeniem, rachunki narodowe powinny być zestawiane zgodnie ze standardem metodologicznym i rachunkowym ESA 95.

2. PRZEGLĄD WYBRANYCH AKTÓW PRAWA KRAJOWEGO

(a) Konstytucja:

- (i) **PPP w świetle zasad konstytucyjnych** – Konstytucja wprowadza (zawartą w preambule) zasadę subsydiarności, niezwykle istotną w rozumieniu partnerstwa publiczno-prywatnego. Zasada ta jako zasada konstytucyjna wyznacza kierunki działalności prawodawczej oraz kierunki stosowania prawa. Istotą tej zasady jest określenie roli państwa jako roli jedynie wtórnej, pomocniczej – państwa którego interwencja w sprawy obywateli oraz tworzonych przez nich wspólnot samorządowych dopuszczalna jest jedynie w sytuacji, gdy występują trudności w realizacji ich zadań. W świetle tej zasady należy odczytywać też podejmowane przez samorządy inicjatywy przedsięwzięć w modelach PPP. Pozostałe zasady konstytucyjne istotne dla zagadnienia PPP to: zasada swobody gospodarczej (zgodnie z wykładnią Trybunału Konstytucyjnego zasada ta nie odnosi się do państwa i podmiotów samorządu terytorialnego²) oraz zasada konkurencji (niewyrażona *expressis verbis* w Konstytucji, ale wypływająca z zasady swobody gospodarczej).
- (ii) **Konstytucyjne przepisy dotyczące finansów publicznych** – W przepisach szczegółowych dotyczących finansów publicznych (art. 216) Konstytucja stanowi, że nie wolno zaciągać pożyczek lub udzielać gwarancji i poręczeń, w następstwie których państwowy dług publiczny przekroczy 3/5 wartości produktu krajowego brutto.
- (iii) **Konstytucyjne uprawnienia NIK** – Należy też zwrócić uwagę na art. 203 Konstytucji, zgodnie z którym NIK może kontrolować w szczególności działalność organów samorządu terytorialnego, komunalnych osób prawnych oraz innych komunalnych jednostek organizacyjnych z punktu widzenia legalności, gospodarności i rzetelności oraz działalność innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa. W ten sposób potencjalną kontrolą ze strony NIK zostały objęte obie strony partnerstwa publiczno-prywatnego. W związku z powyższym, w aspekcie umowy o PPP przedmiotem kontroli może być w szczególności wkład własny podmiotu publicznego, a także wynagrodzenie dla partnera prywatnego za wykonanie zadania. Kontrola może obejmować także przygotowanie umowy o PPP, wybór zadań i podmiotu prywatnego, realizację zamówienia i wreszcie – ewentualne sankcje za naruszenie zasad zawarcia umowy o PPP.
- (iv) **Wykonywanie zadań publicznych przez samorządy** – Konstytucja ustanawia w tym zakresie dwie niezwykle istotne zasady: (1) Zgodnie z Konstytucją, samorząd terytorialny wykonuje zadania publiczne niezastrzeżone przez Konstytucję lub ustawy dla organów innych władz publicznych (zasada domniemania właściwości samorządu). (2) Ponadto gmina – będąca podstawową jednostką samorządu terytorialnego i zarazem jedyną JST, której istnienie przewidziane jest wprost w Konstytucji - wykonuje wszystkie te zadania samorządu terytorialnego, które nie są zastrzeżone dla innych JST. Konstytucja definiuje również zadania własne JST jako zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej.

(b) Akty prawa krajowego dotyczące zasad realizacji projektów w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego:

(i) **Ustawa o PPP** – zastąpiła Ustawę z 2005 r. o PPP; kompleksowo reguluje formy nawiązania współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi a partnerami prywatnymi. Wytacza drogę nawiązania współpracy pomiędzy stronami partnerstwa oraz warunki i zasady jej realizacji. Jej przepisy będą przedmiotem interpretacji odnośnie poszczególnych, analizowanych w niniejszym raporcie projektów.

W tym miejscu, jako punkt wyjścia do dalszych rozważań z zakresu finansów publicznych i kształtowania wydatków podmiotów publicznych zaangażowanych w projekt w modelu PPP, należy wskazać na rozdział piąty tej ustawy, zatytułowany "Przepisy z zakresu finansów publicznych", który zawiera dwa artykuły: jeden odnoszący się do wydatków administracji rządowej, oraz drugi – odnoszący się do przedsięwzięć finansowanych z budżetu państwa. Ustawa stanowi, że limit, do wysokości którego organy administracji rządowej mogą w danym roku zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, zostanie określony w ustawie budżetowej. Zapis ten nie dotyczy jednak JST, których wydatki budżetowe stanowią przedmiot niniejszego opracowania. Drugim rygiem ustawowym jest wymóg, aby na finansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100.000.000 PLN wyraził zgodę minister właściwy do spraw finansów publicznych, udzielaną na wniosek podmiotu publicznego. Takie, niezwykle ubogie uregulowanie kwestii finansowych w Ustawie o PPP, nakazuje nam szukać odpowiedzi na pytania o finanse JST w aspekcie realizowanych w modelu PPP projektów w innych ustawach, stricte finansowych.

(ii) **Ustawa z 2005 r. o PPP** – obowiązywała do dnia 27 lutego 2009 r. Ustawa ta jest pierwszą polską kompleksową regulacją w materii PPP. Uchwalenie tej ustawy miało na celu "pobudzenie inwestycji sektora publicznego, zwłaszcza infrastrukturalnych przez stworzenie optymalnych ram prawnych dla przedsięwzięć publicznych z udziałem partnerów prywatnych, a także usunięcie przeszkód, które w obecnym systemie prawnym powodują, że przedsięwzięcia PPP obarczone są dużym ryzykiem dla obydwu stron". Zamiarem ustawodawcy było, aby ta ustawa była zgodna z Wytycznymi KE. Praktyka zweryfikowała założenia autorów tego projektu, w związku z czym ustawa ta została zastąpiona w 2009 r. zupełnie nowym aktem prawnym – Ustawą o PPP.

(iii) **Ustawa PZP** – jest aktem prawnym kompleksowo regulującym system zamówień udzielanych przez podmioty publiczne podmiotom prywatnym. W obowiązującym porządku prawnym, wobec swoistego niedopasowania, czy wręcz sprzeczności przepisów tej ustawy z Ustawą o PPP, są wątpliwości, w jakim zakresie ustawa ta znajduje zastosowanie w projektach PPP. *De lege ferenda*, należy stwierdzić, że przepisy tej ustawy powinny być uporządkowane lub zmienione, z uwzględnieniem regulacji Ustawy o PPP tak, aby usuwać bariery związane z projektami realizowanymi w modelu PPP. Konieczność stosowania tej ustawy w obecnym kształcie do etapu wyboru partnera prywatnego oraz do umowy o PPP w praktyce wyklucza możliwość stosowania Ustawy o PPP w całości.

- (iv) **Ustawa o Koncesji** – jak wskazuje jej nazwa, reguluje zagadnienie koncesji na roboty budowlane lub usługi. W stosunku do tej ustawy pozostają aktualne uwagi *de lege ferenda* odnoszące się do Ustawy PZP – podnosi się konieczność doprecyzowania niektórych zapisów tej ustawy tak, aby w projektach realizowanych w modelu PPP, Ustawa o PPP miała uprawnione pierwszeństwo stosowania.

(c) Akty prawa krajowego dotyczące zasad zagadnień finansowych:

(i) **Ustawa o FP**

Zasadniczym dla analizowanego tematu partnerstwa publiczno-prywatnego, jest art. 243 tej ustawy, który wprowadza tak zwany indywidualny wskaźnik zadłużenia dla JST. Przepis ten zastąpił obowiązujące dotychczas wskaźniki określone w art. 169 Ustawy z 2005 r. o FP. W nowym rozwiązaniu nastąpiło odejście od jednakowych ograniczeń dla wszystkich JST na rzecz wskaźnika wyliczanego indywidualnie. Wskazany przepis ustanawia granicę wielkości środków, które samorząd będzie mógł przeznaczyć w danym roku na obsługę długu publicznego. Limitem tym jest wskaźnik wyliczony jako stosunek nadwyżki dochodów bieżących nad wydatkami bieżącymi, powiększony o dochody ze sprzedaży majątku, do dochodów ogółem. Pierwszym rokiem budżetowym rozliczanym zgodnie z nowymi wskaźnikami będzie rok 2014.

W oparciu o zawarte w jej przepisach delegacje ustawowe, zostały wydane dwa bardzo istotne z punktu realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych akty wykonawcze: Rozporządzenie MF w sprawie Sprawozdawczości oraz Rozporządzenie MF w sprawie Sprawozdań.

Ponadto w rozdziale dotyczącym wieloletnich prognoz finansowych JST, ustawa ta stanowi między innymi, że integralną część uchwały w sprawie WPF stanowi wykaz przedsięwzięć. W rozumieniu ustawy pod pojęciem przedsięwzięcia rozumieć należy w szczególności wieloletnie programy, projekty lub zadania, w tym związane z umowami o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Interpretacja tych oraz innych istotnych z punktu widzenia przedsięwzięć realizowanych w modelu PPP, przepisów Ustawy o FP, jest częścią dalszej analizy odnośnie poszczególnych projektów opisywanych w niniejszym raporcie.

(ii) **Rozporządzenie MF w sprawie Klasyfikacji**

Zostało wydane w oparciu o delegację zawartą w art. 72 ust. 2 Ustawy o FP. Zgodnie z tym rozporządzeniem, do tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego jest zaliczana w szczególności kategoria "kredytów i pożyczek", do której wchodzi te umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego. Jednocześnie rozporządzenie nie wskazuje sposobu oceny umowy o PPP, który pozwoliłby ustalić, czy dana umowa ma wpływ na poziom długu publicznego. To zagadnienie będzie przedmiotem szczegółowej analizy przy okazji omawiania poszczególnych projektów w dalszej części niniejszego raportu.

(iii) **Rozporządzenie MF w sprawie Sprawozdawczości**

Zostało wydane w oparciu o delegację zawartą w art. 41 ust. 2 Ustawy o FP. W załączniku 41 do tego rozporządzenia zatytułowanego "Instrukcja

sporządzania sprawozdań budżetowych o stanie zobowiązań z tytułu umów partnerstwa publiczno – prywatnego" stwierdza się między innymi, że "Sposób zaliczania zobowiązań z tytułu umów partnerstwa publiczno-prywatnego do długu sektora finansów publicznych określa decyzja EUROSTAT nr 18/204 z dnia 11 lutego 2004 r. Zobowiązania z tytułu umów partnerstwa publiczno-prywatnego nie są zgodnie z decyzją EUROSTAT nr 18/204 z dnia 11 lutego 2004 r. zaliczane do długu sektora finansów publicznych, jeżeli partner prywatny przejmie na siebie "ryzyko związane z budową " oraz co najmniej jedno z następujących ryzyk "ryzyko popytu" i "ryzyko dostępności". Uważa się, że w ten sposób, niejako pośrednio i poprzez akt wykonawczy, a nie akt rangi ustawowej, została zaimplementowana do polskiego porządku prawnego Decyzja EUROSTAT.

W doktrynie powszechnie uznaje się, że ten sposób implementacji Decyzji EUROSTAT nie jest właściwy, a inkorporacja postanowień tej decyzji do polskiego prawa powinna była nastąpić w akcie prawnym rangi ustawowej. *De lege ferenda* można oczekiwać, że ta implementacja w ten sposób powinna nastąpić. *De lege lata* należy stwierdzić, że dyrektywy unijne i decyzje organów unijnych nie tworzą prawa. W związku z powyższym, zarówno Decyzja EUROSTAT, jak i dalsza ewaluacja stanowiska Eurostat w tym temacie (Podręcznik MGGD, czy pisma Eurostat wydawane przy okazji poszczególnych projektów), mają na chwilę obecną status wskazówek, drogowskazów, wytycznych dla stron przystępujących do realizacji krajowych projektów PPP.

(iv) **Rozporządzenie MF w sprawie Sprawozdań**

Zostało wydane w oparciu o delegację zawartą w art. 41 ust. 5 Ustawy o FP. Rozporządzenie to zalicza do tytułów dłużnych zobowiązania wynikające z "kredytów i pożyczek - rozumianych jako zobowiązania wynikające z zaciągniętych kredytów i pożyczek, jak również z umów leasingu finansowego oraz sprzedaży na raty. Do pożyczek należy również zaliczać zobowiązania z tytułu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, w przypadku gdy umowa ta ma wpływ na poziom długu publicznego, zgodnie z odrębnymi przepisami."

(d) Akty prawa krajowego regulujące funkcjonowanie samorządów:

(i) **Ustawa o Samorządzie Gminnym**

Priorytetowe znaczenie, w kontekście inwestycji PPP, ma art. 2 tej ustawy, który mówi, że gmina wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność oraz posiada osobowość prawną. W konsekwencji tego zapisu, gmina jako podmiot wyposażony we wszelkie atrybuty samodzielności i niezależności, jest zdolna występować jako równorzędny podmiot partnerstwa. Kluczowym przepisem jest również art. 7 tej ustawy, który stanowi, zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, natomiast kwestia, które z wymienionych dalej zadań są zadaniami obowiązkowymi, jest pozostawione do decyzji ustawodawcy w innych ustawach szczególnych. Opisywane w dalszej części raportu projekty są wykonywane właśnie jako efekt realizacji zadań własnych danej JST. Zgodnie z tą ustawą, zadania własne gminy obejmują w szczególności sprawy: (1) gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego (w to zadanie wpisuje się Projekt Drogowy w Dąbrowie Górniczej); (2) wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków

komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz (w to zadanie wpisują się Projekty w Sektorze Gospodarki Odpadami), (3) gminnego budownictwa mieszkaniowego (w to zadanie wpisuje się Projekt Budowy Domów Komunalnych w Krakowie), edukacji publicznej, oraz utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz obiektów administracyjnych (te zadania łączy w sobie Projekt Budowy i Modernizacji Szkół w Zawoi).

(ii) **Ustawa o Samorządzie Województwa**

Ustawa ta przyznaje, podobnie jak Ustawa o Samorządzie Gminnym – gminie, osobowość prawną – województwu. Zgodnie z tą ustawą, samorząd województwa wykonuje określone ustawami zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność, dysponuje mieniem wojewódzkim *oraz* prowadzi samodzielnie gospodarkę finansową na podstawie budżetu. Nadto stanowi, że samodzielność województwa podlega ochronie sądowej. W art. 6 stwierdza, że województwo "wykonuje określone ustawami zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność". Samorząd województwa wykonuje zadania o charakterze wojewódzkim określone ustawami szczegółowymi, w tym między innymi zadania z zakresu transportu zbiorowego i dróg publicznych, w które to zadanie wpisuje się Projekt Drogowy w Województwie Dolnośląskim.

3. PRZEGLĄD WYBRANYCH PROJEKTÓW AKTÓW PRAWA KRAJOWEGO

- (a) Dokument zatytułowany jako **"Projekt założeń projektu ustawy o redukcji obowiązków informacyjnych oraz o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców"**, wydany przez **Ministerstwo Gospodarki**, z dnia 25 lutego 2011 r. – w części dotyczącej finansów publicznych, a konkretnie klasyfikacji zobowiązań z tytułu PPP w zakresie długu publicznego przedstawiony aktualny stan prawny jest następujący: Z dniem 1 stycznia 2011 r. weszło w życie Rozporządzenie MF w Sprawie Klasyfikacji. Zgodnie z §3 pkt 1 Rozporządzenia MF w Sprawie Klasyfikacji, do kredytów i pożyczek zalicza się również umowy o PPP, które mają wpływ na poziom długu publicznego. Natomiast Rozporządzenie MF w sprawie Sprawozdawczości określiło wzór sprawozdania o stanie zobowiązań wynikających z umów partnerstwa publiczno-prywatnego (Załącznik 34 Rb-Z-PPP). W załączniku 34 tego rozporządzenia wskazano, iż zobowiązania z tytułu umów o PPP nie są (zgodnie z Decyzją EUROSTAT) zaliczane do długu sektora finansów publicznych, jeżeli partner prywatny przejmie na siebie "ryzyko związane z budową" oraz co najmniej jedno z następujących ryzyk "ryzyko popytu" i "ryzyko dostępności". W zakresie tak zdefiniowanego problemu, Ministerstwo Gospodarki wysuwa **propozycję, aby doprecyzować kwestię klasyfikacji umów PPP w długu publicznym na poziomie ustawowym poprzez dodanie przepisu odnoszącego się do wytycznych Eurostat do treści Ustawy o PPP**. Uzasadnienie dla tej propozycji jest następujące: "W celu zagwarantowania, iż wytyczne Eurostat (...) w zakresie warunków nieuwzględniania zobowiązań PPP w długu publicznym są wystarczająco precyzyjnie ujęte w porządku prawnym zaistniała potrzeba wyraźnego dookreślenia tej kwestii na poziomie ustawowym. Wytyczne EUROSTAT (...) wskazują, że w przypadku, jeśli większość ryzyk (budowy i popytu lub budowy i dostępności) będzie istniało po stronie partnera prywatnego, to taki projekt PPP nie powinien być zaliczany do długu publicznego obciążającego stronę publiczną. Jest to zmiana doprecyzowująca, zatem nie będzie rodzić negatywnych skutków dla budżetu. Będzie korzystna dla gospodarki, gdyż rozwieje wątpliwości interpretacyjne, co powinno zachęcić do realizacji inwestycji w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Utrzymanie stanu prawnego, w obecnym kształcie, może zahamować powstawanie projektów w formule PPP." I dalej: "Uregulowanie kwestii wytycznych EUROSTAT (...) w zakresie warunków nieuwzględniania zobowiązań PPP w długu publicznym na poziomie ustawowym zwiększy pewność inwestycji w formule PPP, co spowoduje wzrost liczby inwestycji realizowanych w tej formie. Ociążenie budżetów podmiotów publicznych i realizacja inwestycji publicznych w większym stopniu ze środków partnerów prywatnych zmniejszy wydatki budżetu państwa i jednostek samorządu terytorialnego."
- (b) **List od Ministra Rozwoju Regionalnego** pani Elżbiety Bieńkowskiej do pana Adama Szejnfelda - Przewodniczącego Komisji Nadzwyczajnej "Przyjazne Państwo" do spraw związanych z ograniczaniem biurokracji Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 lutego 2011 r. – jest odpowiedzią na propozycję Ministerstwa Gospodarki nowelizacji przepisów Ustawy o PPP – MRR stwierdza, że w nim, że w pełni popiera działania mające na celu uelastycznienie i uproszczenie przepisów regulujących kwestie związane z realizacją przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego oraz podkreśla, że wszelkie propozycje nowelizacji przepisów z zakresu zamówień publicznych powinny być zgodne z przepisami Dyrektywy Klasycznej oraz Dyrektywy Sektorowej oraz odzwierciedlać orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W piśmie tym Minister zwraca uwagę, że nieprawidłowa implementacja ustawodawstwa unijnego niesie ze sobą szczególne zagrożenie dla projektów PPP realizowanych w modelu hybrydowym, tj. z udziałem funduszy europejskich,

z uwagi na ryzyko niekwalifikowalności wydatków w przypadku zastosowania procedury niezgodnej z tymi regulacjami. Odnośnie braku obowiązku stosowania przepisów Ustawy PZP i Ustawy o Koncesji do umów PPP Minister wypowiada się w następujących słowach:

"Co do zasady prawo europejskie nie zabrania Państwom Członkowskim wprowadzenia odrębnych, szczegółowych regulacji dotyczących przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego, o ile przepisy te są zgodne z dyrektywą klasyczną i dyrektywa sektorową. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że z powodu braku odrębnych przepisów dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego na gruncie prawa europejskiego, każda umowa PPP będzie traktowana bądź jako zamówienie publiczne, bądź jako koncesja. Przy czym jedynie w przypadku koncesji na usługi, których nie obejmuje dyrektywa klasyczna, Państwa Członkowskie mają swobodę w ustaleniu procedury wyboru koncesjonariusza."

Minister dalej podkreśla, że wykładnia taka została wielokrotnie potwierdzona przez KE, w szczególności w stanowisku zajęтым w Zielonej Księdze, Komunikacie dla PE z 2005 r. oraz Komunikacie dla PE z 2009 r. (dokumenty opisane powyżej). Minister opisuje dalej, że MRR zwróciło się do KE z pytaniem, czy partner prywatny jest zawsze wykonawcą (w przypadku wyboru partnera na podstawie przepisów Ustawy PZP) lub koncesjonariuszem (w przypadku wyboru koncesjonariusza na podstawie przepisów Ustawy o Koncesji) w rozumieniu przepisów unijnych, z uwagi na fakt, że nie przewiduje ono odrębnej kategorii PPP. W odpowiedzi na to pytanie, "w piśmie z dnia 16 listopada 2010 r. (DG Regio H.1. MT/sp) KE wskazała explicite, że z uwagi na fakt, że w prawie europejskim nie ustanowiono odrębnych procedur regulujących "zjawisko PPP", PPP może przybrać formę wyłącznie zamówienia publicznego lub koncesji".

W dalszych ustępach tego listu MRR prezentuje swoje stanowisko odnośnie zagadnienia podwykonawstwa w projektach PPP, odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum działającego jako partner prywatny. Przywołuje także orzeczenie ETS C-382/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej. Zgodnie z orzeczeniem "Państwo Członkowskie uchybia zobowiązaniom, które na nim ciążyą na mocy dyrektywy odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, (...) w sytuacji gdy instytucja zamawiająca wszczęła postępowanie zmierzające do zawarcia umów w zakresie wykorzystania części odpadów miejskich pozostałych po zbiórce selektywnej, powstałych w gminach regionu tego państwa".

W podsumowaniu stanowiska stwierdza się, między innymi, że nie jest wskazane wyłączenie umów PPP spod reżimu zamówień publicznych, gdyż spowodowałyby to powstanie zarzutu omijania przez polskiego ustawodawcę procedur określonych w Dyrektywie Klasycznej. Wreszcie Minister "informuje, że Europejskie Centrum Wiedzy o PPP (EPEC — wspólna inicjatywa KE oraz EBI), działając na zlecenie Komisji Europejskiej, we współpracy z MRR, przygotowuje analizę barier prawnych w przygotowaniu i wdrażaniu przedsięwzięć PPP w Polsce. Jest to element ogólnoeuropejskiego badania mającego na celu identyfikację przeszkód w przygotowaniu projektów PPP oraz wskazanie ewentualnych niezbędnych zmian w prawie europejskim. Polska została wybrana jako kraj pilotażowy badania." Na chwilę oddania Państwu niniejszego raportu, nie dysponujemy informacjami na temat ewentualnych wyników otrzymanych w wyniku przeprowadzonych badań.

- (c) **Projekt z dnia 14 września 2011 r. ustawy o zmianie Ustawy PZP, Ustawy o PPP oraz Ustawy o Koncesji**, przygotowany przez podmioty wchodzące w skład

Platformy PPP (wraz z **uzasadnieniem**). W dniu 12 listopada 2011 r. minął termin na zgłaszanie uwag do projektu.

- (i) proponowane zmiany w Ustawie PZP: (i) podział dialogu konkurencyjnego na etapy; (ii) możliwość polegania na potencjale ekonomicznym podmiotu trzeciego; (iii) korekta art. 60e ust. 3 Ustawy PZP, której celem jest doprecyzowanie niejasnych zapisów Ustawy PZP w zakresie dialogu konkurencyjnego

- (ii) proponowane zmiany w Ustawie o PPP: (i) dopuszczenie możliwości stosowania przepisów Ustawy PZP w przypadku, gdy wynagrodzeniem partnera prywatnego będzie prawo pobierania pożytków albo przede wszystkim to prawo wraz zapłatą sumy pieniężnej; (ii) możliwość powołania spółki projektowej przez partnera prywatnego po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej; (iii) umożliwienie wstąpienia podmiotów finansujących w miejsce partnera prywatnego; (iv) zniesienie obligatoryjnych kryteriów oceny ofert; (v) dopuszczenie do zawarcia umowy z partnerem prywatnym wybranym na podstawie przepisów Ustawy PZP na okres dłuższy niż 4 lata; (vi) uwzględnienie w umowie PPP wcześniejszego jej rozwiązania i zasad rozliczeń pomiędzy stronami; oraz (vii) zniesienie rygoru art. 150 ust. 2 Ustawy PZP dotyczącego limitów wysokości zabezpieczenia.

- (iii) proponowana zmiana w Ustawie o Koncesji: wprowadzenie do Ustawy o Koncesji systemu pre-kwalifikacji kandydatów.