Analiza struktur organizacyjno-prawnych Pakietowego Projektu PPP

w sektorze dróg gminnych i powiatowych

Fundusze Europejskie Wiedza Edukacja Rozwój
Rzeczpospolita Polska
Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej
Unia Europejska Europejski Fundusz Społeczny

Publikacja Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej, Warszawa, 2020 r. Wersja 2.0.

Publikacja została opracowana w ramach projektu pozakonkursowego Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej „Rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014–2020, działanie 2.18 „Wysokiej jakości usługi administracyjne”.

Stan prawny: 28 lipca 2020 r.

Warunki korzystania z niniejszej publikacji

Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej (MFiPR) oświadcza, że treść opracowania ma charakter informacyjny i pełni funkcję rekomendacji opartych o doświadczenia w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego.

MFiPR nie odpowiada za błędne interpretacje treści publikacji ani za następstwa czynności i decyzji podjętych w oparciu o niniejszą publikację. W związku z tym użytkownik korzystający z informacji zawartych w niniejszej publikacji czyni to na swoją wyłączną odpowiedzialność. Opracowanie nie powinno być wprost stosowane, bez odpowiedniego dostosowania do konkretnego przedsięwzięcia.

MFiPR upoważnia odbiorców niniejszej publikacji do jej użytkowania, pobierania, wyświetlania, kopiowania i rozpowszechniania, w całości lub w części, ze wskazaniem źródła pochodzenia cytowanych materiałów. Bezwzględnie zabronione jest wykorzystywanie niniejszego dokumentu i jego treści do celów komercyjnych. Dokument może zawierać odesłania do serwisów internetowych podmiotów trzecich. MFiPR nie ponosi odpowiedzialności za takie serwisy, a korzystanie z nich może podlegać szczegółowym warunkom.

STRESZCZENIE

Polski rynek PPP jest zdominowany przez projekty o niewielkiej wartości. W przypadku ok. 80% wszystkich umów o PPP zawartych w latach 2009-2020, wartość nakładów inwestycyjnych brutto nie przekracza 40 mln zł.

Dobrą praktyką, stosowaną na bardziej rozwiniętych rynkach PPP jest pakietowanie projektów, czyli połączenie kilku, a nawet kilkunastu inwestycji i postępowanie jak w przypadku jednego projektu, tj. organizacja jednego Postępowania przez jednego Zamawiającego, wybór Partnera Prywatnego, a następnie – najczęściej – scentralizowane zarządzanie realizacją zawartej Umowy o PPP. Takie podejście do realizacji zadań publicznych jest w stanie przynieść korzyści skali, również dlatego, że spotyka się z większym zainteresowaniem Partnerów Prywatnych niż jednostkowe projekty o małej skali.

Wyzwaniem dla grupowania projektów w jeden pakiet jest przyjęcie właściwej struktury organizacyjnej, która będzie zapewniać efektywne przygotowanie Projektu i nadzór nad jego realizacją przy jednoczesnym uwzględnieniu postulatów instytucji zapewniających Projektowi finansowanie.

Formy współpracy pomiędzy JST są determinowane przez przepisy ustaw samorządowych, które określają, w jaki sposób JST mogą wspólnie realizować przypisane im zadania publiczne. JST nie mogą, w odróżnieniu od podmiotów sektora prywatnego, swobodnie realizować swoich zadań w dowolnych formach organizacyjno-prawnych.

Wybór właściwej formy organizacyjnej wpływa na wykonalność projektu, a może nawet zdecydować o jego powodzeniu. Analiza i rekomendacja takiej formy jest zatem niezbędnym elementem Oceny Efektywności Pakietowego Projektu PPP. Analiza powinna być traktowana jako punkt wyjścia do takich analiz, nie przesądza jednak właściwej formy w przypadku każdego projektu.

W Polsce brakuje doświadczeń w odniesieniu do pakietowania Projektów PPP, stąd brak jest wystarczających danych do stworzenia dobrych praktyk w tym zakresie. Do chwili obecnej nie powstały w Polsce praktyczne wzorce w zakresie przygotowania i realizacji Pakietowych Projektów PPP. Zasadne było zatem podjęcie próby analizy otoczenia prawnego, identyfikacja możliwych barier oraz sformułowanie rekomendacji wyboru formy organizacyjno-prawnej dla tego typu projektów. Opisywane w Analizie rozwiązania i ostateczne rekomendacje oprócz Wytycznych PPP, polskich i międzynarodowych podręczników w zakresie przygotowania i realizacji standardowych projektów PPP, powstały w wyniku rozważań, a następnie sformułowania opinii i rekomendacji przez Wykonawcę.

Sektorem, który służył za przykład w Analizie, był sektor dróg gminnych i powiatowych, a sam Pakietowy Projekt PPP ma polegać na wspólnym przygotowaniu Projektu, przeprowadzeniu Postępowania, a następnie zarządzaniu Umową o PPP.

Analizie poddano trzy warianty struktur organizacyjnych:

1) struktury oparte na relacjach kontraktowych (umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjnoprawne),
2) związek jednostek samorządu terytorialnego,
3) spółka komunalna.

Każdy z wariantów został przeanalizowany pod kątem kluczowych aspektów, istotnych z punktu widzenia realizacji Pakietowego Projektu PPP, a mianowicie: stabilności struktury, efektywności kosztowej, kwestii podatkowych, Bankowalności, skomplikowania wymogów formalnoprawnych i odrębności od JST oraz specyficznie dla sektora dróg - dostosowanie formy do specyfiki tego sektora.

Analiza wykazała, że w sektorze drogowym istnieją dwie formy organizacyjno-prawne, które mogą być w praktyce rozważane dla realizacji Pakietowego Projektu PPP polegającego na budowie dróg samorządowych: **związek JST i spółka komunalna**.

Za związkiem JST przemawiają przede wszystkim mniejsze wątpliwości w zakresie powierzania związkowi zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi, a także szerokie możliwości w zakresie uregulowania zasad finansowania związku.

Z kolei spółka komunalna, ze względu na możliwe formy finansowania, może zapewnić Bankowalność Projektu oraz jego większą stabilność.

Należy jednak pamiętać, że w odniesieniu do spółki występują pewne wątpliwości dotyczące możliwości przekazania spółce zadań własnych z zakresu zarządzania drogami publicznymi. Do czasu przesądzenia w orzecznictwie sądów administracyjnych lub przepisach prawnych takiej możliwości, należy z ostrożnością podchodzić do tej formy organizacyjno-prawnej w sektorze dróg samorządowych.

Niezależnie od powyższego, choć związek JST budzi mniej wątpliwości prawnych w kontekście regulacji dotyczących dróg publicznych, to z drugiej strony, wydaje się, że **w praktyce chętniej wykorzystywana będzie spółka komunalna** – jako forma organizacyjno-prawna lepiej znana instytucjom finansującym i jednocześnie umożliwiająca jej finansowanie w sposób niewpływający na wskaźniki zadłużenia JST.

Najmniejsze szanse na realizację Pakietowego Projektu PPP dają formy kontraktowe, ze względu na ich niewielką stabilność i wynikające stąd ryzyko braku Bankowalności.

Niniejszy materiał jest wyłącznie analizą określonych, potencjalnych form organizacyjno-prawnych realizacji Pakietowego Projektu PPP. Nie może on w szczególności być podstawą wyboru określonej formy bez dokonania szczegółowych analiz związanych z konkretnym projektem. Wszelkie wnioski zawarte w Analizie powinny zostać zweryfikowane pod kątem ich aktualności i adekwatności w stosunku do konkretnego projektu, w szczególności na etapie Oceny Efektywności Projektu PPP.

SPIS TREŚCI

STRESZCZENIE 3

Spis treści 5

SŁOWNIK POJĘĆ 7

WSTĘP 11

1. ANALIZA FORM ORGANIZACYJNO-PRAWNYCH PAKIETOWEGO PROJEKTU PPP 12

1.1. Realizacja zadań własnych JST 12

1.1.1. Zasady ogólne dotyczące realizacji i powierzania zadań publicznych JST 12

1.1.2. Realizacja i powierzanie zadań własnych JST na gruncie Ustawy o Drogach Publicznych 17

1.1.3. Analiza podatkowa w zakresie dróg publicznych 30

1.2. Identyfikacja wariantów oraz wykluczenie form nieprzystających do Pakietowego Projektu PPP 37

1.2.1. Relacje kontraktowe JST 37

1.2.2. Związek JST (międzygminny, powiatowo-gminny) 38

1.2.3. Spółka komunalna 39

1.2.4 Stowarzyszenie JST 39

1.3. Analiza wytypowanych wariantów 40

1.3.1 Relacje kontraktowe JST 41

1.3.1.1. Porozumienie administracyjnoprawne 41

1.3.1.2. Umowa cywilnoprawna 59

1.3.2. Związek JST 67

1.3.2.1. Związek międzygminny 67

1.3.2.2. Związek powiatowo-gminny 91

1.3.3. Spółka komunalna 92

2. ETAP PRZYGOTOWAWCZY ORAZ OCENA EFEKTYWNOŚCI PAKIETOWEGO PROJEKTU PPP 136

3. PRZYGOTOWANIE I PRZEPROWADZENIE POSTĘPOWANIA ORAZ UMOWA O PPP 145

4. ZARZĄDZANIE PAKIETOWYM PROJEKTEM PPP 145

5. FINANSOWANIE 150

6. ANALIZA SWOT WYBRANYCH WARIANTÓW Z UZASADNIENIEM 166

6.1. Umowa między JST - porozumienie administracyjnoprawne 166

6.2. Związek JST (międzygminny, powiatowo-gminny) 167

6.3. Spółka komunalna 169

7. REKOMENDACJA JEDNEGO Z TRZECH WARIANTÓW Z UZASADNIENIEM 172
7.1. Analiza porównawcza 172
7.2. Czynniki sukcesu Pakietowego Projektu PPP 173
7.3. Ryzyka właściwe dla Pakietowego Projektu PPP 173
7.4. Podsumowanie analizy porównawczej 174
8. ZAŁĄCZNIKI DO ANALIZY 175

SŁOWNIK POJĘĆ

Pojęcia zdefiniowane mają znaczenie takie jak przyjęte w słowniku. W przypadku, gdy słowo zdefiniowane w słowniku jest pisane małą literą, należy przypisywać mu znaczenie potoczne.

Analiza – niniejsza analiza

Analiza SWOT – znajdująca się w rozdziale 6 Analizy tabela przedstawiająca pozytywne oraz negatywne aspekty wybranych form organizacyjno-prawnych

Bankowalność – zdolność do pozyskania finansowania zewnętrznego dla Projektu PPP

Doradcy – doradcy prawni, ekonomiczni i techniczni, wyłonieni w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których obowiązków należy wsparcie JST biorących udział w Projekcie oraz Podmiotu Publicznego w zakresie sporządzenia Oceny Efektywności, przygotowania i przeprowadzenia postępowania na wybór Partnera Prywatnego oraz zawarcia Umowy o PPP

Duży Projekt – Projekt PPP o szacowanej wartości nakładów inwestycyjnych równej lub wyższej niż 40 mln zł brutto

Dyrektywa 2006/112/WE – Dyrektywa 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej

Indywidualny Wskaźnik Zadłużenia – ustawowo zdefiniowany wzór arytmetyczny stanowiący, że w danym roku budżetowym wartość spłaty zobowiązań wraz z kosztami ich obsługi do dochodów ogółem budżetu jednostki samorządu terytorialnego nie może przekroczyć średniej arytmetycznej z obliczonych dla ostatnich trzech lat relacji jej dochodów bieżących, powiększonych o dochody ze sprzedaży majątku oraz pomniejszonych o wydatki bieżące do dochodów ogółem budżetu

Infrastruktura Publiczna – jakikolwiek składnik majątkowy Podmiotu Publicznego, który wykorzystywany będzie na potrzeby realizacji Projektu PPP

Instytucje Finansujące – podmioty będące stroną finansującą Projekt PPP na zlecenie i ryzyko Partnera Prywatnego

JST – jednostki samorządu terytorialnego

k.c./Kodeks cywilny – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny

k.s.h./Kodeks spółek handlowych – ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych

Kluczowe Wskaźniki Efektywności – mierniki stosowane do mierzenia stopnia realizacji celów założonych w Umowie o PPP.

Komitet Sterujący – dedykowany zespół osób Podmiotu Publicznego odpowiedzialny za decyzje strategiczne

Komparator Sektora Publicznego/PSC – zestaw założeń i przepływów finansowych w formule tradycyjnej przygotowane dla projektu referencyjnego względem Projektu PPP i odzwierciedlone w modelu finansowym

Lider Projektu – jedna z JST (której przekazano zadanie do realizacji na mocy porozumienia administracyjnoprawnego lub umocowana do działania na rzecz innych JST biorących udział w Projekcie na podstawie umowy cywilnoprawnej), związek JST bądź spółka komunalna, której zadaniem jest realizacja Pakietowego Projektu PPP w zakresie przewidzianym w porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej/statucie związku/umowie spółki

Mały Projekt – Projekt PPP o szacowanej wartości nakładów inwestycyjnych niższej niż 40 mln zł brutto

Mechanizm Wynagrodzenia – sposób wynagrodzenia Partnera Prywatnego określony w Umowie o PPP

Monitorowanie Projektu PPP – kontrola poziomu jakości świadczonych usług, ich dostępności, jak również utrzymania wskaźników finansowych Projektu, zapisanych w Umowie o PPP

MŚP – sektor małych i średnich przedsiębiorstw

n.p.z.p. – ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

Ocena Efektywności – analizy dotyczące Projektu PPP wykonywane przez Podmiot Publiczny przed ogłoszeniem postępowania na wybór Partnera Prywatnego, mające na celu ocenę efektywności realizacji przedsięwzięcia w rozumieniu Ustawy o PPP

Opinia PPP – opiniowanie zasadności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego przez ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, w rozumieniu u.p.p.p.

Opłaty od Użytkowników – sposób wynagrodzenia, w którym Partner Prywatny otrzymuje prawo do pobierania opłat od Użytkowników za korzystanie z Infrastruktury Publicznej

Opłata za Dostępność – wynagrodzenie Partnera Prywatnego płatne przez Podmiot Publiczny uzależnione od dostępności aktywa i jakości świadczonych usług

Pakietowy Projekt PPP (inaczej: „**Pakiet**", „**Projekt**") – będący przedmiotem Analizy projekt, polegający na połączeniu kilku niezależnych przedsięwzięć, realizowanych przez różne JST, w jedno większe przedsięwzięcie

Partner Prywatny – partner prywatny w rozumieniu u.p.p.p. albo koncesjonariusz w rozumieniu u.u.k.r.u.

podatek CIT – podatek uregulowany w ustawie z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych

podatek od nieruchomości – podatek uregulowany w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach lokalnych

podatek PCC – podatek uregulowany w ustawie z dnia z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych

podatek VAT – podatek uregulowany w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów l usług

Podmiot Publiczny – podmiot publiczny w rozumieniu u.p.p.p. albo zamawiający w rozumieniu u.p.z.p. oraz u.u.k.r.u.

Postępowanie – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego została zawarta Umowa o PPP

Project Finance – sposób finansowania inwestycji oparty na przepływach finansowych generowanych przez inwestycję, często stosowany w przypadku projektów PPP

Rozporządzenie ws. Ryzyka – Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie

SIWZ – Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w rozumieniu u.p.z.p.

Słownik Pojęć – niniejszy słownik

Spółka Projektowa – spółka specjalnego przeznaczenia (ang. Special Project Vehicle, SPV) utworzona w celu realizacji określonego Projektu PPP

TFUE - Traktat o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej 2012/C 326/01 (werjsa skonsolidowana) - Dziennik Urzędowy C 326 , 26/10/2012 P. 0001 - 0390

TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

u.d.f.p./Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – ustawa z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

u.d.j.s.t./Ustawa o dochodach jednostek samorządu terytorialnego – ustawa z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego

u.d.p./Ustawa o drogach publicznych – ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych

u.f.p./Ustawa o finansach publicznych – ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych

u.g.k./Ustawa o gospodarce komunalnej – ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej

u.g.n./Ustawa o gospodarce nieruchomościami – ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami

u.o.p./Ordynacja podatkowa – ustawa dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa

u.p.c.c. – ustawa z dnia z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych

u.p.d.o.p. – ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych

u.p.o.l. – ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych

u.p.p.p./Ustawa o PPP – ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym

u.p.s./Prawo o stowarzyszeniach – ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach

u.p.t.u. – ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług

u.p.z.p/Ustawa Pzp. – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

u.s.g./Ustawa o samorządzie gminnym – ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym

u.s.p/Ustawa o samorządzie powiatowym. – ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym

u.u.k.r.u./Ustawa o umowie koncesji – ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi

u.z.z.m.p. – ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym

Umowa Bezpośrednia – umowa zawierana pomiędzy stronami Umowy o PPP a Instytucjami Finansującymi regulująca zasady współpracy, w tym prawo interwencji Instytucji Finansujących w przypadku naruszenia postanowień umowy i jej rozwiązaniu z przyczyn po stronie Partnera Prywatnego

Umowa o PPP – umowa zawierana pomiędzy Partnerem Prywatnym i Podmiotem Publicznym po przeprowadzeniu Postępowania

Ustawa o zasadach inwestycji – ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych

Użytkownicy – podmioty korzystające z Infrastruktury Publicznej (użytkownicy końcowi)

VfM – Value for Money – efektywność realizacji Projektu PPP w porównaniu do tradycyjnej formuły realizacji przez Podmiot Publiczny

Wieloletnia Prognoza Finansowa (WPF) – wieloletnia prognoza finansowa JST określająca przyszłe dochody, przychody oraz wydatki i rozchody budżetowe

Wstępne Porozumienie – porozumienie administracyjnoprawne lub umowa cywilnoprawna zawierana pomiędzy JST zainteresowanymi udziałem w Pakietowym Projekcie PPP określająca zasady współpracy JST na etapie przygotowawczym (przed sporządzeniem Oceny Efektywności i utworzeniem formy organizacyjnoprawnej)

Wykonawca – Kancelaria Radcy Prawnego Irena Skubiszak – Kalinowska

Wytyczne/Wytyczne PPP – Wytyczne Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej dostępne na stronie internetowej https://www.ppp.gov.pl/wytyczne

Zamawiający – Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej

Zamknięcie Finansowe – podpisanie umów dotyczących uzyskania przez Partnera Prywatnego finansowania w łącznej kwocie wystarczającej do należytej realizacji Projektu PPP

Zamknięcie Komercyjne – zawarcie pomiędzy Podmiotem Publicznym i Partnerem Prywatnym Umowy o PPP

Zespół Monitorujący Projekt – zespół powołany przez Podmiot Publiczny, który składa się z pracowników Podmiotu Publicznego, w celu bieżącego zarządzania Projektem, na etapie realizacji Projektu PPP

Zespół Niezależnych Ekspertów – zespół powoływany w przypadku sporu pomiędzy stronami Umowy o PPP spośród profesjonalnych doradców, kompetentnych w zakresie merytorycznym sporu i niezaangażowanych w Projekt PPP w celu rozstrzygnięcia sporu na etapie przedsądowym

Zespół Projektowy PPP – zespół pracowników Podmiotu Publicznego skierowanych do przygotowania, realizacji i monitorowania Projektu PPP

WSTĘP

Celem Analizy jest uzasadnienie i przedstawienie rekomendacji struktury organizacyjno-prawnej Pakietowego Projektu PPP w sektorze dróg samorządowych, w oparciu o następujące założenia:

1. Pakietowy Projekt PPP tworzy kilka JST realizujących przedsięwzięcie w sektorze dróg samorządowych (drogi gminne i powiatowe),
2. Wybór Partnera Prywatnego dokonywany jest zgodnie z art. 4 ust. 1 u.p.p.p.,
3. Wynagrodzenie Partnera Prywatnego będzie stanowiła wyłącznie Opłata za Dostępność,
4. Zawarta zostanie jedna Umowa o PPP z Partnerem Prywatnym,
5. Zarządzanie Umową o PPP będzie prowadzone w sposób scentralizowany – przez jeden podmiot lub wybraną JST,
6. Przewiduje się finansowanie Projektu w oparciu o Project Finance,
7. Szacowana wartość inwestycji przekraczać będzie 40 mln zł nakładów inwestycyjnych brutto,
8. Po stronie publicznej występować będzie minimum 5 podmiotów, które utworzą wspólny podmiot, lub wybiorą wiodącą JST. Analiza uwzględnia dowolną liczbę podmiotów po stronie publicznej,
9. Uczestnikami Pakietowego Projektu PPP po stronie publicznej będą JST z dwóch szczebli samorządu terytorialnego, tj. gminy i/lub powiaty,
10. Inwestycja będzie realizowana w modelu zaprojektuj/doprojektuj, sfinansuj, wybuduj/przebuduj/wyremontuj i utrzymaj.

Analizie poddano **trzy warianty form organizacyjnych**:

1) **struktury oparte na relacjach kontraktowych** (umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjnoprawne),
2) **związek jednostek samorządu terytorialnego**,
3) **spółkę komunalną**.

Formy organizacyjnoprawne JST zostały poddane analizie pod względem podstaw prawnych, wymagań formalnych, podstaw działania, organów, praw i obowiązków, ograniczeń prawnych, zasad odpowiedzialności, a także kwestii podatkowych, stabilności struktur oraz przydatności dla Pakietowego Projektu PPP.

W Analizie odniesiono się również do etapów przygotowania Pakietowego Projektu PPP począwszy od wstępnych negocjacji na temat strukturyzacji Projektu oraz uczestników Projektu, wyboru Doradców, Oceny Efektywności, poprzez przeprowadzenie Postępowania aż do Zamknięcia Komercyjnego i Zamknięcia Finansowego, a następnie zarządzania Umową o PPP.

Analizę kończy analiza SWOT wybranych wariantów.

Analiza została sporządzona w oparciu o prawo powszechnie obowiązujące na dzień jej sporządzenia oraz uwzględnia w szczególności akty prawne wymienione w Słowniku Pojęć, z którym należy zapoznać się przed przystąpieniem do jej lektury.

1. ANALIZA FORM ORGANIZACYJNO-PRAWNYCH PAKIETOWEGO PROJEKTU PPP

1.1. Realizacja zadań własnych JST

1.1.1. Zasady ogólne dotyczące realizacji i powierzania zadań publicznych JST

Na gruncie u.s.g. oraz u.s.p. można wyszczególnić dwie podstawowe zasady realizacji zadań przez JST: pierwsza, stanowiąca, iż zadania realizowane przez JST muszą wynikać z ustaw oraz druga, zgodnie z którą, JST realizują zadania we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność. Powyższe, po części, wynika z osobowości prawnej JST oraz ich samodzielności finansowej.

Na podstawie art. 6 ust. 1 u.s.g., do zakresu działania gmin należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, które nie zostały zastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów. U.s.g. statuuje zatem zasadę domniemania właściwości rzeczowej gmin – innymi słowy, do momentu skutecznego zakwestionowania właściwości gminy poprzez wskazanie przepisu ustawy określającego właściwość innego podmiotu, wszelkie wątpliwości dotyczące danej sprawy o charakterze publicznym i lokalnym, powinny być rozstrzygane na rzecz uznania właściwości rzeczowej gminy.

Za zadania publiczne uznaje się zadania o charakterze powszechnym, które są użyteczne dla ogółu i są realizowane również przez podmioty niebędące organami władzy (wyrok NSA z 18.8.2010 r., I OSK 851/10). Nie mogą być one również utożsamiane jedynie z zadaniami władczymi (wyrok NSA z 29.4.2016 r., I OSK 2482/14). Zatem pojęcie to jest szerokie i obejmuje zadania o rozmaitym charakterze, np. których realizacja następuje w formach administracyjno-prawnych (inaczej mówiąc „formach władczych"), jak i te, które mogą być realizowane w formach cywilnoprawnych („formach niewładczych"). Do zadań publicznych zalicza się również zadania własne, zadania zlecone i zadania powierzone.

Zadania publiczne wykonywane przez JST można podzielić na kilka rodzajów:

- zadania własne – czyli zadania ustawowo przypisane JST różnego szczebla,
- zadania zlecone – zadania z zakresu administracji rządowej, które zostały zlecone JST do wykonania,
- zadania powierzone – zadania innych JST różnego szczebla powierzone do wykonania na podstawie porozumień lub innych aktów administracyjnych.

Schemat 1 Podział zadań publicznych

Zadania własne

Zadania własne, to takie, które ustawa przypisuje poszczególnym JST. Na gruncie u.s.g. pojawiają się w art. 7 ust. 1 u.s.g., który precyzuje zakres spraw należących do właściwości gminy, określając, iż należy do nich „zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty". Zgodnie z tym przepisem, zadaniami własnymi są m.in. sprawy gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego (art. 7 ust. 1 pkt 2 u.s.g). Jednocześnie, na mocy ustaw prawa materialnego, niektóre zadania własne gminy mają charakter obowiązkowy (art. 7 ust. 2 u.s.g.). Między innymi, takim szczególnym przepisem jest art. 7 u.d.p., zgodnie z którym drogi gminne stanowią uzupełnienie istniejących w danej gminie sieci dróg powiatowych, wojewódzkich lub krajowych. Stanowią one również własność JST i gmina ma obowiązek finansowania ich utrzymania. Z kolei zgodnie z art. 19 ust. 2 pkt 4 u.d.p. wójt (burmistrz, prezydent miasta) jest zarządcą dróg gminnych.

Zadania zlecone

Zadania zlecone zostały uregulowane w art. 8 u.s.g. Są to inne, niż zadania własne gminy, zadania publiczne z zakresu administracji rządowej, które mogą być przekazane do wykonania przez gminę. W odróżnieniu od zadań własnych, zadania zlecone służą zaspokojeniu potrzeb społeczności narodowej, a nie jedynie potrzeb wspólnoty lokalnej. Przekazanie tych zadań może nastąpić na podstawie ustawy bądź porozumień, przy czym gmina zawsze musi otrzymać środki finansowe w wysokości koniecznej do ich wykonania (art. 8 ust. 3 u.s.g.).

Zadania powierzone

Do zadań powierzonych mogą należeć np. zadania z zakresu właściwości powiatu, które gmina może wykonywać na podstawie porozumień z tą JST (art. 8 ust. 2a u.s.g.). Gminy mogą również tworzyć związki międzygminne w celu wspólnego wykonywania zadań publicznych (art. 64 ust. 1 u.s.g.). Na gruncie przepisów u.s.g. dopuszczalne są także związki gminno-powiatowe.

Zadania powierzone, a zadania realizowane wspólnie

Pojęcie „współdziałania" JST lub „zadań realizowanych wspólnie" pojawia się w:

- art. 10 u.s.g., zgodnie z którym JST mogą wykonywać zadania publiczne w drodze współdziałania,
- art. 216 ust. 2 pkt 4 u.f.p., zgodnie z którym wydatki budżetu JST są przeznaczone na realizację zadań realizowanych wspólnie z innymi JST.

Na gruncie art. 10 u.s.g. wypracowano zasadę swobodnego współdziałania JST w celu wykonywania zadań publicznych. Oznacza to, że JST mogą podejmować współpracę w różnych formach prawnych. Przepis art. 10 ust. 2 u.s.g. jest również podstawą udzielania sobie wzajemnej pomocy (finansowej i rzeczowej) pomiędzy JST, związkami JST i stowarzyszeniami JST.

WAŻNE: Z art. 10 u.s.g. wynika zasada swobodnego współdziałania JST w celu wykonywania zadań publicznych. Stanowi on również podstawę prawną udzielania sobie wzajemnej pomocy pomiędzy JST.

Z kolei art. 216 ust. 2 u.f.p. wyszczególnia rodzaje wydatków dokonywanych przez JST wymieniając m.in. wydatki na realizację zadań własnych, zadań zleconych, zadań przejętych przez inną JST na podstawie porozumienia oraz zadań realizowanych wspólnie z innymi JST.

Wskazuje się, iż nie przez przypadek w art. 216 ust. 2 pkt 4 u.f.p. wymieniono odrębnie wydatki dokonywane na „zadania realizowane wspólnie" z innymi JST. Pod tym pojęciem miałyby się bowiem kryć te przedsięwzięcia, które JST wykonują razem, a efektem ich realizacji jest jednorodny produkt służący wszystkim JST (np. wspólna spalarnia odpadów lub oczyszczalnia ścieków). Zatem w takim rozumieniu, wspólnie realizowanym zadaniem nie byłoby przedsięwzięcie, w ramach którego każda z JST realizuje jedynie wycinek swojego zadania (np. budowa przedszkoli odrębnie w każdej JST biorącej udział we wspólnym projekcie).

Przyjęcie, czy dane zadanie publiczne należy do „zadań realizowanych wspólnie" jest istotne z dwóch względów:

— ustalenia właściwej formy współpracy – wydaje się, że dla zadań realizowanych wspólnie najbardziej celową formą współdziałania jest związek JST,

— ustalenia zasad odpowiedzialności JST za realizację zadania – jeżeli zadanie jest realizowane wspólnie, JST mogą rozważyć przyjęcie solidarnej odpowiedzialności za jego wykonanie. Natomiast, jeżeli zadanie nie ma charakteru wspólnego (polega na wykonaniu określonych wycinków zadań własnych poszczególnych JST), wówczas, zasadniczo, odpowiedzialność poszczególnych JST powinna być uzależniona od udziału realizowanych zadań.

Do zastanowienia pozostaje, **czy Pakietowy Projekt PPP w sektorze drogowym byłby przedsięwzięciem wspólnym w rozumieniu przyjętym na gruncie art. 216 ust. 2 pkt 4 u.f.p.**

Pod pewnymi względami wydaje się, że nie, ponieważ:

- każda JST w ramach Projektu brałaby udział w realizacji budowy/remontu i utrzymania dróg publicznych na swoim terytorium,
- drogi publiczne (jak zostanie opisane poniżej w rozdziale 1.1.2. Analizy) stanowią własność poszczególnych JST i tym samym nie mogą być przedmiotem współwłasności.

Oznaczałoby to, że JST biorące udział w Projekcie, wykonywałyby jedynie pewien wycinek zadania własnego.

Z drugiej strony, zapewnienie odpowiedniej jakości dróg publicznych, znajdujących się w jednej sieci (tj. w JST sąsiadujących geograficznie ze sobą), można by było uznać za cel, który JST mogłyby wspólnie realizować.

Zasygnalizowana kwestia, choć nie ma znaczenia dla samej idei Pakietowego Projektu PPP może okazać się jednak istotna, zwłaszcza jako argument przemawiający przeciwko przyjęciu solidarnej odpowiedzialności przez JST.

Zadania powiatu

Właściwość rzeczowa powiatów została określona przez ustawodawcę w sposób **odmienny niż w przypadku gmin**. Zgodnie z art. 2 ust. 1 u.s.p. powiat wykonuje zadania publiczne określone w ustawach. Określając w ten sposób właściwość rzeczową powiatów podkreślono różnicę, jaka występuje pomiędzy nimi a gminami. Podczas gdy wobec gmin działa domniemanie właściwości w zakresie wykonywania zadań publicznych (a zatem gmina wykonuje wszystkie zadania samorządu terytorialnego niezastrzeżone dla innych podmiotów), powiaty realizują wyłącznie zadania ściśle określone ustawami, które mają charakter ponadgminny. Za takie uznaje się zadania, które swym zasięgiem przekraczają granice jednej gminy (np. dotyczące dróg powiatowych) lub takie, które przekraczają zdolność gminy do zaspokajania zbiorowych potrzeb (ze względów finansowych, organizacyjnych lub ekonomicznych), np. szpitale, szkoły średnie. Zadania powiatu nie mogą naruszać zakresu działania gmin (art. 4 ust. 6 u.s.p.).

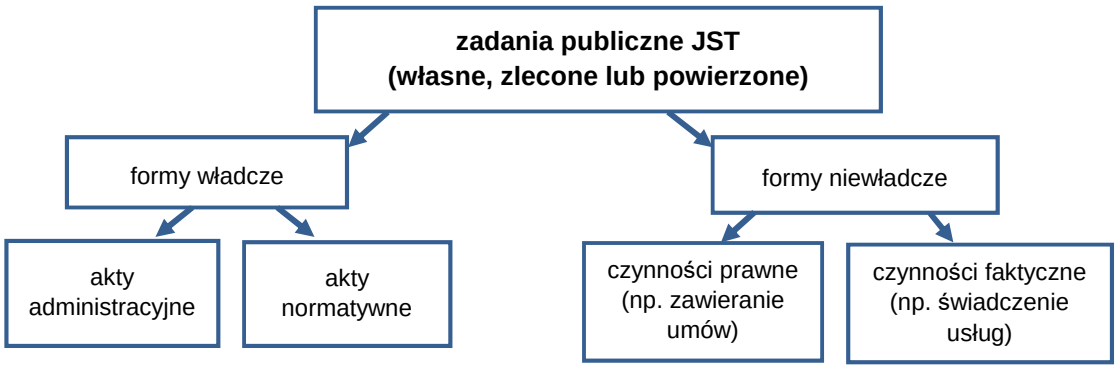
Ustawodawca w art. 4 ust. 1 u.s.p. doprecyzował, które zadania publiczne o charakterze ponadgminnym wykonuje powiat, wymieniając w pkt 6 m.in. transport zbiorowy oraz drogi publiczne. Choć ustawodawca wprost nie używa tego określenia w u.s.p., zadania wymienione w art. 4 ust. 1 u.s.p. są zadaniami własnymi powiatu, ponieważ są one ustawowo mu przypisane i realizuje on je we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność. Zadaniami własnymi powiatu będą zatem również inne zadania publiczne, które są przypisane do jego właściwości rzeczowej na gruncie innych ustaw prawa materialnego (art. 4 ust. 3 u.s.p.). Na gruncie art. 4 ust. 5 u.s.p. dopuszczono możliwość przekazania gminie przez powiat zadań z zakresu jego właściwości. Warunki przekazania tych zadań określa zawarte pomiędzy JST porozumienie.

Powiat może realizować zadania zlecone oraz zadania powierzone, przekazane mu przez inne JST (np. gminy lub powiaty). Przekazanie zadań następuje na podstawie porozumienia (art. 5 ust. 2 u.s.p.), które podlega ogłoszeniu w wojewódzkim dzienniku urzędowym. Powiaty również mogą tworzyć związki powiatowe z innymi powiatami w celu wspólnego wykonywania zadań publicznych (art. 65 ust. 1 u.s.p.). U.s.p. przewiduje także związki powiatowo-gminne.

Formy i sposoby realizacji zadań przez gminy i powiaty

Zadania publiczne JST (własne, zlecone lub powierzone) mogą być realizowane w formach władczych lub niewładczych.

Schemat 2 Podział form realizacji zadań publicznych



Zarówno u.s.g., jak i u.s.p. określają sposób, w jaki mogą być realizowanie zadania publiczne przez JST i w tym zakresie regulacje obu ustaw zasadniczo się nie różnią.

Ze względu na specyfikę podmiotów, jakimi są JST, swoboda wyboru form prawnych realizacji zadań doznaje szczególnych ograniczeń. W związku z powyższym JST nie korzystają z pełnej swobody (jak podmioty sektora prywatnego) w tworzeniu struktur lub form współdziałania służących do wykonywania zadań publicznych.

Po pierwsze, JST może realizować zadania własne samodzielnie. W takim przypadku, JST może wykonywać zadanie za pomocą form władczych i niewładczych.

Po drugie, JST może powierzyć (przekazać) zadanie własne do wykonania przez inną JST (na podstawie porozumienia administracyjnoprawnego) lub podjąć współdziałanie z innymi JST w formach przewidzianych w u.s.g. i u.s.p. (w ramach związku JST). W ramach porozumienia JST oraz związku JST, podmiot, któremu przekazano zadanie, ma możliwość jego realizowania przy pomocy form władczych i niewładczych.

Pewną formą powierzania zadania do wykonania innej JST jest umowa cywilnoprawna, jednak w jej ramach możliwe jest jedynie realizowanie zadania w formach niewładczych.

Po trzecie, na gruncie art. 9 ust. 1 u.s.g. oraz art. 6 ust. 1 u.s.p., JST (powiaty i gminy) w celu wykonywania zadań mogą:

1) **tworzyć własne jednostki organizacyjne** – taka jednostka pozostaje w wewnętrznej strukturze danej JST, przy czym pod pojęciem „jednostki organizacyjnej" należy rozumieć zarówno podmioty, które mają osobowość prawną (np. spółka kapitałowa, stowarzyszenie), jak również te, które jej nie posiadają (np. jednostki budżetowe). Zwraca się uwagę, że takie jednostki mogą być tworzone również z innymi podmiotami i niekoniecznie komunalnymi (np. spółka prawa handlowego gminy z przedsiębiorstwem państwowym)[1]. Warto zaznaczyć, że określone jednostki organizacyjne stworzone przez JST należą do sektora finansów publicznych (np. zakłady budżetowe, jednostki budżetowe, czy niektóre samorządowe osoby prawne) i posiadają również status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy p.z.p. (np. spółki komunalne, pod pewnymi warunkami).

[1] Red. Gajewski, Jakubowski, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz 2018, wyd. 1.

2) **zawierać umowy z innymi podmiotami** – przy czym chodzi o umowy cywilnoprawne. JST (powiaty i gminy) mogą w drodze umowy przekazać innemu podmiotowi zadanie publiczne do zrealizowania. Może to nastąpić np. w drodze udzielenia zamówienia publicznego przedsiębiorstwu prywatnemu. W przypadku gmin, ustawodawca podkreślił możliwość przekazania zadań publicznych w drodze umowy z organizacjami pozarządowymi[2].

Utworzona jednostka organizacyjna, tylko w niektórych przypadkach będzie mogła realizować zadania JST przy pomocy form władczych, natomiast na podstawie umów cywilnoprawnych, JST, co do zasady, nie może upoważnić kontrahenta do wykonywania zadań przy pomocy form władczych.

Schemat 3 Podział sposobów realizacji zadań publicznych

Analiza całości regulacji u.s.g. oraz u.s.p. wskazuje, że zadania publiczne JST (w tym w zakresie dróg gminnych i powiatowych) mogą być realizowane w różny sposób, jak również mogą być przekazywane do realizacji przez inną JST. Do dopuszczalnych form realizacji/przekazywania zadania własnego należą m.in.:

1) porozumienie administracyjnoprawne i umowa cywilnoprawna – jako relacje kontraktowe JST,
2) związek JST (międzygminny, powiatowo-gminny),
3) spółki prawa handlowego,
4) stowarzyszenie.

[2] Szczególną ustawą regulującą formy prowadzenia gospodarki komunalnej jest u.g.k. Pod pojęciem gospodarki komunalnej, zgodnie z art. 1 ust. 2 u.g.k. kryją się natomiast zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.
Pojęcie zadań o użyteczności publicznej jest węższe od pojęcia „zadań własnych" JST, jednak przyjmuje się, że w ich zakres wchodzą m.in. sprawy z zakresu transportu publicznego i dróg gminnych lub powiatowych.
Na gruncie u.g.k. gospodarka komunalna może być prowadzona przez JST w szczególności w formach:
1) samorządowego zakładu budżetowego lub
2) spółek prawa handlowego (art. 2 u.g.k.).

1.1.2. Realizacja i powierzanie zadań własnych JST na gruncie Ustawy o Drogach Publicznych

Przekazywanie zadań publicznych w zakresie dróg gminnych/powiatowych

Jak wskazano w rozdziale 1.1.1. Analizy, zadania publiczne (w tym własne) JST mogą być realizowane w różny sposób, jak również mogą być przekazywane do wykonania innym podmiotom (również innym JST).

Ze względu na zakładany przedmiot Pakietowego Projektu PPP, należy skoncentrować się na zadaniu JST w zakresie gminnych/powiatowych dróg (o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 2 u.s.g. oraz art. 4 ust. 1 pkt 6 u.s.p.), należącym do zadań własnych gminy/powiatu.

Drogi gminne/powiatowe stanowią kategorie dróg publicznych, których status został szczegółowo uregulowany w u.d.p. Zgodnie z art. 2a ust. 2 u.d.p. drogi gminne/powiatowe stanowią własność właściwej gminy lub powiatu.

Ustawodawca w u.d.p. określił, które drogi należy zaliczyć do powiatowych, a które do gminnych.

Zgodnie z art. 6a ust. 1 u.d.p. drogi powiatowe, to te, które nie zaliczają się do kategorii dróg krajowych i wojewódzkich oraz te, które stanowią połączenia miast będących siedzibami powiatów z siedzibami gmin i siedzib gmin między sobą.

Z kolei drogi gminne, na gruncie art. 7 ust. 1 u.d.p. to te drogi o znaczeniu lokalnym, które nie zaliczają się do innych kategorii, stanowiące uzupełniającą sieć dróg służących miejscowym potrzebom (z wyłączeniem dróg wewnętrznych)[3].

Zarządzanie drogami publicznymi

Realizacja zadań z zakresu dróg gminnych i powiatowych została w sposób szczególny uregulowana w u.d.p. Na gruncie art. 19 ust. 2 pkt 3 i 4 u.d.p., zarządcą dróg powiatowych jest zarząd powiatu, zaś gminnych - wójt (burmistrz, prezydent). Jeżeli chodzi o samo pojęcie „zarządzania" drogami publicznymi, to zgodnie z art. 19 ust. 1 u.d.p. w jego zakres wchodzą sprawy dotyczące planowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg.

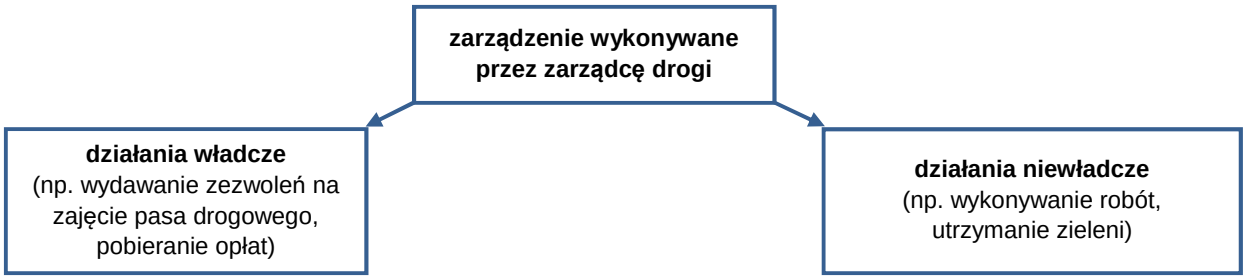
Bardziej szczegółowo pojęcie „zarządzania" określa art. 20 u.d.p., w którym ustawodawca wymienił zadania zarządcy drogi, przy czym katalog tych zadań jest otwarty. W świetle tego przepisu, zarządca drogi jest odpowiedzialny m.in. za pełnienie funkcji inwestora, Utrzymanie nawierzchni, koordynację robót w pasie drogowym, pobieranie opłat etc.

Na bazie powyższego katalogu, niewątpliwie można spośród czynności składających się na zarządzanie drogami publicznymi wyróżnić:

1) działania o charakterze władczym,
2) działania o charakterze niewładczym.

[3] Do rad gminy/powiatu należy m.in. podjęcie uchwały w sprawie zaliczenia danej drogi do dróg gminnych/powiatowych (po zasięgnięciu odpowiednich opinii zgodnie z art. 6a ust. 2 i art. 7 ust. 2 u.d.p.). Rady gminy/powiatu podejmują również uchwały w sprawie ustalenia przebiegu istniejących dróg (art. 6a ust. 3 i art. 7 ust. 3 u.d.p.).

Schemat 4 Podział działań w zakresie zarządzania drogami publicznymi



Przekazywanie zadania w zakresie zarządzania drogami publicznymi

Ustawodawca wyraźnie wskazał, że funkcja zarządcy drogi jest ściśle przypisana do konkretnie wymienionych w ustawie podmiotów, a przekazywanie lub powierzanie zadań z zakresu zarządzania może następować jedynie w określonych przypadkach, m.in.:

1) przekazywanie w drodze **porozumienia zawartego pomiędzy zarządcami dróg publicznych** (art. 19 ust. 4 u.d.p.),
2) poprzez **powierzenie zarządzania drogami publicznymi związkowi metropolitalnemu**[4] (art. 19 ust. 5a i 5b u.d.p.),
3) **na podstawie Umowy o PPP**, przy czym w tym przypadku Partner Prywatny może wykonywać tylko niektóre zadania zarządcy np. pełnić funkcję inwestora, utrzymywać nawierzchnię, koordynować roboty w pasie drogowym, wykonywać roboty interwencyjne, utrzymaniowe i zabezpieczające, czy utrzymywać zieleń przydrożną (art. 19 ust. 7 u.d.p.).

Sposób realizacji zadania w zakresie zarządzania drogami publicznymi

Zarządcy drogi nie muszą wykonywać swoich zadań osobiście.

Po pierwsze, zgodnie z art. 21 ust. 1 u.d.p. zarządca drogi może wykonywać swoje obowiązki przy pomocy jednostki organizacyjnej będącej **zarządem drogi**, utworzonej przez radę gminy/radę powiatu.

Po drugie, na podstawie art. 21 ust. 2 u.d.p. zarządca drogi może upoważnić pracowników urzędu miasta lub gminy/starostwa albo pracowników zarządu drogi, do załatwiania spraw w jego imieniu, w ustalonym zakresie, a w szczególności do wydawania decyzji administracyjnych.

Zarząd drogi

Jeżeli chodzi o jednostkę organizacyjną, będącą zarządem drogi, jest to jednostka o charakterze wyłącznie pomocniczym, zatem nie jest to podmiot, który przejmuje prawa i obowiązki zarządcy drogi. Natomiast przedmiotem działalności zarządu drogi jest wykonywanie zadań zarządcy i w tym zakresie, jednostka ta nie posiada żadnych dodatkowych uprawnień niż te przysługujące zarządcy (wyrok NSA w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2007 r., II OSK 869/06).

Ponieważ zarządowi drogi nie można przyznać większych kompetencji, niż posiada je sam zarządca drogi publicznej (wyrok WSA w Gliwicach z dnia 4.11.2014 r., sygn. akt IV SA/Gl 611/14), tym samym, niemożliwe jest powierzenie roli zarządu drogi jednostce, która została utworzona w celu realizacji innych zadań własnych gminy lub powiatu (rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Śląskiego z dnia 10.05.2017 r., Nr NPII.4131.1.291.2017).

[4] Obecnie związek metropolitalny występuje na terenie województwa śląskiego. Związek został utworzony na gruncie ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim (Dz. U. z 2017 r., poz. 730).

WAŻNE: W konsekwencji, zarządem dróg, jako jednostką organizacyjną powołaną do wykonywania zadań przynależnych zarządcy drogi, może być jedynie wyspecjalizowana jednostka, utworzona wyłącznie do pełnienia zadań zarządcy, a nie jakakolwiek inna jednostka.

Do rozważenia pozostaje zatem ustalenie statusu jednostki organizacyjnej, która może pełnić rolę zarządu drogi[5]. Choć przepisy nie wskazują tego wprost, wydaje się, że zarząd drogi może stanowić jedynie samorządowa jednostka organizacyjna o charakterze „wewnętrznym".

Schemat 5 Sposób realizacji zadania w zakresie zarządzania drogami publicznymi

Ryzyka związane z przekazywaniem zadania w zakresie zarządzania drogami publicznymi

Biorąc pod uwagę, że drogi gminne i powiatowe stanowią zadania własne gmin/powiatów (które, mogą być przekazywane do realizacji innym podmiotom), pojawia się pytanie, czy w związku ze szczególnymi regulacjami dotyczącymi dróg publicznych na gruncie u.d.p., zadania własne JST w zakresie dróg gminnych i powiatowych, mogą być w taki sposób przekazywane. Przede wszystkim, należy rozwiać wątpliwość, czy przepisy u.d.p. należy w tym zakresie traktować jako przepisy szczególne, umożliwiające przekazanie zadań w zakresie zarządzania drogami publicznymi tylko w takim zakresie, w jakim zarządca drogi może powierzyć je innym podmiotom (na zasadach opisanych w art. 19 oraz art. 21 u.d.p.). Odpowiedź na to pytanie jest o tyle istotna, że przedmiot Pakietowego Projektu PPP (budowa, remont, utrzymanie dróg gminnych lub powiatowych) wchodzi w zakres zadań zarządcy drogi.

[5] Jeżeli chodzi o samo pojęcie jednostki organizacyjnej, to są to z pewnością jednostki posiadające podmiotowość prawną, jednak z braku wyraźnych przepisów, wydaje się, że zarząd drogi nie posiada osobowości prawnej. Tak stwierdził m.in. Sąd Apelacyjny w Szczecinie w postanowieniu z dnia 21.06.2006 r., I ACz 134/05, OSA 2006. Ponadto, w świetle postanowienia NSA z dnia 13.01.2015 r., II GSK 2897/14, jednostka organizacyjna będąca zarządem drogi nie ma statusu organu administracji publicznej i nie może wydawać decyzji administracyjnych w sprawach należących do właściwości zarządcy drogi.
Ostatecznie zaś, należy uznać, że zarządy dróg mają charakter samorządowych jednostek organizacyjnych i wchodzą w skład podmiotowo rozumianej administracji samorządowej, bezpośrednio związanej z organami wykonawczymi jednostek samorządu terytorialnego administracji (decyzja SKO we Wrocławiu z dnia 14 listopada 2001 r., SKO 4011/1323/01).

Należy wskazać, że w tym zakresie funkcjonują dwa odmienne stanowiska zaprezentowane w orzecznictwie NSA:

1) w wyroku z dnia 3.12.2015 r., sygn. akt: II OSK 2590/15, NSA wskazał, że sprawy z zakresu dróg gminnych należą do zadań własnych gminy (JST). Ponieważ zadania własne JST zostały uregulowane w u.s.g. i u.s.p., stąd sposób ich realizacji i przekazywanie może się odbywać na zasadach ogólnych. Natomiast **przepisy u.d.p. przewidują jedynie dodatkowe możliwości sposobu realizacji zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi**. W świetle tego wyroku, przekazanie zadań publicznych w zakresie zarządzania drogami publicznymi może nastąpić na rzecz innej JST w formie m.in. spółki komunalnej, związku JST, porozumienia, umowy.

2) w wyroku z 20.04.2018 r., I OSK 350/18, NSA uznał, iż przepisy u.d.p. stanowią przepisy *lex specialis*, stąd ogólne zasady przekazywania zadań własnych JST w zakresie dróg publicznych podlegają modyfikacjom wynikającym z tej ustawy. W związku z powyższym, **zarządca drogi może przekazywać swoje zadania wyłącznie w formach przewidzianych w u.d.p.** Natomiast przepisy u.d.p. nie stoją na przeszkodzie, aby zarządca drogi powierzył innym podmiotom (np. spółce komunalnej) wykonanie określonych obowiązków z zakresu tego zadania, w tym w szczególności czynności faktycznych (np. budowa, remont, faktyczne utrzymanie dróg gminnych/powiatowych).

WAŻNE: Na gruncie wyroku NSA z 20.04.2018 r., I OSK 350/18 uznano, że przepisy u.d.p. stanowią lex specialis w odniesieniu do ogólnych zasad przekazywania zadań własnych JST uregulowanych na gruncie u.s.g, czy u.s.p.

Na gruncie wyroku NSA z 20.04.2018 r. należałoby uznać, że nie jest możliwe powierzenie zadań w zakresie zarządzania drogami gminnymi/powiatowymi w taki sposób, jak przewidują to u.s.g. i u.s.p. Jedynym możliwym sposobem byłoby przekazanie zadań w sposób opisany w art. 19 u.d.p. (np. w drodze porozumień między zarządcami dróg, związkowi metropolitalnemu lub w pewnym zakresie Partnerowi Prywatnemu na podstawie Umowy o PPP), bądź wykonywanie ich przy pomocy wyspecjalizowanej jednostki organizacyjnej (do zastanowienia pozostaje, jakie cechy powinna posiadać taka jednostka).

Zatem istnieją uzasadnione wątpliwości co do możliwości przekazywania zadań publicznych w zakresie zarządzania drogami JST na zasadach ogólnych przewidzianych w u.s.g. i u.s.p. Choć wyrok NSA z dnia 3.12.2015 r., sygn. akt: II OSK 2590/15 taką możliwość wyraźnie dopuszcza, to z drugiej strony nie można pominąć stanowiska NSA zawartego w wyroku z 20.04.2018 r., I OSK 350/18 (*notabene* – późniejszego). Wydaje się, że interpretacji przepisów u.d.p oraz u.s.g. i u.s.p. należy dokonywać z uwzględnieniem wyroku I OSK 350/18, po pierwsze ze względu na fakt, iż został wydany później, a po drugie, ponieważ skład orzekający wprost odniósł się w jego treści do wyroku II OSK 2590/15, nie zgadzając się z zawartą w nim konkluzją.

Możliwe formy przekazania zadań w ramach Pakietowego Projektu PPP

Przechodząc do wyodrębnionych w rozdziale 1.1.1. Analizy form współdziałania JST, należy rozważyć, w ramach których z nich możliwe byłoby przekazywanie zadań w zakresie zarządzania drogami publicznymi (działań władczych lub niewładczych):

1. **porozumienie administracyjnoprawne** – na gruncie art. 19 ust. 4 u.d.p. wprost wskazano, że przekazanie zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi może nastąpić na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy zarządcami dróg (wójtami, burmistrzami, prezydentami oraz zarządem powiatu). Natomiast porozumienie administracyjnoprawne pomiędzy samymi JST nie wydaje się formą dopuszczalną do przekazania zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi[6].
2. **umowa cywilnoprawna pomiędzy JST –** u.d.p. nie przewiduje w ogóle możliwości przekazywania zadania w zakresie zarządzania drogami publicznymi na podstawie tej formy współdziałania JST.
3. **związek JST (międzygminny, powiatowo – gminny) –** zarządzaniem dróg gminnych zajmuje się wójt, burmistrz lub prezydent. Obowiązków w zakresie zarządzania nie musi jednak wykonywać osobiście, ponieważ zgodnie z art. 21 ust. 1 u.d.p. zarządca drogi może wykonywać swoje obowiązki przy pomocy jednostki organizacyjnej będącej zarządem drogi, utworzonej przez radę gminy/radę powiatu. Choć przepisy nie wskazują tego wprost, wydaje się, że rolę zarządu drogi może pełnić jedynie samorządowa jednostka organizacyjna o charakterze „wewnętrznym". Natomiast w przypadku związku, choć w szerokim ujęciu jest jednostką organizacyjną, to, ze względu na swoją osobowość prawną, jak również charakter „zewnętrzny", istnieją wątpliwości, co do tego, czy może on pełnić funkcję zarządu drogi w rozumieniu art. 21 ust. 1 u.d.p. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na rozstrzygnięcie nadzorcze z dnia 10.05.2017 r., Nr NPII.4131.1.291.2017, w którym Wojewoda Śląski stwierdził, iż nie jest możliwe pełnienie funkcji zarządu drogi przez związek międzygminny. Powodem takiego rozstrzygnięcia nie było jednak stwierdzenie, iż w ogóle związek międzygminny nie może być zarządem drogi, ale fakt wykonywania przez ten związek innych zadań własnych gminy. Na gruncie tego przypadku, Wojewoda Śląski stwierdził, iż związek, któremu powierzono wykonywanie innych zadań, niż te, które są właściwe dla zarządcy drogi, dyskwalifikuje go jako jednostkę, która może pełnić funkcję zarządu dróg.

   Z powyższego rozstrzygnięcia nie można zatem wywnioskować ogólnego zakazu o pełnieniu funkcji zarządu dróg przez związek. Jednak, nawet jeżeli dopuszczono by taką możliwość, to przedmiot działalności takiego związku musiałby się ograniczać wyłącznie do zadań właściwych dla zarządcy drogi. *Nota bene*, korespondowałoby to z założeniami, jakie przyświecałyby powierzeniu realizacji Pakietowego Projektu PPP w formie związku międzygminnego, ponieważ, jak zasygnalizowano powyżej, nie byłoby celowym przekazywanie takiemu związkowi innych zadań publicznych niż zarządzanie drogami gmin przynależących do związku.

[6] Pomiędzy porozumieniem administracyjnoprawnym zawartym pomiędzy JST, a porozumieniem zawartym przez zarządców dróg zasadniczo nie występują praktyczne różnice. W obu przypadkach porozumienie ma charakter odpłatny (przekazanie zadania wiąże się z koniecznością przekazania środków finansowych), zawarcie porozumienia w obu przypadkach wymaga odpowiedniej uchwały rady gminy/powiatu, taki sam jest też kierunek przekazywania zadań (z JST wyższego szczebla na niższy lub pomiędzy JST tego samego szczebla). Jednak istotna jest podstawa prawna zawartego porozumienia - w tym zakresie porozumienia są weryfikowane przez organy nadzoru i kontroli pod kątem poprawności ich zawarcia, w szczególności ze względu na przekazywane na ich podstawie środki finansowe. Istnieje ryzyko, że w przypadku braku wskazania w porozumieniu, iż zostało ono zawarte na podstawie art. 19 ust. 4 u.d.p. jako porozumienie zarządców dróg, może ono zostać uznane za niezgodne z przepisami prawa (jako forma współpracy JST nieprzewidziana dla przekazywania zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi w świetle przepisów u.d.p.). Warto również pamiętać, że wydatki JST przeznaczane na realizację zadań wynikających z porozumień, o których mowa w art. 19 ust. 4 u.d.p. należą do odrębnej kategorii wydatków z budżetu.

4. **spółki prawa handlowego** – jak wynika z orzeczenia NSA z 20.04.2018 r., I OSK 350/18, spółce komunalnej możliwe byłoby powierzenie do wykonania czynności faktycznych z zakresu zarządzania drogami publicznymi, natomiast przekazanie zadania (w innym zakresie niż czynności faktyczne) jest wysoce wątpliwe.
5. **stowarzyszenie JST** - u.d.p. nie przewiduje w ogóle możliwości przekazywania zadania w zakresie zarządzania drogami publicznymi na podstawie tej formy współdziałania JST.

W konkluzji powyższego, należałoby w ramach Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym wykluczyć możliwość przekazania zadań w zakresie zarządzania drogami publicznymi (działań władczych i niewładczych) w ramach: porozumienia administracyjnoprawnego pomiędzy JST, umowy cywilnoprawnej pomiędzy JST, spółki komunalnej, stowarzyszenia JST.

Rozwiązanie kwestii sposobu przekazywania zadań

Na potrzeby realizacji Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym, warto rozważyć następujące sposoby rozwiązania tego problemu:

1. Przepisy ustaw samorządowych nie przewidują zasadniczych ograniczeń w przekazywaniu zadań realizowanych w formach niewładczych (obejmujących czynności faktyczne i czynności prawne). Tymczasem, w ramach Pakietowego Projektu PPP, JST miałyby wspólnie realizować przede wszystkim działania niewładcze:
   - przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania,
   - zawarcie Umowy o PPP,
   - zarządzanie Umową o PPP, której przedmiotem byłoby: budowa lub remont istniejącej drogi publicznej oraz jej utrzymanie (a ze względu na przewidzianą formę rozliczeń – Opłatę za Dostępność – oraz kategorię dróg objętych Projektem, w ramach zarządzania nie byłoby przewidzianej możliwości pobierania opłat od użytkowników).

   Stąd, należy rozważyć, czy dopuszczalnym byłoby przekazanie zadań zarządzania drogami publicznymi w zakresie działań niewładczych przez JST biorące udział w Pakietowym Projekcie PPP na rzecz jednej z JST, związku JST lub spółki komunalnej.
2. Z przyjęciem tego rozwiązania łączy się jednak zasadnicza wątpliwość na gruncie przepisów u.d.p., zgodnie z którymi na zarządzanie drogami publicznymi składają się w zdecydowanej większości działania niewładcze. Skoro zatem ustawodawca przewidział ograniczenia w możliwości powierzania do wykonania działań niewładczych w zakresie zarządzania drogami publicznymi (m.in. umożliwiając ich powierzenie Partnerowi Prywatnemu, czy zarządowi w określonych okolicznościach), nie wydaje się, aby zarządcy dróg korzystali z pełnej swobody w zakresie powierzania tych działań do wykonania innym podmiotom, niewymienionym w ustawie (innej JST/spółce komunalnej). Na gruncie wyroku NSA z 20.04.2018 r., I OSK 350/18 można przyjąć, iż zarządca dróg może swobodnie powierzać innym podmiotom do wykonania czynności faktyczne z zakresu zarządzania drogami, jednak nie ma pewności, czy taka swoboda znajduje zastosowanie w odniesieniu do czynności prawnych (takich jak przeprowadzenie Postępowania i zawarcie Umowy o PPP).
3. Warto zatem zastanowić się nad innym rozwiązaniem. W tym zakresie należy przypomnieć, że Pakietowy Projekt ma być realizowany w formule PPP. Tymczasem na gruncie u.d.p., ustawodawca przewidział specyficzną podstawę prawą wykonywania zadań zarządcy drogi przez Partnera Prywatnego na gruncie art. 19 ust. 7 u.d.p.
   Jak opisano powyżej, na podstawie Umowy o PPP Partner Prywatny może wykonywać niektóre zadania zarządcy drogi, m.in. pełnić funkcję inwestora, koordynować roboty w pasie drogowym, wykonywać roboty interwencyjne, utrzymaniowe i zabezpieczające, utrzymywać zieleń przydrożną itd.

Jeżeli zatem na podstawie niniejszego przepisu możliwe jest wykonywanie zadań zarządcy drogi przez Partnera Prywatnego, to argumentując *a maiori ad minus* można formułować tezę, że **na podstawie art. 19 ust. 7 u.d.p. możliwe jest wykonanie tych zadań przez inny Podmiot Publiczny w celu dalszego powierzenia tych zadań Partnerowi Prywatnemu w drodze Umowy o PPP**. Pozwalałoby to na przyjęcie konstrukcji, w której inna JST/związek JST/spółka komunalna pełniłaby funkcję „*czasowego wehikułu*", której jedynym celem byłoby zawarcie Umowy o PPP i zlecenie wykonania zadań w zakresie wykonania budowy/remontu i utrzymania dróg publicznych Partnerowi Prywatnemu, wyłonionemu w toku Postępowania. Wydaje się, że za taką interpretacją przemawiałaby również wykładnia celowościowa – pozwalałaby ona bowiem na przeprowadzenie Postępowania oraz zawarcie Umowy o PPP przez kilka JST, co przecież jest możliwe na gruncie u.p.z.p. oraz u.p.p.p.

Z drugiej strony, dokonując wykładni przepisu art. 19 ust. 7 u.d.p. nie można pominąć, iż ustawodawca użył w nim sformułowania „*wykonywać zadania zarządcy*". Czytając zatem przepis literalnie oraz biorąc pod uwagę wyrok NSA z 20.04.2018 r., I OSK 350/18, należałoby przyjąć, iż ustawodawca miał na myśli wykonywanie zadań zarządcy wyłącznie w zakresie czynności faktycznych (czyli „*fizycznego*" budowania/ modernizowania, czy utrzymywania dróg). To zaś z kolei prowadziłoby do wniosku, iż art. 19 ust. 7 u.d.p. nie byłby podstawą do wykonania przez inny podmiot niż zarządca drogi, zadania polegającego na wyłonieniu w drodze Postępowania i zawarcia Umowy o PPP.

Z powyższego wynika, że problematyka możliwości przekazywania zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi budzi wątpliwości w orzecznictwie NSA. Przedstawiona powyżej wykładnia celowościowa art. 19 ust. 7 u.d.p., oparta na wnioskowaniu *a maiori ad minus* nie musi zyskać aprobaty sądów administracyjnych.

Mając na uwadze przedstawione wyżej wątpliwości, rekomendowane jest podjęcie inicjatywy ustawodawczej w tym zakresie, poprzez wprowadzenie do art. 19 u.d.p. podstawy prawnej umożliwiającej przekazywanie przez JST zadania z zakresu zarządzania drogami publicznymi (w pewnym zakresie) innej JST, związkowi JST lub spółce komunalnej na potrzeby realizacji wspólnie realizowanego przedsięwzięcia PPP.

WAŻNE: Na gruncie wykładni przepisów u.d.p. (w tym dokonanej przez NSA w wyroku z 20.04.2018 r., I OSK 350/18) istnieją poważne wątpliwości co do możliwości przekazywania zadań JST z zakresu zarządzania drogami publicznymi na zasadach ogólnych wynikających z u.s.g. i u.s.p.

W związku z powyższym, na potrzeby Pakietowego Projektu PPP należałoby:

1) ograniczyć możliwe formy współdziałania JST do porozumienia pomiędzy zarządcami dróg, ewentualnie związku JST,
2) rozważyć możliwość przekazywania zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi wyłącznie w zakresie działań niewładczych: innej JST (w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego lub umowy cywilnoprawnej), związkowi JST albo spółce komunalnej – rozwiązanie to jednak budzi wątpliwości,
3) rozważyć możliwość potraktowania innej JST/związku JST/spółki komunalnej jako „czasowego wehikułu", któremu zostaną powierzone zadania z zakresu zarządzania drogami publicznymi, aby następnie Podmiot Publiczny powierzył je do wykonania Partnerowi Prywatnemu na podstawie Umowy o PPP.

Drogi publiczne – status, kwestie własnościowe, ograniczenia w obrocie

W kontekście założeń Pakietowego Projektu PPP konieczne jest również rozważenie kwestii własnościowych dotyczących dróg publicznych ze względu na szczególne uwarunkowania w tym zakresie.

Jest to o tyle istotne dla Pakietowego Projektu PPP, ponieważ na podstawie art. 7 ust. 1 u.p.p.p. Podmiot Publiczny na podstawie Umowy o PPP zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Zasady wnoszenia wkładu własnego określa z kolei art. 9 u.p.p.p., w którego ustępie 1 wskazano, iż wniesienie wkładu własnego w postaci składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy. Jest to oczywiście katalog otwarty.

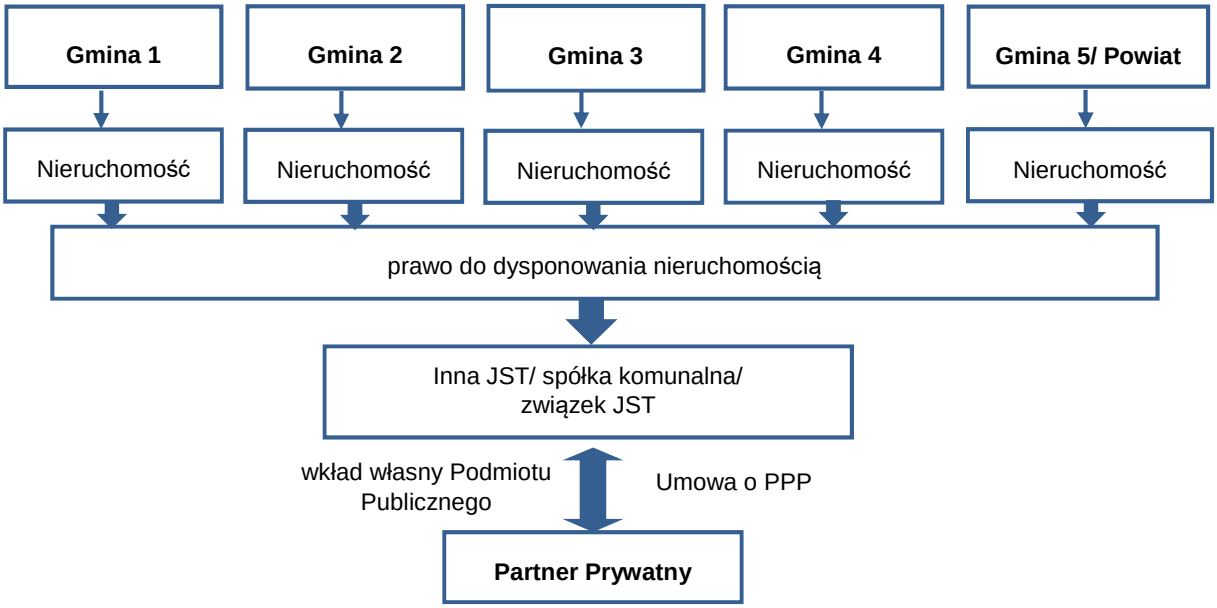
Biorąc pod uwagę założenia Pakietowego Projektu PPP w segmencie drogowym, należy rozważyć, czy nieruchomości, które są przeznaczone pod budowę dróg gminnych/powiatowych lub nieruchomości, na których ulokowane są drogi gminne/powiatowe mogą stanowić wkład własny JST w Umowie o PPP i tym samym podlegać obrotowi.

Przekazywanie prawa do dysponowania nieruchomościami zajętych lub przeznaczonych pod drogi publiczne może nastąpić na dwóch poziomach:

1) **przekazywania prawa pomiędzy JST współpracującymi w ramach Pakietu** (na podstawie porozumienia, umowy, w drodze związku lub spółki komunalnej),
2) następnie **przekazania prawa Partnerowi Prywatnemu w ramach wkładu własnego** na podstawie art. 7 ust. 1 u.p.p.p. (wniesienie wkładu własnego w postaci składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy lub na podstawie samej Umowy o PPP - art. 9 u.p.p.p.).

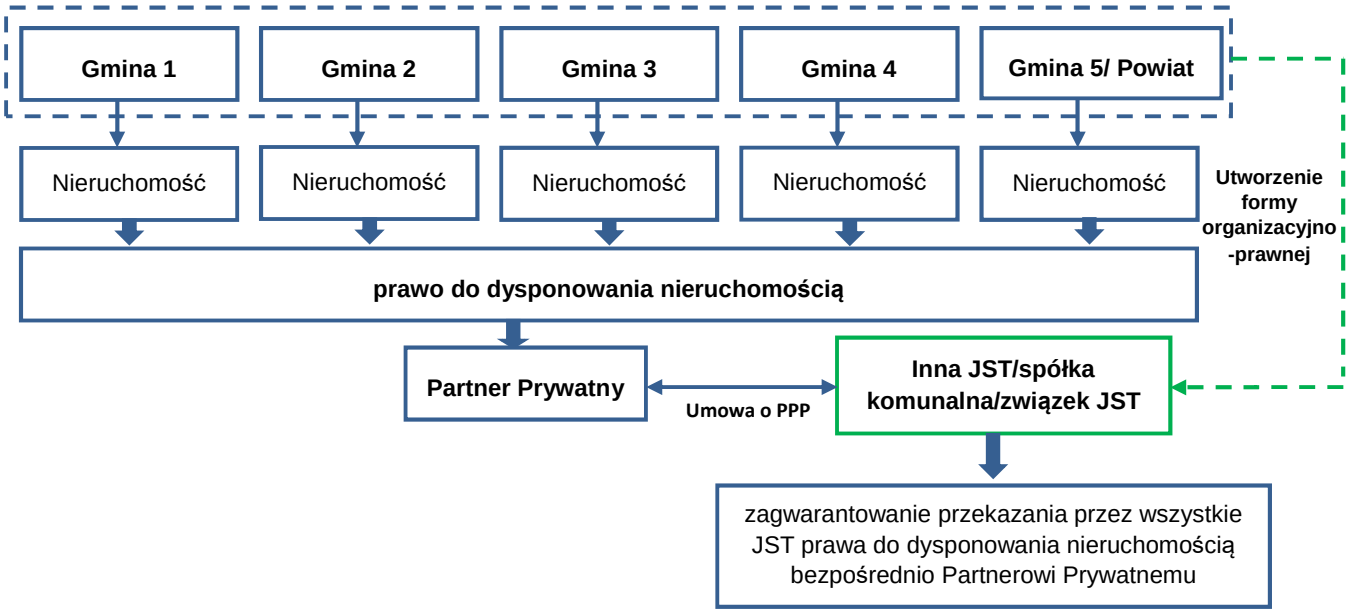
W ramach takiej konstrukcji, Podmiot Publiczny (jedna z JST/związek JST/spółka komunalna) wyposażona w prawo do dysponowania nieruchomościami objętymi Projektem, będzie pełnić rolę „pośrednika" w przekazywaniu tego prawa.

Schemat 6 Przekazywanie prawa do dysponowania nieruchomością w ramach Pakietowego Projektu PPP



Inny sposób przekazania prawa do dysponowania nieruchomością Partnerowi Prywatnemu **to zawarcie umów sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy bezpośrednio przez JST biorące udział w Pakietowym Projekcie PPP**. W takiej sytuacji, kto inny będzie Podmiotem Publicznym w Umowie o PPP (jedna z JST, związek JST lub spółka komunalna), a kto inny będzie przekazywać prawo Partnerowi Prywatnemu do dysponowania nieruchomością, na której będzie budowana lub remontowana droga. Ponieważ u.p.p.p. nie przewiduje w tym zakresie ograniczeń, takie rozwiązanie wydaje się możliwe. W takim przypadku sposób przekazywania prawa do dysponowania nieruchomością w ramach Pakietowego Projektu PPP prezentowałby się następująco:

Schemat 7 Przekazywanie prawa do dysponowania nieruchomością w ramach Pakietowego Projektu PPP



Przyjmując ten sposób przekazywania prawa do dysponowania nieruchomością, Umowa o PPP winna zawierać **zobowiązanie Podmiotu Publicznego do zapewnienia Partnerowi Prywatnemu prawa do dysponowania nieruchomością** oraz odpowiedzialność Podmiotu Publicznego za brak jego przekazania Partnerowi przez poszczególne JST.

Ważne również, aby wszystkie JST biorące udział w Projekcie dokonały na rzecz Partnera Prywatnego przekazania prawa do dysponowania nieruchomością (czy poprzez umowę użyczenia, czy poprzez udostępnienie nieruchomości) w takim samym zakresie i na takiej samej podstawie. Dzięki temu, uniknie się wątpliwości, co do zakresu praw przekazanych Partnerowi Prywatnemu.

Własność dróg publicznych

Jak wskazano powyżej, zgodnie z art. 2a ust. 2 u.d.p. drogi wojewódzkie, powiatowe i gminne stanowią własność właściwego samorządu województwa, powiatu lub gminy. Droga, która nie została zaliczona do żadnej kategorii dróg publicznych, jest drogą wewnętrzną, nieprzeznaczoną do powszechnego dostępu.

Kwestia własności danej drogi jest o tyle istotna, iż decyduje o jej przynależności do danej kategorii (zgodnie z art. 2 u.d.p.). W związku z tym, jeżeli dana droga nie stanowi własności gminy lub powiatu, nie można jej zaliczyć odpowiednio do kategorii dróg gminnych lub powiatowych[7]. Również zaliczenie drogi do określonej kategorii dróg publicznych powinno być poprzedzone czynnościami zmierzającymi do przejęcia własności drogi przez daną JST[8] (np. pozyskanie prawa własności nieruchomości w drodze umowy, poprzez wywłaszczenie lub komunalizację).

Zaliczenie drogi do danej kategorii dróg publicznych musi się zatem łączyć z przejściem prawa własności na rzecz JST. Sama uchwała, podjęta z uwzględnieniem art. 10 ust. 3 zd. 2 u.d.p.[9], nie powoduje automatycznego przejścia prawa własności terenu pod drogę na JST[10].

Co istotne, **przedmiotem uchwały pozbawiającej i zaliczającej drogę do kategorii nie mogą być drogi nieistniejące, które są dopiero na etapie planowania lub budowy**. Drogi nieistniejące, w tym przewidziane w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego bądź w innych aktach planowania przestrzennego, nie stanowią mienia publicznego.

Powyższe ma istotne znaczenie z punktu widzenia przepisów u.g.n. Zgodnie z art. 13 ust. 1 u.g.n. z nieruchomości stanowiące własność JST mogą być przedmiotem obrotu (z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z innych ustaw). W szczególności nieruchomości stanowiące własność JST mogą być przedmiotem sprzedaży, zamiany i zrzeczenia się, oddania w użytkowanie wieczyste, w najem lub dzierżawę, użyczenia, oddania w trwały zarząd, a także mogą być obciążane ograniczonymi prawami rzeczowymi, czy wnoszone jako wkłady niepieniężne (aporty) do spółek.

Zatem co do zasady nieruchomości należące do JST mogą być przedmiotem obrotu (z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z innych ustaw).

Na gruncie u.d.p. nieruchomości zajęte lub przeznaczone pod drogi publiczne podlegają ograniczonemu obrotowi.

> **WAŻNE:** Na gruncie przepisów u.d.p. przywołanych powyżej, wypracowano jednolity pogląd, iż nieruchomości przeznaczone pod drogi publiczne są bezwzględnie wyłączone z obrotu. Wskazany powyżej zakaz obrotu nie polega jedynie na niedopuszczalności przenoszenia prawa własności do dróg publicznych, ale również oznacza, iż na nieruchomościach, na których znajdują się drogi publiczne, nie można ustanowić ograniczonych praw rzeczowych, w tym hipoteki (wyrok NSA z dnia 21 czerwca 2017 r., II OSK 2650/15).

[7] Wyrok NSA z dnia 2.06.2016 r., I OSK 179/16
[8] Wyrok NSA z dnia 28.05.2009 r., I OSK 148/09
[9] „*Pozbawienie i zaliczenie nie może być dokonane później niż do końca trzeciego kwartału danego roku, z mocą od dnia 1 stycznia roku następnego*".
[10] Zob. wyrok WSA w Kielcach z dnia 20 lutego 2020 r., II SA/Ke 1170/19 (LEX nr 2924659) „Bez dysponowania przez gminę prawem własności gruntów, po których przebiega droga, co do której podjęta ma zostać uchwała o jej zaliczeniu do kategorii dróg gminnych, nie istnieje możliwość zgodnego z prawem podjęcia uchwały o zaliczeniu drogi do kategorii dróg gminnych. Konieczną przesłanką do skutecznego podjęcia przez radę gminy uchwały o zaliczeniu drogi do kategorii dróg gminnych jest legitymowanie się przez gminę prawem własności do gruntów, po których droga taka przebiega".

Oznacza to więc brak możliwości zmiany właściciela gruntu przeznaczonego pod drogi publiczne, poza Skarbem Państwa lub JST. Do przejścia prawa własności może dojść tylko pomiędzy tymi podmiotami, zaś wykluczone jest nabycie prawa własności drogi publicznej przez jakikolwiek inny podmiot (w tym podmiot prywatny) i w jakikolwiek sposób (np. poprzez zasiedzenie).

Dlatego też, jak wskazał NSA w wyroku z dnia 4.12.2019 r., I OSK 1049/18 „*jedyna dopuszczalna forma obrotu nieruchomościami zajętymi pod drogi publiczne może polegać na przeniesieniu własności pomiędzy podmiotami wymienionymi w art. 2a u.d.p., wyłącznie w razie zmiany przynależności drogi publicznej do określonej kategorii*”[11].

Jednocześnie należy pamiętać, że obrót nieruchomościami zajętymi pod drogi publiczne też nie jest nieograniczony – drogi powiatowe lub gminne muszą spełniać warunki określone odpowiednio w art. 6a[12] i 7 u.d.p.[13]

Warto również dodać, że zgodnie z art. 22 ust. 1 u.d.p. zarząd drogi sprawuje nieodpłatny trwały zarząd gruntami w pasie drogowym (czyli grunty, na których znajduje się droga oraz inne obiekty, w tym budowlane i urządzenia techniczne). Zarząd drogi może oddawać te grunty w najem, dzierżawę albo je użyczać, na cele związane z potrzebami zarządzania drogami, ruchu drogowego lub obsługi użytkowników ruchu (art. 22 ust. 2 u.d.p.). Opłaty z tytułu najmu lub dzierżawy zarząd drogi pobiera w wysokości ustalonej w umowie.

W przypadku zawarcia Umowy o PPP, **Partner Prywatny może otrzymać w najem, dzierżawę albo użyczenie nieruchomości leżące w pasie drogowym**, w celu wykonywania działalności gospodarczej (art. 22 ust. 2a u.d.p.).

[11] Warto w tym miejscu wskazać, w jaki sposób następuje obrót nieruchomościami zajętymi pod drogi publiczne pomiędzy podmiotami wskazanymi w art. 2a u.d.p. Jak wskazał SN w wyroku z dnia 15.01.2015 r., IV CSK 315/14, przeniesienie własności drogi pomiędzy Skarbem Państwa lub JST może nastąpić tylko wtedy, gdy dochodzi do zmiany przynależności drogi publicznej do określonej kategorii. Wówczas, wraz ze zmianą kategorii drogi publicznej następuje z mocy prawa zmiana właściciela drogi publicznej. Zatem podstawą nabycia prawa własności jest art. 2a u.d.p.
Zmiana kategorii drogi następuje poprzez podjęcie uchwały o pozbawieniu jej dotychczasowej kategorii i zaliczeniu do nowej, przy czym znajduje tutaj zastosowanie art. 10 ust. 3 u.d.p. Taka uchwała o ustaleniu kategorii drogi skutkuje zmianami własnościowymi i jest jedynym dopuszczalnym sposobem obrotu pomiędzy JST lub Skarbem Państwa. Na jej podstawie możliwe jest dokonanie wpisu w księdze wieczystej. Nie jest tym samym konieczne dokonywanie innych czynności, w tym cywilnoprawnych, których przedmiotem byłoby przeniesienie własności.

[12] Do dróg powiatowych zalicza się drogi inne niż drogi krajowe i drogi wojewódzkie stanowiące połączenia miast będących siedzibami powiatów z siedzibami gmin i siedzib gmin między sobą.

[13] „*Do dróg gminnych zalicza się drogi o znaczeniu lokalnym niezaliczone do innych kategorii, stanowiące uzupełniającą sieć dróg służących miejscowym potrzebom, z wyłączeniem dróg wewnętrznych”.*

Należy zatem rozważyć, **w jaki sposób powyższe ograniczenia mogą wpłynąć na realizację Pakietowego Projektu PPP**, w tym możliwe formy współdziałania pomiędzy JST oraz Umowę o PPP (i związane z nią wniesienie wkładu własnego). W tym zakresie należy wskazać, że:

1) w przypadku, gdy przedmiotem przedsięwzięcia będzie remont oraz utrzymanie istniejącej drogi gminnej/powiatowej:

- nie będzie możliwe przeniesienie własności takiej nieruchomości np. w drodze aportu do spółki komunalnej lub nieodpłatnego przekazania na rzecz związku,
- przeniesienie własności takiej nieruchomości pomiędzy współpracującymi JST będzie możliwe, ale jedynie w ograniczonym zakresie (gdy dana droga będzie spełniać warunki do zaliczenia jej do innej kategorii) – zatem zasadniczo należy wykluczyć możliwość zmiany właściciela w związku z zawarciem porozumienia lub umowy pomiędzy JST,
- *a contrario*, możliwe będzie przeniesienie prawa do dysponowania nieruchomością (np. na związek międzygminny, spółkę komunalną lub jedną z JST, do których obowiązków będzie należała m.in. realizacja Umowy o PPP) w taki sposób, że nie będzie się to wiązało ze zmianą właściciela, a jednocześnie pozwalając na dalsze przekazanie tego prawa na Partnera Prywatnego (na podstawie umowy odpłatnego najmu/dzierżawy bądź nieodpłatnego użyczenia lub samej Umowy o PPP),
- nie będzie możliwe przeniesienie własności takiej nieruchomości na rzecz Partnera Prywatnego (jako wkładu własnego), choć nie można wykluczyć zawarcia umowy z Partnerem Prywatnym, w ramach której nie dojdzie do zmiany właściciela (na podstawie umowy odpłatnego najmu/dzierżawy bądź nieodpłatnego użyczenia).

2) w przypadku, gdy przedmiotem przedsięwzięcia będzie budowa projektowanej drogi oraz utrzymanie istniejącej już drogi gminnej/powiatowej:

- zasadniczo będzie możliwe przeniesienie własności nieruchomości, na której będzie projektowana droga np. w drodze aportu do spółki komunalnej lub zrzeczenia się na rzecz związku międzygminnego lub gminno-powiatowego,
- przeniesienie własności nieruchomości, na której będzie projektowana droga, pomiędzy współpracującymi JST będzie zasadniczo możliwe,
- zasadniczo będzie możliwe przeniesienie własności nieruchomości, na której projektowana jest droga, na rzecz Partnera Prywatnego (jako wkładu własnego),
- przy czym, w każdym z tych przypadków, każda z JST będzie musiała, najpóźniej po wybudowaniu drogi, uzyskać prawo własności do tej nieruchomości, aby móc ją zaliczyć do kategorii dróg gminnych/powiatowych[14].

Niezależnie od powyższych możliwości, nadal JST mogą przekazywać prawo do dysponowania nieruchomością w taki sposób, aby nie prowadzić do zmiany właściciela (na podstawie umowy odpłatnego najmu/dzierżawy bądź nieodpłatnego użyczenia lub samej Umowy o PPP), zarówno na rzecz podmiotu realizującego zadanie publiczne (np. związek międzygminny, spółkę komunalną, JST), jak i bezpośrednio na rzecz Partnera Prywatnego. Wydaje się, że takie rozwiązanie byłoby pożądane, biorąc pod uwagę, że prawo własności nieruchomości zajętej pod drogi publiczne musiałoby ostatecznie zostać przeniesione na poszczególne JST realizujące Pakietowy Projekt PPP.

[14] Przy czym, w tym zakresie należy mieć na uwadze przepisy Ustawy o zasadach inwestycji, określające zasady i warunki przygotowania inwestycji w zakresie dróg publicznych. Na gruncie wskazanych przepisów, przed rozpoczęciem robót budowlanych, konieczne jest wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej przez właściwy organ. Jednym ze skutków takiej decyzji jest przejście, z mocy prawa, na JST własności nieruchomości lub ich części, określonych w decyzji, jak również wygasają ustanowione na tych nieruchomościach ograniczone prawa rzeczowe. Nieruchomości lub ich części przechodzą nieodpłatnie w trwały zarząd na rzecz właściwego zarządu drogi. Z powyższych przepisów wynika zatem, iż JST muszą pozyskać prawo własności do nieruchomości przed wszczęciem inwestycji drogowej, co wyklucza obrót taką nieruchomością na potrzeby realizacji Pakietowego Projektu PPP.

W ramach Pakietowego Projektu PPP, rekomendowane jest:

1. niezależnie od tego, czy przedmiotem przedsięwzięcia będzie remont oraz utrzymanie istniejącej drogi gminnej/powiatowej, czy też budowa projektowanej drogi oraz utrzymanie istniejącej już drogi gminnej/powiatowej, **prawo do dysponowania nieruchomością zajętą lub przeznaczoną pod drogi publiczne powinno być przekazane bez przenoszenia prawa własności**,
2. preferowane powinno być nieodpłatne przekazanie prawa do dysponowania nieruchomością zajętą lub przeznaczoną pod drogi publiczne (np. umowa użyczenia i dalszego użyczenia lub Umowa o PPP), ponieważ umowy najmu i dzierżawy pociągają za sobą konieczność poniesienia dodatkowych kosztów przez JST biorące udział w Projekcie oraz Partnera Prywatnego (czynsz). Ponadto, ponieważ w Pakietowym Projekcie PPP, według założeń, Partner Prywatny nie będzie pobierać pożytków z udostępnionej mu nieruchomości, **nie znajduje uzasadnienia stosowanie umowy dzierżawy**,
3. przyjęcie konstrukcji, w której prawo do dysponowania nieruchomością zostanie przekazane Partnerowi Prywatnemu na podstawie umów (np. użyczenia) zawartych bezpośrednio przez JST biorące udział w Projekcie. W takim przypadku, w Umowie o PPP należałoby odpowiednio zabezpieczyć interes Partnera Prywatnego, poprzez wyraźne **zobowiązanie Podmiotu Publicznego (jednej z JST/związku JST/spółki komunalnej) do zapewnienia przekazania prawa do dysponowania nieruchomością przez JST biorące udział w Projekcie**. Obowiązek Podmiotu Publicznego powinien być obwarowany stosowną karą umowną.
   Choć taka konstrukcja znajdzie zastosowanie w każdej formie współdziałania JST, ten model jest szczególnie uzasadniony, gdy w ramach danej formy współdziałania, wszystkie JST będą miały status strony Umowy o PPP (Podmiotu Publicznego), np. w przypadku umowy cywilnoprawnej zawartej pomiędzy JST. W przypadku związku JST/spółki komunalnej/ porozumienia administracyjnoprawnego możliwe będzie również uprzednie wyposażenie związku JST/spółki komunalnej/innej JST będącej Liderem Projektu w prawo do dysponowania nieruchomością, tak aby było następnie możliwe przekazanie tego prawa Partnerowi Prywatnemu jako wkład własny do PPP (konstrukcja ta jednak nie jest preferowanym rozwiązaniem).

1.1.3. Analiza podatkowa w zakresie dróg publicznych

Kwestie opodatkowania podatkiem od nieruchomości dróg publicznych

W kontekście powyższych ustaleń dotyczących kwestii właścicielskich nieruchomości przeznaczonych pod drogi publiczne oraz związanych z tym ograniczeń w obrocie, istotne pozostaje przeanalizowanie skutków podatkowych w zakresie podatku od nieruchomości. Dotyczyć one będą określenia podatnika oraz możliwości skorzystania ze zwolnień oraz wyłączeń podatkowych.

W świetle art. 2. ust 1. u.p.o.l. opodatkowaniu **podatkiem od nieruchomości podlegają** następujące nieruchomości lub obiekty budowlane: grunty, budynki lub ich części, a także budowle lub ich części związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.p.o.l. podatnikami podatku od nieruchomości są osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne, w tym spółki nieposiadające osobowości prawnej, będące:

1) właścicielami nieruchomości lub obiektów budowlanych;
2) posiadaczami samoistnymi nieruchomości lub obiektów budowlanych;
3) użytkownikami wieczystymi gruntów;

posiadaczami nieruchomości lub ich części albo obiektów budowlanych lub ich części, stanowiących własność Skarbu Państwa lub JST, jeżeli posiadanie :

a) wynika z umowy zawartej z właścicielem, Krajowym Ośrodkiem Wsparcia Rolnictwa lub z innego tytułu prawnego, z wyjątkiem posiadania przez osoby fizyczne lokali mieszkalnych niestanowiących odrębnych nieruchomości,

b) jest bez tytułu prawnego.

Jeżeli przedmiot opodatkowania znajduje się w posiadaniu samoistnym, obowiązek podatkowy w zakresie podatku od nieruchomości ciąży na posiadaczu samoistnym (art. 3 ust. 2 u.p.o.l.). U.p.o.l. formułuje zasadę, że podatnikiem podatku od nieruchomości jest właściciel, posiadacz samoistny bądź użytkownik wieczysty gruntu. Ustawodawca przewidział jednak wyjątek dla nieruchomości oraz obiektów budowlanych (lub ich części) stanowiących własność Skarbu Państwa lub JST (art. 3 ust. 1 pkt. 4 u.p.o.l.). Jeżeli posiadanie nieruchomości, będącej własnością JST, wynika z umowy, to podatnikiem będzie w takiej sytuacji strona umowy – posiadacz zależny.

W ramach Projektu Pakietowego PPP przewiduje się przekazanie prawa do dysponowania nieruchomościami zajętymi lub przeznaczonymi pod drogi publiczne, m.in. poprzez zawarcie nieodpłatnej umowy użyczenia nieruchomości. **Do momentu przekazania prawa do dysponowania nieruchomością, podatnikiem będzie JST – jako właściciel (bądź jako dotychczasowy posiadacz).** Po przeniesieniu posiadania podatnikiem podatku od nieruchomości, na podstawie art. 3 ust. 1 pkt. 4 lit. a) stanie się biorący w użyczenie Partner Prywatny. Kwestia określenia, jako podatnika posiadacza zależnego nieruchomości nie budzi zastrzeżeń sądów administracyjnych.[15]

[15] Dla przykładu Wyrok NSA z dnia 28 marca 2017 r. II FSK 558/15: *Przepisy art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. a) u.p.o.l. nakładają bowiem obowiązek podatkowy w podatku od nieruchomości na posiadacza zależnego, a więc tego, który włada rzeczą „jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą.”,* czy wyrok WSA w Warszawie z dnia 2 lipca 2010 r. III SA/Wa 1364/09: *Takie odrębne od przewidzianego w pkt 1, unormowanie dotyczące szczególnych (z uwagi na osobę właściciela) nieruchomości i obiektów budowlanych oznacza, że w przypadku gdy spełnione zostaną warunki określone w pkt 4, podatnikiem jest tylko i wyłącznie podmiot wskazany w tym ostatnim punkcie, tj. posiadacz.*

U.p.o.l. przewidziała jednak szereg zwolnień i wyłączeń, które będą mogły znaleźć zastosowanie w związku z realizacją Pakietowego Projektu PPP w segmencie drogowym:

1) wyłączenie z opodatkowania gruntów zajętych pod pasy drogowe dróg publicznych oraz zlokalizowanych w nich budowli;
2) zwolnienie z podatku od nieruchomości gruntów i budynków wchodzących w skład nieruchomości przeznaczonych na budowę dróg publicznych;
3) zwolnienie z podatku od nieruchomości gruntów i budynków lub ich części, stanowiących własność gminy.

Ad 1) Jeżeli chodzi o **wyłączenie z opodatkowania gruntów zajętych pod pasy drogowe dróg publicznych**, należy wskazać, że zgodnie z art. 2 ust. 3 pkt) 4 u.p.o.l. opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości nie podlegają grunty zajęte pod pasy drogowe dróg publicznych w rozumieniu przepisów o drogach publicznych oraz zlokalizowane w nich budowle – z wyjątkiem związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej innej niż utrzymanie dróg publicznych lub eksploatacja autostrad płatnych.

Ustawodawca we wskazanym przepisie odsyła do u.d.p., co pozwala na ustalenie zakresu wyłączenia z opodatkowania. Z wyłączenia podatkowego mogą skorzystać dwie kategorie przedmiotów opodatkowania:

- grunty zajęte pod pasy drogowe dróg publicznych[16] oraz
- zlokalizowane w pasach drogowych budowle, z wyjątkiem tych, które są związane z prowadzeniem działalności gospodarczej innej niż eksploatacja autostrad płatnych.

Należy podkreślić, że **przedmiotowe wyłączenie dotyczy gruntów wykorzystywanych na pasy drogowe dróg publicznych. Grunty dopiero wydzielone pod takie drogi, nie będą mogły być wyłączone z opodatkowania**.[17]

Wyłączenie to nie dotyczy budynków usytuowanych w pasach drogowych. Omawiane wyłączenie ma charakter przedmiotowy. Skorzysta z niego także posiadacz nieruchomości.

[16] Jako „pas drogowy" należy rozumieć wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą (art. 4 pkt 1 u.d.p.). Natomiast drogą jest budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym (art. 4 pkt 2 u.d.p.). Zgodnie z orzecznictwem, (…) ustawowa definicja drogi składa się z dwóch elementów. Elementu materialnego dotyczącego takiej cechy drogi jak jej ogólnodostępność i elementu formalnego czyli zaliczenia jej do jednej z kategorii dróg. Oba te elementy muszą występować łącznie, aby droga mogła być zaliczona do dróg publicznych. Jednoczenie podkreśla się, że droga ogólnodostępna, nie będąca jednak drogą żadnej z wymienionych wyżej kategorii, nie spełnia kryterium drogi publicznej. Nie będą one drogami publicznymi nawet w sytuacji, gdy z woli ich właściciela będą one drogami ogólnodostępnymi, czyli każdy będzie mógł z nich skorzystać. Spełnienie przesłanki ogólnodostępności nie jest wystarczające do uznania drogi za drogę publiczną. Dodać ponadto należy, że z mocy art. 2a ustawy o drogach publicznych drogi te muszą stanowić własność Skarbu Państwa (drogi krajowe) lub samorządu województwa, powiatu lub gminy.

[17] „*Dopiero łączne wystąpienie przesłanki faktycznego zajęcia gruntu pod pas drogowy drogi publicznej i sklasyfikowania tego gruntu jako drogi "dr" oznacza, iż w sprawie może mieć zastosowanie wyłączenie przedmiotowego gruntu z opodatkowania na zasadzie przepisu art. 2 ust. 3 pkt 4 u.p.o.l. "Faktyczne" zajęcie gruntu pod pasy drogowe dróg publicznych dla celów wyłączenia z opodatkowania podatkiem od nieruchomości (art. 2 ust. 3 pkt 4 u.p.o.l.) należy rozumieć w ten sposób, że na gruncie urządzona jest budowla drogi oraz obiekty i urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą*" - stanowisko takie zostało zaprezentowane w interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego Prezydenta Miasta Poznania z dnia 16 lutego 2017 r. nr 64.

Ad 2) Ustawa przewiduje także **zwolnienie z opodatkowania gruntów i budynków wchodzących w skład nieruchomości dopiero przeznaczonych na budowę dróg publicznych**, nabytych odpowiednio na własność lub w trwały zarząd m.in. właściwych JST (art. 1b ust. 3 u.p.o.l.).

Omawiany przepis zawiera delegację ustawową do Ustawy o zasadach inwestycji, w której przepisach uregulowane zostało zwolnienie.

Zgodnie z art. 22 ust. 2 Ustawy o zasadach inwestycji zwalnia się z podatku od nieruchomości grunty i budynki wchodzące w skład nieruchomości przeznaczonych na budowę dróg publicznych, nabytych, po dniu 1 stycznia 2007 r., odpowiednio na własność lub w trwały zarząd, m.in. właściwych JST, w trybie określonym w niniejszym rozdziale, od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło nabycie, nie dłużej niż przez okres 5 lat w odniesieniu do gruntów i 1 roku w odniesieniu do budynków.

Powyższy przepis ogranicza zwolnienie podatkowe do dwóch kategorii przedmiotów opodatkowania – gruntów i budynków wchodzących w skład nieruchomości przeznaczonych na budowę dróg publicznych. Wyklucza to możliwość zastosowania przedmiotowego zwolnienia np. do budowli. Ustawodawca wprowadza także dodatkowy warunek dotyczący momentu nabycia tych gruntów i budynków. Jako cezurę przyjęto datę 1 stycznia 2007 r. Muszą one zostać nabyte w trwały zarząd bądź też na własność, w trybie określonym w rozdziale 3 Ustawy o zasadach inwestycji Skutkiem tej regulacji, grunty i budynki, nabyte na potrzeby budowy dróg publicznych przed 1 stycznia 2007 r. nie mogą skorzystać z omawianego zwolnienia.

Należy dodać, że przedmiotowe zwolnienie posiada charakter okresowy. W stosunku do nabytych gruntów ustawodawca ogranicza możliwość jego stosowania na okres 5 lat (licząc od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło nabycie). W przypadku budynków okres ten wynosi 1 rok.

Trzeba podkreślić, że zwolnienie to dotyczy jedynie gruntów podlegających opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości. Grunty, które są przedmiotem podatku rolnego i leśnego, pomimo to, że zajęte pod budowę dróg publicznych nie skorzystają z omawianego zwolnienia[18].

Przeważające znaczenie w powyższym zakresie ma art. 1a ust. 3 u.p.o.l., który obecnie wprost odwołuje się do ewidencji gruntów i budynków jako podstawy wymiaru podatków.

[18] W stosunku do gruntu opodatkowanego podatkiem rolnym wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 5 lutego 2015 r., II FSK 3130/12: „*W odniesieniu do zwolnienia należy podkreślić, że art. 1b ust. 3 u.p.o.l. w związku z art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 193, poz. 1194 ze zm.) zwalnia grunty z podatku od nieruchomości, jeżeli grunty te przeznaczone są na budowę dróg publicznych. Zwolnienie to nie dotyczy jednak gruntów sklasyfikowanych jako użytki rolne. Skoro na podstawie ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych nieruchomość nie jest zwolniona z podatku od nieruchomości, nie jest również zwolniona z niego na podstawie ustawy o podatku rolnym – to podlega opodatkowaniu podatkiem rolnym*”.
Co do braku możliwości zastosowania omawianego zwolnienia do gruntów objętych podatkiem leśnym Naczelny Sąd Administracyjny stanowisko zajął w wyroku z dnia 22 listopada 2016 r., II FSK 1657/16: „*Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 2 ust. 3 pkt 4 u.p.o.l., Sąd wskazał, że przepis ten przewiduje wyłączenie z podatku od nieruchomości określonych gruntów. Nie może w istocie dotyczyć lasów, które zostały wyłączone z zakresu działania regulacji dotyczących podatku od nieruchomości. W sprawie skarżąca podnosiła, że dokona aktualizacji stosownych zapisów w ww. ewidencji. Jednakże, jak wynika z akt sprawy, tego nie uczyniła. Skoro nie dokonano zmian w ewidencji gruntów i budynków w zakresie przeznaczenia gruntów, to organy podatkowe nie miały podstaw i nie były uprawnione do dokonywania w tym zakresie odmiennych, własnych, ustaleń w ramach postępowania w sprawie podatku leśnego*”.

Ad 3) Ostatecznie, należy wskazać, że w prawie podatkowym **przewidziano zwolnienie z podatku od nieruchomości gruntów i budynków lub ich części, stanowiących własność gminy**.

Jest to najszersze zwolnienie w przedmiotowym zakresie, określone w art. 7 ust. 1 pkt 15) u.p.o.l. Zgodnie z tym przepisem, zwalnia się grunty i budynki lub ich części, stanowiące własność gminy, z wyjątkiem zajętych na działalność gospodarczą lub będących w posiadaniu innych niż gmina jednostek sektora finansów publicznych oraz pozostałych podmiotów.

Zwolnienie to dotyczy dwóch kategorii przedmiotów opodatkowania - gruntów oraz budynków lub ich części należących do gmin. Zakres podmiotowy zwolnienia obejmuje jedynie gminy. Z jego przedmiotu wyłączone zostały budowle. Jednakże, grunty i budynki lub ich części muszą spełniać jeszcze następujące warunki. Po pierwsze, muszą one stanowić własność gminy. Zwolnienie nie obejmie gruntów i budynków będących przedmiotem użytkowania wieczystego oraz takich, którymi gmina włada, jako posiadacz samoistny. Grunty i budynki lub ich części nie mogą być także zajęte na prowadzenie działalności gospodarczej. Powyższe oznacza, że nieruchomości wykorzystywane przez gminę w celu prowadzenia działalności gospodarczej, opodatkowane będą na ogólnych zasadach.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt omawianego Pakietowego Projektu PPP, należy wskazać, że:

1. JST biorące udział w Projekcie, **w odniesieniu do gruntów zajętych pod istniejące drogi publiczne** (remontowanych lub wybudowanych w ramach przedsięwzięcia), **nie będą zobowiązane do uiszczania podatku od nieruchomości**, ze względu na ich wyłączenie z opodatkowania,
2. JST biorące udział w Projekcie, **mogą skorzystać z okresowego zwolnienia z opodatkowania podatkiem od nieruchomości, w odniesieniu do gruntów przeznaczonych pod projektowane drogi publiczne, nabytych na własność lub w trwały zarząd przez JST po 1 stycznia 2007 r.** na zasadach określonych w Ustawie o zasadach inwestycji. Po wybudowaniu drogi publicznej, taki grunt zajęty pod istniejącą drogę publiczną będzie już wyłączony z opodatkowania podatkiem od nieruchomości,
3. gminy biorące udział w Projekcie mogą skorzystać ze **zwolnienia z opodatkowania** podatkiem od nieruchomości, w odniesieniu do gruntów stanowiących ich własność (niezależnie od tego, czy są zajęte, czy przeznaczone pod drogi publiczne). Powiaty w takim zakresie ze zwolnienia nie korzystają, zatem w odniesieniu do gruntów stanowiących własność powiatu, na których dopiero droga publiczna jest projektowana, a które nie spełniają warunków określonych w Ustawie o zasadach inwestycji, **powiaty będą zobowiązane do uiszczania podatku od nieruchomości**,
4. **budowle stanowiące własność JST (gminy lub powiatu) zlokalizowane w istniejącym pasie drogowym są wyłączone z opodatkowania**. Podatek od nieruchomości w zakresie budowli może powstać jedynie w sytuacji, gdy JST na nieruchomości zajętej pod istniejącą drogą publiczną prowadzi **działalność gospodarczą**. W pozostałych przypadkach (np. gdy budowla jest zlokalizowana na gruncie przeznaczonym dopiero pod projektowaną drogę publiczną), budowle podlegają opodatkowaniem podatkiem od nieruchomości.

Skutki podatkowe umowy użyczenia nieruchomości pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC:

Skutki podatkowe umowy użyczenia nieruchomości pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym na gruncie podatku PCC

Podatkowi od czynności cywilnoprawnych, w świetle art. 1 ust. 1 u.p.c.c., podlega dokonanie czynności cywilnoprawnych enumeratywnie wymienionych w tym przepisie oraz ich zmiana, a także orzeczenia sądów (w tym również polubownych) oraz ugody, jeżeli wywołują one takie same skutki prawne jak wymienione w omawianym katalogu. Wskazany katalog jest katalogiem zamkniętym, co oznacza, że opodatkowane są jedynie wymienione w nim czynności cywilno-prawne. Zasadę tą potwierdza ugruntowane orzecznictwo sądów administracyjnych oraz doktryna prawa podatkowego. Umowa użyczenia nieruchomości, jako nie wymieniona wśród czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych - nie podlega opodatkowaniu podatkiem PCC.

Skutki podatkowe umowy użyczenia nieruchomości pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym na gruncie podatku VAT

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u. opodatkowaniu podatkiem VAT podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

Przez dostawę towarów rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel (art. 7 ust. 1 u.p.t.u.). Biorąc pod uwagę charakter prawny umowy użyczenia, który to zakłada zwrot przedmiotu umowy użyczającemu, użyczenie nie może zostać uznane za dostawę towarów na gruncie art. 7 ust. 1 u.p.t.u.

W świetle art. 8 ust. 1 u.p.t.u., przez świadczenie usług, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów. W związku z tym, skoro umowa użyczenia nie wiąże się z przeniesieniem prawa do rozporządzania jak właściciel na biorącego w używanie, trzeba stwierdzić, że świadczenie to należy zakwalifikować na gruncie u.p.t.u. jako świadczenie usług.

Zasadniczo, usługi podlegają opodatkowaniu tylko wówczas, gdy posiadają charakter odpłatny. Jeżeli daną usługę wykonano nieodpłatnie, to nie podlega ona opodatkowaniu. Zasada ta dotyczy zarówno usług nieodpłatnych, jak i usług, które zostały wykonano za darmo, bez zapłaty w jakiejkolwiek formie. Zasada ta doznaje jednak ograniczenia w przypadku usług nieodpłatnych zrównanych z usługami świadczonymi odpłatnie.[19]

Zgodnie z unormowaniami zawartymi w art. 8 ust. 2 u.p.t.u., w pewnych, ściśle określonych przypadkach, również nieodpłatne świadczenie usług należy uznać za spełniające definicję odpłatnego świadczenia usług, które na podstawie art. 5 ust. 1 u.p.t.u., podlega opodatkowaniu podatkiem VAT. Do takiej sytuacji należy nieodpłatne świadczenie usług na cele osobiste podatnika (lub jego pracowników, w tym byłych pracowników, wspólników, udziałowców, akcjonariuszy, członków spółdzielni i ich domowników, członków organów stanowiących osób prawnych, członków stowarzyszenia), oraz wszelkie inne nieodpłatne świadczenie usług do celów innych niż działalność gospodarcza podatnika.

W związku z powyższym, będzie podlegało opodatkowaniu nieodpłatne świadczenie usług niezwiązane z prowadzeniem przedsiębiorstwa nawet w przypadku braku prawa do odliczenia podatku VAT związanego z jego świadczeniem. Oznacza to brak uzależnienia opodatkowania od przysługującego wcześniej prawa do odliczenia podatku VAT naliczonego od zakupu towaru lub usługi.[20]

---

[19] Bartosiewicz Adam, VAT. Komentarz, wyd. XIII

[20] wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 6 listopada 2019 r., I SA/Po 504/19, czy wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 października 2019 r., III SA/Wa 128/19: *Oznacza to, że w zakresie czynności cywilnoprawnych dokonywanych przez jednostki samorządu terytorialnego, nawet, gdy dotyczą one zadań własnych gmin lub powiatów, podmioty te powinny być uznawane za podatników*

Jednak, zgodnie z art. 15 ust. 6 u.p.t.u. nie uznaje się za podatnika organów władzy publicznej oraz urzędów obsługujących te organy w zakresie realizowanych zadań nałożonych odrębnymi przepisami prawa, dla realizacji których zostały one powołane, z wyłączeniem czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych. Literalna wykładnia tego przepisu wskazuje, że JST zawierając umowę cywilnoprawną w zakresie nieodpłatnego użyczenia nieruchomości na rzecz Partnera Prywatnego będzie uznana za podatnika w przedmiotowej czynności.

Organy krajowej administracji skarbowej rozpatrywały interpretacje dotyczące przedmiotowej kwestii, w świetle interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 18 listopada 2016 r., 2461-IBPP3.4512.654.2016.1.BJ: „(…) *względem nieodpłatnego przekazania w ramach umowy użyczenia nieruchomości gruntowej na rzecz spółki komunalnej celem wybudowania na niej drogi i utrzymywania jej, nie ma zastosowania art. 8 ust. 2 ustawy o VAT, a zatem czynność ta nie podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. (…) należy stwierdzić, że wykonując czynności polegające na nieodpłatnym udostępnieniu nieruchomości (niepodlegające opodatkowaniu) Wnioskodawca nie działa w charakterze podatnika podatku VAT w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy. Bez znaczenia w tym przypadku jest to, że – jak wskazał Wnioskodawca – umowa nieodpłatnego użyczenia ma charakter cywilno-prawny*".

Trzeba jednak podkreślić, że aby można było mówić o obowiązku podatkowym z tytułu nieodpłatnej umowy użyczenia, JST musi działać w charakterze podatnika podatku VAT. Realizacja celu publicznego JST stanowi przyczynę zawarcia umowy użyczenia. W tym zakresie wydano szereg interpretacji indywidualnych przepisów prawa podatkowego potwierdzających brak objęcia podatkiem VAT nieodpłatnego użyczania nieruchomości stanowiących własność JST.[21]

Wydaje się, że w przypadku czynności nieodpłatnego użyczenia, wykonywanych na podstawie umów cywilnoprawnych dana JST nie będzie działała w charakterze organu, lecz jako zwykły uczestnik obrotu gospodarczego. Z literalną wykładnią art. 15 ust. 6 u.p.t.u. nie zgadza się część doktryny prawa podatkowego.[22]

VAT. Zatem, w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego wykonuje czynności na podstawie umów cywilnoprawnych, tj. na warunkach i w okolicznościach właściwych również dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą - powinna być traktowana jako podatnik VAT, gdyż w przedmiotowym zakresie działa de facto w sposób analogiczny do tych podmiotów.
Aby określić możliwość zastosowania art. 15 ust. 6 u.p.t.u., który wyłącza organy władzy publicznej (oraz urzędy obsługujące te organy) z definicji podatnika VAT, konieczne jest określenie, czy zadania realizowane przez gminę są zadaniami, dla których gmina została powołana w ramach reżimu publicznoprawnego, czy też są to czynności wykonywane na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych. Powyższe oznacza, że decydującą przesłanką przesądzającą o uznaniu bądź nieuznaniu organu władzy publicznej za podatnika VAT będzie zachowanie się tego organu jako organu władzy publicznej, bądź jako podatnika w stosunku do określonych świadczeń.

[21] interpretacja z dnia 19 stycznia 2018 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, 0111-KDIB3-2.4012.678.2017.2.MD; interpretacja z dnia 18 października 2018 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, 0111-KDIB3-2.4012.541.2018.2.MD; interpretacja z dnia 17 maja 2017 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, 2461-IBPP3.4512.104.2017.2.SR.

[22] art. 15 VATU Michalik 2019, wyd. 15/Nowak-Fara:*Oznacza to, iż organ władzy publicznej nie będzie podatnikiem w zakresie swojej działalności podstawowej (takiej, jak np. czynności urzędowe), natomiast będzie traktowany tak samo jak każdy inny podmiot w zakresie czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych wykraczających poza zadania nałożone odrębnymi przepisami (takich jak np. wynajem powierzchni biurowej). (…) W bardzo interesującym wyroku z 12.12.2014 r. (I FSK 1879/13, Legalis) NSA uznał, że art. 15 ust. 6 ustawy należy interpretować w świetle brzmienia art. 13 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE. Dlatego NSA przyjął, że z samego faktu zawarcia takiej umowy cywilnoprawnej, jeśli jest ona związana z wykonywaniem zadań, które są wykonywane przez daną jednostkę jako organ władzy publicznej, nie można wyciągać wniosku o tym, że dana jednostka w odniesieniu do takiej czynności stała się podatnikiem podatku VAT. Dlatego Sąd uznał, niewątpliwie trafnie, że art. 15 ust. 6 ustawy musi być interpretowany zgodnie z celem, dla którego ten przepis został przetransponowany na grunt prawa polskiego, a cel ten wynika jednoznacznie z art. 13 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE. Podobnie NSA rozstrzygnął w wyroku z 6.11.2014 r. (I FSK 1644/13, Legalis), w którym analizował przypadek gminy, której właściwy organ podjął uchwałę w sprawie ustalenia stawki opłat za korzystanie przez operatorów publicznego transportu drogowego i przewoźników z przystanków*

Biorąc jednak pod uwagę wyżej wskazane orzecznictwo sądów administracyjnych przed zawarciem umowy nieodpłatnego użyczenia, rekomendujemy aby **JST wystąpiła z wnioskiem o uzyskanie indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego w zakresie uznania przedmiotowej umowy za nieopodatkowaną podatkiem VAT**.

Skutki podatkowe umowy użyczenia nieruchomości pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym na gruncie podatku CIT

Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 2) u.p.d.p. przychodami są w szczególności wartość otrzymanych rzeczy lub praw, a także wartość innych świadczeń w naturze, w tym wartość rzeczy i praw otrzymanych nieodpłatnie lub częściowo odpłatnie, a także wartość innych nieodpłatnych lub częściowo odpłatnych świadczeń.

Oznacza to, że w świetle wskazanego przepisu, aby można było określone świadczenie zaliczyć do kategorii świadczeń nieodpłatnych stanowiących źródło przychodu podlegającego opodatkowaniu, musi dojść do stosunku prawnego, w wyniku którego jeden podmiot dokonuje określonego świadczenia, drugi natomiast to świadczenie otrzymuje nieodpłatnie, zwiększając w ten sposób swoje przychody podatkowe.

Trzeba jednak zaznaczyć, że przychód rozpoznawany będzie po stronie podmiotu, który otrzymał rzecz w bezpłatne używanie.

Podsumowując, **nieodpłatne użyczenia nieruchomości na rzecz Partnera Prywatnego będzie neutralne podatkowo dla JST na gruncie podatku CIT**.

Skutki podatkowe udostępnienia faktycznego nieruchomości przez JST na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC

Udostępnienie nieruchomości w celu umożliwienia realizacji na niej przedmiotu umowy, niebędące jednocześnie realizacją innej czynności cywilnoprawnej (takiej jak najem czy użyczenie), będzie stanowić jedynie czynność faktyczną. **Dokonanie takiej czynności nie wywoła skutków podatkowych na gruncie podatku PCC, podatku VAT oraz podatku CIT**.

komunikacyjnych, których właścicielem lub zarządzającym jest owa gmina. Na podstawie tej uchwały zawarte zostały umowy z przewoźnikami na korzystanie z przystanków komunikacyjnych, których jest właścicielem. Pojawiła sie więc wątpliwość co do tego, czy w świetle brzmienia art. 15 ust. 6 realizacja zadań własnych gminy poprzez zawarcie stosownych umów cywilnoprawnych sprawia, że w odniesieniu do tych czynności gmina korzysta z wyłączenia, o którym mowa w art. 15 ust. 6 (ze względu na to, że realizuje zadania własne), czy też jest podatnikiem ze względu na zawarcie rzeczonych umów.

1.2. Identyfikacja wariantów oraz wykluczenie form nieprzystających do Pakietowego Projektu PPP

W rozdziale 1.1.1. Analizy wskazano teoretyczne możliwe formy realizacji Projektu, uzasadniając, że JST, ze względu na swoją specyfikę, doznają ograniczeń w tworzeniu struktur i form działania służących do wykonywania zadań publicznych.

1.2.1. Relacje kontraktowe JST

Jak wskazano powyżej w rozdziale 1.1.1. Analizy, jedną z form współdziałania JST w celu wykonywania zadań publicznych jest umowa pomiędzy JST w postaci porozumienia administracyjnoprawnego bądź umowy cywilnoprawnej.

Porozumienie administracyjnoprawne **nie jest umową prawa cywilnego**, w szczególności nie jest umową zbliżoną do umowy zlecenia lub o świadczenie usług, ale jest szczególną formą publicznoprawną. Jego istotą jest przekazanie kompetencji do wykonywania zadań publicznych, które na podstawie przepisów ustawy należą do właściwości konkretnego organu władzy publicznej.

W ramach porozumienia administracyjnoprawnego **możliwe jest zatem przekazanie innej JST zadań o charakterze władczym**. Nie jest możliwe przekazanie do wykonania zadania publicznego więcej niż jednej JST.

Zasadniczo na gruncie porozumienia administracyjnoprawnego **nie tworzy się nowego podmiotu** (osoby prawnej), jak w przypadku związku. Co prawda nie jest wykluczone, iż JST podpisujące porozumienie zdecydują się na utworzenie specjalnej struktury organizacyjnej pozwalającej na realizację zadań, jednak nie jest to element warunkujący ważność porozumienia.

Porozumienia administracyjnoprawne **mogą być zawierane przez JST różnego szczebla**, przy czym, podstawowym ograniczeniem w przypadku tej formy współdziałania jest brak możliwości przekazywania zadań publicznych przez JST niższego szczebla „w górę". Oznacza to, że np. gmina nie może przekazać, w drodze porozumienia administracyjnoprawnego, zadania własnego do wykonania powiatowi.

Kolejnym istotnym elementem wyróżniającym porozumienie administracyjnoprawne jest, powiązany z przekazaniem przez JST zadania publicznego do wykonania przez jedną z nich, **obowiązek partycypowania stron tego porozumienia w realizacji zadania**. W porozumieniu muszą się zatem znaleźć postanowienia dotyczące warunków i terminów zapłaty środków finansowych przeznaczonych na wykonanie zadania publicznego.

Inną, choć podobną formą współdziałania JST, są **umowy cywilnoprawne, w ramach których mogą być przekazywane zadania w formach niewładczych**. W szczególności, na gruncie umowy cywilnoprawnej nie jest możliwe przekazanie kompetencji (właściwości) organu władzy publicznej. W zakresie kształtowania postanowień umów cywilnych, znajduje zastosowanie przede wszystkim art. 353^1 k.c. określający zasadę swobody umów. JST w celu współdziałania mogą zawrzeć z innymi JST dowolną umowę nazwaną lub nienazwaną, z uwzględnieniem ograniczeń prawnych wynikających z przepisów innych ustaw (w szczególności u.p.z.p., u.f.p., u.o.d.n.d.f.p.).

1.2.2. Związek JST (międzygminny, powiatowo-gminny)

W odróżnieniu od porozumienia administracyjnoprawnego czy umowy cywilnoprawnej, związek JST stanowi **nowy podmiot powstały w wyniku połączenia się dwóch lub więcej gmin/powiatów, którego celem jest wspólne wykonywanie zadania** (lub zadań publicznych). Należy w tym zakresie podkreślić, że związek jest odrębnym od JST podmiotem prawa publicznego. Oczywiście nie posiada on takiego samego charakteru jak JST, ponieważ związek jest strukturą utworzoną wyłącznie na potrzeby realizacji konkretnego zadania gminnego (lub wspólnej obsługi określonej w art. 10a u.s.g.) W orzecznictwie i literaturze wskazuje się, że nie jest to także „gminna jednostka organizacyjna" ani „gminna osoba prawna", ponieważ stanowi podmiot odrębny od jednostek samorządu terytorialnego[23], co potwierdził m.in. NSA w wyroku z 24.2.2010 r. (II FSK 1585/08).

Z założenia, związek JST służy sprawniejszemu i bardziej ekonomicznemu realizowaniu danego zadania publicznego. Ustawowo zatem przewidziano, iż **związek jest tworzony dla realizacji z góry określonego celu, który mieści się w zakresie zadań publicznych**. Przy czym, ustawodawca nie ograniczył możliwości współpracy podjętej w ramach związku do określonego źródła nałożonych na JST zadań, co oznacza, że związek można utworzyć w celu wspólnej realizacji zadań własnych JST (obligatoryjnych i fakultatywnych), jak również zadań zleconych przez ustawę.

Co więcej, zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez WSA w Krakowie w wyroku z 22.9.2009 r., III SA/KR 1077/08, związkowi mogą być przekazane wszelkie zadania publiczne JST – zarówno te, których realizacja następuje w formach administracyjnoprawnych, jak i te, które mogą być realizowane w formach cywilnoprawnych. Natomiast za niedopuszczalne należy uznać utworzenie związku dla innego celu niż wykonywanie zadań publicznych.

JST mogą wykonywać w ramach związku kilka, bądź jedno zadanie publiczne określonego rodzaju, a nawet mogą przekazać do związku część danego zadania. W tym drugim przypadku konieczne jest jednak precyzyjne dookreślenie, w jakiej części dane zadanie realizuje JST, a w jakiej związek. Możliwe jest również przekazanie zadań bądź ich części w różnym stopniu przez poszczególne JST (co jednak może okazać się trudne w praktyce do zrealizowania), choć zazwyczaj JST przekazują związkowi zadania w takim samym zakresie.

Immanentną cechą związków JST jest ich celowość, stąd ta forma współpracy jest czasem nazywana również **związkiem celowym**. Jak wskazuje się w orzecznictwie, związek umożliwia połączenie potencjału JST, w celu łatwiejszego i w o większej skali zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnot gminnych i powiatowych[24].

Wśród najczęstszych przyczyn powstania związku JST wskazuje się np. względy ekonomiczne (związane z obniżeniem kosztów lub większą szansą na pozyskanie funduszy UE), względy organizacyjne, komunalizacja mienia zarządzanego wcześniej przez przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, obejmujące terytorium kilku JST i dysponujące niepodzielnym majątkiem[25].

[23] Dolnicki Bogdan (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, wyd. II, WKP 2018
[24] Wyrok SN z 6.5.2011 r., II CSK 409/10
[25] P. Swianiewicz, A. Gendźwiłł, J. Krukowska, M. Lackowska, A. Picej, Współpraca międzygminna w Polsce. Związek z rozsądku, Warszawa 2016, s. 194

1.2.3. Spółka komunalna

Spółką komunalną określa się podmiot utworzony na mocy dyspozycji art. 9 u.g.k. Zgodnie z tym przepisem, JST mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek.

Do powstania i funkcjonowania komunalnej spółki z o.o. znajdą zastosowanie przepisy art. 151-300 k.s.h., a do komunalnej spółki akcyjnej - art. 301-490 k.s.h.

Spółki z udziałem JST mają specjalny status, który wynika z regulacji szczególnych, takich jak ustawa o gospodarce komunalnej, modyfikujących w swoim zakresie postanowienia Kodeksu spółek handlowych[26].

1.2.4 Stowarzyszenie JST

Zgodnie z art. 84 ust. 1 u.s.g., w celu wspierania idei samorządu terytorialnego oraz obrony wspólnych interesów, gminy mogą tworzyć stowarzyszenia, w tym również z powiatami i województwami[27].

Stowarzyszenie podlegające rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym mogą założyć co najmniej trzy JST[28]. Może ono rozpocząć działalność i uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego[29]. Szczegółowe warunki organizacji, trybu pracy i zadań stowarzyszenia określa jego statut[30]. Jednostki samorządu terytorialnego przekazując realizację zadania stowarzyszeniu nie zostają pozbawione możliwości jego osobistej realizacji, a wówczas stowarzyszenie staje się koordynatorem takiego zadania. Stowarzyszenia nie muszą posiadać wieloletnich prognoz finansowych czy planów finansowych.

Nadzór nad działalnością stowarzyszeń JST należy do wojewody właściwego ze względu na siedzibę stowarzyszenia[31]. Organ nadzorujący ma prawo żądać dostarczania przez zarząd stowarzyszenia, w wyznaczonym terminie, odpisów uchwał walnego zebrania członków oraz niezbędnych wyjaśnień od władz stowarzyszenia.

Stowarzyszenie jest więc jedną z form współdziałania gmin o jasno sprecyzowanych celach i zasadach tworzenia. Gmina może być jednocześnie członkiem kilku stowarzyszeń[32].

[26] Banasiński Cezary i Jaroszyński Krzysztof Maurycy. Art. 9. W: Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz. Wolters Kluwer, 2017.
[27] do obligatoryjnych członków stowarzyszenia należą zatem gminy, przy czym dopuszczalna jest również współpraca z pozostałymi JST. Cytowany przepis nie przewiduje możliwości uczestnictwa w takim stowarzyszeniu innych podmiotów (np. innych osób prawnych bądź osób fizycznych)
[28] Art. 84 ust. 3 u.s.g.
[29] Art. 17 ust. 1 u.p.s. w zw. z art. 84 ust. 3 u.s.g.
[30] Art. 84 ust. 2 u.s.g.
[31] Art. 8 ust. 5 u.p.s. w zw. z art. 84 ust. 3 u.s.g.
[32] Cybulska Renata. Art. 84. W: Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, wyd. II. Wolters Kluwer Polska, 2018.

1.3. Analiza wytypowanych wariantów

Jak wskazano w rozdziale 1.1.1. Analizy, JST jako specyficzne podmioty, są ograniczone w korzystaniu z form prawnych przy realizowaniu zadań publicznych.

Spośród wyżej wymienionych, formami współdziałania JST właściwymi do realizacji Pakietowego Projektu PPP, będą:

- **relacje kontraktowe JST: umowa cywilnoprawna, porozumienie administracyjnoprawne –** ze względu na możliwość przekazywania pomiędzy JST, w ramach tych form, zadań publicznych do realizacji przez jedną z nich oraz swobodę kształtowania postanowień kontraktowych,
- **związek JST –** ponieważ jest to forma dedykowana do realizowania działań wspólnie przez kilka JST, umożliwiająca obniżenie kosztów realizowania zadań publicznych, przekazanie zadań publicznych (w zakresie działań władczych i niewładczych) oraz odpowiedzialności za ich wykonanie do odrębnego podmiotu,
- **spółka komunalna –** ponieważ jest to ustawowo przewidziana forma realizacji zadań publicznych (w zakresie działań niewładczych), powszechnie stosowana w praktyce przez JST, umożliwiająca przeniesienie odpowiedzialności za realizację zadań publicznych na odrębny od JST podmiot.

Ze względu na fakt, że stowarzyszenie jest rodzajem współdziałania JST najmniej uregulowanym, a ponadto może być zawiązane jedynie w celu wspierania idei samorządu terytorialnego oraz obrony wspólnych interesów (a zatem zakres współdziałania JST w tej formie jest istotnie ograniczony na każdym etapie działania stowarzyszenia), dalsze opisywanie tego wariantu uznaje się za niecelowe.

1.3.1 Relacje kontraktowe JST

1.3.1.1. Porozumienie administracyjnoprawne

Podstawa prawna

Porozumienie administracyjnoprawne pomiędzy JST (powiatami i gminami) zostało uregulowane przede wszystkim w art. 8 ust. 2a – 5 u.s.g., art. 74 u.s.g., art. 4 ust. 5 u.s.p., art. 5 ust. 2 – 4 u.s.p. art. 73 u.s.p.

Na gruncie powyższych przepisów należy wyróżnić zatem kilka rodzajów porozumień administracyjnoprawnych:

- porozumienia międzygminne (na podstawie art. 74 u.s.g.),
- porozumienia pomiędzy JST różnego szczebla (na podstawie art. 8 ust. 2a u.s.g. i art. 5 ust. 2 u.s.p. lub art. 4 ust. 5 u.s.p.).

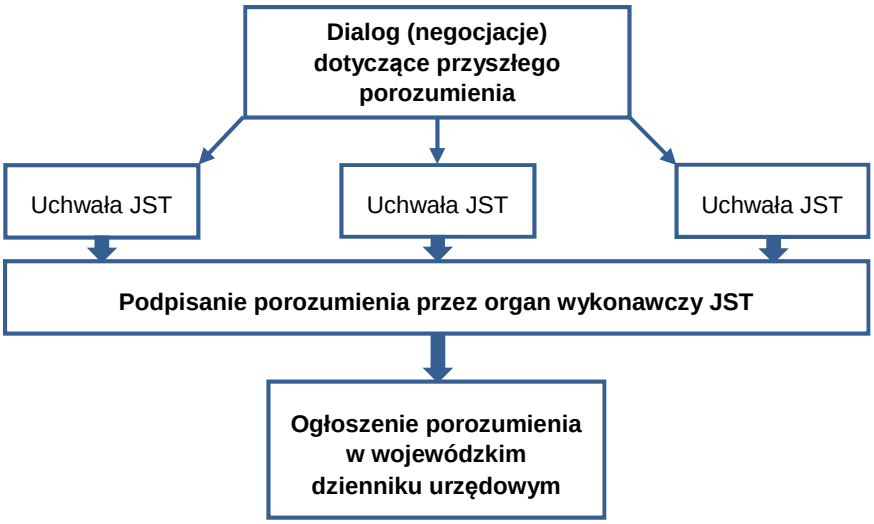
Na potrzeby Pakietowego Projektu PPP należy wyróżnić jeszcze porozumienie administracyjnoprawne zawierane przez zarządców dróg na podstawie art. 19 ust. 4 u.d.p.

Wymagania formalne (procedura zawierania, podstawa działania)

Przepisy u.s.g., u.s.p. oraz u.d.p. nie określają trybu zawierania porozumień pomiędzy JST.

Procedurę zawierania porozumienia opisuje Załącznik nr 1 do Analizy.

Schemat 8 Etapy zawierania porozumienia administracyjnoprawnego



Prawa i obowiązki JST

Istotą porozumienia jest przekazanie zadania publicznego (lub kilku zadań publicznych) do wykonania przez wybraną JST będącą jedną z jego stron.

W przypadku porozumień międzygminnych zawartych na podstawie art. 74 u.s.g., przekazanie zadań może nastąpić wyłącznie na rzecz jednej z gmin, w przypadku porozumień międzypowiatowych, o których mowa w art. 73 u.s.p. – na rzecz jednego z powiatów, zaś w odniesieniu do porozumień określonych w art. 8 ust. 2a u.s.g., art. 4 ust. 5 u.s.p. oraz art. 5 ust. 2 u.s.p. – na rzecz gminy.

Z istoty porozumienia wynika, iż jego strony są **równorzędnymi i niezależnymi podmiotami**, które nie są powiązane więzami organizacyjnymi. Żadna ze stron nie zyskuje wskutek porozumienia pozycji dominującej, jak również porozumienie nie tworzy nowego, oddzielnego podmiotu przeznaczonego do realizacji określonego zadania publicznego.

Podstawowym skutkiem porozumienia w zakresie praw i obowiązków JST jest **przekazanie na jedną z gmin/powiatów zadania publicznego**, które dana JST może wykonywać przy pomocy własnych jednostek oraz organów. Struktura organizacyjna JST pozostaje niezmieniona, natomiast **dochodzi do zmiany właściwości organu zobowiązanego do wykonania zadań**.

Wraz z obowiązkiem wykonywania przez jedną JST powierzonego jej zadania publicznego, przekazane są jej również kompetencje niezbędne do jego realizacji. Oznacza to, że dana JST jest uprawniona do podejmowania rozstrzygnięć (w tym w sprawach indywidualnych), w takim zakresie, w jakim służy to wykonaniu powierzonego jej zadania[33]. Przy czym, przyjmuje się, że powierzenie jednej JST praw i obowiązków stron porozumienia administracyjnoprawnego, nie obejmuje przekazania kompetencji do stanowienia prawa miejscowego[34].

Zatem na podstawie porozumienia administracyjnoprawnego **JST przejmująca zadanie, może je realizować przy pomocy form władczych i niewładczych.** Co więcej, wskazuje się, że stosowanie porozumienia administracyjnoprawnego do przekazania do realizacji działań niewładczych mija się z celem tej instytucji – porozumienie administracyjnoprawne służy bowiem przede wszystkim do przekazywania działań władczych (kompetencji/właściwości JST).

> **WAŻNE:** Porozumienie administracyjnoprawne służy przede wszystkim do przekazywania innej JST zadań publicznych w zakresie działań władczych.

Wykonując przekazane na mocy takiego porozumienia zadania publiczne, JST działa we własnym imieniu.

Jednak **odpowiedzialność za wykonanie powierzonego zadania publicznego nadal spoczywa na JST będących stronami porozumienia, które je przekazały**. Oznacza to m.in., że w przypadku powstania szkody w związku z wykonywaniem tego zadania, JST (przejmująca zadanie i przekazująca zadanie) odpowiadają solidarnie[35] [36].

---

[33] Zgodnie z wyrokiem WSA z 6.3.2014 r., I SA/Kr oraz wyrokiem WSA z 12.5.2011 r., I SA/Ke 209/11, istotą porozumienia jest przekazanie kompetencji (właściwości) do wykonywania zadań publicznych, które mocą ustaw są zastrzeżone dla właściwości konkretnego organu administracji publicznej.

[34] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2011 r., III SA/Wr 84/11

[35] Red. Gajewski, Jakubowski, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz 2018, wyd. 1

[36] Odpowiedzialność solidarna JST przejmujących zadanie i przekazujących zadanie wynika z art. 417 § 2 k.c., który przewiduje odpowiedzialność deliktową władz publicznych za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu zadań z zakresu władzy publicznej. W sytuacji, gdy zadania te zlecono do wykonania innej JST lub innej osobie prawnej, solidarną odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę ponosi ich wykonawca oraz zlecająca je JST. Odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę, na podstawie tego przepisu, powstaje wyłącznie wówczas, gdy wykonawca zadań (w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego: inna JST lub inny zarządca drogi) dopuścił się niezgodnego z prawem działania lub zaniechania przy wykonywaniu zadań w formach władczych.

Analogiczne wnioski znajdują zastosowanie do porozumień, o których mowa w art. 19 ust. 4 u.d.p. – ich skutkiem jest przekazanie zadań w zakresie zarządzania drogami publicznymi na jednego z zarządców dróg. Zarządca dróg wykonuje przekazane zadania we własnym imieniu, przy pomocy form władczych i niewładczych.

Obowiązki JST przekazujących zadanie – ponoszenie kosztów realizacji przekazanego zadania

Jak wskazano powyżej, obowiązkiem JST przejmującej jest wykonywanie powierzonego jej zadania publicznego. Natomiast **do obowiązków JST przekazujących należy zapewnienie odpowiednich środków finansowych na jego realizację**.

Powyższy obowiązek wynika z:

- art. 8 ust. 3 u.s.g., zgodnie z którym gmina realizująca zadania zlecone na podstawie porozumień z innymi JST (np. powiatami), otrzymuje środki finansowe w wysokości koniecznej do wykonania tych zadań,
- art. 74 ust. 2 u.s.g., z którego wynika, że gminy przekazujące zadanie na podstawie porozumienia międzygminnego mają obowiązek udziału w kosztach realizacji powierzonego zadania,
- art. 5 ust. 4 u.s.p., z którego wynika, iż do porozumień zawieranych przez powiaty z innymi JST (np. gminami) stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące porozumień przewidziane w u.s.g.,
- art. 73 ust. 2 u.s.p., z którego wynika, że do porozumień międzypowiatowych w zakresie nieuregulowanym znajdują odpowiednio przepisy dotyczące związków powiatów,
- art. 19 ust. 4 u.d.p., z którego wynika odpłatność realizowania zadań przez jednego z zarządców dróg i konieczność uregulowania rozliczeń finansowych pomiędzy JST.

JST są zobowiązane do przekazywania środków finansowych tylko w takiej wysokości, jaka jest konieczna do wykonywania powierzonych zadań.

Podstawowe koszty, jakie JST będą musiały ponieść na potrzeby Pakietowego Projektu PPP to:

- **koszty przygotowania i przeprowadzenia Postępowania oraz zawarcia Umowy o PPP** (w szczególności w tym zakresie istotne będą koszty osobowe, koszty doradców itp.),
- **koszty Opłaty za Dostępność** (wynagrodzenia za realizację Umowy o PPP),
- **koszty zmaterializowanych ryzyk** (np. przypadki kompensacyjne).

Ponieważ w ramach Pakietowego Projektu PPP zasadniczo przewiduje się, iż Lider Projektu będzie wykonywać głównie zadania w formach niewładczych, art. 417 § 2 k.c. będzie miał marginalne zastosowanie w relacjach Podmiot Publiczny – Partner Prywatny. Jedynie w sytuacji, gdy Projekt będzie realizowany w ramach porozumienia zarządców dróg (na podstawie którego można przekazać zadania w formach władczych z zakresu zarządzania drogami publicznymi) możliwa jest sytuacja, w której zarządca dróg przejmujący zadanie, w sposób niezgodny z prawem, realizując zadania, spowoduje szkodę wobec Partnera Prywatnego. W takiej sytuacji, Partner Prywatny będzie mógł skierować swoje roszczenie o odszkodowanie do zarządcy drogi przejmującego zadanie, jak i przekazującego zadanie.

Forma przekazania środków finansowych

Ustawy samorządowe nie określają form przekazywania środków finansowych, jednak JST nie korzystają w tym zakresie z dużej swobody.

Podstawowym przepisem regulującym przekazywanie środków finansowych pomiędzy JST jest art. 10 ust. 2 u.s.g. mówiący o wzajemnej pomocy JST (finansowej i rzeczowej).

Zasady udzielania pomocy finansowej reguluje u.d.j.s.t., która wśród dopuszczalnych form jej udzielania wymienia m.in. dotacje celowe i dofinansowania.

Na gruncie przepisów tej ustawy, formą prawną przekazywania środków finansowych stosowaną przy porozumieniach administracyjnoprawnych jest dotacja celowa[37]. Zgodnie z art. 46 u.d.j.s.t., JST, która realizuje zadania powierzone jej przez inne JST na podstawie zawartego porozumienia, otrzymuje od nich dotacje celowe w kwocie wynikającej z zawartego porozumienia (o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej).

WAŻNE: JST, na podstawie porozumienia, są zobowiązane do przekazywania środków finansowych tylko w takiej wysokości, jaka jest konieczna do wykonywania powierzonych zadań. Najpopularniejszą formą przekazywania środków jest dotacja celowa.

Oznacza to, że podstawowym dokumentem określającym wysokość dotacji celowej i zasady jej wypłacania jest porozumienie. Przy czym, JST zachowują w tym względzie pewną swobodę, np. mogą przewidzieć w porozumieniu wpłatę dotacji celowej w jednej lub kilku częściach, mogą przewidzieć dotacje w równej lub różnej wysokości (np. uzależnionej od zapotrzebowania każdej JST).

Nie można jednak zapominać, że na gruncie przepisów u.f.p., **dotacja celowa, przekazywana pomiędzy JST zawierającymi porozumienie administracyjnoprawne, stanowi wydatek z budżetu JST** (art. 216 ust. 2 pkt 3). Jednocześnie, na podstawie art. 216 ust. 3 u.f.p. wydatki budżetu JST mogą być również przeznaczane na realizację zadań wynikających z porozumień pomiędzy zarządcami dróg publicznych.

Z powyższego wynikają następujące wnioski:

- dotacje celowe muszą być **ujęte w uchwale budżetowej JST**,
- dotacje celowe **rozliczane są corocznie** w budżecie JST,
- **ze względu na coroczność ich rozliczania, nie są ujmowane w Wieloletniej Prognozie Finansowej**.

Dotacje celowe mają ściśle określone przeznaczenie i mogą być wykorzystane wyłącznie na wskazany cel (realizację powierzonego JST zadania). Są to zatem środki finansowe, które nie pozostają w swobodnej dyspozycji JST, która je otrzymała. Otrzymane dotacje podlegają rygorystycznym procedurom rozliczania i kontroli wykorzystania środków[38].

Spory majątkowe wynikające z porozumień administracyjnoprawnych zawartych przez gminy, rozpatruje sąd powszechny, zgodnie z art. 8 ust. 2b u.s.g. Ponieważ do porozumień zawieranych przez powiaty i gminy, na podstawie art. 5 ust. 2 u.s.p. stosuje się odpowiednio przepisy u.s.g., wskazana zasada również do nich znajduje zastosowanie.

Dotacje celowe wynikające z porozumień administracyjnoprawnych są środkami należnymi JST realizującej powierzone jej zadanie publiczne. Stąd, taka JST uzyskuje roszczenie o zapłatę określonej w porozumieniu dotacji celowej, które może być dochodzone w drodze procesu cywilnego (wyrok NSA z 22.5.2014 r., I OSK 2939/12).

[37] Wyrok SN - Izba Cywilna z dnia 26.04.2019 r., V CSK 651/17
[38] Tamże

WAŻNE: Na podstawie porozumienia administracyjnoprawnego, JST realizująca zadanie uzyskuje roszczenie o zapłatę określonej w porozumieniu dotacji celowej.

Z punktu widzenia JST oraz samej formy organizacyjnej (porozumienia administracyjnoprawnego) dotacja celowa wydaje się właściwą formą przekazywania środków finansowych, ponieważ:

- jest to podstawowy środek finansowania realizacji zadań przekazywanych na podstawie porozumień administracyjnoprawnych,
- podstawą udzielenia dotacji celowej jest porozumienie zawarte pomiędzy JST,
- umożliwia przekazywanie środków finansowych, które będą podstawowym wkładem wnoszonym przez JST w Projekt,
- mają ściśle określone przeznaczenie i mogą być wykorzystane wyłącznie na wskazany cel,
- środki finansowe z dotacji celowej nie pozostają w swobodnej dyspozycji JST, która je otrzymała,
- dotacje celowe podlegają rygorystycznym procedurom rozliczania i kontroli wykorzystania środków (dzięki czemu JST przekazujące środki mają gwarancję właściwego ich wykorzystania),
- dotacje celowe wynikające z porozumień są środkami należnymi JST przejmującej zadanie (może ich dochodzić w drodze procesu cywilnego).

Podstawowym dokumentem określającym wysokość dotacji celowej i zasady jej wypłacania jest porozumienie administracyjnoprawne. Poszczególne JST będą musiały jednak uwzględnić dotację celową przewidzianą na pokrycie kosztów realizacji Pakietowego Projektu PPP w uchwałach budżetowych.

Jednak biorąc pod uwagę założenia Pakietowego Projektu PPP, należy wskazać, że **roczny charakter dotacji celowej (która ma stanowić formę finansowania realizacji Projektu) może (a nawet z dużym prawdopodobieństwem będzie) powodować jego niebankowalność**. Niezależnie od powyższego, „coroczność" rozliczania dotacji celowych oraz konieczność określenia jej wysokości w porozumieniu, może w pewien sposób utrudniać dokonywanie rozliczeń finansowych pomiędzy JST. Po pierwsze, na etapie zawierania porozumienia administracyjnoprawnego, JST będą w stanie ustalić wyłącznie koszt przygotowania i przeprowadzenia Postępowania oraz zawarcia Umowy o PPP, zatem w porozumieniu będzie możliwe określenie wysokości dotacji celowych przeznaczonych jedynie na ten cel. JST nie będą mogły natomiast określić kosztów związanych z ponoszeniem Opłaty za Dostępność.

Prawa JST będących stronami porozumienia

Przechodząc do praw JST będących stronami porozumienia, należy przypomnieć przede wszystkim, że wszystkie JST są niezależnymi, samodzielnymi i równoprawnymi podmiotami, między którymi nie występuje relacja zależności i dominacji.

WAŻNE: JST, będące stronami porozumienia, są niezależnymi, samodzielnymi i równoprawnymi podmiotami, między którymi nie występuje relacja zależności i dominacji.

Po drugie, podstawowym prawem przysługującym JST jest prawo zawarcia porozumienia, jak również odstąpienia od niego. Porozumienia administracyjnoprawne opierają się bowiem na zasadzie dobrowolności.

Ograniczenia prawne

Kierunek przekazywania zadań

Do głównych ograniczeń związanych z zawieraniem porozumień administracyjnoprawnych należy **utrudnienie w przekazywaniu zadań publicznych przez JST niższego szczebla „w górę”**.

Gminy mogą swobodnie przekazywać realizację swoich zadań innym gminom (na podstawie porozumienia, o którym mowa w art. 74 u.s.g.), jak również mogą na podstawie porozumienia wykonywać zadania właściwe powiatom (art. 5 ust. 2 u.s.p.).

Podobnie powiaty – jak najbardziej mogą powierzyć realizację swoich zadań gminie lub innemu powiatowi (na mocy porozumienia międzypowiatowego, o którym mowa w art. 73 u.s.p.).

Jednak z żadnego przepisu u.s.g. i u.s.p. nie wynika, aby gminy lub powiaty mogły powierzać swoje zadania do wykonania JST wyższego szczebla. Oznacza to, że w ramach porozumienia administracyjnoprawnego zawartego pomiędzy gminami i powiatami, JST przejmującą zadania publiczne może być jedynie gmina. Uchwały rady gminy w przedmiocie przekazania zadań własnych w trybie porozumienia powiatowi należy w takim przypadku uznać za nieważne. Również powiat nie jest uprawniony do przejęcia zadań własnych gminy[39].

WAŻNE: Ze względu na wyłączenie możliwości przekazywania zadań do wykonania na JST wyższego szczebla, w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego zawartego pomiędzy gminami i powiatami, JST przejmującą zadania publiczne może być jedynie gmina.

Ograniczenie kierunku przekazywania zadań publicznych dotyczy również porozumień, o których mowa w art. 19 ust. 4 u.d.p. (porozumień pomiędzy zarządcami dróg). Oznacza to, że na jego podstawie zadanie w zakresie zarządzania drogami publicznymi może być przekazane jedynie zarządcy dróg z JST niższego lub równego szczebla. W Pakietowym Projekcie PPP, w ramach którego miałyby współpracować gminy i ewentualnie powiaty, będzie to zatem zawsze wójt, burmistrz, prezydent.

Przekazywanie zadań w zakresie dróg publicznych

Drugim ważnym ograniczeniem prawnym jest **wątpliwość dotycząca możliwości przekazywania zadań publicznych w zakresie dróg gminnych/powiatowych w drodze porozumienia administracyjnoprawnego pomiędzy JST na gruncie u.d.p.**

Jak opisano w rozdziale 1.1.2. pkt 1) Analizy kwestia możliwości przekazywania tych zadań na zasadach ogólnych wynikających z u.s.g. i u.s.p. nie jest jednolicie postrzegana w orzecznictwie NSA i z tego powodu, nie można jej jednoznacznie wykluczyć.

Jednak z literalnego brzmienia przepisów u.d.p. (w szczególności art. 19 i 20 u.d.p.) należałoby wywnioskować, iż przekazanie zadania publicznego w zakresie dróg publicznych (działań o charakterze władczym) pomiędzy JST na podstawie porozumienia administracyjnoprawnego nie jest możliwe. Z kolei przekazanie działań o charakterze niewładczym z zakresu zarządzania drogami publicznymi może być z kolei sprzeczne z samą ideą porozumienia administracyjnoprawnego, które ma przede wszystkim służyć do przekazywania praw i obowiązków o charakterze publicznoprawnym.

[39] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Lublinie z dnia 4 lutego 2014 r., III SA/Lu 783/13

Nie oznacza to jednak, iż u.d.p. całkowicie wyklucza tę formę współdziałania pomiędzy JST w zakresie realizacji zadań z zakresu dróg publicznych. Należy bowiem wskazać na art. 19 ust. 4 u.d.p., z którego wynika, iż zadanie w zakresie zarządzania drogami publicznymi może być przekazywane między zarządcami dróg w trybie porozumienia, regulującego w szczególności wzajemne rozliczenia finansowe. Na podstawie tego przepisu, zarządcy dróg mogą zawierać także porozumienia w sprawie finansowania albo dofinansowania zadań z zakresu zarządzania drogami z budżetów JST.

Z powyższego wynika zatem, iż choć, w świetle przepisów u.d.p., istnieje zasadnicza wątpliwość co do możliwości przekazywania zadania w zakresie dróg publicznych w drodze porozumienia zawartego pomiędzy samymi JST, to ustawa ta w sposób jednoznaczny dopuszcza przekazanie tego zadanie jednemu zarządcy drogi z innej JST na podstawie porozumienia pomiędzy zarządcami dróg. To zaś oznacza, iż porozumienie administracyjnoprawne jest dopuszczalną formą współdziałania JST w zakresie realizacji zadań z zakresu dróg publicznych (o ile zostały zawarte przez zarządców dróg i ich skutkiem jest przekazanie tych zadań jednemu z nich).

W konsekwencji, na potrzeby Pakietowego Projektu PPP, zarządcy dróg JST biorących udział w Projekcie, powinni podpisać porozumienie administracyjnoprawne, wskutek którego przekazane zostanie zadanie jednemu z nich w zakresie zarządzania drogami publicznymi. Konieczne jest wyraźne wskazanie, iż zarządca drogi przejmujący zadanie będzie realizować działania w obszarze przeprowadzenia Postępowania oraz zarządzania Umową o PPP w odniesieniu do określonych istniejących lub planowanych dróg publicznych.

WAŻNE: Choć na gruncie u.d.p. istnieje wątpliwość co do możliwości przekazywania zadania w zakresie dróg publicznych w drodze porozumienia zawartego pomiędzy samymi JST, o tyle z art. 19 ust. 4 u.d.p. wynika, iż przekazanie tego zadania jest możliwe jednemu zarządcy drogi z innej JST na podstawie porozumienia pomiędzy zarządcami dróg.

Zasady odpowiedzialności między JST biorącymi udział w Pakietowym Projekcie PPP oraz między JST a Partnerem Prywatnym:

Przenosząc powyższe rozważania dotyczące porozumienia administracyjnoprawnego na grunt Pakietowego Projektu PPP, należy rozważyć, w jaki sposób będą kształtowały się zasady ponoszenia odpowiedzialności przez JST, w przypadku, gdy przedmiotem porozumienia byłoby zadanie polegające na realizacji Pakietowego Projektu PPP:

Odpowiedzialność pomiędzy JST:

Jak już zasygnalizowano powyżej w rozdziale 1.3.1.1. pkt 3) Analizy, na mocy porozumienia administracyjnoprawnego, JST przejmująca zadanie publiczne jest zobowiązana do jego wykonania i z tego tytułu ponosi odpowiedzialność. Jednak zawarte porozumienie administracyjnoprawne nie powoduje, iż pozostałe JST przekazujące zadanie nie są odpowiedzialne za jego prawidłową realizację. Wynika to z faktu, iż wskutek porozumienia nie dochodzi do całkowitego „wyzbycia się" przez JST zadania na rzecz innego podmiotu. Dane zadanie, będące przedmiotem porozumienia, nadal pozostaje zadaniem JST przekazującej.

Z powyższym, wiążą się ważne skutki prawne.

1) Po pierwsze, **JST przejmująca zadanie, realizuje je co prawda jedynie w imieniu JST przekazujących, lecz nie na własną odpowiedzialność**.
2) Po drugie, jak zasygnalizowano powyżej w Analizie (rozdział 1.3.1.1. pkt 3)), JST przejmująca zadanie i JST je przekazująca ponoszą **solidarną odpowiedzialność za szkodę powstałą w wyniku wykonania zadania**, co ustawodawca wskazał wprost w art. 417 § 2 k.c.[40] Ponadto, JST przekazująca ponosi nie tylko odpowiedzialność cywilnoprawną, ale i administracyjnoprawną i polityczną wobec członków wspólnoty, niezależnie od faktu przekazania zadań innej jednostce[41].

Nie oznacza to jednak, że JST przekazująca zadania jest odpowiedzialna bezpośrednio przed Partnerem Prywatnym za zobowiązania niezrealizowane wobec niego przez Podmiot Publiczny, tj. JST przejmującą zadanie. Jeżeli JST pełniąca rolę Podmiotu Publicznego np. nie przekaże Partnerowi Prywatnemu Opłaty za Dostępność w pełnej wysokości wynikającej z Umowy o PPP, **Partner Prywatny nie może skierować swojego roszczenia o zapłatę do JST przekazujących zadanie** (chyba, że w porozumieniu administracyjnoprawnym oraz Umowie o PPP wyraźnie przewidziano odpowiedzialność subsydiarną JST przekazujących zadanie).

Ostatecznie, JST przejmująca zadanie ponosi odpowiedzialność za realizację zadania wobec JST je przekazujących. Z kolei JST przekazujące zadanie, ponoszą odpowiedzialność wobec JST przejmującej z tytułu niewywiązania się z zobowiązań w zakresie przekazania środków finansowych niezbędnych do wykonania zadania.

JST realizująca zadanie ponosi wobec pozostałych stron porozumienia odpowiedzialność cywilnoprawną (za szkody powstałe w związku z wykonywaniem zadania publicznego) oraz odpowiedzialność administracyjnoprawną. Ponieważ u.s.g. i u.s.p. są niezwykle lakoniczne w zakresie porozumień administracyjnoprawnych, strony takiego porozumienia mogą względnie swobodnie kształtować zasady realizacji obowiązków nałożonych na JST. Stąd, wydaje się, że JST mogą przewidzieć w porozumieniu np. kary umowne dla JST realizującej zadanie, w przypadkach gdy nie zostanie ono wykonane.

[40] „Jeżeli wykonywanie zadań z zakresu władzy publicznej zlecono, na podstawie porozumienia, jednostce samorządu terytorialnego albo innej osobie prawnej, solidarną odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę ponosi ich wykonawca oraz zlecająca je jednostka samorządu terytorialnego albo Skarb Państwa".
[41] Bonusiak Ewa. 2. Porozumienie jako forma wykonywania zadań przez gminę. W: Sposoby realizacji zadań publicznych. Wolters Kluwer, 2017.

W przypadku niewywiązania się z zobowiązań przez JST przekazującą zadanie (w zakresie braku przekazania środków finansowych), znajdzie zastosowanie art. 8 ust. 5 u.s.g., zgodnie z którym gminie realizującej zadanie (lub powiatowi) przysługują odsetki w wysokości ustalonej dla zaległości podatkowych. W dalszym kroku, JST przejmującej przysługuje roszczenie o zapłatę i możliwość dochodzenia należności na drodze sądowej.

Zasady odpowiedzialności pomiędzy JST biorącymi udział w Pakietowym Projekcie PPP w ramach porozumienia administracyjnoprawnego, będą kształtować się następująco:

- JST przejmująca zadanie będzie realizować przekazane zadanie we własnym imieniu – co oznacza, że będzie stroną Umowy o PPP i będzie posiadać status Podmiotu Publicznego,
- JST przekazujące zadanie nie będą stroną Umowy o PPP i nie będą posiadać statusu Podmiotu Publicznego,
- JST przejmująca zadanie będzie odpowiedzialna za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania, zawarcie Umowy o PPP i zarządzanie Umową o PPP – oznacza to, że JST przekazujące zadanie mogą pociągnąć JST przejmującą zadanie do odpowiedzialności cywilnoprawnej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań (np. za pomocą kar umownych) oraz administracyjnoprawną,
- JST przekazujące zadanie będą odpowiedzialne za terminowe i prawidłowe przekazywanie dotacji celowych przeznaczonych na pokrycie kosztów realizacji zadania – oznacza to, że JST przejmująca zadanie będzie mogła pociągnąć JST przekazujące zadanie do odpowiedzialności cywilnoprawnej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań (w drodze odsetek, a następnie na drodze sądowej), np. w przypadku, gdy Partner Prywatny nie otrzyma Opłaty za Dostępność zgodnie z Umową o PPP, ponieważ JST przekazujące zadanie nie przekazały odpowiedniej dotacji celowej w terminie lub we właściwej wysokości. JST przejmująca zadanie będzie mieć roszczenie regresowe względem tych JST.

Stąd, warto w porozumieniu administracyjnoprawnym przewidzieć **kary umowne/odszkodowanie za niedopełnienie obowiązków właściwych dla wszystkich jego stron** – nieprzygotowanie niezbędnych dokumentów (np. wymagań technicznych dla realizowanego przedsięwzięcia), brak uchwalenia planów zagospodarowania miejscowego uwzględniających planowane drogi, czy brak ujęcia w uchwale budżetowej dotacji celowych oraz brak podjęcia uchwał o przekazaniu dotacji celowych.

Warto uregulować w porozumieniu również **kwestię dokonywania rozliczeń kar umownych** naliczanych na JST przejmującą zadanie jako Podmiot Publiczny na podstawie Umowy o PPP – w szczególności przyjąć zasadę, iż koszt kar umownych ponosić będzie ta JST, która przyczyniła się do naruszeń postanowień umownych, a jeżeli przyczyny leżą po stronie wszystkich JST – koszt będzie ponoszony według przyjętych zasad partycypowania w kosztach działalności określonych w porozumieniu (zasadniczo, w częściach proporcjonalnych do zakresu zadania przekazanego przez poszczególne JST).

Do zastanowienia pozostaje, czy jest możliwe określenie w porozumieniu wynagrodzenia dla JST realizującej zadanie. Zgodnie z przepisami ustaw ustrojowych (u.s.g. i u.s.p.), JST są zobowiązane do przekazania środków finansowych JST przejmującej zadanie jedynie w takiej wysokości, w jakiej jest to niezbędne do jego wykonania. Ponieważ środki finansowe przekazywane są w formie dotacji celowej podlegającej rygorystycznym zasadom rozliczania i kontroli, stąd wydaje się, że **możliwość zapłaty dodatkowego wynagrodzenia, przekraczającego niezbędne wydatki związane z wykonaniem zadania, w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego jest ograniczona**.

Odpowiedzialność pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym:

Ponieważ na gruncie porozumienia administracyjnoprawnego, jedna z JST przejmuje zadania publiczne (prawa i obowiązki) pozostałych, oznacza to, że stroną Umowy o PPP (służącej wykonaniu tego zadania) będzie JST przejmująca. Jednak nie tylko na niej będzie spoczywać odpowiedzialność za prawidłową realizację umowy, ponieważ **JST przejmująca wykonuje przekazane jej zadanie publiczne we własnym imieniu, jednak nie na własną odpowiedzialność**.

Należy w tym miejscu wskazać, że zakres praw i obowiązków leżących po stronie JST przejmującej będzie przede wszystkim wynikać z treści porozumienia.

Zasadne jednak byłoby **przewidzenie w porozumieniu, iż JST działająca w imieniu pozostałych gmin/powiatów, będzie pełnić rolę Podmiotu Publicznego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego**. W takim przypadku, do obowiązków takiej JST należałoby prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania, zawarcie z nim Umowy o PPP oraz zarządzanie Umową o PPP.

JST przejmująca zadanie może być zobowiązana do zrealizowania obowiązków wynikających z Umowy o PPP, w szczególności: terminowej wypłaty Opłaty za Dostępność, współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia (polegającego na terminowym rozliczaniu umowy, dokonywaniu odbiorów zrealizowanych części umowy oraz wywiązywaniu się z innych określonych w Umowie o PPP obowiązków). W umowie o PPP należy wskazać, iż JST przejmująca zadanie będzie odpowiedzialna za zapewnienie Partnerowi Prywatnemu prawa do dysponowania nieruchomością w sposób pozwalający na realizację przedsięwzięcia. JST przejmująca zadanie, jako koordynator działań wszystkich JST, powinna odpowiadać przed Partnerem Prywatnym za wykonanie zobowiązań o charakterze niefinansowym, które muszą realizować wszystkie JST biorące udział w Projekcie, a które są niezbędne do ukończenia przedsięwzięcia (udostępnianie niezbędnej dokumentacji, dokonywanie uzgodnień, podejmowanie działań władczych jak wydawanie decyzji administracyjnych).

Nie oznacza to jednak, że pozostałe JST będące stronami porozumienia będą zupełnie zwolnione z odpowiedzialności wobec Partnera Prywatnego oraz JST przejmującej zadanie.

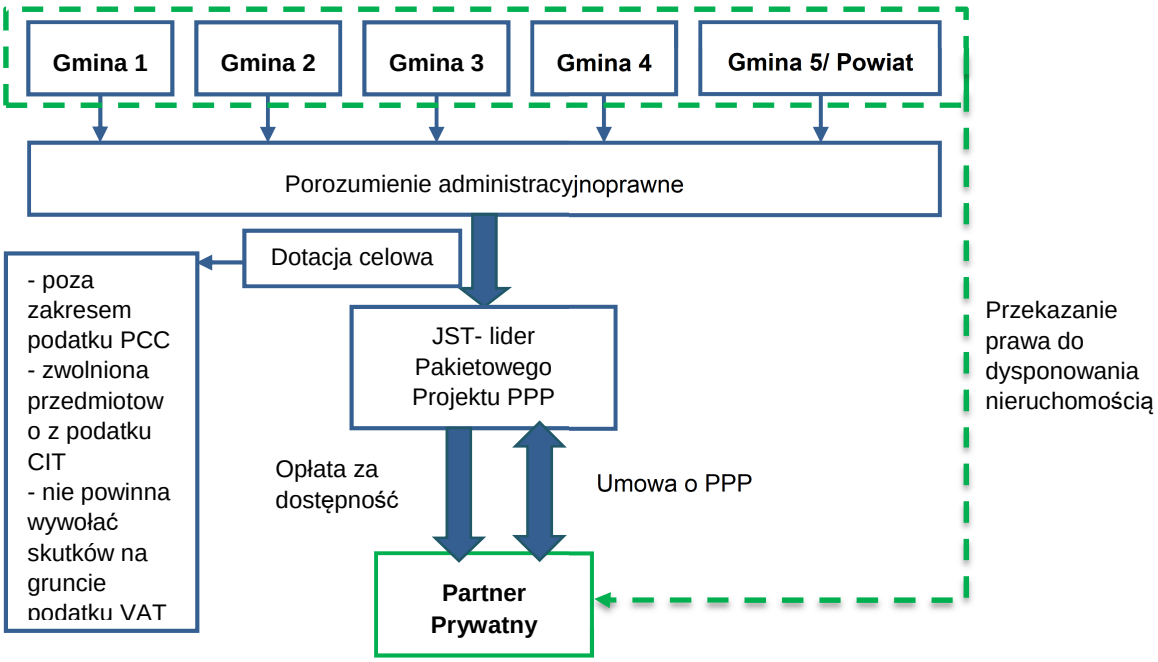
Jak wskazano powyżej (s. 47 Analizy), fakt, iż w drodze porozumienia, JST przekazała zadanie publiczne do wykonania innej (gminie lub powiatowi) nie oznacza, że nie będzie ona ponosić odpowiedzialności za jego zrealizowanie. Ponadto, jak zwrócono uwagę, JST zawierające porozumienie są zobowiązane do przekazywania środków finansowych niezbędnych do realizacji powierzonego zadania wskazanej w porozumieniu JST oraz będą zobowiązane do przekazania Partnerowi Prywatnemu prawa do dysponowania nieruchomością na podstawie bezpośrednio z nim zawieranej umowy (np. użyczenia).

Stąd, JST przekazujące zadanie będą ponosić wobec JST przejmującej zadanie odpowiedzialność, w tym odpowiedzialność **na zasadzie regresu** (np. w związku z brakiem przekazania środków, nie zostało wypłacone w terminie wynagrodzenie w postaci Opłaty za Dostępność).

W przypadku braku wywiązania się ze zobowiązań względem Partnera Prywatnego, **JST przejmująca zadanie będzie ponosić względem niego odpowiedzialność według zasad określonych w Umowie o PPP** (np. poniesie koszty związane z wcześniejszym rozwiązaniem umowy z przyczyn leżących po stronie Podmiotu Publicznego w zakresie ustalonym umową, bądź poniesie koszty naliczonych przez Partnera Prywatnego kar umownych, o ile takie zostaną w umowie przewidziane).

Porozumienie administracyjnoprawne powinno regulować sytuację pokrywania strat JST przejmującej zadanie powstałych z tytułu uregulowania kar umownych na rzecz Partnera Prywatnego.

Schemat 9 Realizacja Pakietowego Projektu PPP w ramach porozumienia administracyjno-prawnego



Analiza podatkowa

Na gruncie porozumienia administracyjnoprawnego pojawia się kilka transakcji, które mogą być istotne z punktu widzenia prawa podatkowego:

a) zawarcie porozumienia administracyjnoprawnego – na gruncie u.o.p. oraz podatku PCC

b) przekazywanie dotacji celowych na rzecz JST przejmującej zadanie – na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC.

Opodatkowanie zawarcia porozumienia administracyjnoprawnego

- opodatkowanie zawarcia porozumienia administracyjnoprawnego na gruncie u.o.p.

Po pierwsze, należy rozważyć, jakie skutki podatkowe wiążą się z samym zawarciem takiego porozumienia pomiędzy JST i czy porozumienie administracyjnoprawne może być uznane za podatnika.

Zgodnie z art. 7 § 1. u.o.p. podatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, podlegająca na mocy ustaw podatkowych obowiązkowi podatkowemu. Ponadto, zgodnie art 7. § 2. u. o.p. ustawy podatkowe mogą ustanawiać podatnikami inne podmioty niż wymienione w § 1.

Natomiast art. 135 u.o.p. stanowi, iż zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych w sprawach podatkowych ocenia się według przepisów prawa cywilnego, jeżeli przepisy prawa podatkowego nie stanowią inaczej. Biorąc pod uwagę art. 15 ust. 1 u.p.t.u., podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w art. 15 ust. 2 u.p.t.u., bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Powyższe oznacza, że z punktu widzenia podatku dochodowego od osób prawnych, a także podatku od towarów i usług, podatnikiem nie będzie porozumienie administracyjnoprawne - pozostaną nimi jego strony - JST.

Podsumowując, zawarcie porozumienia administracyjnoprawnego pomiędzy JST, którego przedmiotem będzie powierzenia jednej z nich prowadzenia zadań publicznych, w tym podjęcie uchwały w sprawie zawarcia porozumienia administracyjnoprawnego - nie wywoła skutków podatkowoprawnych w zakresie uznania tego porozumienia za podatnika.

WAŻNE: Zawarcie porozumienia administracyjnoprawnego nie wywołuje skutków podatkowych w zakresie uznania takiego porozumienia za podatnika.

Należy podkreślić, że analiza w tym zakresie nie dotyczy szczegółowych kwestii podatkowych (takich jak wzajemnie rozliczenia pomiędzy stronami).

- opodatkowanie zawarcia porozumienia administracyjnoprawnego na gruncie podatku PCC

Druga ważna kwestia, to, czy JST zawierające porozumienie administracyjnoprawne, będą zobowiązane do uiszczenia podatku PCC.

W tym zakresie należy wskazać, że ustawa u.p.c.c. przewidziała zwolnienie podmiotowe – zgodnie z art. 8 ust 4 u.p.c.c. JST są zwolnione od podatku PCC.

WAŻNE: Na gruncie u.p.c.c. przewidziano zwolnienie podmiotowe od podatku PCC w odniesieniu do JST.

Ustawodawca nie przewidział żadnych dodatkowych warunków, które spełnić musiałby podatnik, aby móc skorzystać z omawianego zwolnienia. Jednakże, należy pamiętać o specyfice wykładni przepisów dotyczących ulg i zwolnień podatkowych. Jedną z jej podstawowych założeń jest zasada ścisłej interpretacji przepisów wprowadzających przywileje podatkowe. Oznacza to, że na gruncie wykładni językowej, omawiane zwolnienie może być stosowane do podmiotów bezpośrednio określonych w ustawie.

Ponieważ na gruncie porozumienia administracyjnoprawnego, zadania powierzone nadal będzie realizować JST (a więc podmiot wprost wskazany w art. 8 ust 4 u.p.c.c.), to w przypadku podejmowania przez taką JST czynności cywilnoprawnych, będzie ona mogła korzystać ze zwolnienia wynikającego z tej ustawy.

Opodatkowanie przekazywania dotacji celowych na rzecz JST przejmującej zadanie

- opodatkowanie przekazywania dotacji celowych na rzecz JST przejmującej zadanie na gruncie podatku VAT

Ostatecznie, w odniesieniu do porozumienia administracyjnoprawnego istotne są jeszcze skutki podatkowe przekazania dotacji na gruncie podatku VAT.

Zgodnie z art. 29a u.p.t.u., podstawą opodatkowania jest wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej, włącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze, mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika.

W związku z powyższym, zasadniczo każda dotacja, subwencja lub dopłata o podobnym charakterze otrzymana przez dostawcę lub usługodawcę, jeśli wpływa na wysokość ceny dostarczanych towarów lub świadczonych usług, wchodzi do obrotu jako jego część składowa. Dotyczy to więc każdej dotacji, której wielkość w sposób bezpośredni jest uzależniona od ilości i wartości wykonywanych dostaw towarów lub usług.

Do podstawy opodatkowania wliczane są tylko te kwoty dofinansowań, które zostały faktycznie otrzymane. Z tego też powodu dotacjami (subwencjami, dopłatami itp.), które to podlegają wliczeniu do podstawy opodatkowania nie są kwoty zaniechanych, bądź umorzonych zobowiązań. Nie są to bowiem kwoty otrzymane przez podatnika.

Należy zaznaczyć, że **dostawa towarów lub świadczenie usług podlega opodatkowaniu podatkiem VAT wtedy, gdy te dokonane są odpłatnie oraz, gdy pomiędzy dostawcą towaru lub świadczącym usługę i ich beneficjentem (odbiorcą) istnieje stosunek prawny (umowa),** w którego ramach spełniane są wzajemne świadczenia.

Trzeba zaznaczyć, że opodatkowaniu podatkiem VAT, zgodnie z zasadą powszechności opodatkowania, podlegają wszelkie transakcje, których przedmiotem jest dostawa towarów lub świadczenie usług, pod warunkiem, że są one realizowane przez podatników w rozumieniu ustawy o VAT i są wykonywane w ramach działalności gospodarczej. Opodatkowaniem podatkiem VAT mogą podlegać jedynie czynności, w których przypadku został spełniony zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy zakres opodatkowania. Oznacza to, że czynność podlegająca opodatkowaniu musi być wykonana przez podmiot mający cechę podatnika.

Należy wskazać, że **samo otrzymanie dotacji nie jest, jako takie, żadną odrębną czynnością opodatkowaną. Dotacje podlegają bowiem opodatkowaniu jako składnik ceny czynności, z którą są związane.** W praktyce jest to tylko dodatkowy element podstawy opodatkowania do czynności, z którą dotacja jest związana. **Jeśli zaś dotacje dotyczą czynności niepodlegającej opodatkowaniu, to także one same nie mogą podlegać opodatkowaniu.**

Powyższe potwierdza wyrok WSA w Krakowie z dnia z 23 stycznia 2018 roku, I SA/Kr 1226/17: "*Aby dofinansowanie w postaci np. dotacji czy też subwencji kształtowało podstawę opodatkowania musi mieć bezpośredni (a nie wyłącznie pośredni wpływ) na cenę oferowanych*

produktów lub świadczonych usług. Musi ono w sposób zindywidualizowany i policzalny wpływać na cenę danego świadczenia (tzn. świadczenie dzięki dofinansowaniu ma cenę niższą o konkretną kwotę). W przypadku pośredniego związku otrzymanie dofinansowania nie rzutuje na podstawę opodatkowania."

Zbliżone stanowisko w tym zakresie wyraził również WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 31 stycznia 2018 r., I SA/Op 473/17: "*Otrzymanie dotacji nie jest odrębną czynnością opodatkowaną, gdyż dotacja, w razie spełnienia warunków przez prawo opisanych, podlega opodatkowaniu jako składnik ceny czynności, z którą ta dotacja jest związana. Przepis art. 29a ust. 1 u.p.t.u. odróżnia należność z tytułu odpłatnego świadczenia usług od otrzymanej dotacji na wykonanie określonych zadań. Dotacja podlega opodatkowaniu jedynie jako składnik ceny czynności, z którą jest związana (dostawa, usługa) i jedynie wówczas, gdy bezpośrednio wpływa na cenę dostawy lub usługi. Jeśli tak jest, to podlega opodatkowaniu według zasad przewidzianych dla opodatkowania związanej z nią dostawy lub usługi.*"

Zgodnie z art. 15 ust. 6 u.p.t.u. nie uznaje się za podatnika organów władzy publicznej oraz urzędów obsługujących te organy w zakresie realizowanych zadań nałożonych odrębnymi przepisami prawa, dla realizacji których zostały one powołane, z wyłączeniem czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych. Analiza przytoczonego przepisu była przeprowadzona w rozdziale 1.3.3. pkt 8) lit. a Analizy (wnioski dotyczące spółki komunalnej jako podatnika VAT), jej wnioski pozostają tożsame dla oceny skutków podatkowych przekazania dotacji.

JST na gruncie podatku VAT występować mogą w dwojakim charakterze:

- **podmiotów niebędących podatnikami**, gdy realizują zadania nałożone na nich odrębnymi przepisami prawa, oraz
- **podatników podatku VAT**, gdy wykonują czynności na postawie umów cywilnoprawnych.

Trzeba zauważyć, że organy krajowej administracji skarbowej poddawały w wątpliwość charakter publicznoprawny porozumienia administracyjnego, twierdząc, że jest to umowa zbliżona do umowy o świadczenie usług albo umowy zlecenia. Miało to na celu podważenie charakteru zdań publicznych realizowanych przez JST w ramach porozumienia - czego skutkiem miało być zakwalifikowanie ich, jako opodatkowanych czynności cywilnoprawnych. Stanowisko to nie znalazło poparcia w wyrokach sądów administracyjnych.[42]

Kryterium podziału stanowi charakter czynności - czynności o charakterze publicznoprawnym wyłączają JST z kategorii podatników VAT.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok w sprawie C-184/00 Office des produits wallons ASBL v. Belgian State) podkreśla się, że istotne znaczenie dla opodatkowania ma określenie związku pomiędzy dotacją a świadczeniem usług czy dostawą towaru jako „bezpośredniego". TSUE podkreślił, że sam tylko fakt, iż dotacja (czy inny sposób dofinansowania) wpływa na ostateczną cenę świadczenia (co niemal zawsze ma miejsce), nie może być decydujący dla uznania, że dotacja ta powinna zwiększać podstawę opodatkowania.

Podsumowując, powyższe oznacza, że włączenie do podstawy opodatkowania będzie miało miejsce jedynie wówczas, gdy będzie to celowa dotacja, subwencja i inna dopłata o podobnym charakterze związana bezpośrednio z dostawą towaru lub świadczeniem usług, co nie występowałoby w ramach Pakietowego Projektu PPP. W zakresie zakładanego wariantu przewiduje się bowiem, iż jedna z JST biorąca udział w Projekcie będzie wykonywać określone zadanie publiczne, przekazane jej na mocy porozumienia administracyjnoprawnego.

[42] Linia orzecznicza:
Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 grudnia 2011 r., I FSK 544/11;
Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 6 marca 2014 r. I SA/Kr 60/14;
Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 18 lutego 2015 r., III SA/Gl 1465/14;
Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 15 maja 2019 r. I SA/Go 94/19.

- opodatkowanie przekazywania dotacji celowych na rzecz JST przejmującej zadanie na gruncie podatku CIT

Jednocześnie, analizując skutki podatkowe przekazania dotacji na gruncie podatku CIT, należy podkreślić, że w świetle art. 12 ust. 1 pkt 1) u.p.d.o.p. przychodami są w szczególności otrzymane pieniądze, wartości pieniężne, w tym również różnice kursowe. Oznacza to, że co do zasady, otrzymane dotacje stanowią przychód.

Jednak ustawa przewiduje **zwolnienia podatkowe** w tym zakresie.

Pierwsze z nich uregulowane zostało w art. 17 ust. 1 pkt 21) u.p.d.o.p. - wolne od podatku są dotacje, subwencje, dopłaty i inne nieodpłatne świadczenia, z zastrzeżeniem pkt 14a, otrzymane na pokrycie kosztów albo jako zwrot wydatków związanych z otrzymaniem, zakupem albo wytworzeniem we własnym zakresie środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych, od których dokonuje się odpisów amortyzacyjnych zgodnie z art 16a–16m.

Przedmiotowe **zwolnienie dotyczy dwóch kategorii:**

- **dotacje otrzymane na pokrycie kosztów** albo
- jako **zwrot wydatków związanych z otrzymaniem, zakupem albo wytworzeniem we własnym zakresie środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych**.

Przyjmuje się, że omawiane zwolnienie nie dotyczy dotacji udzielanych przez JST.

W tym zakresie ustawodawca przewidział inne zwolnienie, którego istotą jest pochodzenie dotacji.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 47) u.p.d.o.p. **wolne od podatku są dotacje otrzymane z budżetu państwa lub budżetu JST**, z wyjątkiem dopłat do oprocentowania kredytów bankowych w zakresie określonym w odrębnych ustawach. Tym samym, dotacja celowa przekazana z budżetu JST przekazujących zadanie na rzecz JST przejmującej zadanie, korzysta ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem CIT.

- opodatkowanie przekazywania dotacji celowych na rzecz JST przejmującej zadanie na gruncie podatku PCC

Podatkiem PCC opodatkowane są jedynie te czynności cywilnoprawne, które zostały określone w katalogu zawartym w art. 1 ust. 1 u.p.c.c. (został on przywołany w rozdziale 1.1.2. pkt 4) Analizy „skutki podatkowe umowy użyczenia nieruchomości pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC").

Ponieważ porozumienie administracyjnoprawne nie należy do wymienionych w tym przepisie katalogu czynności objętych opodatkowaniem podatkiem PCC, udzielenie dotacji celowej na jego podstawie JST przejmującej zadanie, nie wywoła skutków podatkowych na gruncie u.p.c.c.

Dotacja celowa jako sposób finansowania w ramach Pakietowego Projektu PPP jest optymalną podatkowo formą, ponieważ:

- w ramach planowanych w Projekcie działań nie powinna wywołać skutków ma gruncie podatku VAT;
- może skorzystać ze zwolnienia z podatku CIT,
- nie wywołuje skutków podatkowych na gruncie podatku PCC.

WAŻNE: Dotacja celowa na gruncie prawa podatkowego:

- znajduje się poza zakresem podatku PCC,
- jest zwolniona przedmiotowo z podatku CIT,
- nie powinna wywołać skutków na gruncie podatku VAT.

Stabilność porozumienia

Odnosząc się do trwałości porozumienia, która jest istotna z punktu widzenia stabilności przyszłego Pakietowego Projektu PPP, należy wskazać, że ta forma wykonywania zadań publicznych przez JST jest względnie trwała.

Negatywnie na trwałość porozumienia wpływa przede wszystkim jej podstawowa cecha, a mianowicie **dobrowolność**. Każda z JST ma prawo wystąpić z porozumienia, w tym również ta JST, która realizuje zadanie. W tym zakresie podkreślenia wymaga, że porozumienie jest formą współdziałania JST obarczoną dużym **ryzykiem politycznym**. O dalszym uczestnictwie w porozumieniu bezpośrednio decydują bowiem organy poszczególnych JST, co oznacza, że każda zmiana władzy może pociągać za sobą zagrożenie dla dalszego realizowania Pakietowego Projektu PPP.

Ponieważ przepisy u.s.g. i u.s.p. nie przewidują żadnych szczególnych regulacji w tym zakresie, JST mają możliwość określić w porozumieniu enumeratywnie określone przypadki, które mogą być podstawą odstąpienia/wypowiedzenia porozumienia przez JST.

Rozwiązanie porozumienia może nastąpić zarówno poprzez złożenie oświadczeń woli przez strony, jak również poprzez jednostronne odstąpienie JST, której zadanie powierzono. W przypadku odstąpienia jednej JST, która przekazała zadanie do wykonania, mogą nastąpić zasadnicze zmiany w dalszym funkcjonowaniu porozumienia bądź jego rozwiązanie (zależy od postanowień przyjętych w jego treści). Rozwiązanie porozumienia może nastąpić również w innych przypadkach, określonych w jego treści lub niezależnych od stron (np. zmiany prawa uniemożliwiającej dalsze realizowanie porozumienia).

Zasady funkcjonowania porozumienia, przesłanki jego rozwiązywania oraz zasady rozliczeń pomiędzy stronami mogą być swobodnie określone przez JST.

Na potrzeby Pakietowego Projektu PPP, **w porozumieniu administracyjnoprawnym JST/zarządcy dróg powinni określić:**

- **w jakich warunkach i terminach nastąpi wygaśnięcie porozumienia** (np. mogą przewidzieć wygaśnięcie porozumienia po zrealizowaniu Pakietowego Projektu PPP),
- przewidzieć prawo wypowiedzenia porozumienia przez JST/zarządców dróg – aby zapewnić jak największą stabilność tej formy współdziałania, rekomendowane jest, aby JST/zarządcy dróg **ograniczyli prawo wypowiedzenia porozumienia do określonych przesłanek** (np. w przypadku niezabezpieczenia przez jedną z JST odpowiednich środków w budżecie na realizację Projektu, niewykonania określonych obowiązków, unieważnienia Postępowania). Warto pamiętać, że wypowiedzenie porozumienia przez JST/zarządcę drogi przejmującego zadanie, niweczy porozumienie w całości, z kolei wypowiedzenie porozumienia przez jedną z JST/zarządcę drogi przekazującego zadanie, może (co najmniej) w sposób znaczny zmodyfikować dalsze funkcjonowanie porozumienia. Zatem w porozumieniu warto zawrzeć również postanowienia, które będą regulować **sposób jego funkcjonowania po wypowiedzeniu go przez jedną ze stron** (np. przewidzieć warunki zwiększenia dotacji celowych w związku ze zwiększeniem kosztów realizacji Projektu).

W przypadku, gdy JST przejmująca odstąpi od porozumienia, wówczas ulega ono rozwiązaniu w całości. Natomiast wątpliwości budzą skutki wypowiedzenia/odstąpienia od porozumienia przez jedną z wielu JST przekazujących, w przypadku Pakietowego Projektu PPP. W takiej sytuacji, w zależności od stopnia zaawansowania prac nad przedsięwzięciem, porozumienie może ulec rozwiązaniu w całości lub części. Wydaje się, że o ile wypowiedzenie porozumienia na początkowym etapie realizacji zadania (np. przed wszczęciem Postępowania) nie uniemożliwia prowadzenia dalszych prac nad wykonaniem Pakietowego Projektu PPP, o tyle w późniejszej fazie (np. realizacji Umowy o PPP) może niweczyć realizację całego Przedsięwzięcia. Wydaje się, że odpowiednim mechanizmem w takiej sytuacji powinno być przewidzenie w Umowie o PPP możliwości częściowego odstąpienia od umowy przez Podmiot Publiczny, w przypadku, gdy JST odstąpi od porozumienia.

Dla zachowania stabilności porozumienia administracyjnoprawnego, rekomenduje się zawarcie w jego treści, ustalonej przez JST, **procedury podejmowania decyzji dotyczących realizacji Pakietowego Projektu PPP oraz procedury rozstrzygania sporów** (w przypadku braku możliwości podjęcia decyzji ze względu na sprzeczność stanowisk JST biorących udział w Projekcie).

Nic nie stoi na przeszkodzie, aby JST przewidziały w porozumieniu, iż w odniesieniu do niektórych kwestii dotyczących realizacji Pakietowego Projektu PPP, JST przejmująca zadanie nie będzie mogła podejmować określonych decyzji samodzielnie, ale dopiero **po uzyskaniu zgody pozostałych JST biorących udział w Projekcie**.

Na wzór rozwiązań korporacyjnych, JST mogą przewidzieć **możliwość głosowania większościowego** przez JST (dokonywanego przez np. wójtów, burmistrzów, prezydentów, starostów), a w przypadku kwestii kluczowych dla Pakietowego Projektu PPP (wymienionych enumeratywnie w porozumieniu administracyjno-prawnym, np. kwestii, które będą miały wpływ na WPF JST biorących udział w Projekcie) – za pomocą głosowania jednomyślnego.

Również forma finansowania zadań właściwa dla porozumienia administracyjnoprawnego, czyli **dotacja celowa, może destabilizować tę formę współpracy pomiędzy JST i powodować jego niebankowalność**. Ponieważ dotacja celowa ma charakter roczny, a nie wieloletni, poszczególne JST mogą nie „poczuwać" się do obowiązku przekazywania środków finansowych na realizację Pakietowego Projektu PPP w późniejszych latach. To zaś, może wpływać demotywująco na pozostałe JST, w szczególności JST przejmującą zadanie, i zniechęcać do kontynuowania współpracy. Jednocześnie, na podstawie porozumienia administracyjnoprawnego nie można w sposób wiążący zobowiązać JST do przekazywania dotacji celowej w perspektywie wieloletniej, gdyż przeczyłoby to samej instytucji dotacji, a po drugie ograniczałoby to organy poszczególnych JST w podejmowaniu uchwał budżetowych. Niewątpliwie te czynniki wpłyną negatywnie na ocenę instytucji finansujących tej formy organizacyjnoprawnej przyjętej przez JST, ze względu na wysokie ryzyko braku sfinansowania Projektu.

Mechanizmem niwelującym te skutki może być możliwość przewidzenia kary umownej/ odszkodowania nakładanej na te JST, które nie podejmą działań w celu przekazania corocznie dotacji celowej. Nie ulega jednak wątpliwości, że nadal może to okazać się środkiem niewystarczającym dla zapewnienia stabilności tej formy współpracy pomiędzy JST oraz jej Bankowalności.

Niewątpliwie niestabilność tej formy finansowania może, a nawet z dużym prawdopodobieństwem będzie, negatywnie wpływać na ocenę Projektu przez Instytucje Finansujące. Ze względu na duże ryzyko oraz brak możliwości uwzględnienia dotacji celowej w WPF, mogą uznać taki Projekt (realizowany w ramach porozumienia administracyjnoprawnego i finansowany z dotacji celowych o charakterze rocznym) za niebankowalny.

Czynnikiem negatywnie wpływającym na trwałość Pakietowego Projektu PPP realizowanego w formie porozumienia jest również fakt, iż JST przekazujące zadanie, nadal ponoszą odpowiedzialność za jego realizację (w odróżnieniu od np. odpowiedzialności JST w przypadku powierzenia zadań związkowi – vide rozdział 1.3.2.1. pkt 7) Analizy), co może zniechęcać je do podejmowania takiej formy współdziałania.

Przydatność formy dla Pakietowego Projektu PPP

Na przydatność porozumienia jako formy właściwej do realizacji Pakietowego Projektu PPP pozytywnie wpływa:

1. **brak zasadniczych ograniczeń prawnych w możliwości zawierania porozumień:**
   - **ograniczenie w kierunku przekazywania zadań publicznych** (tj. możliwość przekazywania zadań wyłącznie JST/zarządcy dróg równego lub niższego szczebla) nie powinno stanowić przeszkody uniemożliwiającej skorzystanie z tej formy współdziałania. Może natomiast być decydującym czynnikiem jedynie na gruncie konkretnego przypadku (np. jeżeli w grupie powiatów i gmin biorących udział w Projekcie, żadna z gmin nie jest przystosowana do pełnienia roli Lidera Projektu),
   - w kontekście przekazywania zadań w zakresie zarządzania drogami publicznymi: porozumienie administracyjnoprawne pomiędzy zarządcami dróg jest formą współdziałania wprost wskazaną i dopuszczoną na gruncie przepisów u.d.p. Jeżeli zaś chodzi o porozumienie administracyjnoprawne pomiędzy samymi JST, można rozważyć, czy nie byłoby możliwe na jego podstawie przekazanie zadań zarządzania drogami publicznymi w zakresie działań niewładczych. Jednak taka forma współdziałania nie byłaby właściwa, biorąc pod uwagę, że porozumienie administracyjnoprawne przede wszystkim ma służyć przekazywaniu zadań publicznoprawnych (w zakresie działań władczych).
2. **nieskomplikowana procedura zawierania**: dzięki czemu zawarcie porozumienia może być sprawnie przeprowadzone, bez dodatkowych kosztów. Ponieważ jest to popularna forma współdziałania JST, nie powinno być problemów przy dokonywaniu czynności związanych z zawieraniem porozumienia oraz jego funkcjonowaniem.
3. **duża swoboda w kształtowaniu postanowień porozumienia**: co może pomóc dostosować porozumienie do indywidualnych warunków realizacji Pakietowego Projektu PPP. W szczególności, JST/zarządcy dróg mają możliwość określania np. warunków jego wypowiedzenia/ odstąpienia od niego, przewidzenia kar umownych/odszkodowań. Z drugiej strony, swoboda kształtowania porozumień administracyjnoprawnych może rodzić ryzyko po stronie Partnera Prywatnego, ponieważ JST/zarządcy dróg, korzystając z tej swobody, mogą sformułować jego postanowienia w sposób tak niewiążący, że może to prowadzić do braku stabilności całego Projektu.

Z kolei do negatywnych cech porozumienia, które mogą powodować, iż forma ta może okazać się nieprzydatna do realizacji Pakietowego Projektu PPP zaliczyć należy przede wszystkim:

1. **dobrowolność uczestnictwa w porozumieniu:** każda JST/zarządca dróg może wypowiedzieć/odstąpić od porozumienia, przy czym wystąpienie z porozumienia przez JST/zarządcę drogi przejmującego zadanie niweczy całość współpracy. Ten negatywny aspekt w pewnym jedynie zakresie mogą niwelować przewidziane w porozumieniu warunki jego wypowiadania/odstąpienia.
2. **ryzyko polityczne:** o dalszym funkcjonowaniu porozumienia decydują bezpośrednio organy JST/zarządcy dróg będących stronami porozumienia.
3. **właściwy dla porozumienia administracyjnoprawnego sposób partycypowania w kosztach realizacji zadania publicznego:** czyli dotacja celowa. Ze względu na jej roczny charakter, Projekt realizowany w ramach porozumienia administracyjnoprawnego może być uznany za niebankowalny przez zainteresowane Instytucje inansujące. Ponadto, JST będące stronami porozumienia, mogą nie czuć się zmotywowane do kontynuowania współpracy w wieloletniej perspektywie. Ten negatywny aspekt w pewnym jedynie zakresie mogą niwelować przewidziane w porozumieniu postanowienia przewidujące kary umowne/odszkodowanie za brak podjęcia działań zmierzających do przekazania dotacji celowej w dalszych latach.

1.3.1.2. Umowa cywilnoprawna

Podstawa prawna

Możliwość zawierania przez JST umów cywilnoprawnych została wprost przewidziana:

- w odniesieniu do gmin – w art. 9 ust. 1 u.s.g.,
- w odniesieniu do powiatów – w art. 6 ust. 1 u.s.p.

Ogólna zasada, jaka wynika z ww. przepisów to uprawnienie gmin i powiatów do zawierania umów z innymi podmiotami w celu wykonywania zadań. Ustawodawca przy tym nie określa, o jakie podmioty może chodzić. Stąd, należy przyjąć, że JST mogą zawierać umowy z różnymi podmiotami bez względu na ich rodzaj i status – mogą to być inne JST (różnego szczebla), przedsiębiorstwa państwowe i prywatne, organizacje pozarządowe itd.

Przepisy nie określają również, co może być przedmiotem takich umów. Ustawodawca posługuje się sformułowaniem „w celu wykonywania zadań", co należy rozumieć szeroko. Przy czym, w odróżnieniu od porozumienia administracyjnoprawnego, w drodze umów cywilnoprawnych mogą być przekazywane zadania prywatnoprawne, nie zaś zadania publicznoprawne (wyrok NSA z 27.9.1994 r., SA/Łd 1906/94, niepubl.). Oznacza to przede wszystkim, że na podstawie umowy cywilnoprawnej nie można przekazać kompetencji do wykonania zadania – do tego służy bowiem porozumienie administracyjnoprawne[43].

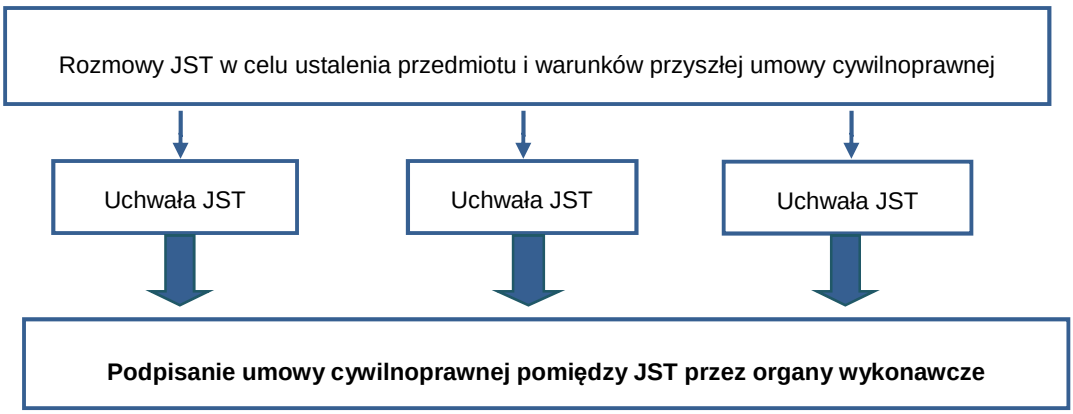
Tym samym **na podstawie umowy cywilnoprawnej można powierzyć/przekazać do wykonania innej JST jedynie działania niewładcze**.

Nie stanowi to jednak zasadniczej przeszkody w stosowaniu tej formy współpracy w Pakietowym Projekcie PPP, ponieważ w ramach tego Projektu przekazywane by były jednej JST wyłącznie działania o charakterze niewładczym w zakresie przygotowania i przeprowadzenia Postępowania, zawarcia Umowy o PPP i zarządzania Umową o PPP.

Wymagania formalne (procedura zawierania, podstawa działania)

Przepisy u.s.g. oraz u.s.p. nie określają trybu zawierania umów cywilnoprawnych pomiędzy JST.

Schemat 10 Procedura zawierania umowy cywilnoprawnej



Szczegółową procedurę zawierania umów cywilnoprawnych określa Załącznik nr 2 do Analizy.

[43] Uchwała RIO z 9.3.2016 r., 5/397/2016

Prawa i obowiązki JST

Zakres działań przekazywanych na podstawie umowy cywilnoprawnej

Jak wskazano powyżej, umowa cywilnoprawna zawierana jest przez JST w celu wykonywania zadań. Jednak, w odróżnieniu od porozumienia administracyjnoprawnego, **w drodze umowy cywilnoprawnej nie można przekazać innemu podmiotowi kompetencji do wykonania określonego zadania publicznego, tj. nie można przekazać działań o charakterze władczym**. Inaczej rzecz ujmując, umowa cywilnoprawna może jedynie regulować stosunki cywilne i nie może stanowić podstawy do przekazywania kompetencji do jednostronnego określania praw i obowiązków innych podmiotów.

Umowa cywilnoprawna wywiera skutki wyłącznie między jej stronami, w wyjątkowych przypadkach możliwe jest, aby na jej podstawie powstały określone w jej treści uprawnienia dla osób trzecich. **Nie jest jednak możliwe, aby na podstawie umowy cywilnoprawnej doszło do nałożenia jakiegokolwiek obowiązku na osobę trzecią**.

Umowa cywilnoprawna stanowi formę działania JST o charakterze niewładczym. Z jej istoty wynika, iż jej **strony są równorzędnymi i niezależnymi podmiotami, które nie są powiązane więzami organizacyjnymi**. Stosunek prawny łączący strony takiej umowy przybiera formę współdziałania, w której żadna ze stron nie zyskuje pozycji dominującej, jak również nie występują pomiędzy nimi więzy charakteryzujące się podporządkowaniem lub zależnością. Co więcej, cechą charakterystyczną umowy cywilnoprawnej jest również dążenie stron do zaspokojenia swoich interesów, co odróżnia ją od porozumienia administracyjnoprawnego, w którym priorytetem jest interes publiczny.

Warianty współpracy JST w ramach umowy cywilnoprawnej

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem umowy cywilnoprawnej byłoby współdziałanie JST w celu realizacji Pakietowego Projektu PPP, należałoby przyjąć, że JST na gruncie umowy cywilnoprawnej mogłyby przewidzieć:

- **przekazanie jednej z JST zadania publicznego w zakresie działań niewładczych** (przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania, zawarcie Umowy o PPP i zarządzanie Umową o PPP),
- **upoważnienie jednej z JST do działania w imieniu pozostałych JST** w zakresie czynności przeprowadzenia Postępowania, zawarcie Umowy o PPP i zarządzanie Umową o PPP.

Ponieważ pierwszy z wyżej opisanych wariantów (polegający na przekazaniu zadania publicznego w zakresie działań niewładczych) jest konstrukcyjnie zbliżony do porozumienia administracyjnoprawnego, nie będzie on podlegać szczegółowej analizie. Tym bardziej, że formą właściwą dla przekazywania zadań pomiędzy JST jest porozumienie administracyjnoprawne, nie zaś umowa cywilnoprawna.

Natomiast drugi wariant, będzie o tyle różnić się od pierwszego (i tym samym, również porozumienia administracyjnoprawnego), że na mocy umowy cywilnoprawnej, JST będąca Liderem Pakietowego Projektu PPP będzie jedynie pełnomocnikiem działającym w imieniu JST biorących udział w Projekcie.

Elementy umowy cywilnoprawnej

W ramach umowy cywilnoprawnej zawieranej w celu realizacji Pakietowego Projektu PPP, JST powinny uregulować/przewidzieć:

- **udzielenie pełnomocnictwa do działania jako pełnomocnik wszystkich JST** w ramach Postępowania oraz Umowy o PPP,
- **zasady partycypowania w kosztach realizacji Pakietowego Projektu PPP:** JST powinny brać udział w finansowaniu realizacji zadania. W szczególności powinny one wspólnie ponosić koszty przygotowania i przeprowadzenia Postępowania, a następnie realizacji samej Umowy o PPP (kosztach związanych z obowiązkiem wypłacenia Opłaty za Dostępność). Podstawą przekazywania środków finansowych powinien być art. 10 ust. 2 u.s.g., przewidujący możliwość udzielania pomocy finansowej pomiędzy JST. Formą pomocy powinna być dotacja,
- **obowiązki i terminy ich wykonania dla każdej z JST będącej stroną umowy:** chodzi o obowiązki polegające na przekazaniu środków finansowych, zapewnieniu wkładu własnego przez każdą z JST do przyszłej Umowy o PPP, określeniu zapotrzebowania i przygotowaniu wymagań technicznych przyszłego przedsięwzięcia, zabezpieczeniu odpowiednich środków w budżecie,
- **kary umowne** za niewywiązanie się ze zobowiązań przez każdą z JST,
- **zasady wypowiadania i odstąpienia od umowy cywilnoprawnej:** podobnie jak w porozumieniu, należy ograniczyć prawo wypowiedzenia/odstąpienia od umowy do określonych przypadków, w tym, warto przewidzieć kary umowne w przypadku odstąpienia/wypowiedzenia umowy, (jeżeli przyczyny leżały po stronie jednej z JST). Gminy/powiaty muszą jednak pamiętać, że na gruncie przepisów regulujących umowę zlecenia (art. 746 § 3 k.c.), nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów,
- **zasady rozliczania się JST po rozwiązaniu umowy** (np. zasady rozliczania niewykorzystanej dotacji),
- **procedurę podejmowania decyzji dotyczących realizacji Pakietowego Projektu PPP oraz procedurę rozstrzygania sporów** (w przypadku braku możliwości podjęcia decyzji ze względu na sprzeczność stanowisk JST biorących udział w Projekcie): podobnie jak w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego, JST mogą przewidzieć w umowie, iż w odniesieniu do niektórych kwestii dotyczących realizacji Pakietowego Projektu PPP, JST biorące udział w Projekcie będą podejmować wspólnie określone decyzje dotyczące Projektu. Na wzór rozwiązań korporacyjnych, JST mogą przewidzieć możliwość głosowania większościowego przez JST (dokonywanego przez wójtów, burmistrzów, prezydentów, starostów), a w przypadku kwestii kluczowych dla Pakietowego Projektu PPP (wymienionych enumeratywnie w umowie cywilnoprawnej, np. kwestii, które będą miały wpływ na WPF JST biorących udział w Projekcie) – za pomocą głosowania jednomyślnego.

Umowa zawarta pomiędzy JST nie musi być umową nazwaną. W przypadku realizacji Pakietowego Projektu PPP byłaby to umowa o współpracy JST.

Ograniczenia prawne

Podstawowym ograniczeniem prawnym związanym z zawieraniem umów cywilnoprawnych jest **brak możliwości przekazywania kompetencji (działań o charakterze władczym)** w tej formie współdziałania JST. Przy czym, nie stanowi to przeszkody uniemożliwiającej realizację Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym, ponieważ planowane działania w tym zakresie mają charakter niewładczy, tj. przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania, zawarcie Umowy o PPP i zarządzanie Umową o PPP.

Drugim ważnym ograniczeniem prawnym jest **wątpliwość dotycząca możliwości przekazywania zadań publicznych w zakresie dróg gminnych/powiatowych** (zarówno w zakresie działań władczych i niewładczych) w drodze umowy cywilnoprawnej pomiędzy JST na gruncie u.d.p.

Do rozważenia pozostaje, czy zarządcy dróg mogliby zawrzeć umowę cywilnoprawną. Ponieważ u.d.p. w tym zakresie nie przewiduje żadnych ograniczeń, wydaje się, że **możliwe byłoby zawarcie umowy cywilnoprawnej przez zarządców dróg**, na podstawie której jeden z nich działałby jako pełnomocnik pozostałych na etapie Postępowania, jak i na etapie zawarcia i realizacji Umowy o PPP.

Zasady odpowiedzialności między JST biorącymi udział w Pakietowym Projekcie PPP oraz między JST a Partnerem Prywatnym:

Istotnym dla realizacji Pakietowego Projektu PPP jest rozważenie, w jaki sposób będą kształtowały się zasady ponoszenia odpowiedzialności przez JST, w przypadku, gdy przedmiotem umowy byłoby zadanie polegające na realizacji Pakietowego Projektu PPP:

Odpowiedzialność pomiędzy JST

Postanowienia umowy cywilnoprawnej mogą być swobodnie ukształtowane przez strony, zatem również zasady odpowiedzialności pomiędzy JST mogą przybierać różne warianty.

Na gruncie przywołanych powyżej możliwych postanowień umowy cywilnoprawnej łączącej JST należy przyjąć, że:

- JST będąca Liderem Projektu, umocowana do działania w imieniu pozostałych JST w zakresie przeprowadzenia Postępowania, zawarcie Umowy o PPP i zarządzanie Umową o PPP, będzie **odpowiedzialna wobec pozostałych JST za prawidłową realizację swoich zobowiązań**, przy czym, przy ocenie sposobu realizacji tych zobowiązań będzie brane pod uwagę dochowanie przez nią należytej staranności (możliwe jest w tym zakresie przewidzenie kar umownych za niedopełnienie obowiązków lub nienależyte ich wykonanie, które będą rozliczane wg zasad ustalonych w umowie, np. wyegzekwowana kara umowna będzie wypłacana wszystkim JST w równych częściach lub tej JST, u której wystąpiła szkoda w związku z niedopełnieniem obowiązków przez Lidera Projektu),
- JST zobowiązujące się do pokrycia kosztów przeprowadzenia Postępowania, zawarcia Umowy o PPP i zarządzania Umową o PPP, będą ponosić **odpowiedzialność za terminowe przekazanie środków finansowych wobec JST będącej Liderem Projektu** (której z kolei będzie w tym zakresie przysługiwać roszczenie o zapłatę dochodzone na drodze sądowej),
- ponadto, JST będą ponosić **odpowiedzialność względem JST będącej Liderem Projektu za niewywiązanie się z innych obowiązków właściwych dla Pakietowego Projektu PPP** (np. opracowanie wymagań technicznych, przekazanie niezbędnych dokumentów, wydanie odpowiednich aktów administracyjnych), w tym zakresie możliwe jest przewidzenie kar umownych naliczanych na JST biorące udział w Projekcie, a należnych JST będącej Liderem Projektu.

Odpowiedzialność pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym

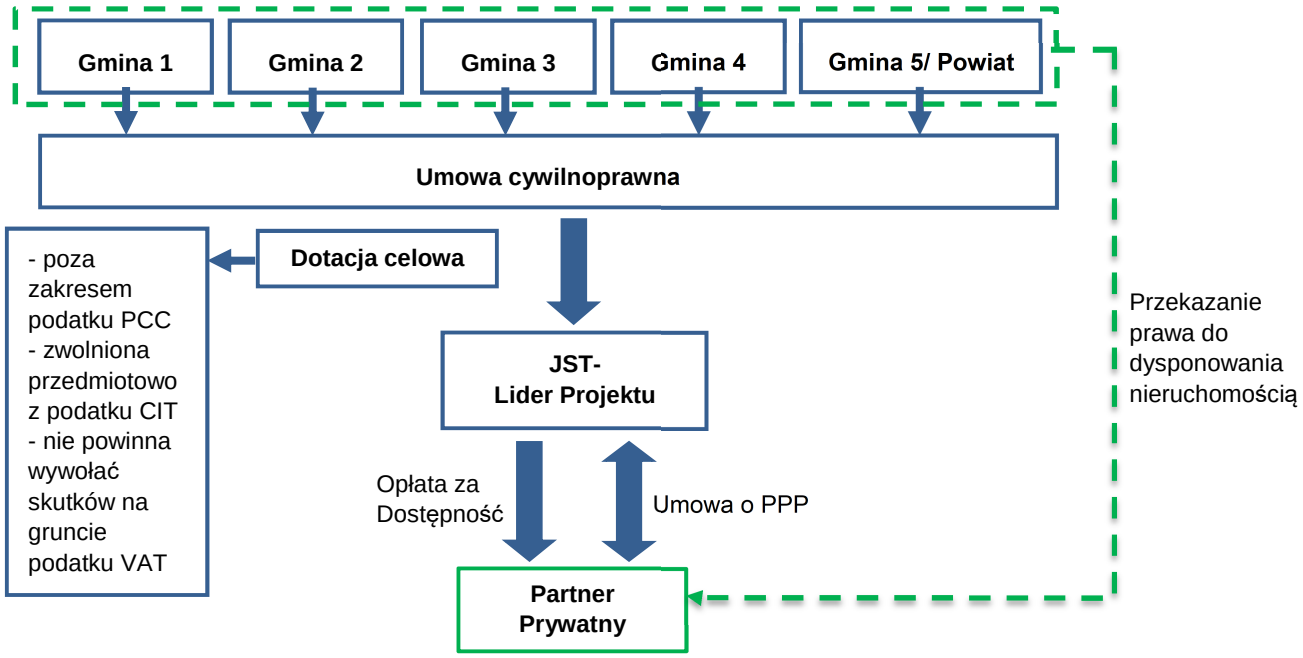
W omawianym wariancie (w którym jedna JST jest umocowana do działania w imieniu pozostałych JST w zakresie przeprowadzenia Postępowania, zawarcia Umowy o PPP i zarządzania Umową o PPP), wówczas **stroną Umowy o PPP będą wszystkie JST biorące udział w Pakietowym Projekcie PPP**.

W związku z powyższym, wszystkie JST będą odpowiadać jako strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i Umowy o PPP (Podmiot Publiczny). W tym zakresie, znajdą zastosowanie zasady określone w art. 16 u.p.z.p., zgodnie, z którymi:

- jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w całości w imieniu i na rzecz więcej niż jednego zamawiającego, wszyscy zamawiający ponoszą odpowiedzialność za wypełnienie obowiązków wynikających z ustawy. Odpowiedzialność powstaje również w przypadku, gdy jeden z zamawiających prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, występując we własnym imieniu i w imieniu pozostałych zamawiających (art. 16 ust. 6 u.p.z.p.),
- jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest prowadzone w całości w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających, każdy zamawiający ponosi odpowiedzialność za wypełnienie swoich obowiązków wynikających z ustawy w zakresie części postępowania, które prowadzi w swoim imieniu i na swoją rzecz (art. 16 ust. 7 u.p.z.p.),
- wszyscy zamawiający ponoszą odpowiedzialność za wypełnienie obowiązków wynikających z ustawy w części postępowania, która jest prowadzona w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających (art. 16 ust. 8 u.p.z.p.).

W przypadku Pakietowego Projektu PPP, wytypowana JST będzie prowadzić Postępowanie w całości w imieniu i na rzecz JST biorących udział w Projekcie (oraz na swoją rzecz i we własnym imieniu). W tej sytuacji, znajdzie zastosowanie reguła odpowiedzialności wskazana w art. 16 ust. 6 u.p.z.p. Oznacza to, że Partner Prywatny będzie mógł kierować roszczenia związane z Postępowaniem (np. zwrot kosztów przygotowania oferty) do każdej z JST biorącej udział w Projekcie, niezależnie od tego, która z nich pełniła rolę pełnomocnika w Postępowaniu.

Schemat 11 Realizacja Pakietowego Projektu PPP w ramach umowy cywilnoprawnej



Analiza podatkowa

W odniesieniu do umowy cywilnoprawnej, na etapie jej zawierania i funkcjonowania mogą występować następujące transakcje mające znaczenie z punktu widzenia prawa podatkowego:

a) zawarcie umowy cywilnoprawnej,

b) przekazywanie dotacji celowej na rzecz JST będącej Liderem Projektu – na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC.

Opodatkowanie zawarcia umowy cywilnoprawnej

Zawarcie umowy cywilnoprawnej pomiędzy JST, której przedmiotem będzie powierzenie jednej z nich prowadzenia zadań publicznych, w tym uchwały w sprawie zawarcia takiej umowy - nie wywoła skutków podatkowoprawnych w zakresie uznania tej umowy za podatnika – analogicznie jak zostało opisane w rozdziale 1.3.1.1. pkt 6) Analizy.

Jednakże, jeżeli JST zdecydują się zawrzeć umowę cywilnoprawną, która przez swoją treść zostałaby zakwalifikowana jako umowa spółki cywilnej, to pomimo tego, że spółka taka nie jest posiada osobowości prawnej, to w świetle przepisów u.p.t.u. będzie posiadała status podatnika. Na gruncie przepisów tej ustawy, podatnikiem podatku VAT może być każdy samodzielny podmiot prawny, niezależnie od jego formy organizacyjno-prawnej. W celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych co do charakteru prawnego umowy pomiędzy JST na gruncie podatkowym, należało będzie do niej wprowadzić odpowiednie postanowienia, bezpośrednio wskazujące na zamiar stron – zawarcie umowy cywilnej w rozumieniu k.c.[44]

Opodatkowanie przekazywania dotacji celowej na rzecz JST będącej Liderem Projektu

W zakresie skutków podatkowych przekazania dotacji celowej – więcej na ten temat w rozdziale 1.3.1.1. pkt 6) Analizy.

[44] W przypadku umowy spółki cywilnej, odpowiedzialność podatkową ponoszą również wspólnicy spółki cywilnej. Zgodnie z art. 115. § 1 u.o.p. wspólnik spółki cywilnej, jawnej, partnerskiej oraz komplementariusz spółki komandytowej albo komandytowo-akcyjnej odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie ze spółką i z pozostałymi wspólnikami za zaległości podatkowe spółki.
Odpowiedzialność ta dotyczy również odpowiedzialności byłego wspólnika za zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie, gdy był on wspólnikiem, oraz zaległości wymienione w art. 52 oraz art. 52a powstałe w czasie, gdy był on wspólnikiem. Za zobowiązania podatkowe powstałe na podstawie odrębnych przepisów po rozwiązaniu spółki, za zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał po rozwiązaniu spółki, oraz za zaległości wymienione w art. 52 oraz art. 52a powstałe po rozwiązaniu spółki, odpowiadają osoby będące wspólnikami w momencie rozwiązania spółki (art. 115. § 2 u.o.p.) Choć podatnikiem podatku VAT jest sama spółka, to odpowiedzialność za długi podatkowe mogą ponosić także wspólnicy spółki cywilnej.
Odpowiedzialność wspólnika posiada charakter osobisty (ponosi on odpowiedzialność z całego swojego majątku), solidarny (podatnik odpowiada z samą spółką oraz wszystkimi jej wspólnikami) oraz subsydiarny (uzupełnia ona odpowiedzialność spółki - sprowadza się do tego, że gdy egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, to dopiero wówczas można sięgnąć do majątków wspólnika). Możliwość wszczęcia egzekucji z majątku wspólnika spółki cywilnej powstaje dopiero gdy egzekucja z majątku spółki cywilnej okaże się być bezskuteczna: Egzekucja zobowiązania wynikającego z decyzji o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej może być wszczęta dopiero wówczas, gdy egzekucja z majątku podatnika okazała się w całości lub w części bezskuteczna, odstąpiono od czynności zmierzających do zastosowania środków egzekucyjnych albo nie przystąpiono do egzekucji administracyjnej w wyniku uprawdopodobnienia przez organ egzekucyjny braku możliwości uzyskania w toku egzekucji administracyjnej kwoty przewyższającej wydatki egzekucyjne (art. 108 § 4 u.o.p.). Zatem z zawarciem przez JST umowy zbliżonej do spółki cywilnej wiązałoby się wiele skutków na gruncie prawa podatkowego.
Tym samym, rekomendowaną umową dla JST dla celów Pakietowego Projektu PPP, powinny być umowy zbliżone raczej do umów zlecenia lub umów o świadczenie usług. Należy podkreślić, że powyższa analiza nie dotyczy szczegółowych kwestii podatkowych (takich jak wzajemnie rozliczenia pomiędzy stronami), które mogłyby być przeanalizowane wyłącznie na gruncie konkretnych zapisów umownych.

Stabilność umowy cywilnoprawnej

Odnosząc się do trwałości umowy cywilnoprawnej, która jest istotna z punktu widzenia stabilności przyszłego Pakietowego Projektu PPP, należy wskazać, że ta forma wykonywania zadań publicznych przez JST jest względnie trwała.

Negatywnie na trwałość umowy cywilnoprawnej wpływa przede wszystkim jej podstawowa cecha, a mianowicie **dobrowolność.** Każda z JST ma prawo odstąpić/wypowiedzieć umowę. Oczywiście (jak w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego) strony umowy mogą ograniczyć prawo odstąpienia/wypowiedzenia określając enumeratywnie przypadki, w których skorzystanie z tego prawa będzie możliwe.

Umowa cywilnoprawna jest formą współdziałania JST obarczoną dużym **ryzykiem politycznym**. O dalszym uczestnictwie w umowie decydują bowiem bezpośrednio organy poszczególnych JST, co oznacza, że każda zmiana władzy może pociągać za sobą zagrożenie dla dalszego realizowania Pakietowego Projektu PPP.

Nie można również nie zwrócić uwagi, że umowa cywilnoprawna pomiędzy JST nie jest szczegółowo uregulowana w przepisach samorządowych, jak również doktryna nie odnosi się w sposób jednolity do tej formy współpracy. Zatem zawieranie umów cywilnoprawnych pomiędzy JST (dla potrzeb tak istotnych inwestycji jak budowa/remont i utrzymanie dróg publicznych) może się wiązać z pewnym **ryzykiem prawnym, negatywnie wpływającym na stabilność samej współpracy pomiędzy JST**.

Czynnikiem negatywnie wpływającym na trwałość Pakietowego Projektu PPP realizowanego w formie umowy cywilnoprawnej jest również fakt, iż **wszystkie JST będące jej stroną, ponoszą pełną odpowiedzialność za wykonanie zadanie**, którego umowa będzie dotyczyć, jak również ponoszą pełną odpowiedzialność za realizację samej Umowy o PPP bezpośrednio przed Partnerem Prywatnym. Z pewnością, z tych powodów, ta forma współpracy nie jest atrakcyjna dla samorządów (choć dla Partnera Prywatnego byłoby to korzystne rozwiązanie).

Przydatność formy dla Pakietowego Projektu PPP

Na przydatność umowy cywilnoprawnej jako formy właściwej do realizacji Pakietowego Projektu PPP pozytywnie wpływa:

- **brak zasadniczych ograniczeń prawnych w możliwości zawierania umów cywilnoprawnych:** głównym ograniczeniem jest brak możliwości przekazywania zadań w zakresie działań władczych, które jednak nie będzie miało wpływu na realizację Pakietowego Projektu PPP ze względu na jego zakres. Nie istnieją również prawne obostrzenia w udzielaniu przez zarządców dróg pełnomocnictwa upoważniającego jednego z nich do przeprowadzenia Postępowania, zawarcia Umowy o PPP i zarządzania Umową o PPP w imieniu pozostałych,
- **nieskomplikowana procedura zawierania**: dzięki czemu zawarcie umowy cywilnoprawnej może być sprawnie zrealizowane, jak również nie wiąże się z dodatkowymi kosztami po stronie JST,
- **duża swoboda w kształtowaniu postanowień umownych**: co pozwala dostosować treść umowy do indywidualnych warunków Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym, w tym umożliwia określanie np. warunków jej wypowiedzenia/odstąpienia od niej, przewidzenia kar umownych/odszkodowań za niezrealizowanie wynikających z niej zobowiązań. Z drugiej strony, swoboda kształtowania porozumień umowy cywilnoprawnej może rodzić ryzyko po stronie Partnera Prywatnego, ponieważ JST/zarządcy dróg, korzystając z tej swobody, mogą sformułować jej postanowienia w sposób tak niewiążący, że może to prowadzić do braku stabilności całego Projektu,

- **zasady odpowiedzialności JST/zarządców dróg za realizację zadania oraz wykonanie Umowy o PPP** – na gruncie umowy cywilnoprawnej wszystkie JST/zarządcy dróg będą stronami Umowy o PPP i będą w pełni odpowiedzialne za zobowiązania wynikające z umowy. Wskazane zasady odpowiedzialności z pewnością będą korzystne z punktu widzenia Partnera Prywatnego, jednak dla JST biorących udział w Projekcie, umowa cywilnoprawna może okazać się formą nieatrakcyjną.

Z kolei do **negatywnych cech** umów cywilnoprawnych, które mogą powodować, iż forma ta może okazać się nieprzydatna do realizacji Pakietowego Projektu PPP zaliczyć należy przede wszystkim:

- **dobrowolność umowy:** każda JST/zarządca dróg może wypowiedzieć/odstąpić od umowy cywilnoprawnej. Ten negatywny aspekt w pewnym jedynie zakresie mogą niwelować przewidziane w umowie warunki jego wypowiadania/odstąpienia,
- **ryzyko polityczne**: o dalszym funkcjonowaniu umowy decydują bezpośrednio organy JST/zarządcy dróg będące stronami umowy cywilnoprawnej,
- **nieadekwatność formy do sektora drogowego:** istnieją uzasadnione wątpliwości co do możliwości przekazania na podstawie umowy cywilnoprawnej innej JST zadania w zakresie dróg publicznych (działań władczych lub niewładczych),
- **brak możliwości przekazania zadań o charakterze władczym na jej podstawie:** ograniczenie to może mieć jednak znikomy wpływ na realizację Pakietowego Projektu PPP,
- **brak doregulowania tej formy współpracy pomiędzy JST:** przepisy samorządowe w sposób lakoniczny odnoszą się do umów cywilnoprawnych zawieranych przez JST. Stąd, stosowanie tej formy współdziałania może budzić wiele wątpliwości praktycznych, co może negatywnie wpływać na stabilność Pakietowego Projektu PPP.

1.3.2. Związek JST

Do podstawowych cech związku JST należą:

- jest to nowy, odrębny od JST podmiot prawa publicznego,
- jego celem jest wspólne wykonywanie zadania publicznego,
- służy sprawniejszemu i bardziej ekonomicznemu realizowaniu danego zadania publicznego,
- związek ma charakter celowy – po wykonaniu zadania ulega likwidacji,
- JST przynależące do związku pozostają równe względem siebie – nie ma pomiędzy nimi relacji nadrzędności.

Związek JST stanowi jedną z form organizacji umożliwiającej wspólne wykonywanie zadań publicznych. Z punktu widzenia Pakietowego Projektu PPP istotne są:

- związek międzygminny uregulowany w art. 64 – 73b u.s.g.,
- związek powiatowo – gminny uregulowany w art. 72a u.s.p. – art. 72c u.s.p. i art. 73b u.s.g.

1.3.2.1. Związek międzygminny

Podstawa prawna

Związek międzygminny został uregulowany w art. 64 – 73b u.s.g. jako jedna z form organizacji umożliwiającej wspólne wykonywanie zadań publicznych gmin.

Wymagania formalne

Liczba członków

Ponieważ w u.s.g. nie określono minimalnej, jak i maksymalnej liczby gmin, które mogą utworzyć związek, tym samym należy uznać, że do jego stworzenia wystarczą co najmniej dwie gminy. Dopuszcza się, aby do związku międzygminnego dołączyło miasto na prawach powiatu, ponieważ zgodnie z art. 92 ust. 2 u.s.p. miasto na prawach powiatu jest gminą wykonującą zadania powiatu na zasadach określonych w u.s.p. W przypadku dołączenia do związku gmin miasta na prawach powiatu, przedmiotem działania związku będą mogły zatem być zadania gminne. Co więcej, ustawodawca nie ogranicza liczby związków, do których może należeć gmina. Oczywiście jednak nie może ona należeć do dwóch lub większej liczby związków, realizujących te same zadania lub te same części zadania.

Zatem do związku międzygminnego mogą należeć:

- gminy,
- miasta na prawach powiatu.

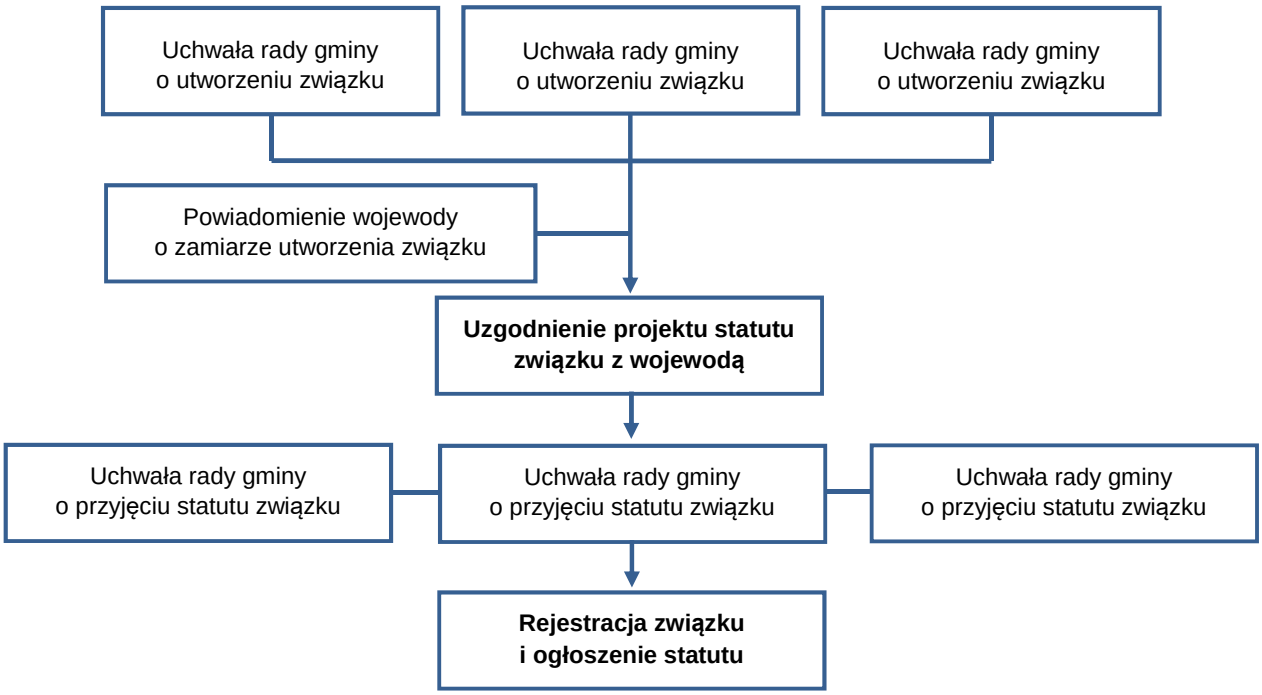
Co do zasady, tworzenie związków międzygminnych jest dobrowolne, a jedyny wyjątek określa art. 64 ust. 4 u.s.g., zgodnie z którym w drodze ustawy można nałożyć na gminy obowiązek utworzenia związku.

Oznacza to, że **gminy mają jedynie prawo, a nie obowiązek, realizować zadania w oparciu o tę formę współpracy**, przy czym ta dobrowolność rozciąga się nie tylko na etap tworzenia, ale również funkcjonowania samego związku. Gminy, które do niego należały, mogą z niego występować, a równocześnie do związku mogą przystępować nowi członkowie.

WAŻNE: Istotną cechą związku jest równość należących do niego podmiotów – w strukturze związku gminnego nie ma nadrzędności.

Procedura tworzenia związku międzygminnego została opisana w pkt 1 Załącznika nr 3 do Analizy.

Schemat 12 Etapy tworzenia związku międzygminnego



Podstawą działania związku jest statut. Elementy statutu związku międzygminnego oraz organy związku zostały opisane w pkt 2 Załącznika nr 3 do Analizy.

Prawa i obowiązki JST oraz związku

Partycypowanie w kosztach realizacji zadania

Ważnym obowiązkiem gmin jest przekazanie związkowi środków niezbędnych do wykonania powierzonych mu zadań. W doktrynie przyjęto, że możliwe jest wnoszenie wkładu własnego do związku przez gminy członkowskie, niejako na poczet majątku związku na etapie jego tworzenia. Drugi sposób finansowania działalności to przekazywanie środków pieniężnych (wpłat/składek członkowskich/dotacji) na rzecz związku, w trakcie jego funkcjonowania, w celu pokrycia kosztów realizacji powierzonych mu zadań, stanowiące jego dochód.

Niewątpliwie koncepcja wnoszenia „*wkładu własnego*" na poczet majątku związku międzygminnego ma silne konotacje z wkładem wnoszonym do spółek na gruncie szeroko rozumianego prawa handlowego. Na gruncie u.f.p. można „*wkład własny*" utożsamiać z pomocą rzeczową, o której mowa w art. 220 ust. 1 u.f.p. Przy czym, przyjmuje się, że pojęcie „*pomocy rzeczowej*" powinno być rozumiane szeroko, nie tylko jako przedmioty materialne w rozumieniu art. 45 k.c., ale również za taką pomoc uznaje się np. przeprowadzenie określonej procedury, uzyskanie pozwoleń na wykonanie określonych robót budowlanych, wykonanie określonych robót budowlanych[45].

W ramach pomocy rzeczowej na rzecz związku międzygminnego, gminy członkowskie powinny przenieść na jego własność te składniki majątkowe, które są istotne dla realizacji powierzonych mu zadań (np. w przypadku związku zajmującego się wodociągami i kanalizacją – odpowiednią infrastrukturę, dla związku zajmującego się transportem zbiorowym – odpowiednie wyposażenie i nieruchomości).

Jednak w przypadku Pakietowego Projektu PPP w branży drogowej, w związku ze znacznymi ograniczeniami w obrocie nieruchomościami zajętymi pod drogi publiczne, nie jest możliwe wyposażenie takiego związku w ramach pomocy rzeczowej, w nieruchomości, na których realizowane byłyby prace drogowe.

> **WAŻNE:** Nieruchomości zajęte pod drogi publiczne nie mogą stanowić wkładu niepieniężnego do związku JST.

Wydaje się, że nie byłoby również celowym przenoszenie na związek prawa własności do nieruchomości, na których takie drogi są dopiero projektowane (pomimo, iż w stosunku do nich ograniczenia w obrocie nie występują). Natomiast będzie możliwe zawarcie ze związkiem międzygminnym umów, na podstawie których nieodpłatnie zostanie mu przekazane prawo do dysponowania nieruchomością w taki sposób, aby mógł on następnie przekazać to prawo Partnerowi Prywatnemu (np. umowa użyczenia). Ponieważ jednak nie jest to rozwiązanie rekomendowane, zasadniczo w przypadku Pakietowego Projektu PPP nie przewiduje się wyposażania związku we wkład niepieniężny. Preferowaną formą jest natomiast bezpośrednie przekazanie przez JST prawa do dysponowania nieruchomością na rzecz Partnera Prywatnego

> **WAŻNE:** Wydaje się, że nie ma potrzeby, w przypadku Pakietowego Projektu PPP, wyposażania związku JST we wkłady niepieniężne.

[45] Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, red. dr Agnieszka Mikos-Sitek, CH Beck, 2020

Formy przekazywania środków finansowych

Z punktu widzenia Pakietowego Projektu PPP, partycypowanie w kosztach realizacji zadania przez związek, przede wszystkim będzie polegać na przekazywaniu środków pieniężnych.

Wśród form przekazywania środków finansowych przez JST na rzecz związku wymienia się:

- **składki (zwane inaczej „wpłatami")**, jakie wnoszą gminy będące uczestnikami związku, przeznaczone na realizację przekazanych związkowi zadań (art. 216 ust. 2 pkt 4 u.f.p.),
- **dotacje (przedmiotowe lub podmiotowe) i inne środki** przekazywane przez gminy członkowskie (art. 249 ust. 4 pkt 2 u.f.p.),
- **dotacje celowe** (art. 220 ust. 1 u.f.p.).

Wpłata/składka członkowska jest instrumentem przekazywania środków finansowych na rzecz związku i zasadniczo jest przeznaczana na jego bieżące utrzymanie (koszty administracyjne, osobowe). W związku z tym, obowiązek jej wnoszenia dotyczy jedynie aktualnych członków związku.

W praktyce można spotkać się również z wpłatami/składkami, które są przeznaczane na pokrycie kosztów inwestycji realizowanych przez JST w ramach związku (np. spłatę zaciągniętych przez związek pożyczek lub zobowiązań względem wykonawcy realizującego inwestycję). Ze względu na ich przeznaczenie (czyli obciążenie JST kosztami wspólnej inwestycji) tego rodzaju składek nie można uznać za *stricte* członkowskie, jednak regulowane są i wnoszone na podobnych zasadach.

Źródłem obowiązku ich przekazywania powinien być statut związku. JST powinny w jego treści przewidzieć obowiązek wnoszenia wpłat/składek członkowskich oraz określić częstotliwość ich wnoszenia, jak i warunki ustalenia ich wysokości.

WAŻNE: Warunki wnoszenia wpłat/składek członkowskich oraz zasady ustalania ich wysokości powinien określać statut związku JST.

Na potrzeby Pakietowego Projektu PPP warto **w statucie określić**, iż:

- gminy będą **zobowiązane do partycypowania w kosztach funkcjonowania związku poprzez wnoszenie składki członkowskiej** przeznaczanej na bieżącą działalność związku (koszty administracyjne, osobowe) oraz składki/wpłaty przeznaczanej na pokrycie kosztów wspólnej inwestycji w zakresie budowy/remontu i utrzymania sieci drogowej,
- gminy będą zobowiązane do **zabezpieczenia w swoim budżecie środków finansowych na pokrycie 100% własnego udziału w inwestycji** (w tym kosztów obsługi i realizacji inwestycji, w szczególności Opłaty za Dostępność, kosztów ewentualnego nadzoru technicznego, kosztów administracyjnych itp.)[46],
- wysokość składki członkowskiej oraz wpłat/składki będzie **uzależniona od wskaźnika przekazanego do związku zadania przez poszczególne gminy**,
- składka członkowska oraz składki/wpłaty będą **wnoszone w ratach** (np. miesięcznie, kwartalnie, corocznie),
- wysokość składki członkowskiej oraz składek/wpłat będzie podlegać **waloryzacji**,
- wysokość składki członkowskiej oraz składek/wpłat **będzie corocznie ustalana uchwałą zgromadzenia związku**,
- gminy tworzące związek będą zobowiązane do wnoszenia wpłat/składek przeznaczanych na realizację inwestycji **niezależnie od członkostwa w związku**.

[46] Więcej na temat wpłat/składek do związku JST w kontekście wymagań u.f.p. w rozdziale 5 Analizy [Finansowanie].

Dotacje celowe

Na gruncie art. 220 ust. 1 u.f.p. możliwe jest również udzielenie związkowi pomocy finansowej w postaci dotacji celowej, przez poszczególne gminy. Warunkiem udzielania pomocy jest jej przeznaczenie na realizację zadań własnych JST. W prawie samorządowym uznaje się, że dotacje celowe przeznaczane są na pokrycie kosztów realizacji inwestycji wykonywanej w ramach zadań publicznych.

W odróżnieniu od dotacji celowej opisanej w rozdziale 1.3.1.1. Analizy, dotacja celowa na rzecz związku JST udzielana jest na **innej podstawie prawnej** (art. 10 ust. 2 u.s.g. oraz art. 220 ust. 1 u.f.p.) oraz w drodze **umowy o dotację celową** (zawieraną między JST a związkiem JST), a nie porozumienia administracyjnoprawnego.

Pomoc finansowa w formie dotacji celowej została również określona w art. 10 ust. 2 u.s.g., w którym wyraźnie wskazano, iż JST mogą udzielać związkowi JST pomocy, w tym pomocy finansowej.

Dotacja celowa powinna być ona zaplanowana jako wydatek w uchwale budżetowej i wymaga ona podjęcia uchwały przez organ stanowiący JST (radę gminy). Konieczne jest zatem podjęcie dwóch uchwał: budżetowej, w której dotacja celowa jest ujęta jako wydatek oraz uchwała o udzieleniu pomocy.

> **WAŻNE:** Do udzielenia związkowi JST pomocy finansowej w postaci dotacji celowej konieczne jest podjęcie przez JST dwóch uchwał: budżetowej, ujmującej dotację celową wśród wydatków oraz uchwały o udzieleniu pomocy finansowej.

Następnie, zawierana jest **umowa (pomiędzy JST, a związkiem), która stanowi podstawę przekazania pomocy finansowej lub rzeczowej**. Umowa taka konstruowana jest według zasady swobody umów wyrażonej w art. 353^1 k.c., jednak konieczne jest w niej wskazanie m.in. wysokości dotacji, celu, na którego realizację są przekazywane środki dotacji, termin jej wykorzystania i rozliczenia.

Zatem do obowiązków gmin należy zapewnienie finansowania działalności związku i w tym zakresie podjęcie odpowiednich uchwał przez rady gmin.

Dotacja celowa może być jednym z instrumentów partycypowania w kosztach realizacji Pakietowego Projektu PPP, w szczególności w sytuacji, gdy:

- składki/wpłaty przewidziane w statucie i wnoszone na pokrycie kosztów realizacji inwestycji okażą się **niewystarczające** – w takim przypadku dotacja celowa stanowiłaby pomocniczą formę przekazywania środków finansowych,
- dotacja celowa **zastępuje składkę/wpłatę** przeznaczoną na pokrycie kosztów realizacji inwestycji przez związek – w takim przypadku statut związku powinien określać szczegółowo warunki udzielania pomocy finansowej w formie dotacji celowej i zobowiązywać gminy tworzące związek do podejmowania działań w kierunku przekazywania dotacji (tj. podejmowania niezbędnych uchwał) – nie jest to jednak rekomendowane rozwiązanie, biorąc pod uwagę „roczność" dotacji.

Podobnie jak dotacja celowa, której źródłem jest porozumienie administracyjnoprawne, dotacja celowa udzielana zgodnie z zasadami określonymi w art. 10 ust. 2 u.s.g. oraz art. 220 u.f.p. ma charakter roczny, co oznacza, iż musi być wykorzystana w danym roku budżetowym. Oznacza to, że w przypadku Pakietowego Projektu PPP, który ma być realizowany w perspektywie wieloletniej, korzystanie z dotacji celowych jako jedynego lub głównego środka finansowania związku JST, może spowodować uznanie Projektu za niebankowalny.

Dla zapewnienia stabilności związku konieczne by było **zobowiązanie w jego statucie gmin do uwzględniania corocznie w budżecie kwot dotacji celowych oraz podejmowania odpowiednich uchwał o udzielaniu dotacji celowych związkowi, na następne lata jego funkcjonowania**. Należałoby również przewidzieć karę umowną lub odszkodowanie nakładaną na JST, która nie podejmie stosownych uchwał budżetowych (ujmujących dotację celową w budżecie) oraz uchwał o przekazaniu dotacji celowej. Kara umowna/odszkodowanie powinny być ustalone na takim poziomie, aby motywować JST do podtrzymywania współpracy. Wydaje się jednak, że mechanizmy te mogą się okazać niewystarczające do uznania Projektu finansowanego z dotacji celowych za bankowalny.

Stąd, **celowym będzie finansowanie związku JST z innych źródeł opisanych powyżej, tj. składek/ wpłat**.

Prawa i obowiązki JST oraz związku zostały szerzej opisane w pkt 4 Załącznika nr 3 do Analizy.

Prawa i obowiązki związku

Prawa i obowiązki wynikające z przekazania zadań publicznych

Jak wskazano powyżej, z dniem ogłoszenia statutu związku, następują dwie ważne konsekwencje prawne: związek **uzyskuje osobowość prawną oraz przechodzą na niego prawa i obowiązki gmin będących jego członkami** (w zakresie powierzonego mu zadania).

W kwestii osobowości prawnej należy wskazać, że związek nabywa ją w dwóch wymiarach: cywilnoprawnym oraz publicznoprawnym.

Jeżeli chodzi o osobowość prawną związku w ujęciu cywilistycznym, oznacza to, że związek może podejmować czynności cywilnoprawne, czynności podobne do oświadczeń woli, posiada zdolność sądową i zdolność do czynności procesowych w sprawach cywilnych, a także ma zdolność upadłościową.

Z kolei w świetle prawa publicznego, osobowość prawna związku wiąże się z tym, że realizuje on powierzone mu zadania gminy w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Tym samym, związek jest podmiotem niezależnym od gmin.

Po drugie, w zakresie realizowanych zadań, związek może być stroną w postępowaniu administracyjnym, nie tylko, jako adresat aktu administracyjnego, czy strona postępowania, ale również, jako organ prowadzący postępowanie. Ponieważ związek, wraz z przekazanym mu zadaniem, uzyskuje kompetencje niezbędne do jego realizacji, tym samym uzyskuje również prawo do podejmowania działań władczych, np. wydawania decyzji w indywidualnych sprawach administracyjnych. Przy czym, warto podkreślić, że związek będzie stroną postępowania administracyjnego na tych samych zasadach, co gmina. Wynika to z faktu, że przejmując prawa i obowiązki gmin, związek występuje w tym zakresie nie, jako ich pełnomocnik lub przedstawiciel, ale jako odrębny podmiot prawny.

Jednocześnie, ponieważ związek w ramach powierzonych mu zadań publicznych uzyskuje również prawa gmin, nie można wykluczyć, iż jest on również uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej (art. 44 pkt 4 u.s.g.), oczywiście, w granicach wynikających z przekazanych mu zadań. Przy czym, charakter prowadzonej przez związek działalności gospodarczej powinien odpowiadać cechom działalności właściwej dla gmin. W tym zakresie, należy wskazać, że po pierwsze, działalność taka nie może być obliczona na osiąganie zysków (wyrok SN z 29.7.1993 r., III ARN 38/93), po drugie, przedmiot tej działalności powinien być ukierunkowany potrzeby społeczne i użyteczność publiczną.

Ponieważ związek posiada osobowość prawną, tym samym jest on podmiotem praw i obowiązków podatkowych.

Obowiązki w zakresie gospodarki finansowej

Ze względu na gospodarowanie finansami powierzonymi w celu realizacji zadań publicznych, związek należy do jednostek sektora finansów publicznych (art. 9 pkt 2 u.f.p.) i tym samym, objęty jest również przepisami u.o.n.d.f.p.

W związku z powyższym, związek jest zobowiązany odpowiednio stosować przepisy znajdujące się w rozdziale 6 u.s.g. dotyczące gospodarki finansowej.

W odróżnieniu od gmin, **podstawą gospodarki finansowej związku jest roczny plan finansowy, który uchwalany jest przez zgromadzenie**. Projekt planu finansowego przygotowuje zarząd związku, który jest również odpowiedzialny za jego wykonanie.

Plan finansowy określa wysokość i źródła planowanych dochodów oraz planowane wydatki. Przy czym, do dochodów związku zalicza się dochód z majątku związku, na który składają się m.in.:

- składki, jakie wnoszą gminy będące uczestnikami związku, przeznaczone na realizację przekazanych związkowi zadań (art. 216 ust. 2 pkt 4 u.f.p.),
- dotacje i inne środki przekazywane przez gminy członkowskie (art. 249 ust. 4 pkt 2 u.f.p.),
- dotacje celowe,
- w wyniku spadkobrania bądź darowizny.

Za prawidłową gospodarkę finansową związku odpowiada zarząd, który jest uprawniony do podejmowania działań wymienionych w art. 60 ust. 2 u.s.g., czyli m.in. zaciągania zobowiązań mających pokrycie w ustalonych w planie finansowym kwotach wydatków, w ramach upoważnień, dokonywania wydatków budżetowych, zgłaszania propozycji zmian w planie finansowym, czy dysponowania rezerwami budżetu.

Gospodarka związku jest **jawna**, zgodnie z art. 61 u.s.g.

Organy związku mają obowiązek – na zasadach przewidzianych dla gmin – opracowywania sprawozdań z wykonania budżetu i przekazywania ich odpowiednim organum.

Obowiązki w zakresie stosowania u.p.z.p.

Ponieważ związek należy do jednostek sektora publicznego, tym samym jest on również zobowiązany do stosowania ustawy p.z.p. na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3a ustawy p.z.p. Jednocześnie, związek międzygminny jest również Podmiotem Publicznym w rozumieniu art. 2 pkt 1 lit. c) ustawy p.p.p.

Umowa wykonawcza/powierzenia pomiędzy JST a związkiem

Możliwość zawarcia umowy wykonawczej/powierzenia

W kontekście finansowania działalności związku JST warto również pochylić się nad problematyką zaangażowania w projekt instytucji finansujących. Z punktu widzenia przydatności związku do realizacji Pakietowego Projektu PPP problematyczną kwestię stanowi niezbyt częstestosowanie związku w konstrukcjach finansowych związanych z finansowaniem inwestycji. Z tego wynika niewielka praktyczna znajomość tej formy organizacyjnoprawnej przez banki. Skorzystanie ze związku JST w celu realizacji Pakietowego Projektu PPP może się zatem wiązać z ryzykiem mniejszego zainteresowania instytucji finansujących zaangażowaniem się w Projekt.

Zasadniczo, dla instytucji finansujących pewnym problemem może okazać się ocena statutu związku. Statut związku może nie być uznany za wystarczająco stabilną podstawę prawną zapewniającą stały i pewny dla banku dopływ środków finansowych umożliwiających realizację Projektu. Inaczej jest na przykład w odniesieniu do spółek komunalnych, zdecydowanie częściej stosowanych w praktyce, z uwagi na większą stabilność współpracy i przez to lepiej znanych instytucjom finansującym. W przypadku takich spółek, podstawą prawną ich funkcjonowania jest umowa (lub statut) spółki, a dodatkowo, dla zapewnienia wiarygodności spółki i zabezpieczenia instytucji finansującej na zobowiązaniach JST względem spółki zawierana jest umowa wykonawcza/powierzenia, regulującą m.in. kwestie przepływów finansowych pomiędzy JST a spółką.

Do rozważenia pozostaje zatem, czy JST tworzące związek również mogą zawrzeć z nim odrębną umowę wykonawczą/powierzenia, w ramach której doprecyzowałyby postanowienia statutu, bądź zleciłyby związkowi świadczenie usług o charakterze publicznym. W przypadku Pakietowego Projektu PPP byłyby to usługi w zakresie przeprowadzenia Postępowania oraz zarządzania Umową o PPP. W ramach umowy JST za świadczone usługi wypłacałyby związkowi środki niezbędne do pokrycia kosztów realizacji tychże zadań (rekompensatę).

Zgodnie z przepisami u.s.g., z dniem ogłoszenia statutu związku, obowiązki gmin będących jego członkami przechodzą na związek (oczywiście w zakresie powierzonego mu zadania). Oznacza to jednocześnie, że gminy tworzące związek w tym samym momencie tracą przekazywane zadanie oraz kompetencje do jego wykonywania. Z tego względu np. uznaje się, że JST przekazująca zadanie związkowi nie może go już realizować w takim zakresie, w jakim powierzyła je związkowi, czy też nie może przekazać go dalej innemu podmiotowi.[47]

W konsekwencji powyższego należy uznać, że skoro JST na podstawie statutu związku powierzy związkowi wykonanie zadania w zakresie przeprowadzenia Postępowania oraz zarządzania Umową o PPP na potrzeby realizacji Pakietowego Projektu PPP, to nie będzie możliwe już przekazanie tego zadania na podstawie odrębnej umowy. Powierzenie bowiem już nastąpiło i zostało dokonane na podstawie uchwalenia statutu związku.

W szczególności przekazanie zadania związkowi na podstawie statutu nie wymaga zawarcia dodatkowego porozumienia, czy umowy pomiędzy JST[48].

Ponieważ, jak wskazano powyżej, w przypadku związku przekazanie zadania publicznego następuje na podstawie statutu, w przypadku Pakietowego Projektu PPP nie jest konieczne zawieranie pomiędzy JST, a związkiem umowy powierzającej zadania w zakresie przeprowadzenia Postępowania i zarządzania Umową o PPP, tj. umowy o świadczenie usług publicznych w tym zakresie (umowa powierzenia).

Nie oznacza to jednak, że pomiędzy JST a utworzonym przez nich związkiem nie jest dopuszczalne zawarcie dodatkowej umowy (wykonawczej), która precyzowałaby postanowienia statutu. Możliwość korzystania z form cywilnoprawnych przy wykonywaniu zadań publicznych przez JST wynika bowiem z art. 9 ust. 1 u.s.g. oraz art. 6 ust. 1 u.s.p.

[47] Tak wskazano w Załączniku nr 3 do Analizy, pkt 1, s. 4
[48] Chmielnicki Paweł (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, LexisNexis 2013

W szczególności, nie ma przeszkód prawnych, aby taka umowa wykonawcza precyzowałyby wzajemne obowiązki w zakresie realizacji Pakietowego Projektu PPP, w tym kwestię rozliczeń finansowych. Taka umowa stanowiłaby jedynie doprecyzowanie postanowień statutu, a jednocześnie nie stanowiłaby dodatkowej, odrębnej podstawy przekazania/powierzenia zadania.

Umowa wykonawcza mogłaby stanowić odpowiedź na wątpliwość, czy sam statut mógłby być wystarczającą dla instytucji finansujących podstawą do dokonywania ewentualnych rozliczeń pomiędzy JST a związkiem JST

Elementy umowy wykonawczej pomiędzy JST a związkiem

Do zastanowienia pozostaje, co w takiej umowie wykonawczej (doprecyzowującej) mogłoby zostać uregulowane. Zasadniczo, wydaje się, że bezprzedmiotowe byłoby doprecyzowywanie wszystkich postanowień statutowych, a jedynie tych, które mają istotne znaczenie dla realizacji Pakietowego Projektu PPP. W związku z tym zasadne byłoby uregulowanie:

- **obowiązków związku oraz JST w ramach Projektu** – np. w zakresie przygotowania dokumentacji, dokonywania niezbędnych uzgodnień, pozyskania niezbędnych decyzji i pozwoleń, zasady ustalania harmonogramu prac, zobowiązania do podjęcia określonych uchwał itp. Ważne, aby obowiązki związku nie wykraczały poza zakres zadania przekazanego mu w drodze statutu, bowiem to statut powinien określać w sposób precyzyjny zakres zadania publicznego związku[49];
- **zasady udziału w kosztach wspólnej działalności, ponoszenia strat i podziału zysku** – podobnie jak kwestia obowiązków uczestników Projektu opisana w tirecie powyżej, udział w kosztach w umowie wykonawczej powinien być jedynie doprecyzowany w ramach zobowiązań finansowych przyjętych na siebie przez JST na podstawie statutu. W szczególności, umowa wykonawcza w tym zakresie nie powinna wykraczać poza wysokość ustalonych w statucie udziałów, ani modyfikować zasad ustalania wysokości wkładów, składek, czy wpłat do związku. Umowa nie powinna ponadto przewidywać innych form udziału w kosztach niż te, które zostały przewidziane w statucie, np. nie powinna przewidywać obowiązku wniesienia wkładów niepieniężnych, jeżeli takie nie zostały określone w statucie.

Zgodnie z rekomendacją zawartą w pkt 1.3.2.1. Analizy, s. 70, na potrzeby Pakietowego Projektu PPP w statucie należy przewidzieć dwa rodzaje składek: członkowską, przeznaczaną na bieżącą działalność związku oraz składkę/wpłatę przeznaczaną na pokrycie kosztów wspólnej inwestycji w zakresie budowy/remontu i utrzymania sieci drogowej. Wysokość obu rodzajów składek powinna być uzależniona od wskaźnika przekazanego do związku zadania przez poszczególne JST. Wskazane składki można rozumieć jako rekompensatę przekazywaną związkowi przez JST, tj. środki przeznaczone na pokrycie kosztów realizacji powierzonych zadań.

Statut zatem powinien przewidywać:

- obowiązek wnoszenia obu rodzajów składek przez JST,
- wysokość obu składek zgodna z udziałem JST w inwestycji,
- obowiązek wnoszenia składek w okresie rocznym (ponieważ składki do związku mają charakter rocznego zobowiązania),
- waloryzację składek,
- ustalenie wysokości składek (członkowskiej oraz przeznaczanej na koszty realizacji inwestycji) w danym roku w drodze uchwały zgromadzenia związku,
- obowiązek płatności składek/wpłat przeznaczanej na pokrycie kosztów wspólnej inwestycji w zakresie budowy/remontu i utrzymania sieci drogowej, pomimo ustania przynależności do związku.

[49] Tak wskazano w Załączniku nr 3 do Analizy, pkt 2, s. 6

Z kolei w umowie wykonawczej, JST mogłyby określić bardziej szczegółową procedurę płatności tychże składek, np. poprzez:

- wyraźne zobowiązanie JST do zabezpieczenia w swoim budżecie środków finansowych na pokrycie własnego udziału w inwestycji poprzez podjęcie odpowiednich uchwał,
- ustalenie terminarzu i ilości rat wnoszonych składek rocznych (np. co miesiąc, co kwartał, do określonej daty),
- ustalenie zasad waloryzacji składek (sama waloryzacja powinna być przewidziana w statucie),
- procedurę corocznego ustalania uchwałą zgromadzenia związku wysokości obu rodzajów składek.

Ograniczenia prawne dotyczące umowy wykonawczej

Umowa wykonawcza byłaby przykładem umowy cywilnoprawnej, zatem znalazłyby do niej zastosowanie wszystkie wady oraz zalety właściwe dla umowy cywilnoprawnej zawartej pomiędzy JST (o której mowa w pkt 1.3.1.2. Analizy). Należy mieć jednak na uwadze, że postanowienia umowy wykonawczej muszą operować w ramach statutu, nie mogą poza niego wykraczać, zmieniać jego brzmienia, ani stanowić próby jego obejścia.

Warto również pamiętać, że związek JST jest regulowany przepisami ustaw samorządowych, dotyczących sfery publicznej, zatem nie wszystko może być regulowane za pomocą form cywilnoprawnych. W tym zakresie, nie można zapominać, że to właśnie statut jest dokumentem podstawowym, będącym źródłem praw i obowiązków uczestników Projektu i to on pełni główną rolę jako akt prawny służący do przekazania zadania publicznego.

Kolejnym ograniczeniem prawnym umowy wykonawczej jest brak możliwości uregulowania w niej obowiązków związku lub JST w zakresie wykonywania zadań publicznych z zakresu działań władczych. Jak wskazano w pkt 1.3.1.2. Analizy, s. 59, na podstawie umowy cywilnoprawnej nie można powierzyć/przekazać do wykonania działań władczych. Stąd, w konsekwencji, umowa wykonawcza nie powinna również służyć do doprecyzowania obowiązków związku lub JST w tym zakresie. **Należy jednak zwrócić uwagę, że zasadniczo, to ograniczenie prawne nie niosłoby ze sobą zbyt negatywnych skutków w przypadku Pakietowego Projektu PPP, bowiem w jego ramach związek przede wszystkim realizowałby obowiązki cywilnoprawne (tj. przeprowadzenie Postępowania i zarządzanie Umową o PPP).**

Natomiast dużo większym ograniczeniem, mającym znaczenie dla Projektu, jest **brak możliwości bardziej szczegółowego określenia obowiązków JST w zakresie finansowania związku**. Podstawowym dokumentem tworzącym zobowiązanie JST jest w tym przypadku statut, co wynika wprost z art. 67 u.s.g. oraz art. 67 u.s.p.

Choć statut nie musi z góry ustalać wysokości środków finansowych przekazywanych przez poszczególne JST na rzecz związku (często nie jest to też możliwe), to nie wydaje się również, aby wysokość poszczególnych składek mogła zostać uregulowana w umowie wykonawczej. Należy mieć bowiem na uwadze, że składka wnoszona do związku (zarówno członkowska, jak i wnoszona na pokrycie kosztów wspólnej inwestycji) ma charakter roczny. W praktyce, często stosuje się zasadę corocznego ustalania wysokości składki przez zgromadzenie związku. Jest to w szczególności zasadne przy wieloletnich projektach, w których nie jest możliwe określenie z góry kosztów realizacji danego zadania przez związek.

Takim wieloletnim przedsięwzięciem miałby być również Pakietowy Projekt PPP i oczywiście składki (członkowskie i składki przeznaczane na pokrycie kosztów wspólnej inwestycji w zakresie budowy/remontu i utrzymania sieci drogowej) byłyby wnoszone przez JST w długim przedziale czasowym, co również wiązałoby się z koniecznością ustalania ich wysokości na bieżąco, w zależności od wysokości poniesionych kosztów przez związek.

Ponieważ umowa wykonawcza byłaby zawierana po ogłoszeniu statutu związku, nie byłoby możliwe na jej podstawie ustalenie konkretnych wysokości wnoszonych składek, a gdyby chciano taką konstrukcję zastosować, wówczas należałoby przyjąć obowiązek podpisywania umowy wykonawczej co roku. W związku z powyższym, nie jest rekomendowane ustalanie wysokości składek w umowie wykonawczej, zwłaszcza że służyć mogą temu inne narzędzia np. coroczna uchwała zgromadzenia związku JST.

Do rozważenia pozostaje scenariusz zawarcia umowy wykonawczej, która określałaby konkretnie wyliczoną wysokość składek przez poszczególne JST, przy czym:

- **na etapie przed przygotowaniem Postępowania**: JST byłyby zobowiązane do ponoszenia składki członkowskiej mającej pokryć koszty funkcjonowania związku (koszty administracyjne i osobowe) – JST mogłyby na podstawie oszacowanego kosztu, ustalić w umowie wysokość składek,
- **na etapie przygotowania Postępowania**: dotychczasowa składka zwiększałaby się o ewentualne dodatkowe koszty związane z prowadzeniem Postępowania (np. koszty Doradców) – zwiększenie składki mogłoby nastąpić na podstawie wartości podanej w ofercie Doradcy,
- **na etapie zarządzania Umową o PPP:** oprócz składki członkowskiej, JST miałyby obowiązek wnosić określoną w umowie składkę przeznaczaną na pokrycie kosztów wspólnej inwestycji w zakresie budowy/remontu i utrzymania sieci drogowej – ustalenie jej wysokości następowałoby na podstawie oferty Partnera Prywatnego.

W takim przypadku, umowa powinna określać mechanizmy ustalania wysokości poszczególnych składek, oczywiście zgodnie z postanowieniami statutu. W szczególności umowa powinna przewidywać procedurę wprowadzenia zmian do umowy, w celu zaktualizowania wysokości wyliczonych składek, w zależności od postępu w realizacji Projektu.

Ponieważ przy takim ujęciu, umowa wykonawcza jedynie precyzowałaby zasady ustalania wysokości i płatności składek/wpłat do związku, których obowiązek ponoszenia wynikałby ze statutu, taka umowa nie kreowałaby nowego tytułu dłużnego, mającego wpływ na IWZ JST uczestniczących w związku. Oczywiście warunkiem niezbędnym jest brak ujęcia w takiej umowie nowych obowiązków w zakresie finansowania związku – każda płatność nieprzewidziana w statucie, będzie wpływać na wskaźniki zadłużenia.

Jednocześnie, ponieważ umowa wykonawcza nie kreowałaby nowych podstaw prawnych finansowania związku, ani odmiennego sposobu przekazywania środków, nie wystąpią inne skutki podatkowe niż opisane w pkt 1.3.2.1. Analizy [Analiza podatkowa].

Trwałość umowy wykonawczej a statutu

Innym ograniczeniem prawnym jest trwałość umowy wykonawczej. Związek oraz JST mogłyby m.in. korzystać z zasady swobody umów, konstruując postanowienia umowne mające zapewnić stabilność tej formy organizacyjnoprawnej np. przewidując kary/odszkodowanie za wypowiedzenie/odstąpienie od umowy z nieuzasadnionych przyczyn lub niezrealizowanie obowiązków wynikających z umowy, bądź przewidując przesłanki wypowiedzenia/odstąpienia od takiej umowy. Ponadto, w umowie wykonawczej, strony będą mogły określić procedurę jej zmiany, ograniczając ją do określonych przypadków.

Z drugiej jednak strony, umowa cywilnoprawna nadal jest formą charakteryzującą się dobrowolnością, co oznacza, że każda strona umowy będzie miała prawo ją wypowiedzieć. Prawo strony do wypowiedzenia co prawda może zostać zniwelowane przez określone w umowie przesłanki wypowiedzenia/odstąpienia od umowy oraz odpowiednie kary/odszkodowania.

Atutem takiego rozwiązania (statutu oraz umowy wykonawczej zawartej pomiędzy JST a związkiem) z pewnością może być wzmocnienie stosunków prawnych łączących JST tworzących związek. Rezygnacja ze wspólnego realizowania Pakietowego Projektu PPP będzie wymagać bowiem podjęcia przez JST dwóch działań: wystąpienia ze związku oraz wypowiedzenia/odstąpienia od umowy cywilnoprawnej.

Przy czym, warto wskazać, że oczywiście postanowienia umowy cywilnoprawnej (wykonawczej) w żadnym razie nie powinny naruszać zasady dobrowolności uczestnictwa JST w związku, np. poprzez wyłączenie prawa wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy bądź wprowadzenie bardziej wyśrubowanych wymagań dla wypowiedzenia/odstąpienia od umowy niż przesłanki wystąpienia ze związku określone w statucie. Takie działanie należałoby ocenić jako próbę obejścia przepisów regulujących statut związku i mogłyby zostać uznane za nieważne.

Również w zakresie wprowadzania zmian do umowy, o ile nie znajdą się żadne ograniczenia w tej kwestii w samej umowie, modyfikowanie postanowień może następować dowolnie, co oczywiście może negatywnie wpływać na stabilność takiej umowy.

Inaczej jest w przypadku statutu: w tym zakresie należy wskazać przede wszystkim na sformalizowaną procedurę uchwalania statutu, a następnie wprowadzania do niego zmian (procedura uchwalania statutu związku została opisana w Załączniku nr 3 i 4 do Analizy).

Warto pamiętać, że wprowadzenie zmiany do statutu (podobnie jak samo jego uchwalenie) wymaga przeprowadzenia uzgodnień z wojewodą, który ocenia projekt zmiany statutu pod kątem jego zgodności z prawem. Rozstrzygnięcie wojewody w tym zakresie podlega kontroli przez sąd administracyjny. Projekt zmiany statutu wymaga podjęcia uchwały przez zgromadzenie związku, a dodatkowo, organy uchwałodawcze JST uczestniczących w związku, mogą w formie uchwały zgłosić sprzeciw wobec tej zmiany. Zmiana statutu związku podlega ogłoszeniu w wojewódzkim dzienniku urzędowym, przy czym ogłoszenie ma charakter deklaratoryjny.

Procedura ta zapewnia względną stabilność postanowień statutowych oraz ich zgodność z prawem – modyfikacja postanowień nie jest dokonywana w pełni swobodnie, jak w przypadku umowy, której strony mogą dowolnie wprowadzać do umowy zmiany. To powoduje, że statut wydaje się bardziej stabilną i trwałą podstawą prawną obowiązków JST i związku, w tym zobowiązań finansowych, niż umowa wykonawcza będąca przykładem umowy cywilnoprawnej.

Oczywiście minusem rozbudowanej procedury uchwalania statutu oraz wprowadzania do niego zmian jest długotrwałość tego procesu oraz mniejsza elastyczność. Dużym ryzykiem jest również możliwość zgłoszenia sprzeciwu do uchwały zmieniającej statut przez organy uchwałodawcze JST będących uczestnikiem związku. Zgłoszenie sprzeciwu choćby przez jedną z JST może sparaliżować funkcjonowanie związku i uniemożliwić wprowadzenie koniecznych zmian.

Przydatność umowy wykonawczej

Za przydatnością umowy wykonawczej zawartej pomiędzy związkiem a tworzącymi go JST na potrzeby Pakietowego Projektu PPP może przemawiać:

- **zapewnienie zabezpieczenia roszczeń instytucji finansującej zaangażowanej w Projekt:** instytucje finansujące mogą być bardziej zainteresowane Projektem, w sytuacji, gdy związek oraz tworzące go JST zawarły umowę wykonawczą (taka potrzeba powinna zostać zweryfikowana w toku analiz rynku na etapie przeprowadzania Oceny Efektywności). W takim ujęciu, umowa wykonawcza może zwiększyć szansę na Bankowalność Projektu realizowanego przy pomocy związku JST;
- **wzmocnienie stosunku prawnego łączącego związek JST oraz tworzących go JST**, dzięki czemu forma organizacyjno-prawna zyskuje większą stabilność;
- **brak większych przeszkód prawnych zawierania umowy wykonawczej oraz nieskomplikowana procedura ich zawierania i zmiany;**
- **możliwość doprecyzowania postanowień statutu w umowie wykonawczej,** dzięki czemu sam dokument statutu nie musi posiadać rozbudowanej treści.

Z kolei do najważniejszych ograniczeń prawnych umowy wykonawczej należą:

- brak możliwości uregulowania innych kwestii niż wynikające ze statutu związku;
- brak możliwości bardziej szczegółowego określenia obowiązków JST w zakresie finansowania związku (np. określenia wysokości składek);
- niski stopień trwałości umowy wykonawczej.

Ograniczenia prawne

Do podstawowych ograniczeń prawnych dotyczących związku międzygminnego w kontekście założeń Pakietowego Projektu PPP w branży drogowej jest **kwestia możliwości wykonywania przez taki związek zadań własnych gminy w zakresie dróg publicznych**.

W tym zakresie aktualne pozostają informacje przedstawione w rozdziale 1.1.2. Analizy, z których wynika, iż związek JST, w tym międzygminny, wydaje się formą współpracy JST umożliwiającą przekazywanie zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi. Przy czym, należy podkreślić, że przepisy u.d.p. nie wymieniają wprost związku wśród dopuszczalnych form wykonywania zadań w zakresie zarządzania drogami publicznymi. Z drugiej strony, nie można też związku wykluczyć, zwłaszcza, jeżeli tworzące go JST przekażą mu ściśle określone zadanie, ograniczające się wyłącznie do określonych działań.

W świetle dokonanych ustaleń, wydaje się, że związek międzygminny powołany do zrealizowania Pakietowego Projektu PPP, tj. przygotowania i przeprowadzenia Postępowania, zawarcia Umowy o PPP i zarządzania Umową o PPP, której przedmiotem będzie budowa/remont i utrzymanie dróg publicznych będzie mógł realizować zadania z zakresu zarządzania drogami, jako jednostka wspomagająca działania zarządców dróg.

Ponadto, do zastanowienia pozostaje, czy związek JST (w tym międzygminny) jako forma wspólnego działania pomiędzy JST jest adekwatna do zrealizowania Pakietowego Projektu PPP. Jak zasygnalizowano w rozdziale 1.1.1. Analizy, istnieją wątpliwości, czy Pakietowy Projekt PPP w sektorze drogowym byłby przedsięwzięciem wspólnym w rozumieniu przyjętym na gruncie art. 216 ust. 2 pkt 4 u.f.p., ponieważ każda JST w ramach Projektu realizowałaby budowę/remont i utrzymanie dróg publicznych na swoim terytorium. Oznaczałoby to zatem, że JST biorące udział w Projekcie, wykonywałyby jedynie pewien wycinek zadania własnego. Z kolei związek JST ze swojej natury służy przede wszystkim wspólnej realizacji zadania publicznego przez tworzące go JST.

Nie wydaje się jednak, aby ta kwestia miała znaczenie przesądzające o możliwości skorzystania z tej formy przy realizacji Pakietowego Projektu PPP. Po pierwsze, należy wskazać, że przepisy nie ograniczają w żaden sposób możliwości tworzenia związków wyłącznie do zadań o charakterze wspólnym. Po drugie, niewątpliwie ta forma spełni swoje cele, a mianowicie usprawni realizację Projektu oraz obniży koszty jego przeprowadzenia. Ostatecznie zaś, cel Projektu, czyli zapewnienie odpowiedniej jakości dróg publicznych, znajdujących się w jednej sieci (tj. w JST sąsiadujących geograficznie ze sobą), należy uznać za cel wspólny dla wszystkich uczestniczących JST.

Jednocześnie, warto by było w statucie związku podkreślić, iż jego celem będzie poprawa jakości sieci drogowej tworzących go JST, co będzie podkreśleniem „wspólnego” charakteru przedsięwzięcia.

WAŻNE: Dla podkreślenia „wspólnego” charakteru Pakietowego Projektu PPP rekomenduje się w statucie związku wskazać jego cel, czyli poprawę jakości sieci dróg publicznych znajdujących się na obszarze działalności związku JST.

Zasady odpowiedzialności między JST biorącymi udział w Pakietowym Projekcie PPP oraz między JST a Partnerem Prywatnym:

Przenosząc powyższe rozważania dotyczące związku, należy rozważyć, w jaki sposób będą kształtowały się zasady ponoszenia odpowiedzialności przez JST i związek, w przypadku, gdy zostałoby mu powierzone zadanie polegające na realizacji Pakietowego Projektu PPP:

Odpowiedzialność związku względem Partnera Prywatnego

Związek posiada osobowość prawną w ujęciu cywilnoprawnym i publicznoprawnym, a ponadto, zgodnie z art. 65 ust. 1 u.s.g., wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Tym samym, w przypadku zawarcia umowy cywilnoprawnej, służącej do realizacji powierzonego związkowi zadania, to na nim spoczywa odpowiedzialność za zaciągnięte na jej podstawie zobowiązania i to na jego rzecz będą realizowane świadczenia będące przedmiotem umowy.

Powyższa zasada znajduje zastosowanie niezależnie od tego, co stanowiło podstawę zawarcia umowy przez związek – czy to była umowa zawarta wyłącznie w wyniku postępowania przeprowadzonego o udzielenie zamówienia publicznego, czy umowa zawarta w ramach PPP.

W przypadku zawarcia umowy (w tym Umowy o PPP), stroną takiej umowy będzie zatem związek, nie zaś należące do niego gminy.

To związek również będzie pełnił rolę Podmiotu Publicznego w ramach partnerstwa publiczno – prywatnego.

Tym samym, **po stronie związku będą leżeć takie obowiązki jak m.in.:**

- **prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania oraz zawarcie Umowy o PPP**,
- **realizacja obowiązków wynikających z Umowy o PPP**, w szczególności: terminowa zapłata Opłaty za Dostępność, współdziałanie w osiągnięciu celu przedsięwzięcia (polegające na terminowym rozliczaniu umowy, dokonywaniu odbiorów zrealizowanych części umowy, udostępnianiu niezbędnej dokumentacji, dokonywaniu uzgodnień, podejmowaniu działań władczych jak wydawanie decyzji administracyjnych) oraz wniesienie wkładu własnego. Przy czym, rekomendowanym rozwiązaniem jest, aby to JST biorąc udział w Projekcie zawarły bezpośrednio umowę z Partnerem Prywatnym, na podstawie której zostanie mu przekazane prawo do dysponowania nieruchomością (np. umowa użyczenia),
- ewentualnie pozyskanie środków finansowych na pokrycie kosztów realizacji umowy w zależności od postanowień zawartych w statucie oraz ustaleń dokonanych pomiędzy gminami. W Pakietowym Projekcie PPP **nie jest rekomendowane, aby na związku ciążył obowiązek pozyskania środków finansowych**. To po stronie tworzących go JST powinien leżeć ciężar zapewnienia odpowiedniego finansowania inwestycji.

W przypadku braku wywiązania się ze zobowiązań względem Partnera Prywatnego, **związek będzie ponosić względem niego odpowiedzialność według zasad określonych w Umowie o PPP** (np. poniesie koszty związane z wcześniejszym rozwiązaniem umowy z przyczyn leżących po stronie Podmiotu Publicznego w zakresie ustalonym umową, bądź poniesie koszty naliczonych przez Partnera Prywatnego kar umownych, o ile takie zostaną w umowie przewidziane).

W przypadku sporu z Partnerem Prywatnym, **związek będzie stroną postępowania przed sądem powszechnym**.

Odpowiedzialność JST względem Partnera Prywatnego

W kwestii odpowiedzialności gmin tworzących związek, należy podkreślić, że art. 49 u.s.g. wprost przewiduje, iż **gmina nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania innych samorządowych osób prawnych, a te z kolei nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania gminy**. Przy czym, o ile zasada ta niewątpliwie znajduje zastosowanie w odniesieniu do „wewnętrznych" gminnych osób prawnych (np. spółek komunalnych), to w odniesieniu do podmiotów „zewnętrznych", takich jak związek międzygminny, kwestia rozdzielenia tej odpowiedzialności nie jest już taka oczywista. Wydaje się, że w tym zakresie, dla ustalenia zakresu odpowiedzialności, kluczowe będą postanowienia statutu związku oraz obowiązujące przepisy, jak również okoliczności danego stanu faktycznego.

W kontekście tego, że podstawowym obowiązkiem gmin wobec związku jest wyposażenie go w środki majątkowe niezbędne do realizacji zadania, odpowiedzialność gmin uczestniczących w związku będzie silnie powiązana z przekazanym mu wkładem (środkami). Na gruncie art. 49 u.s.g. wypracowano bowiem zasadę, że **gmina ponosi odpowiedzialność za zobowiązania związku w granicach wniesionego wkładu, a także w zakresie, w jakim jest zobowiązana do pokrywania strat ponoszonych przez związek**[50]. Ponadto, gmina może ponosić odpowiedzialność za zobowiązania związku (np. z tytułu spłaty zaciągniętych kredytów), jeżeli związek może domagać się od gminy pokrycia tych zobowiązań w formie składek na ważnej podstawie prawnej.

Powyższe oznacza zatem, że związek międzygminny może odpowiadać za swoje zobowiązania, gdy dysponuje odpowiednim majątkiem. Z kolei gmina będzie odpowiadać za właściwą realizację zadań powierzonych związkowi, wobec mieszkańców i osób trzecich, w szczególności wtedy, gdy w ślad za przekazaniem zadań i kompetencji nie zostały przeniesione na związek niezbędne środki majątkowe. Niewątpliwie zatem zakres odpowiedzialności gminy uzależniony jest od ustaleń statutowych oraz okoliczności występujących w danym stanie faktycznym.

Jednocześnie, warto zwrócić uwagę, że na gruncie powyższej zasady pojawiły się dwa poglądy. Pierwszy z nich, dominujący, opiera się, na założeniu, iż gmina odpowiada za zobowiązania innych gminnych osób prawnych w sytuacji, gdy te wykonują określone zadania w sferze tzw. użyteczności publicznej, wymagającej zatem dotowania. W takiej sytuacji, jeżeli majątek gminnej osoby prawnej jest niewystarczający do zaspokojenia zobowiązań, gmina również staje się odpowiedzialna za te zobowiązania.

Z kolei zgodnie z drugim poglądem, jeśli gmina powierzy gminnej osobie prawnej wykonywanie zadań z zakresu zadań publicznych nie mających charakteru „władzy publicznej", wówczas nie ponosi ona odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte przez gminną osobę prawną, niezależnie od zakresu przekazanego osobie prawnej mienia. W takiej sytuacji, jeżeli zadania publiczne są wykonywane przez osobę prawną nieprawidłowo, wówczas podstawą odpowiedzialności gminy są przepisy o nadzorze (np. art. 96 lub art. 97 u.s.g.), nie zaś art. 49 ust. 1 u.s.g.

Warto jednak wskazać, że odpowiedzialność gmin może ulec pewnym modyfikacjom na gruncie prawa cywilnego. **Gmina może bowiem umownie przejąć odpowiedzialność za zobowiązania innej gminnej osoby prawnej (związku)**, m.in. na podstawie:

- art. 519 § 1 i 2 k.c. - w drodze przejęcia długu i w ten sposób dłużnik (związek) zostaje zwolniony z odpowiedzialności za wykonanie świadczenia,
- art. 509–518 k.c. poprzez zmianę wierzyciela,
- udzielenia zabezpieczenia rzeczowego (np. hipoteki, zastawu) zobowiązań związku.

[50] Tamże

Mając zatem na uwadze powyższe, gminy przynależące do związku mogą ponosić odpowiedzialność za zobowiązania związku – po pierwsze, w granicach wniesionych wkładów i ponoszonych przez związek strat oraz za właściwą realizację zadań, w przypadku, gdy gminy nie zapewniły związkowi odpowiednich środków na ich wykonanie. Po drugie, gminy mogą przyjąć na siebie większy zakres odpowiedzialności za zobowiązania związku w drodze umowy.

Tym samym, nie można wykluczyć, że w pewnych okolicznościach, gminy tworzące związek, będą ponosić odpowiedzialność za wykonanie przez związek zobowiązań wynikających z Umowy o PPP.

Zasadniczo jednak odpowiedzialność poszczególnych JST nie będzie miała charakteru solidarnego, ale rozłączny. Zatem w przypadku Pakietowego Projektu PPP podmiotem odpowiedzialnym wobec Partnera Prywatnego z tytułu zobowiązań wynikających z Umowy o PPP będzie jedynie związek JST.

Odpowiedzialność pomiędzy JST a związkiem

Jeżeli chodzi o odpowiedzialność związku względem gmin, za realizację powierzonych mu zadań, należy w tym zakresie przypomnieć, że zgodnie z art. 65 ust. 1 u.s.g, związek wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność.

Odrębną kwestią jest natomiast problem rozliczeń finansowych pomiędzy związkiem, a tworzącymi go gminami.

Jednocześnie, należy wskazać, że kwestie te, na gruncie przepisów u.s.g. są uregulowane lakonicznie, stąd gminy mogą je swobodnie unormować w statucie związku. Mając to na uwadze, warto wskazać, że związek może ponosić względem gmin odpowiedzialność w następującym zakresie:

- **na etapie jego funkcjonowania**, w zależności od postanowień statutowych, związek może rozliczać z gminami wypracowany przez siebie zysk, według ustalonego w statucie podziału (chyba, że statut przewiduje przeznaczenie zysku na bieżącą działalność związku). W przypadku Pakietowego Projektu PPP nie przewiduje się jednak zysku. Nie jest wykluczona na gruncie przepisów możliwość rozliczania przez związek wyegzekwowanych od Partnera Prywatnego kar umownych lub kwot odszkodowań. Jednak przewidzenie takiego zapisu w statucie budzi wątpliwości o tyle, że kary umowne i odszkodowania z założenia nie mają służyć celom zarobkowym, a jedynie mają pokrywać poniesione przez wierzyciela szkody. Stąd, nie byłoby celowym przewidywanie takich zapisów w statucie związku, skoro z kar umownych i odszkodowań związek mógłby pokryć poniesione straty. Stąd, w ramach Pakietowego Projektu PPP, **w statucie związku należałoby wyraźnie przewidzieć, iż kary umowne oraz odszkodowania należne związkowi wynikające z Umowy o PPP, nie będą przekazywane do JST, ale będą przeznaczone na finansowanie działalności związku** (bieżącej lub związanej z realizacją inwestycji),
- **po rozwiązaniu związku**, na zasadach przewidzianych w statucie, dokonywany jest podział majątku związku pomiędzy przynależącymi do niego gminami. Jednak w przypadku Pakietowego Projektu PPP w branży drogowej, jak wskazano powyżej, **majątkiem związku nie będą wybudowane drogi publiczne, gdyż te, na mocy u.d.p., muszą stanowić własność gmin.**

Należy wskazać, że spory majątkowe pomiędzy związkiem, a gminami do niego należącymi, wynikające z prowadzenia przez niego działalności, są rozpatrywane przez sąd powszechny i są sporami cywilnymi.

Jeżeli chodzi o odpowiedzialność pomiędzy gminami tworzącymi związek, za realizację zobowiązań z tytułu utworzenia związku, należy wskazać, że również kwestia ta może i powinna być uregulowana w **statucie**.

Statut powinien zatem określać zasady wnoszenia wkładów własnych, partycypowania w kosztach działalności związku, w tym w pokrywaniu jego strat.

Podobnie, również **rozliczenia pomiędzy gminami tworzącymi związek, w przypadku wystąpienia jednej lub kilku gmin ze związku, powinny być uregulowane w statucie**, ponieważ u.s.g. w tym zakresie nie przewiduje żadnych unormowań. Stąd, za dopuszczalne uznaje się np. przewidzenie w statucie możliwości obciążenia kosztami realizacji zadania przyjętego w statucie związku również gminy, która z tego związku wystąpiła (wyrok WSA w Kielcach z 21.12.2011 r., II SA/Ke 545/11). Wskazana zasada prawna może się okazać szczególnie istotna dla realizacji Pakietowego Projektu PPP – na jej podstawie można uznać za dopuszczalne, aby statut przewidywał obowiązek dalszego pokrywania kosztów realizacji Umowy o PPP, mimo wystąpienia gminy ze związku. Ewidentnie, przewidzenie takiego postanowienia w statucie, będzie czynnikiem hamującym podejmowanie przez gminy decyzji o wystąpieniu ze związku, co może korzystnie wpłynąć na stabilność tej formy współdziałania.

WAŻNE: Na gruncie orzecznictwa sądów administracyjnych, za dopuszczalne uznano postanowienie w statucie związku JST, zgodnie z którym gmina, która wystąpiła ze związku nadal jest obciążona kosztami realizacji wspólnego zadania. Takie postanowienie może być w szczególności korzystne dla Pakietowego Projektu PPP: po pierwsze może zniechęcać gminy do występowania ze związku, a po drugie, w sytuacji, gdy już do wystąpienia dojdzie, może zapewnić stabilność finansowania wspólnej inwestycji.

Spory majątkowe pomiędzy gminami tworzącymi związek, wynikające z prowadzonej przez związek działalności, również podlegają rozpoznaniu przez sądy powszechne i są sporami cywilnymi.

Analiza podatkowa

W odniesieniu do związków JST i skutków podatkowych ich tworzenia oraz funkcjonowania, należy zwrócić uwagę na następujące obszary/transakcje, które mogą mieć istotne znaczenie z punktu widzenia prawa podatkowego:

a) uznania związku JST jako podatnika na gruncie podatku PCC,

b) przekazywania dotacji celowych na rzecz związku JST – na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC,

c) wnoszenia wpłat/składek na rzecz związku JST – na gruncie podatku CIT, podatku VAT i podatku PCC

Związek JST jako podatnik podatku PCC

Ustawa u.p.c.c. przewidziała zwolnienie podmiotowe – zgodnie z art. 8 ust 4 u.p.c.c. **JST są zwolnione od podatku PCC**.

W stosunku do związków **JST zdania są podzielone. co do możliwości skorzystania z tego zwolnienia**. Część środowiska naukowego jednoznacznie odrzuca taką możliwość. Występują jednak również głosy przeciwne, bazujące na uznaniu, że skoro poszczególne JST objęte są podmiotowym zwolnieniem to powinna z niego korzystać również cała struktura.

„*Żaden związek międzygminny ani związek powiatów nie jest jednostką samorządu terytorialnego, a więc nie może być objęty postanowieniami art. 8 pkt 4 u.p.c.c. Cytowany przepis ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych nie obejmuje również stowarzyszeń jednostek samorządu terytorialnego.*" (…) „*Gminy oraz powiaty tworzące związki komunalne nie są również uprawnione do cedowania przysługującego im zwolnienia podatkowego na związek. W doktrynie prawa podatkowego krytycznie oceniono pominięcie w art. 8 pkt 4 u.p.c.c. zwolnienia adresowanego do związków komunalnych. Wskazano, że takie związki są tworzone w celu wspólnego wykonywania zadań jednostek samorządu terytorialnego (gmin, powiatów), a więc powinny korzystać z takich samych uprawnień jak podmioty, które je tworzą*. " (Zbigniew Ofiarski, Komentarz do ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych, [w:] Ustawy: o opłacie skarbowej, o podatku od czynności cywilnoprawnych. Komentarz, wyd. III)

„*W opinii autorów związki jednostek samorządu terytorialnego nie są uprawnione do korzystania ze zwolnień przysługujących poszczególnym jednostkom*." (red. prof. dr hab. Witold Modzelewski, Renata Janiec-Modzelewska - Komentarz do ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych).

„*Można mieć natomiast pewne wątpliwości, jak pod tym względem oceniać różne formy zrzeszania się j.s.t. (związki międzygminne, porozumienia międzygminne, stowarzyszenia gmin z innymi gminami, powiatami i województwami, związki, porozumienia i stowarzyszenia powiatów, porozumienia oraz stowarzyszenia województw z innymi województwami, gminami i powiatami). Wydaje się, że na równi z j.s.t. należy postawić zwłaszcza te formy ich zrzeszania się, które mają postać tworów organizacyjnych wyposażonych w osobowość prawną i realizujących wspólne zadania publiczne w imieniu własnym*." (…) „*Chodzi tu konkretnie o związki gmin i związki powiatów. Wyłączenie ich od zwolnień podatkowych byłoby z punktu widzenia ratio legis omawianego unormowania rozwiązaniem niezrozumiałym. Można również bronić poglądu, że skoro poszczególne (i zarazem wszystkie) człony określonej struktury są objęte określonym przywilejem, to korzysta z niego również cała struktura. Ze względu na ten argument należy przyjąć, że działaniem art. 8 pkt 4 są objęte również stowarzyszenia j.s.t., choć ich zadania są nieco inne. Warto przypomnieć, że stowarzyszenia j.s.t. (ale już nie inne formy ich zrzeszania się) mogą korzystać ze zwolnienia podatkowego również na podstawie art. 8 pkt 2a, jeżeli prowadzą działalność pożytku publicznego*." (Aleksy Goettel, Mieczysław Goettel, Podatek od czynności cywilnoprawnych. Komentarz).

Z powyższego wynika zatem, iż **w odniesieniu do związku JST występują wątpliwości co do tego, czy jest, czy też nie, podatnikiem podatku od czynności cywilnoprawnych na gruncie u.p.c.c.**

WAŻNE: W odróżnieniu od samych JST, w przypadku związku JST nie można jednoznacznie stwierdzić, czy jest on zwolniony od podatku PCC, czy też nie korzysta on z takiego zwolnienia.

- opodatkowanie przekazania dotacji celowych na rzecz związku JST na gruncie podatku VAT i podatku CIT

W zakresie skutków podatkowych przekazania dotacji celowej – więcej na ten temat w rozdziale 1.3.1.1. pkt 6) Analizy.

- opodatkowanie przekazania dotacji celowych na rzecz związku JST na gruncie podatku PCC

Uzupełniająco, warto dodać, że podobnie, jak w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego, umowa o dotację celową (pomiędzy związkiem JST a JST) nie należy do czynności cywilnoprawnych wymienionych w katalogu zawartym w art. 1 ust. 1 u.p.c.c. (został on przywołany w rozdziale 1.1.2. pkt 4) Analizy „skutki podatkowe umowy użyczenia nieruchomości pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC").

Tym samym, udzielenie dotacji celowej na podstawie umowy, na rzecz związku JST, nie wywoła skutków podatkowych na gruncie u.p.c.c.

Opodatkowanie wnoszenia wpłat/składek na rzecz związku JST

– opodatkowanie wnoszenia wpłat/składek na rzecz związku JST na gruncie podatku CIT

Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 2 u.p.d.o.p., przychodem jest wartość otrzymanych rzeczy lub praw, a także wartość innych świadczeń w naturze, w tym wartość rzeczy i praw otrzymanych nieodpłatnie lub częściowo odpłatnie, a także wartość innych nieodpłatnych lub częściowo odpłatnych świadczeń. Jednak trzeba wskazać, że wyżej sformułowana zasada powszechności opodatkowania podatkiem dochodowym doznaje wyjątków.

Art. 6 ust. 1 pkt 6 u.p.d.o.p. przewiduje zwolnienie podmiotowe, którym to objęte są dochody JST. Jednak dochody związków JST nie mogą skorzystać z tego zwolnienia podmiotowego.

W świetle art. 17 ust. 1 pkt 4g u.p.d.o.p. wolne od podatku są dochody związków JST - w takiej części, w jakiej dochody te są przeznaczone dla JST (które ten związek tworzą). Kluczową kwestią w przedmiotowym zwolnieniu jest znaczenie warunku „przeznaczenia dochodu na rzecz członków związku". Ze wskazanego przepisu wynika, że nie są zwolnione z podatku CIT te dochody, które związek przeznacza na inne cele, na własne potrzeby albo na potrzeby innej jednostki niewchodzącej w skład związku.

W interpretacjach przepisów prawa podatkowego widoczny jest pogląd, zgodnie z którym, wydatki związku JST, związane z realizacją zadań publicznych są w istocie wydatkami przeznaczonymi dla JST tworzących związek. Nie są natomiast zwolnione z podatku CIT te dochody, które nie są związane z realizacją tych zadań (przeznaczane na inne cele).[51] Jednak wydaje się, że wyroki sądów administracyjnych interpretują omawiany przepis w literalny sposób, podkreślając, że środki te, mają zostać przeznaczone bezpośrednio dla JST tworzących związek.[52]

[51] Np. interpretacja przepisów prawa podatkowego Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 18 października 2017 r., 0112-KDIL1-3.4012.393.2017.1.IT.
[52] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 listopada 2016 r., II FSK 3346/14:

W ramach Pakietowego Projektu PPP, zdecydowana większość wydatków związku JST będzie związana z realizacją zadań publicznych przekazanych przez JST na mocy statutu (w szczególności wydatki przeznaczane na pokrycie Opłaty za Dostępność). W związku z tym, **w dużej mierze, wpłaty/składki przeznaczane na te wydatki będą korzystać ze zwolnienia z podatku CIT**.

Wątpliwości może budzić, czy koszty pracowników lub koszty administracyjne (np. najem powierzchni biurowej) niezwiązane bezpośrednio z realizacją zadania publicznego będą takim zwolnieniem objęte. Choć przewiduje się, że związek JST będzie zajmować się stricte realizacją Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym, nie da się wykluczyć, że niektóre wydatki na jego bieżącą działalność mogą nie być uznane za wydatki przeznaczane na rzecz JST będących jego członkami.

Stąd, **rekomendowane jest wykorzystanie przez związek JST wpłat/składek wnoszonych przez JST na wydatki bezpośrednio związane z realizacją przekazanego zadania**. Natomiast, z ostrożności, warto przyjąć, iż finansowanie własnych i bieżących potrzeb związku JST dokonywane było za pomocą dotacji od JST (które będą mogły korzystać ze zwolniona przedmiotowego).

- opodatkowanie wnoszenia wpłat/składek na rzecz związku JST na gruncie podatku VAT

Na gruncie u.p.t.u. dotacje, wpłaty i składki traktowane są w tożsamy sposób. Należy uznać, że planowane w Projekcie sposoby finansowania związku JST nie powinny zostać uznane za opodatkowane podatkiem VAT (nie wpłyną one na wysokość ceny dostarczanych towarów lub świadczonych usług). Temat ten został przedstawiony w rozdziale 1.3.1.1. pkt 6) Analizy.[53]

– opodatkowanie wnoszenia wpłat/składek na rzecz związku JST na gruncie podatku PCC

Podobnie, jak w przypadku umowy o dotację celową, wnoszenie wpłat/składek na rzecz związku JST (na podstawie jego statutu) przez JST będące jego członkami, nie należy do czynności cywilnoprawnych wymienionych w katalogu zawartym w art. 1 ust. 1 u.p.c.c. (został on przywołany w rozdziale 1.1.2.4) Analizy „skutki podatkowe umowy użyczenia nieruchomości pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC").

W związku z powyższym, **wnoszenie wpłat/składek na rzecz związku JST na podstawie jego statutu przez JST będące jego członkami, nie wywoła skutków podatkowych na gruncie u.p.c.c.**

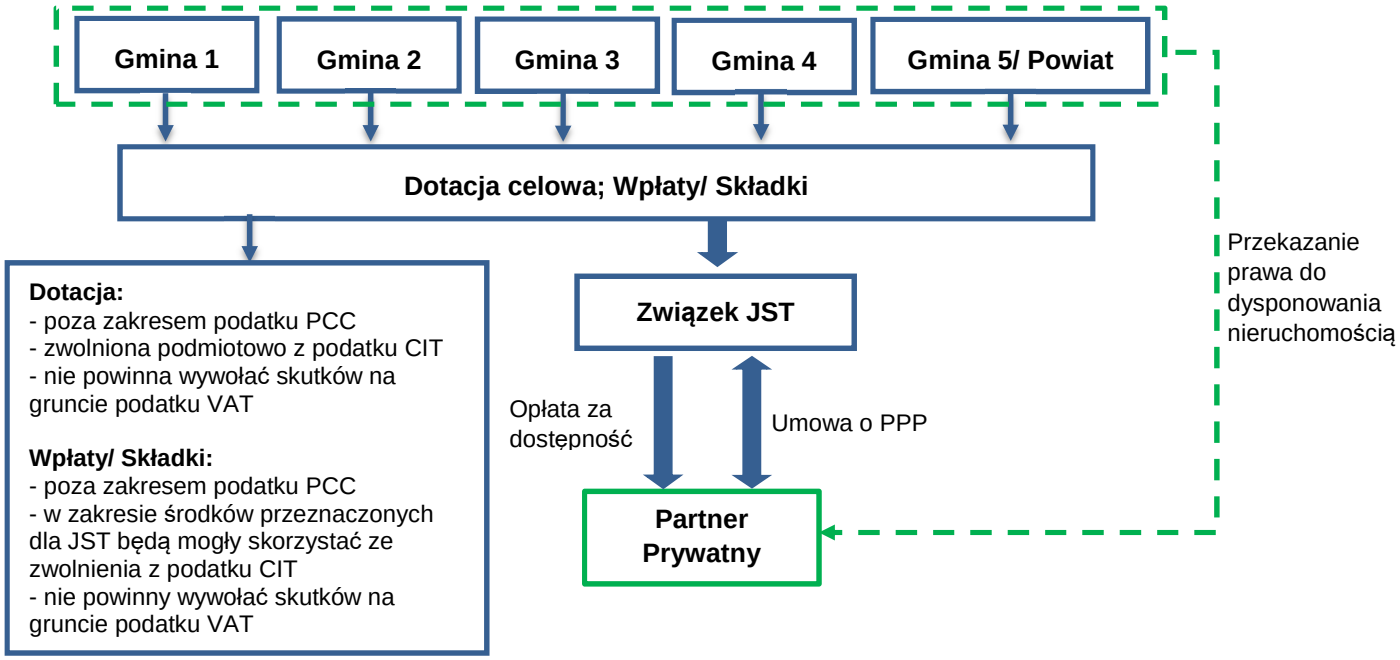
(…) treść spornego przepisu jednoznacznie przesądza o objęciu zakresem jego zastosowania jedynie określonej części dochodów związku, nie można podzielić stanowiska Związku, że dochód, który nie jest przeznaczony bezpośrednio dla tworzących go jednostek samorządu terytorialnego, ale służy działalności samego związku, może być objęty zwolnieniem, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4g u.p.d.o.p.
Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 listopada 2016 r., II FSK 3214/14:
(…) możliwość zastosowania spornej ulgi powinna być rozważana i interpretowana w sposób niezwykle precyzyjny i ścisły", a "rolą organu interpretacyjnego nie jest zastępowanie Ustawodawcy". Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, iż ze zwolnienia z podatku korzystają te dochody, które związek przeznacza na inne cele lub potrzeby związku.

[53] Na marginesie należy zaznaczyć, że o kwestii o zbliżonym stanie faktycznym wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 4 lutego 2020 r., I SA/Gl 1533/19. Trzeba jednak zauważyć, że w omawianym wyroku stroną był związek metropolitarny. Pomimo różnić między uregulowaniami dotyczącymi zawiązku metropolitarnego a związku JST, konkluzje wyrażone w wyroku, w znaczącej mierze, pozostają aktualne dla związku JST. Przedmiotowa sprawa dotyczyła pytania o interpretację przepisów prawa podatkowego, którego sednem było to czy dotacje oraz składki (składające się z części stałej i części zmiennej) stanowią podstawę opodatkowania podatkiem VAT.
Organ interpretacyjny stwierdził, że składki w części stałej nie stanowią podstawy opodatkowania podatkiem VAT w rozumieniu art. 29a ust. 1 u.p.t.u. Natomiast w odniesieniu do części zmiennej składki oraz dotacji, to te stanowią wynagrodzenie za realizację usług na rzecz gmin. Sąd nie zgodził się z tą argumentacją wskazując na publicznoprawny charakter wypłacanych świadczeń, co skutkuje uznaniem składek oraz dotacji, jako nieobjętych podatkiem VAT.

WAŻNE: Na gruncie prawa podatkowego wpłaty/składki na rzecz związku JST:

- znajdują się poza zakresem podatku PCC,
- w zakresie środków przeznaczonych dla JST będą mogły skorzystać ze zwolnienia z podatku CIT,
- nie powinny wywołać skutków na gruncie podatku VAT.

Schemat 13 Realizacja Pakietowego Projektu PPP w ramach związku JST



Stabilność związku

Odnosząc się do trwałości związku międzygminnego, która jest istotna z punktu widzenia stabilności przyszłego Pakietowego Projektu PPP, należy wskazać, że związek wykazuje się pewną trwałością.

Po pierwsze, **jest on podmiotem odrębnym od JST, ma osobowość prawną i realizuje on zadania we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność**. W tym zakresie, należy podkreślić, że związek działa w oparciu o własną podstawę prawną (swój statut) i posiada struktury oddzielone, w pewnym stopniu, od struktur gminnych (w szczególności posiada własne organy). Wydaje się, że na stabilność związku może wpływać w szczególności ograniczenie odpowiedzialności gmin za realizację zadania powierzonego związkowi.

Po drugie**,** trwałość związku zapewnia posiadany przez niego **majątek**, w który jest wyposażany na etapie jego tworzenia, jak również **środki**, które otrzymuje na etapie funkcjonowania. Warto wskazać, że zobowiązania finansowe gmin tworzących związek, określone w statucie, a zwłaszcza przewidziane w nim zasady rozliczeń pomiędzy gminami, w przypadku wystąpienia jednej lub kilku z nich ze związku, mogą być istotnym czynnikiem wpływającym na jego stabilność.

Z drugiej strony, związek, jak wskazano powyżej, charakteryzuje się dobrowolnością, co oznacza, że każda z gmin przynależąca do związku, może z niego wystąpić. Co więcej, wystąpienie ze związku jest możliwe, niezależnie od tego, czy statut przewiduje takie uprawnienie, czy też nie. Należy jednak pamiętać, że statut związku może określać warunki i przypadki, w których możliwe jest jego opuszczenie. **Określenie takich okoliczności uzasadniających wystąpienie ze związku przez JST może niwelować ten negatywny aspekt wpływający na stabilność Projektu**.

Wystąpienie gminy ze związku z kolei w sposób oczywisty negatywnie wpływa na dalsze funkcjonowanie Umowy o PPP: w zależności od przyjętych ustaleń, albo dochodzi w takim przypadku do odstąpienia od Umowy o PPP z przyczyn leżących po stronie Podmiotu Publicznego, albo przynajmniej do odstąpienia od części Umowy o PPP (w takim zakresie, w jakim Partner Prywatny nie będzie już realizować robót budowlanych/usług utrzymania, ze względu na wystąpienie gminy ze związku). Skutki wystąpienia gminy ze związku zależą nie tylko od treści postanowień Umowy o PPP, ale również możliwości finansowych związku – jeżeli wystąpienie gminy spowoduje, iż nie będzie możliwe dalsze finansowanie Umowy o PPP, wówczas konieczne będzie jej rozwiązanie w całości. W tym zakresie, jednak warto przypomnieć, co zostało zasygnalizowane powyżej – **w przypadku związków JST, możliwe jest przewidzenie w statucie możliwości obciążenia kosztami realizacji zadania przyjętego przez związek również gminy, która z tego związku wystąpiła**. Przy czym, w tym zakresie JST korzystają ze swobody uregulowania wzajemnych stosunków, a zatem możliwe jest określenie, na jakich warunkach JST występująca ze związku będzie odpowiedzialna za dalsze pokrywanie kosztów realizacji zadania, np. na jakim etapie realizacji Projektu, taka odpowiedzialność będzie się aktualizować.

Z kolei w kwestii własności wybudowanych/wyremontowanych dróg publicznych, w przypadku wystąpienia gminy ze związku, zasadniczo nic się nie zmieni – pozostaną one własnością gmin, z tym, że rozwiązaniu będą musiały ulec umowy dotyczące nieruchomości, na których te drogi zostały wyremontowane/wybudowane.

Następnie, **negatywnie na trwałość związku wpływa również fakt, iż organy związku są powiązane z organami samych JST** – do zgromadzenia związku wchodzą wójtowie gmin należących do związku, zaś zarząd związku jest powoływany i odwoływany przez zgromadzenie spośród jego członków. Tym samym, na stabilność związku może wpływać czynnik polityczny. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z przepisami u.s.g. zgromadzenie związku podejmuje uchwały bezwzględną większością głosów, a do kompetencji tego organu należą najważniejsze kwestie dotyczące funkcjonowania związku.

Przydatność formy dla Pakietowego Projektu PPP

Na przydatność związku jako formy właściwej do realizacji Pakietowego Projektu PPP pozytywnie wpływa:

- **brak zasadniczych ograniczeń prawnych w możliwości tworzenia związków: w kontekście przekazywania zadań w zakresie zarządzania drogami publicznymi**: wydaje się, że związek JST, spełniający określone warunki, może pełnić funkcję zarządu drogi dla należących do niego JST, to zaś oznacza możliwość wykonywania przez niego zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi,
- **odrębność podmiotowa związku od tworzących go JST:**
  - dzięki posiadanej osobowości prawnej oraz samodzielności (działanie we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność) ciężar realizacji Pakietowego Projektu PPP zostaje przeniesiony z JST na utworzony związek,
  - odpowiedzialność za realizację Pakietowego Projektu PPP, w szczególności z tytułu realizacji Umowy o PPP leży po stronie związku, natomiast tworzące go JST mają ewentualnie możliwość rozszerzenia swojej odpowiedzialności wobec osób trzecich,
  - odrębność ułatwia identyfikację strony Umowy o PPP, w tym jej realizację, rozliczanie umowy z Partnerem Prywatnym i prowadzenie ewentualnych sporów majątkowych,
- **posiadanie statusu zamawiającego i Podmiotu Publicznego:** dzięki czemu, związek z mocy prawa jest zobowiązany do stosowania u.p.z.p. i realizacji przedsięwzięć w formule PPP,
- **posiadanie oddzielnych struktur i organów od JST**: co zmniejsza ryzyko polityczne i pomaga zwiększyć stabilność tej formy współpracy. Wprowadzenie dodatkowo do statutu, iż każda JST ma dwóch przedstawicieli w zgromadzeniu związku, a w zarządzie 1/3 członków pochodzi spoza zgromadzenia związku może w znacznym stopniu wpłynąć na trwałość związku JST,
- **posiadanie własnego majątku oraz możliwość pozyskiwania środków**: co ułatwi realizację Umowy o PPP w zakresie wniesienia wkładu własnego oraz realizacji zobowiązań finansowych wobec Partnera Prywatnego,
- **zasady finansowania działalności związku:** ze względu na brak szczegółowych regulacji, zasady partycypowania w kosztach realizacji zadania, JST mogą kształtować względnie swobodnie. Dzięki temu, JST mogą dostosować zasady udziału w kosztach, zyskach i stratach związku do indywidualnych warunków Pakietowego Projektu PPP. Znacznym udogodnieniem jest możliwość określenia w statucie warunków wnoszenia wpłat/składek członkowskich, w tym przewidzenie możliwości ustalania ich wysokości w drodze odrębnych uchwał zgromadzenia związku. Na trwałość Pakietowego Projektu PPP realizowanego w ramach związku JST może w dużym stopniu wpływać możliwość zobowiązania uczestniczącej w nim JST do pokrywania kosztów realizacji zadań, nawet pomimo jej wystąpienia ze związku,
- **celowość związku:** po realizacji zadania, związek powinien ulec rozwiązaniu, zaś pozyskane w ramach przedsięwzięcia składniki majątkowe mogą przejść na własność gmin tworzących związek,
- **duża swoboda w kształtowaniu postanowień statutu**: co może pomóc dostosować związek do indywidualnych warunków realizacji Pakietowego Projektu PPP. W szczególności, JST mają możliwość określania np. warunków występowania ze związku, przewidzenia kar umownych/odszkodowań za niezrealizowanie obowiązków względem związku. Z drugiej strony, swoboda kształtowania statutu może rodzić ryzyko po stronie Partnera Prywatnego, ponieważ JST, korzystając z tej swobody, mogą sformułować jego postanowienia w sposób tak niewiążący, że może to prowadzić do braku stabilności całego Projektu.

Z kolei do negatywnych cech związku, które mogą powodować, iż forma ta może okazać się nieprzydatna do realizacji Pakietowego Projektu PPP w branży drogowej zaliczyć należy:

- **dobrowolność uczestnictwa w związku -** każda JST może wystąpić ze związku, jednak należy pamiętać, że ten negatywny aspekt w pewnym zakresie mogą niwelować przewidziane w statucie warunki występowania ze związku,
- **występujące powiązania osobowe pomiędzy organami JST, a organami związku** – zwiększa to ryzyko polityczne i negatywnie wpływa na stabilność tej formy współdziałania JST.

1.3.2.2. Związek powiatowo-gminny

Ponieważ związki powiatowo-gminne zasadniczo nie różnią się od międzygminnych, w Analizie zostaną wymienione jedynie odrębności, jakie występują na gruncie związków powiatowo-gminnych:

Związek powiatowo-gminny uregulowany został na gruncie u.s.p. i u.s.g. w art. 72a – 72 c u.s.p. oraz art. 72b u.s.g.

Istotny jest również art. 72a ust. 2 u.s.p., zgodnie z którym do związku powiatowo – gminnego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące związku powiatów.

Wymagania formalne:

a) członkowie:

Do związku powiatowo – gminnego mogą należeć:

- powiaty,
- gminy miejskie,
- gminy wiejskie,
- gminy miejsko – wiejskie
- oraz miasta na prawach powiatu.

Podobnie jak w przypadku związku międzygminnego, u.s.g. i u.s.p. nie określa minimalnej, jak i maksymalnej liczby JST, które mogą utworzyć związek powiatowo – gminny. W związku z powyższym, do stworzenia związku powiatowo - gminnego wystarczą co najmniej dwie JST.

Związek powiatowo – gminny może zostać utworzony na dwa sposoby:

- poprzez utworzenie nowego związku przez zainteresowane gminy i powiaty (na podstawie art. 72a u.s.p.),
- poprzez przystąpienie powiatu do istniejącego związku międzygminnego albo gminy do związku powiatowego (na podstawie art. 72c u.s.p. i art. 73b u.s.g.).

Procedura tworzenia związku powiatowo-gminnego, jego statut oraz organy zostały opisane w Załączniku nr 4 do Analizy.

1.3.3. Spółka komunalna

Podstawa prawna

Podstawą tworzenia spółek komunalnych jest art. 9 ust. 1 u.g.k., zgodnie z którym jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek.

Konstrukcja spółki akcyjnej wymaga znacznych nakładów finansowych, a sam proces jej tworzenia jest bardziej złożony niż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Ze względu na **stopień skomplikowania spółki akcyjnej oraz związane z tym koszty jej założenia oraz dalszej obsługi, ta forma współpracy JST nie jest rekomendowana**. Dlatego w dalszej części Analizy przedstawiony zostanie proces tworzenia i działania komunalnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a kwestie związane ze spółką akcyjną jedynie zasygnalizowane.

Wymagania formalne

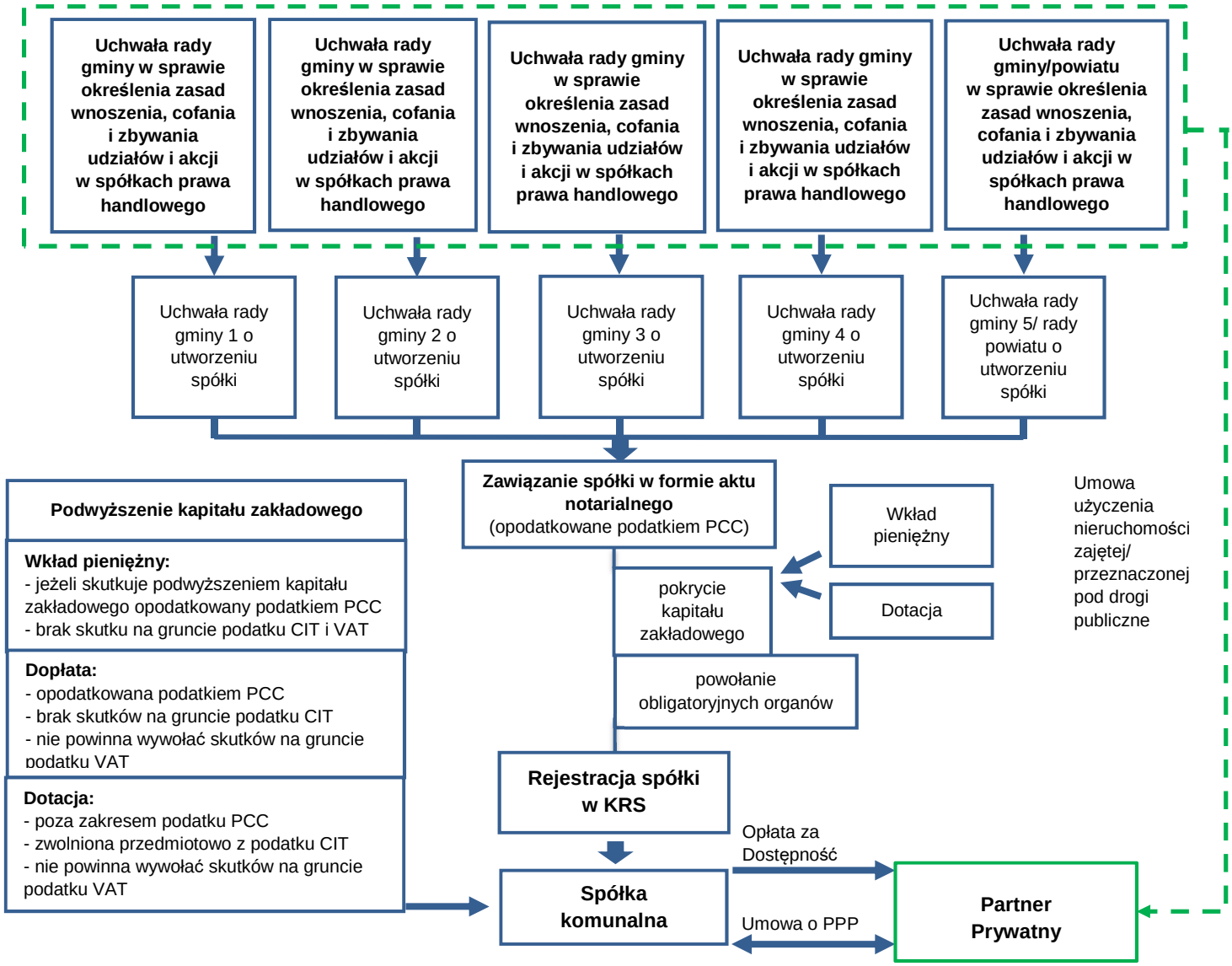
Z art. 9 ust. 1 u.g.k. wynika wprost, że jednostka samorządu terytorialnego uprawniona jest do utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bądź spółki akcyjnej. Spółka taka stanowi instrument za pomocą którego wykonywane są zadania tej jednostki. Może ona zostać utworzona wyłącznie w celu wykonywania przez daną jednostkę samorządu terytorialnego należących do jej kompetencji zadań publicznych własnych bądź zleconych. „Przedmiotem działania takiej spółki jest zatem wyłącznie wykonywanie zadań publicznych (własnych bądź zleconych), należących do zakresu działania jednostki samorządu terytorialnego, która taką spółkę utworzyła. Przedmiot działania takiej spółki przede wszystkim określony powinien być w akcie powołującym ten podmiot do życia, który zarazem stanowi podstawę zlecenia spółce wykonywania zadań publicznych jednostki samorządu terytorialnego” (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2011 r. II OSK 2502/10).

WAŻNE: przedmiot działania (tylko zadania publiczne) określany jest w umowie/statucie. Umowa /statut spółki komunalnej stanowi podstawę zlecenia spółce wykonywania zadań publicznych.

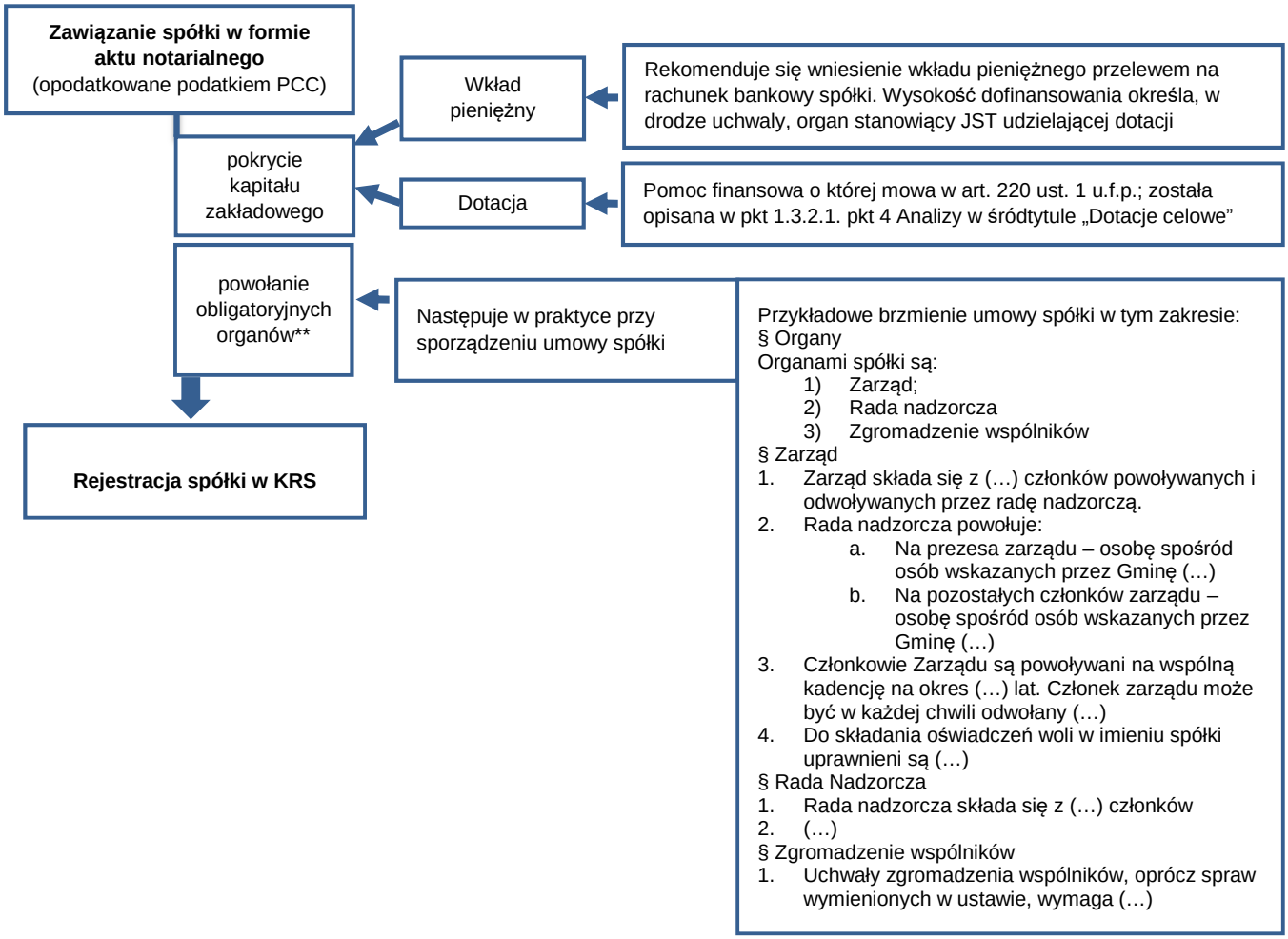
Utworzenie przez gminę spółki komunalnej oznacza co prawda powołanie w pełni odrębnego podmiotu, jednakże daje możliwość samodzielnego kierowania działalnością spółki poprzez uchwały jej organów, co wynika z faktu, iż funkcję zgromadzenia wspólników pełni organ wykonawczy gminy (art. 12 pkt 4 u.g.k.).

Procedura tworzenia spółki komunalnej została opisana w pkt 1 Załącznika nr 5 do Analizy.

Schemat 14 Utworzenie spółki komunalnej z uwzględnieniem zawarcia Umowy o PPP



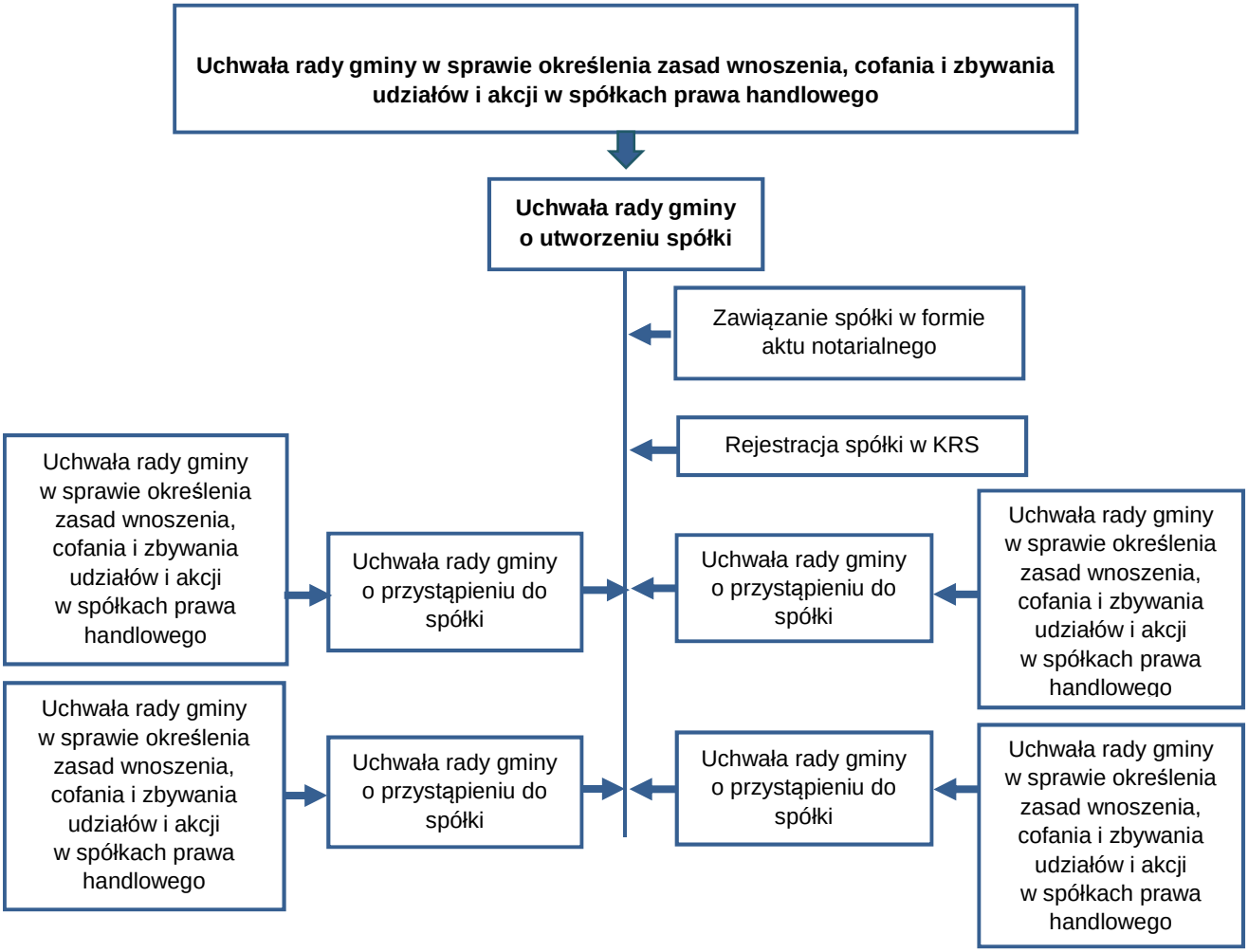
Schemat 15 Czynności przed rejestracją spółki w KRS*



** Niniejszy schemat jest rozwinięciem/doprecyzowaniem schematu poprzedniego w części dotyczącej pokrycia kapitału zakładowego oraz powołania zarządu.*

*** Rekomenduje się, aby w akcie notarialnym obejmującym umowę spółki z o.o., umieścić nazwiska członków pierwszego zarządu. Pozwoli to na spełnienie jednego z wymogów powstania spółki, tj. powołanie zarządu. Zapewni jednocześnie brak konieczności załączania do wniosku o wpis spółki do rejestru przedsiębiorców dowodu powołania organów spółki. W doktrynie wskazuje się natomiast na częsty błąd, polegający na powoływaniu składu osobowego organów spółki w treści samej umowy spółki, co może prowadzić potem do komplikacji, np. domagania się, aby odwołanie określonej osoby z zarządu czy rady nadzorczej odbywało się w drodze zmiany umowy spółki. Rekomendowane jest zatem, aby pierwszy skład osobowy organów spółki został powołany w akcie notarialnym obejmującym umowę spółki, ale poza tekstem tej umowy, czyli*
w osobnej jednostce redakcyjnej aktu notarialnego (por. Uchwała rady gminy o utworzeniu spółki z o.o. z udziałem gminy, Anna Zołotar, Legalis).

Schemat 16 Wariant alternatywny utworzenia spółki komunalnej*



** Przedstawiony wariant alternatywny rekomendowany jest w przypadku braku jednoczesnej woli JST utworzenia spółki, umożliwiając przystępowanie JST do spółki w trakcie jej trwania, a także w przypadku wykorzystania już istniejącej spółki komunalnej.*

Do powstania komunalnej spółki z o.o. stosuje się wprost przepisy art. 151–173 k.s.h.:

- spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może być utworzona przez jedną albo więcej osób w każdym celu prawnie dopuszczalnym, chyba że ustawa stanowi inaczej,
- kapitał zakładowy (minimum 5 000 złotych) spółki dzieli się na udziały o równej albo nierównej wartości nominalnej,
- jeżeli wkładem do spółki w celu pokrycia udziału ma być w całości albo w części wkład niepieniężny (aport), umowa spółki powinna szczegółowo określać przedmiot tego wkładu oraz osobę wspólnika wnoszącego aport, jak również liczbę i wartość nominalną objętych w zamian udziałów,
- kapitał zakładowy powinien być w całości wpłacony przed rejestracją spółki i jest warunkiem jej powstania,
- z przyczyn praktycznych wyłączona jest możliwość utworzenia tej spółki jako spółki z o.o. online za pomocą wzorca udostępnionego w systemie teleinformatycznym (art. 157^1 k.s.h.). Rejestracja przez Internet jest dobrą formą dla prostych spółek, zakładanych jednoosobowo, albo takich, które w umowach nie mają niestandardowych postanowień. Daje ona bowiem mniejsze możliwości ukształtowania umowy spółki, niż zakładanie spółki u notariusza. Procedura ta nie jest możliwa do wykorzystania przy zakładaniu gminnej sp. z o.o., bo regulacja organów spółki zawarta we wzorcu odbiega od przepisów u.g.k., które mają w tym przypadku charakter bezwzględnie obowiązujący[54].

Uwagi wspólne odnośnie formalności po stronie gmin i powiatów

Do wnoszenia wkładów oraz obejmowania udziałów spółki komunalnej należy stosować przepisy k.s.h. (art. 12 ust. 1 u.g.k.).

WAŻNE: Organy JST nie mają prawa do władczego ingerowania w działalność powołanej przez nią spółki komunalnej. Spółki komunalne funkcjonują wedle zasad prawa cywilnego, a JST może wpływać na działalność założonej spółki tylko, jako udziałowiec, w granicach przysługujących jej z tego tytułu praw.

Przed podjęciem uchwał o utworzeniu spółki, **JST powinny określić główne zasady współpracy w ramach spółki, a w szczególności ustalić brzmienie przyszłej umowy spółki**, a w tym:

- przedmiot jej działalności,
- zasady udziału w kosztach wspólnej działalności (w szczególności zasady dokonywania dopłat),
- czasu trwania spółki,
- zasad podziału majątku spółki po jej likwidacji.

Reasumując, podobnie jak w przypadku związku JST, na potrzeby Pakietowego Projektu PPP JST powinny przeprowadzić negocjacje zakończone niewiążącym porozumieniem administracyjnym. Umożliwi to nakreślenie wspólnego modelu działania i pozwoli uniknąć wątpliwości na dalszych etapach.

[54] Ponadto nieadekwatność tego sposobu zawiązania spółki z o.o. w przypadku spółek komunalnych wynika z przyczyn prawnych, gdyż w świetle art. 158 § 1^1 k.s.h. wyklucza się w przypadku spółek online możliwość wniesienia wkładów niepieniężnych (aportów). Tymczasem wkładem jednostki samorządu terytorialnego do spółki komunalnej są bardzo często aporty.

Rada gminy (rada miejska) jest organem stanowiącym i kontrolnym w gminie (art. 15 ust. 1 u.s.g.). Jak wskazano powyżej, do jej właściwości należą wszystkie sprawy pozostające w zakresie działania gminy, o ile ustawy nie stanowią inaczej. Przepis art. 18 ust. 2 u.s.g. stanowi, że do wyłącznej kompetencji rady gminy należy m.in.:

- podejmowanie uchwał w sprawach majątkowych przekraczających zakres zwykłego zarządu, dotyczących – tworzenia i przystępowania do spółek oraz rozwiązywania i występowania z nich, oraz określania zasad wnoszenia, cofania i zbywania udziałów i akcji przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta),
- określanie zasad nabycia, zbycia i obciążania nieruchomości gruntowych oraz ich wydzierżawiania lub najmu na okres dłuższy niż trzy lata; do czasu określenia tych zasad wójt, burmistrz, prezydent miasta, może dokonywać tych czynności wyłącznie za zgodą rady gminy. W świetle uregulowań zawartych w art. 13 ust. 1 Ustawy o gospodarce nieruchomościami, nieruchomości z gminnego zasobu nieruchomości mogą być, m in. wnoszone przez gminy do spółek, jako wkład niepieniężny (aport) w zamian za udziały (akcje) w spółce. Przekazanie następuje w formie bezprzetargowej według wartości rynkowej ustalonej przez rzeczoznawcę majątkowego i wymaga formy aktu notarialnego. Zasady gospodarowania nieruchomościami ustalone Ustawą o gospodarce nieruchomościami nie dotyczą nieruchomości stanowiących własność spółek komunalnych (art. 1 ust. 1 pkt 1).

Nadzór nad działalnością gminy na podstawie kryterium zgodności z prawem sprawuje Prezes Rady Ministrów i wojewoda, a w zakresie spraw finansowych – regionalna izba obrachunkowa (art. 85 i 86 u.s.g.). Wójt, burmistrz, prezydent miasta, zobowiązany jest do przedłożenia m.in. uchwał w sprawie utworzenia bądź przystąpienia do spółki przez samorząd gminy wojewodzie w terminie 7 dni od ich podjęcia (art. 90 ust. 1 u.s.g.). Wobec uchwał sprzecznych z prawem wojewodzie przysługuje uprawnienie do stwierdzenia nieważności uchwały w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia doręczenia uchwały. Stwierdzenie przez wojewodę nieważności uchwały wstrzymuje jej wykonanie z mocy prawa z dniem doręczenia rozstrzygnięcia nadzorczego w zakresie objętym stwierdzeniem nieważności (art. 91, 92 u.s.g.). Jeżeli wojewoda nie wyda rozstrzygnięcia w przedmiocie nieważności uchwały w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia, może wówczas zaskarżyć uchwałę na podstawie art. 93 ust. 1 u.s.g. do sądu administracyjnego. Po upływie jednego roku od dnia podjęcia uchwały przez radę gminy (miasta) nie można stwierdzić nieważności uchwały, chyba, że zachodzi jeden z dwóch przypadków:

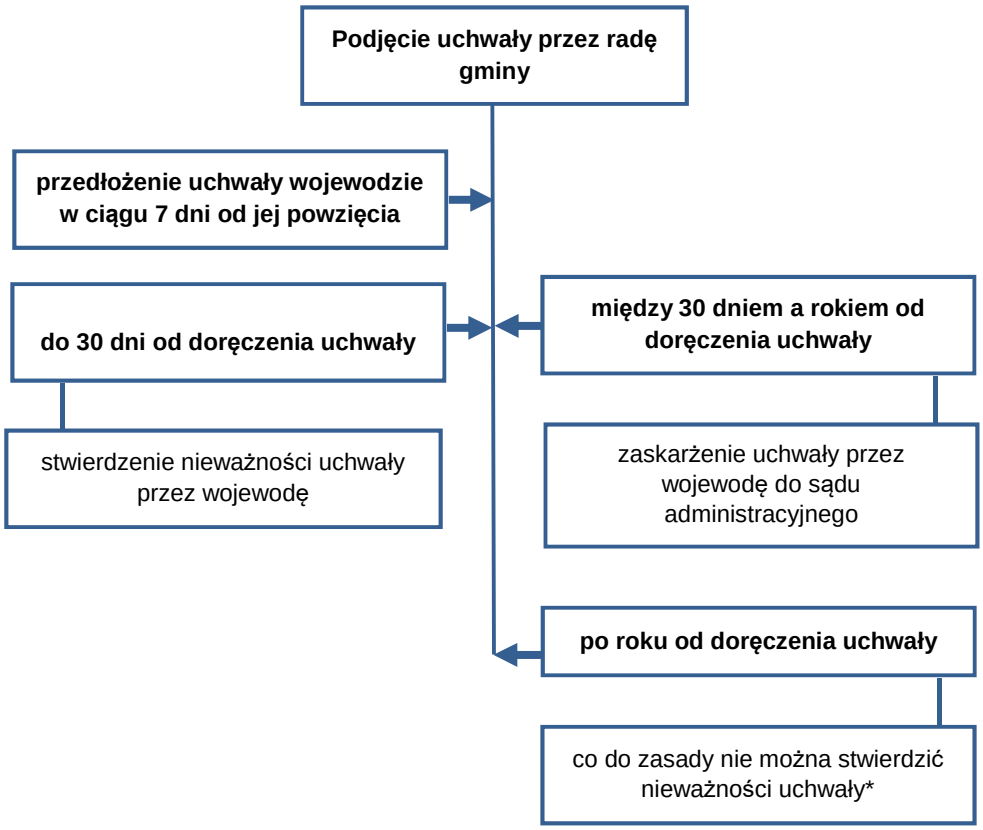
— uchybiono obowiązkowi przedłożenia uchwały w ustawowym terminie 7 dni od podjęcia,
— uchwała jest aktem prawa miejscowego.

WAŻNE: Wójt, burmistrz, prezydent miasta, zobowiązany jest do przedłożenia uchwały w sprawie utworzenia spółki komunalnej wojewodzie w terminie 7 dni od jej podjęcia

Jeżeli nie stwierdzono nieważności uchwały z powodu upływu wskazanego terminu rocznego, a istnieją ku temu przesłanki, to wojewoda występuje do sądu administracyjnego o wydanie orzeczenia o niezgodności z prawem uchwały. Z dniem takiego orzeczenia tracą one moc prawną, zaś, co do skutków orzeczenia o niezgodności z prawem stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (art. 94 u.s.g.). Wojewoda ma prawo żądania informacji i danych dotyczących organizacji i funkcjonowania gminy niezbędnych do wykonywania przysługujących mu uprawnień nadzorczych (art. 88 u.s.g.).

Ww. proces przedstawia poniższy schemat.

Schemat 17 Nadzór wojewody nad działalnością gminy



** wyjątki: gdy uchybiono obowiązkowi przedłożenia uchwały w ustawowym terminie 7 dni od podjęcia, oraz gdy uchwała jest aktem prawa miejscowego*

Podstawa działania

Podstawą działania spółki komunalnej jest umowa spółki.

Umowa spółki komunalnej została opisana w pkt 3 Załącznika nr 5 do Analizy.

Z punktu widzenia Pakietowego Projektu PPP najistotniejsze **kwestie do uregulowania w umowie spółki komunalnej** to:

- **podwyższenie kapitału zakładowego -** w Pakietowym Projekcie PPP nie rekomenduje się podwyższania kapitału zakładowego (ze względu na opodatkowanie podatkiem PCC wartości, o którą powiększono kapitał zakładowy). Z tego względu, umowa spółki powinna przewidywać podwyższenie kapitału zakładowego tylko wyjątkowo, w przypadku wyraźnej chęci JST do podwyższenia kapitału zakładowego w przyszłości,
- **zasady udziału w kosztach** wspólnej działalności – podstawowym środkiem finansowania działalności spółki powinna być dopłata udzielana na podstawie umowy spółki. Umowa może zobowiązywać poszczególne JST do dopłat[55] w granicach liczbowo oznaczonej wysokości w stosunku do udziału (art. 177 § 1 k.s.h.). U.g.k. ani inne ustawy nie ustalają szczególnych w stosunku do k.s.h. reguł określania, wnoszenia czy zwrotu dopłat w spółkach komunalnych. Dopłaty mogą być przeniesione na majątek spółki dopiero od chwili ich realnej wpłaty a nie wcześniej (np. od momentu podjęcia uchwały przez walne zgromadzenie wspólników o dopłatach). Dopłata może być przeznaczona na pokrycie kosztów związanych z realizacją zadania (przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania, zawarcie Umowy o PPP, zarządzanie Umową o PPP). Aby powstał skonkretyzowany obowiązek uiszczenia dopłaty, potrzebna jest uchwała wspólników. Zaplanowanie w budżecie przedmiotowego wydatku (paragraf 415 budżetu) nie wymaga uzyskania od rady gminy szczególnej zgody na jego realizację. Takiego wymogu nie stawiają przepisy u.s.g., u.f.p. ani k.s.h.
- Należy mieć na uwadze, że niewykonanie przez JST zobowiązania, którego treść wynika z umowy spółki, w tym również uchylanie się od obowiązku wniesienia dopłat, może w zależności od istnienia dodatkowych okoliczności, mieścić się w pojęciu „ważne przyczyny" i być podstawą do orzeczenia przez sąd o jej wyłączeniu. Warto przewidzieć obowiązek wniesienia wkładów pieniężnych (należy wykluczyć możliwość wnoszenia wkładu pieniężnego na podstawie umowy darowizny). Nie wydaje się celowym wnoszenie wkładów niepieniężnych do spółki. JST mogą ewentualnie, na podstawie umowy, zobowiązać do przekazania spółce prawa do dysponowania nieruchomościami zajętym lub przeznaczonymi pod drogi publiczne (umowa użyczenia).

WAŻNE: Umowa spółki z udziałem samorządu terytorialnego lub jej statut nie mogą zawierać postanowienia, które ograniczałoby wyłączną kompetencję rady nadzorczej do wyboru członków zarządu (Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2007 r., sygn. akt VI ACa 1364/2006)

[55] Dopłaty są swym charakterem prawnym w pewnym stopniu zbliżone do wkładów, czyli wpłat na udziały, gdyż – tak jak wpłaty na udziały – realnie powiększają majątek spółki. Uzyskane w ich wyniku środki finansowe są przeznaczane na zasilenie kapitału zapasowego i mogą być przez spółkę wykorzystane do realizacji planowanych inwestycji, do sfinansowania bieżącej działalności, zwiększenia wiarygodności kredytowej lub na pokrycie strat. Dopłaty zwiększają środki własne spółki, lecz nie powiększają udziałów wspólników, a w konsekwencji – wielkości kapitału zakładowego (uchwała SN z dnia 12 stycznia 2010 r., III CZP 117/09)

WAŻNE: Umowa spółki jest dokumentem, którego redakcja wpłynie na działalność spółki komunalnej. Oprócz wymaganych prawem postanowień, w umowie komunalnej spółki z o.o. muszą znaleźć się postanowienia:

- gwarantujące **zabezpieczenie interesu gminy** z jednej strony oraz umożliwiające prowadzenie zyskownej działalności gospodarczej z drugiej
- **uniemożliwiające podjęcie kluczowych dla spółki komunalnej decyzji bez zgody przedstawiciela** gminy/powiatu. Można tego dokonać wprowadzając określone uprzywilejowanie udziałów należących do gminy, wprowadzenie odpowiednich postanowień ograniczających zbywanie udziałów w komunalnej spółce z o.o.
- Umowa spółki komunalnej, oprócz zgodności z przepisami kodeksu spółek handlowych, musi także **uwzględniać przepisy ustaw o samorządzie gminnym, o gospodarce komunalnej** (w tym, przewidywać powołanie rady nadzorczej).

Organy spółki komunalnej

Organy spółki komunalnej zostały opisane w pkt 2 Załącznika nr 5 do Analizy.

Prawa i obowiązki JST oraz spółki

Podjęcie uchwały o utworzeniu spółki komunalnej – prawa i obowiązki następcze JST

Gmina nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania innych gminnych osób prawnych, w tym spółek komunalnych, a te nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania gminy (art. 49 ust. 1 u.s.g.). Obowiązkiem osób uczestniczących w zarządzaniu mieniem komunalnym jest zachowanie szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu zgodnie z przeznaczeniem tego mienia i jego ochroną (art. 50 u.s.g.).

Z powyższego wynika, że w Pakietowym Projekcie PPP, JST będące wspólnikami spółki komunalnej – strony publicznej, nie będą ponosić odpowiedzialności za jej zobowiązania.

Mimo jednak powołania spółki, po stronie JST nadal pozostanie zobowiązanie do realizowania zadań własnych. A zatem JST będą w tym zakresie ponosiły odpowiedzialność w stosunku do mieszkańców JST.

WAŻNE: Wyłączenie odpowiedzialności za zobowiązania spółki komunalnej nie zwalnia JST z odpowiedzialności za realizację jej zadań

Zasada szczególnej staranności, o której mowa w art. 50 u.s.g. oceniana być musi ze względu na istotę, cel, zadania JST oraz wyrażane w prawnie dopuszczalnych formach potrzeby wspólnoty samorządowej.

Przekazywanie środków finansowych w celu zapewnienia Opłaty za Dostępność oraz innych kosztów (takich jak koszty przeprowadzenia postępowań, koszty osobowe, najem biura)

Są możliwe dwie formy przekazywania środków finansowych, z których będzie finansowana m.in. Opłata za Dostępność, a mianowicie forma dopłaty oraz – omówiona już wcześniej w rozdziale 1.2 Analizy– dotacji celowej. Należy uznać, że dopłata jest preferowanym źródłem finansowania z tego względu, że – w przeciwieństwie do dotacji celowej – może być ustalona

na okres dłuższy niż rok[56]. To natomiast ma zasadnicze znaczenie w kontekście stabilności i Bankowalności.

Postanowienie umowy spółki przewidujące obowiązek dopłat może mieć charakter blankietowy, tj. określać wyłącznie granicę, o której mowa w art. 177 § 1 k.s.h. (liczbowo oznaczoną wysokość dopłat w stosunku do udziałów). W takiej sytuacji terminy i wysokość poszczególnych dopłat oznaczane są, w zależności od potrzeb spółki, uchwałą wspólników. Uchwała taka konkretyzuje wówczas ogólnie ujęty w umowie spółki obowiązek dopłat, kreując tym samym roszczenia spółki względem wspólników. W doktrynie przyjmuje się, że nie jest możliwe powierzenie kompetencji w tym zakresie zarządowi, radzie nadzorczej czy też komisji rewizyjnej, gdyż art. 178 § 1 zdanie pierwsze k.s.h. ma charakter bezwzględnie obowiązujący[57]. Jeśli obowiązek wnoszenia dopłat zostanie przewidziany cyklicznie (rok do roku), to stanowić to będzie istotny czynnik dyscyplinujący JST do regularnego przekazywania środków finansowych.

Natomiast przyznanie dotacji celowej w przyszłych latach każdorazowo zależeć będzie od woli danej JST i nie będzie mogło być egzekwowane przez spółkę[58]. Ewentualnie, w przypadku chęci zapewnienia finansowania spółki za pomocą dotacji celowych, rekomenduje się takie sformułowanie postanowień umowy, aby przewidzieć w niej środki dyscyplinujące (w szczególności kary umowne) z tytułu nieprzekazania w danym roku dotacji celowej na rzecz spółki.

Problem dopuszczalności dotowania spółek komunalnych

Art. 9 u.f.p. wymienia podmioty zaliczane do sektora finansów publicznych, wyłączając jednocześnie z tego katalogu m.in. spółki prawa handlowego. Tak więc spółki prawa handlowego, nawet ze 100% udziałem JST, nie należą do sektora finansów publicznych.

Jednak zgodnie z art. 221 ust. 1 u.f.p., podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych i niedziałające w celu osiągnięcia zysku mogą otrzymywać z budżetu jednostki samorządu terytorialnego dotacje celowe na cele publiczne, związane z realizacją zadań tej jednostki, a także na dofinansowanie inwestycji związanych z realizacją tych zadań.

W myśl ww. przepisu u.f.p. nie zawiera zakazu udzielania dotacji spółkom prawa handlowego. Należy jednak wskazać na pogląd regionalnej izby obrachunkowej, zgodnie z którym „sama u.f.p. nie stanowi wystarczającej podstawy prawnej do udzielenia dotacji tym spółkom *[prawa handlowego – przyp. red.]*, albowiem konieczne jest istnienie przepisów przewidujących możliwość ich udzielenia”[59].

Mimo powyższej, odosobnionej uchwały, należy opowiedzieć się za poglądem formułującym tezę, że jeżeli podstawowym (zasadniczym) celem statutowym spółki nie jest cel zarobkowy, polegający na dążeniu do generowania i maksymalizowania zysku, to należy dopuścić możliwość zlecenia jej zadania publicznego i przekazania z budżetu dotacji na jego realizację[60].

[56] Więcej na ten temat w rozdziale 5 Analizy [Finansowanie]
[57] Dumkiewicz Małgorzata. Art. 178. W: Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Wolters Kluwer Polska, 2020.
[58] Odnośnie pozostałych cech dotacji celowej vide: rozdział 1.2. Analizy
[59] Uchwała Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Gdańsku z dnia 5 marca 2015 r. 071/Z120/D/15
[60] Sawicka Krystyna. Art. 221. W: Ustawa o finansach publicznych. Komentarz. Wolters Kluwer Polska, 2019.

Obowiązki spółki komunalnej

Kwestie zadań, kompetencji i obowiązków organów spółki, ich składu, sposobu powoływania i odwoływania, organizacji, zwoływania i przebiegu posiedzeń są szczegółowo uregulowane w przepisach k.s.h. oraz w umowach i statutach spółek, a także regulaminach wewnętrznych działania tych organów.

W ramach Pakietowego Projektu PPP do obowiązków spółki będzie należeć :

- przeprowadzenie Postępowania,
- pełnienie funkcji Partnera Publicznego,
- pełnienie funkcji inwestora,
- koordynacja działań wszystkich JST biorących udział w Pakietowym Projekcie PPP (np. w zakresie pozyskania wszystkich niezbędnych dokumentów, aktów administracyjnych itd.),
- rozliczanie pozyskanych od JST środków w formie dotacji czy wkładów pieniężnych.

WAŻNE: Warte rozważenia wydaje się być wprowadzenie do umowy spółki mechanizmów monitorowania wykonywanych przez spółkę komunalną zadań. Jak pokazuje raport z kontroli NIK, zasady nadzoru właścicielskiego (o których w dalszej części Analizy), oparte na nadzorze rad nadzorczych nie są w pełni skuteczne.

Na potrzeby Pakietowego Projektu PPP, **w umowie spółki JST powinny określić:**

— w jakich warunkach i terminach nastąpi likwidacja spółki (np. mogą przewidzieć rozwiązanie spółki po zrealizowaniu Pakietowego Projektu PPP),

— przewidzieć przymusowe umorzenie udziałów JST – rekomendowane jest, aby przymusowe umorzenie udziałów zostało powiązane z negatywnym wpływem danej JST na Pakietowy Projekt PPP (umowa spółki może stanowić, że udziały JST ulegają umorzeniu np. w przypadku niezabezpieczenia przez tę JST odpowiednich środków w budżecie na realizację Pakietowego Projektu PPP[61], niewykonania określonych obowiązków).

Podstawowe koszty, jakie spółka będzie musiała ponieść na potrzeby Pakietowego Projektu PPP:

— koszty przygotowania i przeprowadzenia Postępowania oraz zawarcia Umowy o PPP (w szczególności w tym zakresie istotne będą koszty osobowe, koszty doradców itp.),

— koszty Opłaty za Dostępność (wynagrodzenia za realizację Umowy o PPP).

[61] Można rozważyć zawarcie dodatkowej umowy pomiędzy JST, w której uregulowałyby one zasady ponoszenia odpowiedzialności w przypadku niezabezpieczenia odpowiednich środków w budżecie. Teoretycznie jednak możliwe byłoby określenia zasad takiej odpowiedzialności tylko w umowie spółki. Art. 199 § 1 zd. 2 Ksh jednoznacznie przesądza tę kwestię („Przesłanki i tryb przymusowego umorzenia określa umowa spółki").

Umowa wykonawcza pomiędzy JST a spółką komunalną

Pojęcie umowy wykonawczej

Trudnością w przypadku spółek komunalnych może być właściwe zabezpieczenie instytucji finansującej na zobowiązaniach JST względem spółki. Jednym ze sposobów osiągnięcia tego celu jest wykorzystanie instytucji umowy powierzenia zadania własnego, jaką JST zawrze ze spółką komunalną. Taka umowa reguluje zasady wynagradzania spółki z tytułu wykonywanych zadań.

Drugim rozwiązaniem natomiast jest zawarcie umowy wykonawczej jedynie precyzującej zasady, na których nastąpiło powierzenie zadania w drodze umowy spółki (taka umowa nie stanowiłaby odrębnej podstawy powierzenia zadań spółce). Zgodnie z przywołanym wcześniej wyrokiem NSA z dnia 9 lipca 2015 r. (II OSK 2974/13), „szczegółową realizację wspólnego przedsięwzięcia [*wspólnego dla JST będących wspólnikami spółki – przyp. ISK*] reguluje tzw. umowa wykonawcza zawarta pomiędzy zamawiającymi jednostkami, a spółką jako wykonawcą".

Oczywiście rozwiązanie opisane w pierwszym przypadku jest możliwe do zastosowania jedynie w odniesieniu do tych zadań, których JST nie przekazała spółce komunalnej. Zatem dla potrzeb Analizy praktyczne znaczenie może mieć jedynie drugie rozwiązanie.

Wydaje się, że zawarcie umowy wykonawczej w wykonaniu uchwały organu stanowiącego JST nie będzie wymagało zastosowania u.p.z.p. (gdyż źródłem zobowiązania do wykonywania zadania będzie odpowiedni akt władczy), natomiast zawarcie odrębnej umowy, w której nastąpi przekazanie zadania, już tak. W przypadku Projektu rekomendowane jest zawarcie umowy wykonawczej niejako odrębnie od umowy spółki (co może stanowić istotną zaletę dla instytucji finansujacej). W tym przypadku źródłem zobowiązania do zawarcia takiej umowy wciąż może być uchwała o powołaniu spółki

Elementy umowy wykonawczej pomiędzy JST a spółką

Umowa wykonawcza może regulować zasady odpowiedzialności spółki komunalnej wobec JST z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania szczegółowych, przewidzianych przez nią zobowiązań/zadań spółki.

Umowa wykonawcza może także regulować kwestie uzyskiwania dopłaty do tego zadania, zwanej rekompensatą.

Rekompensatę można traktować jako zwrot kosztów poniesionych przez spółkę na realizację powierzonego jej zadania, a więc w szczególności:

- koszty przygotowania i przeprowadzenia Postępowania oraz zawarcia Umowy o PPP
- koszty Opłaty za Dostępność (wynagrodzenia za realizację Umowy o PPP).

Rozróżnia się dwa typy rekompensat: rekompensatę eksploatacyjną oraz inwestycyjną. Rekompensata eksploatacyjna ma za zadanie zrekompensować spółce koszty wykonywania zadań na rzecz JST. W spółce ujmowana jest w przychodach, natomiast w budżecie JST jako wydatek bieżący[62]. Drugi typ rekompensaty, czyli inwestycyjna, ma za zadanie zrekompensować wydatki na inwestycję, w tym obsługę długu zaciągniętego na finansowanie inwestycji. Z punktu widzenia spółki rozwiązywane jest to zazwyczaj poprzez podwyższenie kapitału spółki. W budżecie JST rekompensata ta widnieje jako wydatek majątkowy[63]. W takim przypadku, sfinansowanie, za pomocą rekompensaty, Opłaty za Dostępność w zakresie części utrzymaniowej i finansowej, każdorazowo oznaczać będzie, że dana rekompensata jest rekompensatą inwestycyjną. Ponadto nie można wykluczyć możliwości, aby JST przekazało rekompensatę dla spółki jako płatność jednolitą, bez podziału na poszczególne typy[64].

[62] Jest to zgodne z praktyką, co ustalono na podstawie Wieloletnich Planów Finansowych różnych JST.
[63] j.w.
[64] vide Rozdział 5 Analizy, śródtytuł: „Wpływ zobowiązań finansowych z umów o PPP na deficyt budżetowy i dług publiczny"

Rekompensata może być wypłacana np. w formie dotacji, zwolnień podatkowych, podwyższenia kapitału lub innych przysporzeń w związku z wykonywaniem zadań.

Rekompensata polega zatem na przekazaniu przez JST swojej spółce środków finansowych na spłatę długu w formie np. podwyższenia kapitału zakładowego spółki bądź zaliczek kwartalnych (tj. wydatku majątkowego). Podwyższenie kapitału zakładowego to najczęściej spotykana forma przekazania środków finansowych na rzecz spółki.

Na potrzeby Pakietowego Projektu PPP w umowie wykonawczej pomiędzy JST a spółką komunalną należałoby przewidzieć/uregulować:

- **charakter, czas trwania obowiązku wykonywania zadań oraz ich zakres, zasięg terytorialny, którego dotyczy zobowiązanie:** w tym zakresie, warto, aby umowa została zawarta co najmniej na czas równy terminowi spłaty zadłużenia i przewidującej płatności w formie rekompensat, na których bank może ustanowić zabezpieczenie. Powyższe stanowiłoby istotny mechanizm pozwalający bankowi udzielić finansowania spółce mającej straty albo zupełnie nowej[65],
- **mechanizm ustalania rekompensaty oraz wskaźników służących do obliczania, kontrolowania i przeglądów rekompensat:** przy czym, warto ustalić, że rekompensata nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia kosztów poniesionych w trakcie wywiązywania się z powierzonego zadania, przy uwzględnieniu uzyskiwanych przychodów i rozsądnego zysku. Poziom rekompensaty może być określony na podstawie analizy kosztów jakie poniosłoby typowe, dobrze zarządzane przedsiębiorstwo dysponujące odpowiednimi środkami. Zasady ustalenia rekompensaty mogą być oparte o algorytm ustalania części inwestycyjnej i eksploatacyjnej z tytułu wykonywania przez spółkę powierzonego zadania. Oprócz dotacji przekazanie spółce komunalnej środków na realizację ciążącego na niej obowiązku wykonywania zadań może nastąpić np. w formie podwyższenia kapitału zakładowego czy dopłaty (opisanej na stronie 96 Analizy). Podstawą do ustalania wysokości dopłat z tytułu świadczenia usług przez spółkę mogą być dane zawarte w corocznie aktualizowanej przez spółkę kalkulacji finansowej (prognozowane na rok bieżący i lata przyszłe oraz odzwierciedlające rzeczywiste wykonanie w latach ubiegłych), konieczne do ustalenia wysokości dopłat lub zwrotu ich nadwyżki (w przypadku gdy zakres wykonywanych zadań będzie mniejszy od zakładanej w kalkulacji finansowej) obejmujące koszty zadań/usług świadczonych przez spółkę, rozsądny zysk - z podziałem na poszczególne lata. Zwrotom podlegać będą tylko nadwyżki dopłaty.
- **częstotliwość wypłat rekompensaty:** w tym zakresie umowa może przewidywać, że rekompensata inwestycyjna wypłacana będzie np. dwukrotnie w ciągu każdego roku jako wniesienie wkładu pieniężnego z tytułu objęcia po cenie nominalnej udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym spółki; rekompensata eksploatacyjna może być wypłacana w formie transz zaliczek kwartalnych, na podstawie prognozy rekompensaty rocznej;
- wskazanie, że JST podjęła uchwałę w sprawie określenia zasad wnoszenia wkładów i obejmowania przez JST udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym spółki (wskazanie uchwały i daty jej podjęcia), zaś spółka podjęła uchwałę w sprawie zobowiązania wspólnika (JST) do wsparcia finansowego spółki w drodze dopłat względnie objęcia udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym spółki (wskazanie na numer uchwały organu JST działającego jako organ spółki);
- **zasady ujęcia w ewidencji księgowej spółki otrzymanej rekompensaty eksploatacyjnej i inwestycyjnej:** powinna być to nota księgowa;
- przewidzenie np. corocznych kontroli rekompensaty przez niezależnego biegłego; ponadto, możliwe jest powierzenie funkcji kontroli i nadzoru jednej z JST.
- zasadność rekompensaty, reguły dotyczące unikania i zwrotów nadwyżek rekompensat.

[65] por. raport dotyczący spółek komunalnych dostępny na stronie http://media2.aesco.com.pl/wp-content/uploads/2019/05/W4 2019-str-44-49-Finansowanie-spolek-komunalnych-raport.pdf

Natomiast nie ma potrzeby corocznego aktualizowania umowy wykonawczej (w kontekście wieloletniego przedsięwzięcia jakim jest Pakietowy Projekt PPP może pojawić się taka wątpliwość), jeżeli postanowienia tej umowy będą odpowiadały warunkom wykonywania zadań w kolejnych okresach rozliczeniowych.

WAŻNE: W umowie wykonawczej należy określić wysokość rekompensaty dla spółki komunalnej. Rekompensatą są tu wszelkie przysporzenia, w dowolnej formie (np. dotacja, zwolnienie podatkowe, wynagrodzenie) otrzymywane przez spółkę wyłącznie z tytułu i w celu pokrycia kosztów związanych z wykonywaniem przez nią zadań. W związku z tym celowe jest określenie w umowie zasad kontroli kosztów realizacji zadań, w konsekwencji ustalenie zasad zwrotu nadmiernej rekompensaty lub zaliczania jej na poczet następnych okresów.

Ograniczenia prawne umowy wykonawczej

Podobnie jak w przypadku umowy wykonawczej doprecyzowującej statut związku JST, należy pamiętać, że zakres umowy wykonawczej nie może wykraczać poza upoważnienie wynikające z uchwały JST stanowiącej podstawę utworzenia spółki komunalnej. W przeciwnym wypadku mielibyśmy do czynienia z działaniem polegającym na pominięciu szeregu przepisów regulujących działanie spółki komunalnej (wskazanych w pkt 1.2.3 Analizy).

Warto pamiętać, że dokumentem podstawowym dla omawianej w Analizie spółki komunalnej (podobnie jak każdej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) jest umowa spółki. To ona pełni główną rolę jako akt prawny służący do przekazania zadania publicznego.

Z tego względu umowa wykonawcza może być jedynie doprecyzowaniem szczegółowych zasad realizacji zadań, które zostały już przekazane spółce.

Natomiast w odniesieniu do umowy wykonawczej zawieranej przez wspólników spółki nie istnieje ograniczenie możliwości szczegółowego określenia obowiązków JST w zakresie finansowania spółki. Brak jest bowiem w k.s.h. odpowiednika art. 67 ust. 2 pkt 6 u.s.g. oraz art. 67 ust. 2 pkt 6 u.s.p. W tym kontekście uwidacznia się cenna zaleta spółki komunalnej. W przypadku bowiem wyboru tej formy współdziałania JST- zamiast np. związku JST – możliwe jest szczegółowe określenie obowiązków JST w zakresie finansowania nie w akcie tworzącym spółkę, a dopiero w umowie wykonawczej.

Należy jednak wskazać na stanowisko WSA we Wrocławiu zawarte w wyroku z dnia 3 lipca 2013 roku III SA/Wr 299/13 w sprawie dotyczącej powierzenia zarządzania zadaniami z zakresu utrzymania czystości i porządku w gminie, zgodnie z którym: „zakresu praw i obowiązków spółki związanych z zarządzaniem systemem gospodarki odpadami nie powinna regulować umowa wykonawcza zawarta pomiędzy gminą, a spółką. Poprzez taki zapis Rada postanowiła o umownym charakterze powierzenia zadania własnego gminy, wbrew zapisom ustaw regulujących kwestie związane z realizacją zadań publicznych.” Sąd ten wskazał, że „umowa jest podstawą powierzenia wykonywania gminnych zadań własnych z zakresu gospodarki komunalnej innym podmiotom niż jednostki organizacyjne utworzone przez gminę, natomiast wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną zawarcia przedmiotowej umowy nie wymaga. Dodatkowo należy zauważyć, że poprzez taki zapis Rada zobowiązuje organ wykonawczy do określonego działania – do zawarcia umowy, wkraczając w ten sposób w kompetencje wykonawcze Burmistrza i działając tym samym bez umocowania prawnego”.

Mając na uwadze powyższe, wydaje się, że to uchwała o powołaniu spółki (tj. akt założycielski) powinna kreować w swojej treści najważniejsze elementy umowy spółki, w tym również zasady ponoszenia kosztów i wzajemnych rozliczeń z gminą. Tym samym podstawą dla dokonania przepływów pieniężnych ze spółki do JST i odwrotnie byłaby jedynie uchwała powołująca spółkę – będąca jednocześnie aktem założycielskim spółki.

Nie można natomiast dokonać oceny zgodności umowy wykonawczej z u.f.p., bowiem żaden z przepisów tej ustawy uprawnienia czy obowiązku zawierania takich umów nie przewiduje[66].

Ponadto, aktualne pozostają rozważania poczynione w odniesieniu do umowy wykonawczej zawieranej przez JST będące członkami związku JST, zgodnie z którymi strony będą mogły określić procedurę jej zmiany, ograniczając ją do określonych przypadków.

Ponieważ, podobnie jak w przypadku związku JST, umowa wykonawcza jedynie precyzowałaby zasady ustalania wysokości i płatności np. dopłat do spółki, których obowiązek ponoszenia wynikałby z samej umowy spółki, taka umowa nie kreowałaby nowego tytułu dłużnego, mającego wpływ na IWZ JST będących wspólnikami spółki. Oczywiście warunkiem niezbędnym jest brak przewidzenia w takiej umowie nowych obowiązków w zakresie finansowania spółki – każda płatność nieprzewidziana w umowie spółki, będzie powodowała ryzyko uznania umowy wykonawczej za odrębny tytuł dłużny.

Jednocześnie, ponieważ umowa wykonawcza nie kreowałaby nowych podstaw prawnych finansowania spółki, ani odmiennego sposobu przekazywania środków, nie wystąpią inne skutki podatkowe niż opisane w pkt 1.3.3. Analizy [Analiza podatkowa]. W konsekwencji, należy przyjąć, że zasadniczo, spółka komunalna, jako podmiot nie posiadający statusu podatnika VAT, nie będzie miała obowiązku uiszczania podatku VAT, ale również możliwości obniżenia kwoty podatku należnego o wartość podatku naliczonego, w związku z pozyskaniem rekompensaty ze strony JST. W tym zakresie należy jednak zastrzec, że wskazana zasada nie musi znaleźć zastosowania w każdym indywidulanym przypadku, w związku z powyższym, przed rozpoczęciem realizacji Przedsięwzięcia przy użyciu spółki komunalnej, zasadne jest wystąpienie z wnioskiem o wydanie indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego w powyższym przedmiocie.

Umowa spółki oraz umowa wykonawcza jako źródło zobowiązania podstawowego

Aby wzmocnić wiarygodność spółki komunalnej jako Podmiotu Publicznego, zasadne wydaje się zapewnienie istnienia takiego zobowiązania podstawowego, które byłoby wiarygodnym zabezpieczeniem ewentualnych roszczeń instytucji finansującej.

Zobowiązaniem podstawowym może być przede wszystkim umowa spółki komunalnej. Jednak ze względu na jej wewnętrzny charakter oraz potencjalną możliwość jej zmiany w trakcie funkcjonowania spółki (zmiana może dotyczyć m.in. kwestii zasileń finansowych spółki), może ona nie być wystarczającą formą zabezpieczenia dla instytucji finansujących. Należy zatem rozważyć, czy odpowiednią formą zabezpieczenia nie będzie w tym przypadku umowa wykonawcza.

Spółka oraz JST, korzystając z zasady swobody umów, mogą zawrzeć umowę wykonawczą, tak konstruując jej postanowienia, aby zwiększyć wiarygodność spółki komunalnej. Wydaje się, że szczegółowe uregulowanie w umowie wykonawczej postanowień dotyczących rekompensat, z jednoczesnym określeniem obowiązywania umowy co najmniej na czas równy terminowi spłaty zadłużenia i przewidzeniem warunków dokonania zmiany tej umowy, stanowiłoby pożądane przez instytucję finansującą uzupełnienie zobowiązania podstawowego jakim jest umowa spółki.

Dodatkowym zabezpieczeniem trwałości umowy wykonawczej mogłoby być enumeratywne wskazanie przesłanek jej rozwiązania. W sytuacji, gdy wśród przesłanek rozwiązania tej umowy nie znajdzie się zmiana sposobu finansowania spółki, czy też fakt umorzenia udziałów którejś z JST, możliwe będzie bronienie tezy, że umowa wykonawcza będzie obowiązywać niezależnie od zaistnienia powyższych okoliczności. Należy jednak pamiętać, że zakres umowy wykonawczej nie może wykraczać poza upoważnienie wynikające z uchwały JST.

[66] tak Regionalna Izba Obrachunkowa w stanowisku z dnia 23 października 2013 roku, RIO.V.076.16.2013, dostęp pod adresem: http://www.bip.zielonagora.rio.gov.pl/dok/RIO-w85.pdf

Zaletą umowy spółki jest między innymi określona, sformalizowana procedura jej zawarcia i zmiany. W przeciwieństwie do umowy wykonawczej, o której zmianie może zadecydować w zasadzie każda z JST samodzielnie (w przypadku, gdy umowa wykonawcza nie będzie zawierała w tym zakresie stosownych zabezpieczeń), zmiana umowy spółki wymaga podjęcia następujących działań, wynikających już z uregulowań k.s.h.:

- zwołania zgromadzenia wspólników
- wskazania w zaproszeniu do udziału w zgromadzeniu wspólników istotnych elementów treści proponowanych zmian umowy[67]
- podjęcia uchwały wspólników (uchwała dotycząca istotnej zmiany przedmiotu działalności spółki wymaga większości trzech czwartych głosów, przy czym umowa spółki może ustanowić surowsze warunki powzięcia uchwały[68]; uchwała dotycząca zmiany umowy spółki, zwiększająca świadczenia wspólników lub uszczuplająca prawa udziałowe bądź prawa przyznane osobiście poszczególnym wspólnikom, wymaga zgody wszystkich wspólników, których dotyczy[69])
- wpisu do rejestru

Z czysto teoretycznego punktu widzenia umowa spółki, która objęta jest reżimem k.s.h. i związanym z tym formalizmem, mogłaby posłużyć za podstawę oceny wiarygodności finansowej spółki. Niemniej jest to rozważanie tylko teoretyczne. Praktcznym i rekomendowanym sposobem postępowania jest zawarcie umowy wykonawczej, gdyż może ona mieć kluczowe znaczenia dla Bankowalności Projektu. Nie można bowiem wykluczyć, że w praktyce instytucje finansowe będą wymagać zawarcia umowy wykonawczej, celem zabezpieczenia swoich zobowiązań. W takich wypadkach jej istnienie będzie warunkować powodzenie negocjacji/ustaleń dotyczących zapewnienia finansowania.

Podsumowując, potencjalna możliwość wypowiedzenia umowy wykonawczej, wynikająca z faktu, że jest to umowa cywilnoprawna, niewymagająca skomplikowanej procedury zawierania, zmiany i wypowiedzenia, nie stoi na przeszkodzie by uznać, że stanowi ona atrakcyjne źródło zabezpieczenia roszczeń instytucji finansujących. Umowa wykonawcza jest bowiem instrumentem szeroko stosowanym w praktyce, a więc już znanym. Ponadto, nie ma w zasadzie przeciwskazań, aby takiej umowy nie zawierać – w tym zakresie spółka oraz JST korzystają z zasady swobody umów. Tym samym, w odniesieniu do spółki funkcjonującej w sektorze dróg publicznych, zawarcie umowy wykonawczej jest rekomendowane.

Ograniczenia prawne

Analiza konieczności stosowania przepisów u.p.z.p.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 2 u.s.g. *Zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego*. Ww. zakres stanowi naturalny obszar działań potencjalnych spółek komunalnych.

Jeżeli jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej wówczas materializuje się ona w stosownej uchwale (sygn. akt KIO 2567/18) organu jednostki samorządu terytorialnego (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k.) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o., statut spółki akcyjnej).

A zatem, **tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu np. gminy oraz akt o jej utworzeniu** (akt założycielski albo statut). W takim przypadku gmina nie nabywa od spółki żadnych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy.

[67] art. 238 § 1 i 2 k.s.h.
[68] art. 246 § 1 k.s.h.
[69] art. 246 § 3 k.s.h.

Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w żadnym razie charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej, na mocy której każda ze stron ma uzyskać określone przysporzenie. Relacje te mają natomiast charakter stosunków właścicielskich. Jeżeli zatem **jednostka samorządu terytorialnego zleca wykonywanie zadań w celu prowadzenia działalności w sferze użyteczności publicznej samorządowej spółce prawa handlowego wówczas nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym** (art. 2 pkt 13 u.p.z.p.)[70].

Wówczas zastosowanie będzie miała u.p.z.p., co nie wyklucza także zastosowania do tego typu zamówień instytucji in-house uregulowanej w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 u.p.z.p., o ile zostaną spełnione przesłanki wymienione w tych przepisach[71].

Omówiona wyżej możliwość wykonywania przez JST zadań publicznych za pośrednictwem utworzonych w tym celu własnych jednostek organizacyjnych, w szczególności zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego, objęta jest ukształtowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyłączeniem zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym spod obowiązku stosowania regulacji w dziedzinie zamówień publicznych[72].

Zatem jeżeli JST sprawują nad spółką komunalną kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawują nad własnymi służbami, oraz spółka ta wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych JST, taka spółka nie podlega regułom ustanowionym w dyrektywach. Istotne zatem jest, aby relacje pomiędzy JST a jej spółką komunalną miały charakter wewnętrzny, tj. aby spółka, za pośrednictwem której JST realizują swoje zadania publiczne, była od nich zależna pod względem gospodarczym i była im podległa organizacyjnie.

W takim przypadku podmiot wewnętrzny nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, czy w ogóle przyjąć zlecenie otrzymane od JST, które go kontrolują, ani nawet o cenach za swoje usługi, zaś wykonywanie zadań publicznych za pośrednictwem własnej spółki prawa handlowego nie wymaga nawet zawarcia umowy.

Warto zwrócić uwagę na dwa **orzeczenia TSUE**, które zapadły w ostatnim czasie w takim stanie faktycznym, gdzie kilka różnych gmin zawiązało porozumienie, którego ostatecznym wynikiem było przekazanie zlecenia bez przetargu spółce komunalnej należącej do jednej z nich. W wyroku z dnia 4 czerwca 2020 r., w sprawie C-429/19 TSUE uznał, że pozorna współpraca między dwiema jednostkami samorządowymi w celu przetwarzania odpadów nie uprawnia do omijania przepisów o zamówieniach publicznych. W nowszych orzeczeniu (z dnia 18 czerwca 2020 r., w sprawie C-328/19) ocenił natomiast, że jeśli kilka gmin przekazało jednej swe zadania wraz z kompetencjami i uprawnieniami, to ta następnie może bez przetargu zlecić ich wykonywanie należącej do siebie spółce.

W wyroku z 4 czerwca 2020 r. w sprawie C-429/19 TSUE uznał, że porozumienie nie może być tylko formalne. Gminy będące stroną porozumienia powinny przekazać swoje kompetencje. W przeciwnym wypadku, to one będą wciąż za nie odpowiadały, zlecając wykonanie zamówienia z naruszeniem zasad konkurencyjności[73].

---

[70] Powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 11 sierpnia 2005 r. (II GSK 105/05) zgodnie, z którym „Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga".(…) Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, czy zleconych w drodze umowy, należy odróżnić od zlecania przez jednostki samorządu terytorialnego zadań, które nie polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, tj. takich, które nie są określone w ustawie o gospodarce komunalnej.

[71] Odpowiedź na interpelację nr 6264 w sprawie zmian w zakresie udzielania tzw. zamówień in-house, której udzielił 17 października 2016 r. podsekretarz stanu w Ministerstwie Rozwoju Mariusz Haładyj

[72] Opinia Prezesa UZP z dnia 2 czerwca 2017 r., dostępna na stronie internetowej: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/word_doc/0020/34850/WSPOLPRACA-PUBLICZNO-PUBLICZNA-W-ROZUMIENIU-USTAWY-PZP.docx

[73] Por. Wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-51/18, zgodnie z którym „artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie jest zamówieniem publicznym porozumienie zawarte

WAŻNE: Powołana dla realizacji Pakietowego Projektu PPP spółka komunalna, mając w trakcie jej utworzenia jednoznacznie wskazany cel i zakres działania, będzie realizowała swoje zadania statutowe, co zasadniczo wyłączać będzie obowiązek stosowania wobec niej u.p.z.p.

Niemniej jednak, celem zapewnienia kompleksowości Analizy, zasadne wydaje się przedstawienie głównych mechanizmów udzielania zamówień typu „in-house" na gruncie u.p.z.p.

Przesłanki zastosowania instytucji in-house na gruncie u.p.z.p. mają charakter podmiotowy, krąg zamawiających został ograniczony jedynie do podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a u.p.z.p. Zakresem podmiotowym przepisu objęte są zatem wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, "podmioty prawa publicznego" (zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p.) oraz związki tych podmiotów. Ponadto zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji in-house nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy.

- art. 67 ust. 1 pkt 12 u.p.z.p.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 u.p.z.p. statuuje tzw**. in-house wertykalny**. Zamawiający może na jego podstawie udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli tylko udziela go osobie prawnej, w szczególny sposób od niego zależnej.

Zgodnie bowiem z art. 67 ust. 1 pkt 12 u.p.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej reki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Tym samym z instytucji in-house mogą korzystać (po spełnieniu wskazanych w ustawie przesłanek) zarówno jednostki samorządu terytorialnego, które udzielają zamówień swoim spółkom komunalnym (ale w formie umowy), ale także np. organy władzy publicznej utworzonym przez siebie jednostkom. Z uwagi na wymóg sprawowania nad osobą prawną, której udziela się zamówienia, kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej[74], wydaje się, że przepis ten nie będzie miał zastosowania do wielopodmiotowych spółek komunalnych.

przez dwie jednostki samorządu terytorialnego (…), na którego podstawie jednostki te przyjmują uchwałę o utworzeniu związku celowego, mającego osobowość publicznoprawną, i o przekazaniu temu nowemu podmiotowi publicznemu określonych kompetencji, które dotychczas należały do tych jednostek samorządu, a które od tej chwili należą do związku celowego. Jednak takie przekazanie kompetencji w zakresie realizacji zadań publicznych następuje wyłącznie wówczas, gdy dotyczy ono jednocześnie obowiązków związanych z przekazanymi kompetencjami oraz towarzyszących im uprawnień, tak aby ten nowy kompetentny organ władzy publicznej miał autonomię decyzyjną i finansową, co powinien sprawdzić sąd odsyłający".

[74] Art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) u.p.z.p.

- art. 67 ust. 1 pkt 14 u.p.z.p.

Natomiast odpowiednią podstawą do udzielania zamówienia typu „in-house" wydaje się być art. 67 ust. 1 pkt 14 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
   - w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzą przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego *[a więc sytuacja sprawowania kontroli nad spółką komunalną ze 100% udziałem JST],*
   - uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
   - kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,
b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających.

- art. 67 ust. 1 pkt 13 u.p.z.p.

Pojęcia użyte w art. 67 ust. 1 pkt 13 u.p.z.p. do opisu charakteru powiązań między podmiotami zasadniczo muszą być interpretowane analogiczne jak pojęcia z art. 67 ust. 1 pkt 12 u.p.z.p., zatem ten przepis również nie będzie miał zastosowania do omawianej spółki komunalnej.

Powierzenie przez gminę spółce komunalnej zadań własnych z zakresu gminnych dróg, ulic, mostów i placów

Zgodnie z orzecznictwem, powierzenie wykonywania zadań gminy może nastąpić jedynie w drodze powołania spółki, zaś **modyfikacja tych zadań (ich uzupełnienie) nie może nastąpić w trybie umowy wykonawczej zawartej pomiędzy gminą a spółką**. Kolejno powinno się dokonać zmiany umowy spółki, a potem można jej powierzyć określone zadania (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 grudnia 2015 r. II OSK 2590/15)[75].

Jednak spółce komunalnej w Pakietowym Projekcie PPP z zakresu zarządzania drogami zostaną powierzone jedynie działania niewładcze (obowiązki o charakterze cywilnoprawnym, czyli przeprowadzenie Postępowania i zawarcie Umowy o PPP). W związku z tym przedmiot działalności spółki (powierzone jej zadanie przeprowadzenia Postępowania i zawarcie Umowy o PPP) powinny być **opisane w umowie spółki**.

WAŻNE: W uchwale rady gminy powołującej do życia spółkę komunalną nie można wskazywać, że sposób wykonania powierzonego zadania określi umowa wykonawcza. Przedmiot działania takiej spółki przede wszystkim **określony powinien być w uchwale**, będącej podstawą zlecenia spółce komunalnej wykonywania tych zadań

Powiat jako wspólnik spółki komunalnej

Jak wynika z art. 6 ust. 1 u.s.p., powiat nie może prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. W świetle art. 9 u.g.k. oznacza to, że powiaty mogą przystępować i tworzyć jedynie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 6 u.s.p. powiat wykonuje określone ustawami zadania publiczne o charakterze ponadgminnym w zakresie transportu zbiorowego i dróg publicznych. Tym samym powiaty, podobnie jak gminy, mogą tworzyć spółki komunalne celem wykonywania zadań własnych w zakresie dróg publicznych.

Spółki międzygminne

Kolejną kwestią wymagającą zwrócenia uwagi i przeanalizowania jest możliwość tworzenia/przystępowania do spółek, w których udziałowcami/akcjonariuszami byłaby więcej niż jedna JST.

Jest to problem o tyle istotny, iż głównym założeniem Pakietowego Projektu PPP jest właśnie „wielopodmiotowość" strony publicznej.

Tymczasem w piśmiennictwie przedmiotu i orzecznictwie sądowym występuje **rozbieżność co do samej dopuszczalności występowania w obrocie spółek komunalnych, których udziałowcami jest kilka gmin**.

Z jednej strony bowiem formułowany jest pogląd o niedopuszczalności takiej formuły prawnej. Jego wyrazicielem jest Marek Szydło i WSA w Gliwicach, a argumentacja sprowadza się do stwierdzenia, iż analiza przepisów u.g.k., jak i zawartych w ustawach ustrojowych dotyczących samorządu terytorialnego wskazuje, że działalność spółki z udziałem JST powinna być ograniczona do obszaru macierzystej JST. Według definicji zawartej w art. 1 ust. 1 u.g.k. gospodarka komunalna polega na wykonywaniu przez JST zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Z kolei art. 1 ust. 1 u.s.g. oraz art. 1 ust. 1 u.s.w. stanowią, że mieszkańcy gminy/województwa tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową.

[75] Istnieje jednak orzeczenie wyrażające odmienny pogląd (vide: rozdział 1.1.2 Analizy)

Gospodarka komunalna powinna zatem obejmować wykonywanie zadań własnych (w szczególności zadań o charakterze użyteczności publicznej zgodnie z art. 1 ust. 2 u.g.k.) w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb społeczności zamieszkującej na terytorium gminy (wspólnota samorządowa).

Za powyższym stwierdzeniem dodatkowo może przemawiać treść art. 6 ust. 1 u.s.g,, a także art. 2 ust. 2 u.s.w., zgodnie z którymi do zakresu działania gminy czy województwa należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym/wojewódzkim, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów/organów administracji rządowej. Zatem zadania JST powinny być co do zasady realizowane w zakresie właściwości miejscowej jednostki samorządu terytorialnego (fragment informacji o wynikach kontroli NIK w dokumencie pt. Realizacja zadań publicznych przez spółki tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego).

Odmienny od powyższego pogląd wyrażany natomiast jest przez dr hab. Jakuba Jana Ziętego, który argumentuje swoje stanowisko w sposób następujący: „Poglądy M. Szydły, w pewnym zakresie są zbieżne z orzeczeniem TK z 13.11.1996 r., K 17/96, OTK 1996, Nr 5, poz. 43. Trybunał wskazał bowiem, że JST realizują zadania w obrębie właściwości tej jednostki. Zastrzeżenie to jest zasadne w tych przypadkach, gdy nie dochodzi do realizacji zadań własnych poprzez współdziałanie JST, w tym poprzez związki międzygminne, komunalne czy w drodze porozumień lub poprzez powołane spółki, w których wspólnikami lub akcjonariuszami są wyłącznie JST W przypadku związków międzygminnych czy powiatowych (samorząd województwa nie może tworzyć związków wojewódzkich) wspólnikiem spółki jest związek, który posiada własną osobowość prawną. To związek będzie zatem wspólnikiem, nie zaś poszczególne gminy czy powiaty.

Wpływ na powołaną przez związek spółkę realizującą powierzone mu zadania poszczególne gminy będą miały jedynie poprzez władze związku. Spółka powołana przez związek międzygminny będzie realizować swoje zadania na terytorium wszystkich gmin – członków związku. W przypadku natomiast wszelkiego rodzaju porozumień możliwe jest realizowanie przekazanego zadania poprzez spółkę kapitałową. Jako formę współdziałania można również uznać powołanie wspólnej spółki JST i powierzenie jej realizacji określonego zadania (…). W tych przypadkach **nie można odmówić JST uprawnienia do bycia wspólnikiem wraz z innymi JST. Chybiony jest argument, że realizowanie określonego zadania powierzonego przez więcej niż jedną JST nie będzie realizacją zadania w imieniu i na rzecz jednostki macierzystej. Nie ma w tym sprzeczności, że spółka powołana przez kilka JST będzie realizowała na rzecz każdej z nich określone zadanie, do którego została powołana. Spółka realizuje zadanie powierzone przez konkretną JST na jej terenie.**

Przyjmując odmienny pogląd, nie byłoby możliwe realizowanie zadań przez związki czy porozumienia międzygminne. Odmiennym natomiast zagadnieniem jest dopuszczalność realizacji innych zadań niż wynikające z zakresu gospodarki komunalnej przez spółki należące do JST Zgodnie bowiem z art. 2 u.g.k. oraz przepisami właściwymi dla poszczególnych JST mogą tworzyć lub przystępować do spółek tylko i wyłącznie w celu wykonywania spoczywających na danej jednostce zadań publicznych (por. uwagi do art. 2 u.g.k.). Warto zatem zaznaczyć, że wspólnikiem może być inna JST, jeżeli taką formę partycypacji będzie przewidywać porozumienie lub spółka będzie **uzgodnionym sposobem współdziałania**. Na marginesie należy jedynie zaznaczyć, że posiadanie udziałów w spółce również należy traktować jako pośrednią realizację zadań JST, a tym samym cel spółki i podejmowane przez nią zadania powinny wpisywać się w zadania własne JST. Zastrzeżenie to dotyczy zarówno sfery użyteczności publicznej, jak i zadań realizowanych poza nią. Tylko takie spółki mogą być tworzone i do nich mogą przystępować JST (zob.: P. Zaborniak, Organizacyjno-prawne formy, s. 17; autor ten uznaje, że może być taka sytuacja, gdy posiadanie udziałów będzie mogło stanowić formę wykonywania zadań gospodarczych przez JST).”[76]

[76] Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, dr Jakub Jan Zięty, 2012

Wydaje się, że za opowiedzeniem się za drugim z przedstawionych poglądów przemawia ostatecznie wyrok NSA z dnia 9 lipca 2015 r. (II OSK 2974/13), gdzie NSA wprost wskazał, że „ustawodawca zezwala także na współpracę i współdziałanie w tym zakresie przedmiotowym gmin oraz nawet innych jednostek samorządu terytorialnego. (…) cały kapitał zakładowy spółki został przejęty przez powyższe jednostki samorządu gminnego tj. (…). Dlatego też chociaż Gmina (…) ma w niej mniejszościowy udział, to mogła jednak bez procedury przetargowej powierzyć tej spółce komunalnej realizację tego zadaniu *[sic]* własnego, ponieważ spółka ta ma charakter regionalny. Oznacza to, że **jej działanie obejmuje cały obszar jednostek samorządu gminnego (założycieli spółki)** *[podkreślenie ISK]* i ma na celu świadczenie usług publicznych z zakresu gospodarki odpadami na rzecz wspólników. Z kolei w świetle aktu założycielskiego spółki oraz biorąc pod uwagę główny i wspólny cel utworzenia i działalności tej spółki komunalnej, powyższe jednostki samorządu gminnego (wspólnicy) mają pełną kontrolę nad działalnością tej spółki w zakresie realizacji powierzonego zadania w ramach ich zadań własnych. Natomiast szczegółową realizację wspólnego przedsięwzięcia reguluje tzw. umowa wykonawcza zawarta pomiędzy zamawiającymi jednostkami, a spółką jako wykonawcą."

Na zakończenie warto również przytoczyć tezę, zgodnie z którą „Można nawet zaryzykować twierdzenie, że związek międzygminny też jest szczególnym rodzajem spółki. Pewnym paradoksem jest, że w przypadku owego związku mówienie o spółce może się okazać bardziej sensowne niż w przypadku większości spółek komunalnych. Jak zostało bowiem poprzednio zauważone, wyraźna większość wszystkich spółek z udziałem gminy to spółki jednoosobowe, natomiast w skład związku międzygminnego, jak sama nazwa wskazuje, wchodzi kilka jednostek samorządu terytorialnego. W konsekwencji w przypadku związku występuje tzw. animus societatis, czego nie można powiedzieć o większości spółek komunalnych[77]."

Na potrzeby Pakietowego Projektu PPP niezasadne wydaje się sugerowanie odosobnionymi poglądami o niemożliwości czy też wyjątkowości tworzenia spółek komunalnych z udziałem kilku JST. Dlatego należy opowiedzieć się **za możliwością utworzenia wielopodmiotowej spółki komunalnej, w której wspólnikami może być kilka JST na szczeblu gminnym i powiatowym w dowolnej konfiguracji** (np. cztery gminy i jeden powiat).

Zarządca drogi oraz zarząd drogi

Jak już opisano w rozdziale 1.1.2 Analizy, zgodnie z art. 19 ust. 1 u.d.p., organ administracji rządowej lub jednostki samorządu terytorialnego, do którego właściwości należą sprawy z zakresu planowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg, jest zarządcą drogi". Natomiast według art. 19 ust. 2 pkt 3 i 4 ww. ustawy, „zarządcami dróg, z zastrzeżeniem ust. 3 (dot. autostrad), 5 (dot. miast na prawach powiatu), 5a (dot. możliwości pełnienia funkcji zarządcy dróg krajowych przez zarząd związku metropolitalnego) i 8 (dot. drogowych spółek specjalnego przeznaczenia), są dla dróg powiatowych i gminnych odpowiednio: zarząd powiatu oraz wójt (burmistrz, prezydent miasta).

Z regulacji art. 21 ust. 1 u.d.p. wynika, że zarządca drogi (...) może wykonywać swoje obowiązki przy pomocy jednostki organizacyjnej będącej zarządem drogi, utworzonej odpowiednio przez (…) radę powiatu lub radę gminy.

A zatem należy dojść do wniosku, że **zarządca drogi nie przekazuje swoich obowiązków**, **a jedynie może te obowiązki wykonywać przy pomocy jednostki organizacyjnej zwanej zarządem**, co oznacza, że nawet z chwilą utworzenia zarządu, zarządca drogi nie traci przynależnego mu przymiotu zarządcy (vide: wyrok NSA z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. akt II GSK 1769/12; wyrok NSA z dnia 27 kwietnia 2007 r. sygn. akt II OSK 869/06, https://orzeczenia.nsa.gov.pl).

[77] https://www.prawo.pl/samorzad/formalizm-prawny-nie-powinien-przesadzac-o-naturze-prawnej-spolki-komunalnej,90574.html

Jak już opisano w rozdziale 1.1.2 Analizy, istnieją wątpliwości co do możliwości przekazywania zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi w inny sposób, niż uregulowany w u.d.p. W orzecznictwie NSA nie został również przesądzony wzajemny stosunek ustaw samorządowych i u.d.p. Z daleko posuniętej ostrożności, w tym miejscu ponownego przedstawienia wymaga stanowisko sądu kwestionujące możliwość „szerokiego" przekazania spółce komunalnej wykonywania zadań własnych z obszaru utrzymania dróg gminnych. Szerzej problem ten opisano w rozdziale 1.1.2. Analizy, przedstawiając jednocześnie argumentację polemiczną z opisanym poglądem NSA wraz z rekomendacjami.

Korelacja przewidzianych w przepisach u.g.k. dopuszczalnych form organizacyjno–prawnych wykonywania gospodarki komunalnej, z przepisami art. 19 ust. 1 i 2, art. 21 ust. 1 u.d.p., jednoznacznie nakazuje wykluczyć zarówno prowadzenie gospodarki komunalnej w zakresie zadania własnego jakim jest utrzymanie dróg gminnych w formie spółki prawa handlowego, jak i powierzenie takiej spółce przez gminę wykonywania powyższego zadania. Ww. regulacje pozwalają jednak zarządcy drogi na powierzenie takiej spółce wykonywania określonych obowiązków, w tym w szczególności czynności faktycznych z zakresu utrzymania dróg gminnych, chociażby w trybie art. 3 ust. 1 u.g.k. (vide: Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 kwietnia 2018 r., I OSK 350/18)[78].

W konsekwencji powyższego, „Jeżeli (…) chodzi o zadania należące do kompetencji zarządcy drogi, ustawa o drogach publicznych - jako jednostkę dla niego "pomocniczą" - dopuszcza tylko i wyłącznie jednostkę organizacyjną będącą zarządem drogi[79]".

Zgodnie z przywołanym w ww. wyroku art. 3 ust. 1 u.g.k. „Jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej (…) osobom prawnym (…) na zasadach ogólnych albo w trybie przepisów (…) u.p.z.p. (…)".

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że zlecenie spółce komunalnej wykonywania określonych obowiązków przypisanych zarządcy drogi (takich jak utrzymanie nawierzchni, likwidacja ubytków, uzupełnianie poboczy, koszenie pasa drogowego, pielęgnacja zieleni przydrożnej) może nastąpić na podstawie umowy zawartej w trybie u.p.z.p. Ze względu na charakter zależności spółki komunalnej od tworzących ją gmin, w tym przypadku znajdzie zastosowanie tryb zamówienia z wolnej ręki[80].

Należy również podkreślić, że tym bardziej niedopuszczalnym jest przypisanie już istniejącej spółce komunalnej określonych spraw z zakresu czynności technicznych zarządcy drogi[81].

Spółka komunalna nie może pełnić funkcji zarządcy drogi. Możliwe jest jednak – jak to już zostało w wskazane w rozdziale 1.1.2. Analizy – przyjęcie konstrukcji, w której spółka komunalna pełniłaby **funkcję „czasowego wehikułu", której jedynym celem byłoby zawarcie Umowy o PPP i zlecenia wykonania zadań w zakresie pełnienia funkcji inwestora i utrzymania dróg publicznych Partnerowi Prywatnemu**, wyłonionemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

[78] Por. rozważania dot. zarządcy drogi przedstawione w rozdziale 1.1.2 Analizy
[79] Wyrok NSA z dnia 1 marca 2017 r., II OSK 2813/16
[80] Art. 67 ust. 1 pkt 12 u.p.z.p.
[81] Por. wyrok NSA z dnia 1 marca 2017 r., II OSK 2813/16

Zasady odpowiedzialności między stronami biorącymi udział w pakietowym PPP oraz między stronami a Partnerem Prywatnym

Zasady odpowiedzialności pomiędzy JST biorącymi udział w Pakietowym Projekcie PPP w ramach spółki będą kształtować się następująco:

- **JST przekazujące zadanie nie będą stroną Umowy o PPP** i nie będą posiadać statusu Podmiotu Publicznego w rozumieniu u.p.p.p.,
- Spółka, jako podmiot odrębny od wspólników, posiadający osobowość prawną, będzie **odpowiedzialna za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania, zawarcie Umowy o PPP i zarządzanie Umową o PPP**,
- **Odpowiedzialność JST za zobowiązania spółki jest wyłączona z mocy ustawy** (art. 151 § 4 k.s.h.),
- **JST będą odpowiedzialne w zakresie zobowiązań, jakie przyjmą na siebie w umowie spółki** (w tym szczególności zobowiązań w zakresie wnoszenia wkładów czy dokonywania dopłat na rzecz spółki oraz zobowiązań o charakterze niefinansowym, takim jak przekazywanie niezbędnej dokumentacji, przekazanie Partnerowi Prywatnemu prawa do dysponowania nieruchomością).

Przedmiot wkładu do spółki komunalnej

Zgodnie z art. 14 § 1 k.s.h., „przedmiotem wkładu do spółki kapitałowej nie może być prawo niezbywalne lub świadczenie pracy bądź usług". Ww. przepis jednoznacznie stanowi, że każda forma wniesienia prawa niezbywalnego do spółki kapitałowej jest niedopuszczalna.
O ile oczywiste jest, że nie można zbyć prawa niezbywalnego, o tyle poprzednio dopuszczano wniesienie tego prawa do spółki poprzez jego ustanowienie na rzecz spółki (tzw. wniesienie konstytutywne). Dotyczyło to w szczególności prawa rzeczowego, tj. prawa użytkowania, ale także praw obligacyjnych: najmu, dzierżawy. Obecnie nie jest dopuszczalne nawet ustanowienie takiego prawa na rzecz spółki kapitałowej[82].

Mając na uwadze powyższą, negatywną definicję zdolności aportowej, należy uznać, że własność nieruchomości, jako prawo zbywalne, może być przedmiotem wkładu do spółki kapitałowej, w tym również spółki komunalnej.

Na potrzeby omawianej spółki komunalnej, celowe jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy może być przedmiotem wkładu do takiej spółki prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane[83]. Takim prawem może być:

a) współwłasność,
b) użytkowanie wieczyste,
c) zarząd nieruchomością,
d) użytkowanie i służebność (ograniczone prawa rzeczowe),
e) stosunek zobowiązaniowy, wynikający najczęściej z najmu, użyczenia[84] lub dzierżawy.

Ze względu na uwagi poczynione powyżej, ograniczone prawa rzeczowe takie jak: służebność, użytkowanie, nie mogą być przedmiotem wkładu do spółki kapitałowej[85].

---

[82] Kidyba Andrzej. Art. 14. W: Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych. System Informacji Prawnej LEX, 2020.
[83] Zgodnie z art. 4 u.p.b., każdy ma prawo zabudowy nieruchomości gruntowej, jeżeli wykaże prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, pod warunkiem zgodności zamierzenia budowlanego z przepisami.
[84] Użytkownik może wykorzystywać daną rzecz tylko w sposób odpowiadający jej właściwościom i przeznaczeniu. Jeżeli zatem przeznaczeniem oddanej w użyczenie nieruchomości jest wybudowanie na nie niej drogi, to należy przyjąć, iż w tym przypadku stosunek zobowiązaniowy użyczenia odpowiada pojęciu "przewidujący uprawnienie do wykonywania robót budowlanych".

Jak wskazano w rozdziale 1.1.2. Analizy, nieruchomość zabudowana drogą publiczną nie może być przedmiotem wkładu do spółki komunalnej ze względu na ograniczenia w obrocie takimi nieruchomościami. Jednak w przypadku, gdy nieruchomość nie jest zabudowana, w świetle powyższych rozważań nie ma przeszkód, aby stanowiła ona przedmiot takiego wkładu.
Nie ma też rekomendacji, aby przenosić prawo własności w odniesieniu do takich nieruchomości (ze względu na ograniczenia wynikające z Ustawy o zasadach inwestycji oraz fakt, że takie nieruchomości musiałyby zostać ostatecznie przeniesione z powrotem na JST).

Orzecznictwo wskazuje na uznanie zdolności aportowej umów najmu i dzierżawy[86]. Należy jednak zauważyć, że orzeczenia te wydawane są w konkretnych stanach faktycznych, więc wnioski z nich płynące nie mogą być generalizowane bez głębszej analizy. Aport charakteryzuje się zbywalnością oraz wymierną wartością pieniężną. W przypadku umów najmu czy dzierżawy, kwestie zbywalności mogą zostać uregulowane umownie. Natomiast problem pojawia się przy określeniu wartości tych umów. Wpływa na to m.in. fakt, że umowy najmu czy dzierżawy są umowami odpłatnymi.

Wobec powyższego, w przypadku umów najmu zdolność aportową mają jedynie wybrane prawa wynikające z umowy najmu[87]. Takie stanowisko wydaje się zasadne, ze względu choćby na ochronę wierzycieli spółki, dla których wartość kapitału zakładowego jest pewną formą zabezpieczenia. Jednak wydaje się, że prawo do korzystania z nieruchomości przy odpowiednim brzmieniu umowy najmu zawartej na czas określony, jeśli są możliwe do wycenienia , może stanowić aport w spółce z o.o.

Zdolność aportową bez wątpienia posiada umowa dzierżawy. Może być ona zawarta na czas określony oraz charakteryzuje się możliwością czerpania pożytków z nieruchomości.

Prawo do dysponowania nieruchomościami zajętymi lub przeznaczonymi pod drogi publiczne JST przekażą na podstawie bezpośredniej umowy z Partnerem Prywatnym, a spółka będzie odpowiedzialna za dopełnienie obowiązków przez JST w tym zakresie.

Odpowiedzialność wspólników spółki komunalnej

W ściśle określonych sytuacjach JST są zobowiązane do ponoszenia odpowiedzialności za utworzone przez nie spółki komunalne. Zasady tej odpowiedzialności uregulowane są w przepisach k.s.h.

- Odpowiedzialność wspólników wobec spółki

Co do zasady spółki kapitałowe, jako osoby prawne, za zobowiązania odpowiadają samodzielnie, a wspólnicy/akcjonariusze nie odpowiadają za zobowiązania spółki (art. 151 § 4 k.s.h. w odniesieniu do sp. z o.o. i art. 301 § 5 w odniesieniu do spółki akcyjnej).

Odpowiedzialność majątkowa za zobowiązania dotyczy majątku spółki, a nie majątku jednostki samorządu terytorialnego jako odrębnej osoby prawnej. Potwierdzają to art. 49 ust. 1 u.s.g. oraz art. 49 u.s.p., w myśl których **gmina oraz powiat nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania innych gminnych/powiatowych osób prawnych, a te nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania gminy/powiatu**. Jednak przyjmuje się, że gmina odpowiada za zobowiązania innych gminnych osób prawnych w sytuacji, gdy te wykonują określone zadania owej gminy w sferze tzw. użyteczności publicznej[88]. Poza tym spółki prowadzą działalność w sposób samodzielny, przy zachowaniu niezależności w zakresie podejmowanych

[85] Tak samo, przedmiotem aportu nie może być służebność gruntowa, osobista, hipoteka. Są one wnoszone jedynie wraz z własnością nieruchomości, na której zostały ustanowione (akcesoryjny charakter).
[86] Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 14.06.2012r. IACa 1382/11, Uchwała SN z 26.04.1991 r., III CZP 32/91, OSNC Nr 1/1992, poz. 7.
[87] Np. prawo do podnajmu lub wierzytelności najemcy w stosunku do wynajmującego.
[88] Jagoda Joanna. Art. 49. W: Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, wyd. II [online]. Wolters Kluwer Polska, 2020-04-10 10:16 [dostęp: 2020-05-07 08:22]. Dostępny w Internecie: https://sip.lex.pl/#/commentary/587718904/557176

decyzji, zarówno co do spraw wewnętrznych, w tym organizacyjnych, jak i co do czynności prawnych i faktycznych dokonywanych na rynku.

Solidarna odpowiedzialność po stronie wspólników może powstać również w przypadku naruszenia zasad tworzenia spółki (art. 292 k.s.h. w przypadku sp. z o.o., art. 480-482 i 484 k.s.h. w przypadku spółki akcyjnej) **oraz działania lub zaniechania sprzecznego z prawem lub postanowieniami umowy spółki** (w tym przypadku odpowiedzialność ponoszą członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator – art. 293 § 1 k.s.h. w przypadku sp. z o.o., art. 483 k.s.h. w przypadku spółki akcyjnej).

Gmina, która utworzyła daną spółkę komunalną, jest podmiotem całkowicie odrębnym od spółki. Odrębność tę najlepiej obrazuje postanowienie NSA z dnia 28 sierpnia 2019 r. w sprawie o sygn. I GZ 293/19, gdzie NSA stwierdził, że fakt bycia jedynym udziałowcem spółki akcyjnej nie rodzi interesu prawnego po stronie Miasta. Sąd podkreślił, że „spółka akcyjna jest niezależnym podmiotem prawa, zaznaczając jednocześnie, że akcjonariusz jest jej ,,właścicielem'' jedynie w sensie ekonomicznym. O jej samodzielności świadczy to, że jako osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i statucie. Następnie wskazał, że akcjonariusze nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania spółki a ich ryzyko ekonomiczne ogranicza się do wysokości wniesionego wkładu, w związku z czym nie mają interesu prawnego, który umożliwiałby udział w postępowaniu".

- Odpowiedzialność wspólników wobec osób trzecich

Co do zasady **wspólnicy spółki komunalnej nie ponoszą odpowiedzialności za jej zobowiązania**. Zgodnie z tą regułą całkowicie zostaje więc wyłączona odpowiedzialność osobista wspólników. Spółka kapitałowa stanowi bowiem odrębny od swoich wspólników podmiot prawa. Reguła ta doznaje jednak pewnych ograniczeń.

Jednym z **wyjątków od niej jest ponoszenie odpowiedzialności przez wspólnika sp. z o.o. w organizacji**. Wspólnik wówczas ponosi odpowiedzialność całym swoim majątkiem jednak z tym ograniczeniem, iż odpowiada on do wartości niewniesionego wkładu na pokrycie objętych przez niego udziałów. Odpowiedzialność ta jest solidarna razem ze spółką oraz osobami działającymi w jej imieniu[89].

Oznacza to, że wobec istnienia odpowiedzialności członków zarządu, ogłoszenie upadłości spółki nie zwolni właścicieli spółki od odpowiedzialności w kontekście ewentualnych roszczeń jej wierzycieli.

- Odpowiedzialność wspólnika spółki komunalnej z tytułu wystąpienia ze spółki z o.o.

W spółce komunalnej będącej spółką z o.o., **nie ma możliwości wypowiedzenia umowy spółki przez wspólnika**. Udział w spółce jest nierozerwalnie związany z posiadanymi udziałami. Oznacza to, że wspólnik spółki z o.o. nie może samodzielnie podjąć decyzji o opuszczeniu spółki (z określonym dniem i z zachowaniem określonego terminu wypowiedzenia umowy). Z drugiej strony, brak w przepisach dotyczących spółki z o.o. odpowiednika przymusowego wykupu akcji (przewidzianego dla spółek akcyjnych), a zatem pozostali udziałowcy wbrew woli wspólnika nie mogą wymusić wykupu nawet minimalnej liczby jego udziałów.

Najprostszym sposobem na „wyjście" ze spółki z o.o. (a więc również spółki komunalnej zawartej w formie sp. z o.o.) jest **zbycie posiadanych udziałów przez wspólnika zamierzającego „wystąpić" ze spółki**. Takiego zbycia można dokonać na rzecz pozostałych wspólników czy też podmiotu zewnętrznego, o ile tylko taka osoba wyrazi zainteresowanie nabyciem udziałów, a odpowiednie postanowienia umowy sp. z o.o. nie pozwolą pozostałym wspólnikom zablokować czy poważnie opóźnić transakcji (w przypadku spółki komunalnej rekomenduje się odpowiednie sformułowanie postanowień umowy sp. z o.o. w taki sposób, aby zbycie udziałów było odpowiednio ograniczone)[90].

[89] Oznacza to, że wierzyciel może dochodzić, według swojego uznania, spełnienia świadczenia przez wszystkich lub tylko niektórych z dłużników.
[90] Szerzej w rozdziale 1.3.3. pkt 9 (stabilność spółki komunalnej) Analizy.

WAŻNE: Umowa sp. z o.o. może uzależnić zbycie udziałów od zgody spółki lub w inny sposób je ograniczyć (art. 182 § 1 k.s.h.)

Skutkiem zbycia udziału jest powstanie solidarnej odpowiedzialności zbywcy i nabywcy wobec spółki za niespełnione świadczenia należne spółce ze zbytego udziału (zbytej części udziału lub ułamkowej części udziału). Świadczenia niespełnione należne spółce to takie, które powinny być zapłacone, ale tego nie dokonano. Ponadto mogą to być świadczenia niepieniężne, gdy przywiązane są one do udziału. Dotyczy to w szczególności niespełnionych świadczeń należnych spółce, a polegających na powtarzających się świadczeniach niepieniężnych, jednorazowych świadczeniach niepieniężnych, świadczeniach pieniężnych, takich jak dopłaty czy inne obowiązki świadczeń pieniężnych przypisanych do udziału[91].

WAŻNE: Nabywca udziału sp. z o.o. odpowiada solidarnie ze zbywcą za niespełnione świadczenia należne spółce ze zbytego udziału lub zbytej części udziału. Regulację tę stosuje się również do zbycia ułamkowej części udziału. Roszczenia spółki do zbywcy z tytułu świadczeń za zbytym udziałem (jego częścią/ułamkową częścią) przedawniają się z upływem trzech lat od dnia, w którym zgłoszono spółce zbycie udziału, jego części lub ułamkowej części udziału (art. 186 k.s.h.). W umowie można odmiennie określić odpowiedzialność za niespełnione świadczenia. Jednakże ustalenia te będą skuteczne wyłącznie między stronami, a nie wobec spółki.

Do zbycia udziałów przez komunalną spółkę z. o.o. stosuje się przepisy art. 11-16 u.z.z.m.p.

Kompetencję do dokonania czynności zbycia udziału, u.g.k. przyznaje organowi wykonawczemu (np. prezydentowi miasta), przy czym musi ona zostać poprzedzona zgodą jej organu stanowiącego (np. rady miasta). Co istotne, u.z.z.m.p. zawiera katalog sytuacji (art. 11 ust. 3), w których owa zgoda nie jest wymagana. Tak dzieje się m.in. jeżeli udziały bądź akcje są zbywane na rzecz państwowej osoby prawnej.

Podobnym sposobem na wystąpienie ze spółki z o.o. jest dobrowolne umorzenie posiadanych udziałów[92]. Różnica polega na tym, że w tej procedurze udziały ustępującego ze spółki wspólnika nabywane są przez samą spółkę. Takie wyjście ze spółki powoduje, że udziały nabyte przez spółkę przestają istnieć, a pozostali wspólnicy stają się wyłącznymi wspólnikami spółki. Wskazana sytuacja może być zatem bardzo podobna do wypowiedzenia umowy spółki osobowej, w której wspólnik może wypowiedzieć swój udział w spółce, skutkiem czego spółka trwać może dalej, tyle że w ograniczonym składzie osobowym. O ile jednak w spółkach osobowych wypowiedzenie umowy spółki jest, co do zasady, prawem wspólnika (które nie może być ograniczone wolą innych wspólników), o tyle zbycie udziałów celem umorzenia zależne jest co do zasady od woli większości wspólników w spółce.

Dobrowolne umorzenie posiadanych udziałów jest możliwe, jeżeli zostało przewidziane w umowie spółki[93]. W związku z tym, w celu uniemożliwienia poszczególnym gminom wystąpienia ze spółki w ww. sposób, rekomenduje się nie przewidywanie w umowie spółki takiego rozwiązania.

[91] Kidyba Andrzej. Art. 186. W: Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych [online]. System Informacji Prawnej LEX, 2020-05-01 06:53 [dostęp: 2020-05-06 08:52]. Dostępny w Internecie: https://sip.lex.pl/#/commentary/587248954/619304
[92] Art. 199 k.s.h.
[93] Art. 199 § 1 k.s.h.

- Odpowiedzialność członków zarządu spółek komunalnych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Podmioty zaliczane do jednostek sektora finansów publicznych ponoszą odpowiedzialność za niewłaściwe wydatkowanie środków publicznych na podstawie u.d.f.p. Spółki kapitałowe, których jedynym właścicielem są JST, zgodnie z art. 9 pkt 14 u.f.p., nie należą do jednostek sektora finansów publicznych. Niemniej jednak nie przesądza to, że podmioty zarządzające spółkami komunalnymi są wolne od odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Okolicznością warunkującą powstanie takiej odpowiedzialności jest gospodarowanie środkami publicznymi. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 1 u.d.f.p., odpowiedzialności podlegają „osoby wchodzące w skład organu zarządzającego podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, lub zarządzającego mieniem tych jednostek lub podmiotów. Ponadto odpowiedzialność ponoszą osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami". Dotyczy to w szczególności podmiotów spoza sektora, które otrzymały dotacje ze środków publicznych.

Katalog naruszeń dyscypliny finansów publicznych zawierają przepisy art. 5-18c u.d.f.p.

Przykładem naruszenia dyscypliny finansów publicznych może być zaniechanie pobrania kar umownych[94] za zwłokę w budowie/remoncie drogi publicznej, będącej w zarządzie spółki[95].

Mając na uwadze wskazane przepisy, należy rozstrzygnąć kwestię podmiotowej podległości członków zarządu spółek komunalnych pod reżim odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odpowiedzialność zarządu spółek komunalnych może powstać w dwóch sytuacjach:

- w razie dysponowania przez spółkę środkami publicznymi (katalog środków publicznych zawiera art. 5 ust. 1 u.f.p.) oraz
- zarządzania mieniem jednostek sektora finansów publicznych.

Analiza art. 5 ust. 1 u.f.p. prowadzi do wniosku, **że gospodarowanie majątkiem spółki komunalnej nie stanowi dysponowania środkami publicznymi**. Spółki komunalne, co do zasady, wydatkują środki należące do spółki w imieniu własnym, na potrzeby realizowanych przez nie celów statutowych.

Inaczej należy ocenić sytuację, kiedy JST powierza spółce realizację określonych zadań w imieniu i na rzecz danej jednostki. W takim przypadku **może mieć miejsce dysponowanie środkami publicznymi należącymi do jednostki, które nie wchodzą do majątku spółki, a którymi ona jedynie zarządza**. Podobny mechanizm dotyczy zarządzania mieniem należącym do samorządu. Aby postawić członkom zarządu zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych z tytułu nieprawidłowego zarządzania majątkiem komunalnym, wydaje się konieczne rozstrzygnięcie zarówno pochodzenia środków finansowych, trybu ich wydatkowania, jak i roli spółki w relacji finansowej z JST.

[94] Naruszenie mieszczące się przedmiotowo w dyspozycji art. 5 ust. 1 pkt 2 u.d.f.p.
[95] Por. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 8 listopada 2007 r., DF/GKO-4900-56/60/07/2487

Zarządzanie mieniem komunalnym[96]

To, że spółka komunalna została przez macierzystą JST wyposażona w majątek, nie oznacza automatycznego objęcia członków jej zarządu odpowiedzialnością na naruszenie dyscypliny. Jeżeli bowiem spółka wyposażona została w majątek komunalny na podstawie umowy cywilnoprawnej, przekazującej jej do wykorzystania np. nieruchomość, z której spółka może czerpać pożytki, to zarówno sposób wykorzystania nieruchomości, jak i środki pozyskane z jej eksploatacji nie mogą być traktowane jak zarządzanie mieniem komunalnym. Inaczej byłoby w przypadku, gdyby spółce nieruchomość została przekazana w trwały zarząd albo zostało powierzone zarządzanie nieruchomością JST, w imieniu i na rzecz tej jednostki. Przykładem naruszenia dyscypliny finansów publicznych w tej sytuacji może być niepobieranie opłat należnych gminie z tytułu najmu nieruchomości komunalnych albo nienaliczanie odsetek od nieuregulowanych należności tego typu przez spółkę powołaną w celu zarządzania mieniem komunalnym.

WAŻNE: W Pakietowym Projekcie PPP nie rekomenduje się przekazywania mienia w postaci nieruchomości. Dopuszcza się natomiast możliwość wnoszenia wkładów pieniężnych oraz dopłat.

W tym kontekście nie wydaje się, aby podobnie należało traktować przekazanie spółce komunalnej majątku w postaci środków finansowych wniesionych na kapitał zakładowy spółki. Mimo że środki pochodzą z budżetu JST i przed ich wniesieniem do spółki mają charakter środków publicznych, z chwilą ich wniesienia do spółki tracą ten przymiot, stając się majątkiem spółki. Z tego względu gospodarowanie przez spółkę majątkiem własnym, w tym kapitałem zakładowym, nie powinno zostać uznane za gospodarowanie środkami publicznymi w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 1 u.d.f.p. Gdyby jednak spółka wykonywała powierzone zadania nie we własnym imieniu, ale w imieniu i na rzecz JST, wydatkując na ten cel środki tej jednostki, wówczas osoby nią zarządzające z całą pewnością ponosiłyby ustawową odpowiedzialność.

[96] https://ksiegowosc-budzetowa.infor.pl/finanse-publiczne/dyscyplina-finansow-publicznych/704213,2,Odpowiedzialnosc-czlonkow-zarzadu-spolek-komunalnych-za-naruszenie-dyscypliny-finansow-publicznych.html [dostęp: 14 maja 2020 r.]

Analiza podatkowa

Odpowiedzialność podatkowa

W przypadku spółki komunalnej pojawiają się następujące problemy w kontekście odpowiedzialności podatkowej.

Zgodnie z art. 116 § 1 u.o.p., za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej (a także spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji oraz spółki akcyjnej w organizacji) odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu:

1) nie wykazał, że:
    a) we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub w tym czasie zostało otwarte postępowanie restrukturyzacyjne albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu, albo
    b) niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez jego winy;
2) nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

Powyższy przepis wskazuje, że **odpowiedzialność podatkowa członków zarządu spółek kapitałowych jest odpowiedzialnością o charakterze subsydiarnym** – może zostać uruchomiona dopiero w sytuacji, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się w całości lub w części bezskuteczna. Należy podkreślić, że poszczególni członkowie zarządu mogą uwolnić się od tej odpowiedzialności spełniając jedną z wyżej wskazanych przesłanek.

Zakres odpowiedzialności członków zarządu, jest co do zasady, uzależniony od terminu w jakim członek zarządu pełnił swoją funkcję. W myśl z art. 116 § 2 u.o.p. odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu, oraz zaległości wymienione w art. 52 oraz art. 52a powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu (min. zaległość podatkowa z tytułu uprzednio zwróconej przez organ nadpłaty lub zwrotu podatku).

Odstępstwem od tej zasady jest sytuacja, w której spółka podlega likwidacji. Za zobowiązania podatkowe powstałe na podstawie odrębnych przepisów po likwidacji spółki, za zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał po likwidacji spółki, oraz zaległości wymienione w art. 52 oraz art. 52a powstałe po likwidacji spółki, odpowiadają osoby pełniące obowiązki członka zarządu w momencie likwidacji spółki (116 § 2a u.o.p.).

Zgodnie z art. 116 § 3 u.o.p., w przypadku gdy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji lub spółka akcyjna w organizacji nie posiada zarządu, za zaległości podatkowe spółki odpowiada jej pełnomocnik albo odpowiadają wspólnicy, jeżeli pełnomocnik nie został powołany. Przepis ten wskazuje na wyjątkową sytuację, w której odpowiedzialności nie ponosi zarząd spółki.

Nadmienić trzeba, że co do zasady, wspólnicy zarejestrowanych już spółek z ograniczoną odpowiedzialnością czy akcjonariusze zarejestrowanych spółek akcyjnych nie ponoszą odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki na podstawie odpowiedzialności podatkowej osób trzecich, przewidzianej w art. 107 – 119 u.o.p. Wyjątkiem od tej zasady jest jedynie sytuacja, w której to wspólnicy (akcjonariusze) są jednocześnie członkami zarządu spółki.

Należy zauważyć, że za zaległości podatkowe spółki odpowiadają także byli członkowie zarządu oraz byli pełnomocnicy lub wspólnicy spółek w organizacji (116 § 4 u.o.p.).

W ramach spółki komunalnej zakładanej na potrzeby realizacji Pakietowego Projektu PPP **skutki podatkowe mogą wystąpić w odniesieniu do następujących obszarów/transakcji:**

a) uznania spółki komunalnej za **podatnika – na gruncie podatku VAT**,

b) zawarcia umowy (statutu) spółki komunalnej oraz zmiany umowy (statutu) spółki komunalnej, skutkującej podwyższeniem kapitału zakładowego - **na gruncie podatku PCC**,

c) wniesienia do spółki komunalnej **wkładów pieniężnych** (i ewentualnie niepieniężnych) – na gruncie podatku CIT, podatku VAT i podatku PCC,

d) dokonywania **dopłat** w spółce z o.o. oraz spółce akcyjnej – na gruncie podatku PCC, podatku VAT i podatku CIT,

e) przekazywania na rzecz spółki komunalnej **dotacji celowych** – na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC.

Spółka komunalna jako podatnik VAT

W świetle art. 15 ust. 1 u.p.t.u. za podatnika VAT uznaje się osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Spółka komunalna, posiadająca osobowość prawną, **wypełnia podmiotową przesłankę do uznania jej za podatnika VAT**.

Za działalność gospodarczą na gruncie u. p. t. u. rozumie się wszelką działalność producentów, handlowców lub usługodawców, w tym podmiotów pozyskujących zasoby naturalne oraz rolników, a także działalność osób wykonujących wolne zawody. Działalność gospodarcza obejmuje w szczególności czynności polegające na wykorzystywaniu towarów lub wartości niematerialnych i prawnych w sposób ciągły dla celów zarobkowych. (15 ust. 2 u.p.t.u.).

Opodatkowaniu mogą podlegać czynności, w stosunku do których spełniony został jednocześnie podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres opodatkowania. Następuje to w sytuacji gdy czynność określana jako opodatkowana, zostaje dokonana przez podatnika działającego w takim charakterze. Obie przesłanki muszą zostać spełnione jednocześnie. Dokonanie czynności podlegającej opodatkowaniu przez podmiot, który nie występuje w tym przypadku w charakterze podatnika VAT będzie neutralne podatkowo. Analogicznie, podatnik VAT dokonując czynności niepodlegającej opodatkowaniu, pozostanie poza zakresem opodatkowania.

Należy podkreślić, że dla oceny, czy dany podmiot działa jako podatnik VAT, nie ma znaczenia, czy został on formalnie zarejestrowany jako taki podatnik, czy też nie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 15 ust. 1 u.p.t.u., uznanie aktywności danej osoby za działalność gospodarczą nie jest uzależnione od celu takiej działalności ani od jej rezultatu. Oznacza to, że działalność gospodarcza ma miejsce również wtedy, gdy nie przyniosła żadnych wymiernych efektów. Pozwala to na uznanie, że prowadzenie działalności gospodarczej dotyczy także podejmowania czynności o charakterze przygotowawczym do jej faktycznego rozpoczęcia.

W szczególności wskazuje się, że działalność nie musi być ukierunkowana na osiąganie zysków. W świetle wyroku NSA z dnia 14 stycznia 2010 r. (I FSK 738/09, LEX nr 558863): *Zysk (przychód) jest kategorią prawa bilansowego i z punktu widzenia przyjętej w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy VAT z 1993 r. definicji podatnika to, czy wykonywane czynności przyniosły zysk, jest prawnie obojętne.*

Biorąc pod uwagę powyższą definicję, należy wskazać, że została ona skonstruowana niezwykle szeroko i, w jej świetle, praktycznie każda aktywność podejmowana w sposób zawodowy może być uważana za działalność gospodarczą.

Zgodnie z art. 15 ust. 6 u.p.t.u. **nie uznaje się za podatnika organów władzy publicznej oraz urzędów obsługujących te organy w zakresie realizowanych zadań nałożonych odrębnymi przepisami prawa, dla realizacji których zostały one powołane**, z wyłączeniem czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych.

Dla interpretacji przytoczonego przepisu konieczne jest określenie pojęcia „organów władzy publicznej". W u.p.t.u. nie znajdziemy definicji tego pojęcia.

Wydaje się, że najbardziej kompleksowa definicja zawarta została w u.f.p.

Zgodnie z art. 9 pkt 1 u.f.p. sektor finansów publicznych tworzą organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały. JST oraz ich związki, w świetle tej definicji nie wchodzą w skład organów władzy publicznej, lecz stanowią oddzielną grupę należącą do sektora finansów publicznych.

Prowadziłoby to do wniosku, że JST, na gruncie prawa podatkowego, nie zostały uznane za organy władzy publicznej. Wydaje się jednak, że dla potrzeb podatku VAT wyłączenie z tego pojęcia JST byłoby niemożliwe.[97]

Wyłączenie organów władzy publicznej z kategorii podatnika podatku VAT ma charakter podmiotowo-przedmiotowy. **W świetle wskazanych unormowań JST na gruncie podatku VAT występować mogą w dwojakim charakterze:**

- podmiotów niebędących podatnikami, gdy realizują zadania nałożone na nich odrębnymi przepisami prawa, oraz
- podatników podatku od towarów i usług, gdy wykonują czynności na postawie umów cywilnoprawnych.

Kryterium podziału stanowi w tym przypadku charakter wykonywanych czynności: czynności o charakterze publicznoprawnym wyłączają te podmioty z kategorii podatników, natomiast czynności o charakterze cywilnoprawnym skutkują uznaniem tych podmiotów za podatników podatku VAT, a realizowane przez nie odpłatne dostawy towarów i świadczenie usług podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 Dyrektywy 2006/112/WE, krajowe, regionalne i lokalne organy władzy oraz inne podmioty prawa publicznego nie są uważane za podatników w związku z działalnością, którą podejmują lub transakcjami, których dokonują jako organy władzy publicznej, nawet jeśli pobierają należności, opłaty, składki lub płatności w związku z takimi działaniami lub transakcjami. Jednakże w przypadku gdy podejmują one takie działania lub dokonują takich transakcji, są uważane za podatników w odniesieniu do tych działań lub transakcji, gdyby wykluczenie ich z kategorii podatników prowadziło do znaczących zakłóceń konkurencji. W każdych okolicznościach podmioty prawa publicznego są uważane za podatników w związku z czynnościami określonymi w załączniku I, chyba że niewielka skala tych działań sprawia, że mogą być one pominięte.

JST niewątpliwie mieszczą się w pojęciu władzy publicznej określonej w dyrektywie. Jednocześnie ich czynności - związane z wykonywaniem zadań publicznych - powinny być wyłączone z systemu VAT.

W kwestii wyłączenia organów władzy publicznej z kategorii podatników wielokrotnie wypowiadał się także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podkreślając, że dla takiego wyłączenia konieczne jest spełnienie równocześnie dwóch przesłanek: działalność musi być wykonywana przez podmiot prawa publicznego i musi być wykonywana w celu sprawowania władzy publicznej (wyroki TSUE: z dnia 12 września 2000 r. C- 408/97, z dnia 15 maja 1990 C-4/89, z dnia 16 września 2008 r. C-288/07).

Kwestia ta została przeanalizowana w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 12 grudnia 2019 r., I SA/Ol 720/19. Stan faktyczny sprawy dotyczył czynności gminy w zakresie edukacji. [98]

---

[97] Feldo Katarzyna, VAT w partnerstwie publiczno-prywatnym

[98] Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 12 grudnia 2019 r., I SA/Ol 720/19:
Na tle tych unormowań przyjmuje się, że aby doszło do wyłączenia podmiotu publicznego z zakresu definicji podatnika muszą zostać spełnione dwa warunki, a mianowicie czynności muszą być wykonywane przez podmiot prawa publicznego oraz muszą one być wykonywane przez ten organ działający w charakterze organu władzy

Orzecznictwo TSUE przynosi wskazówki co do oceny relacji pomiędzy JST a spółką komunalną (orzeczenie TSUE z 29 października 2015 r. w sprawie Saudaçor C- 174/14 oraz z 22 lutego 2018 r. w sprawie Nagyszěnäs C- 182/17.)

Na bazie tych orzeczeń zbudowano zestaw kryteriów pozwalających ocenić, czy spółka komunalna jest podatnikiem VAT w stosunku do JST w zakresie wykonywania powierzonych jej zadań własnych.

Po pierwsze **należy ocenić czy między tymi podmiotami doszło do odpłatnego świadczenia usług** – to znaczy czy w tym zakresie mamy do czynienia z gospodarczą działalnością spółki (art. 9 ust. 1 Dyrektywy 2006/112/WE).

Po drugie, **trzeba zbadać czy taka spółka jest podmiotem publicznym** w rozumieniu art. 13 ust. 1 1 Dyrektywy 2006/112/WE.

Po trzecie, **należy poddać ocenie, czy spółka działa w charakterze organu władzy publicznej**.

Ostatnią kwestią, nawet przy spełnieniu wszystkich trzech wyżej wymienionych przesłanek, decydujących o uznaniu spółki komunalnej za podatnika VAT, jest zbadanie, **czy brak opodatkowania nie doprowadzi do znaczących zakłóceń konkurencji**.

W sprawie Nagyszěnäs C- 182/17 TSUE szczególną uwagę poświęcił zagadnieniu autonomii spółki komunalnej. W sytuacji, gdy spółka taka jest w jakimś stopniu niezależna od JST, należy poddać w wątpliwość to, czy spółkę taką można uznać za „podmiot prawa publicznego".

A contrario, wydaje się, że wnioskiem omawianego wyroku jest to, że gdy spółka takiej autonomii jest pozbawiona, to istnieją przesłanki do uznania, że nie posiada ona statusu podatnika VAT.

Powyższe wskazuje na istnienie zasady, w świetle której JST są uznawane za podatników VAT. Dotyczy to jednakże tej sfery, w której faktycznie występuje konsumpcja oraz gdzie podmioty te mogą konkurować z podmiotami prawa prywatnego. JST nie są bowiem uznawane za podatników w zakresie realizowanych zadań nałożonych odrębnymi przepisami prawa, dla realizacji których zostały powołane.

Nie zmienia to faktu, że spółka komunalna jest ciągle odrębną od JST osobą prawną (chociaż często wyposażoną przez tę JST w majątek pozwalający jej na prowadzenie działalności). Orzecznictwo sądów administracyjnych, nie przynosi jednoznacznej odpowiedzi co do statusu spółki komunalnej na gruncie u.p.t.u.:

- spółka prawa handlowego, której jedynym udziałowcem jest województwo i której działalność ogranicza się wyłącznie do wykonywania zadań własnych województwa, nie może być uznana za podatnika VAT. [99]

---

publicznej. Organy władzy oraz inne podmioty prawa publicznego nie są uważane za podatników w związku z działalnością, którą podejmują lub transakcjami, których dokonują jako organy władzy publicznej, nawet jeśli pobierają należności, opłaty, składki lub płatności w związku z takimi działaniami lub transakcjami. Jednakże, w przypadku, gdy organy władzy publicznej bądź urzędy obsługujące te organy podejmują takie działania lub dokonują takich transakcji, są uważane za podatników w odniesieniu do tych działań, lub transakcji, gdyby wykluczenie ich z kategorii podatników prowadziło do znaczących zakłóceń konkurencji.
Dla ustalenia więc, czy podmiot prawa publicznego działa jako podatnik VAT, istotne znaczenie ma źródło i charakter stosunku prawnego łączącego organ władzy publicznej z podmiotem, na rzecz którego spełniane jest świadczenie (wykonywana czynność) oraz charakter prawny pobieranej opłaty (czy jest to opłata zbliżona do daniny publicznej, czy też jest to cena ustalana w realiach rynkowych). Istotne jest także i to, czy strony danego stosunku prawnego mają pełną swobodę co do ustalania jego treści, czy też swoboda ta ograniczona jest przez przepisy powszechnie obowiązującego prawa administracyjnego (wyrok NSA z 6 listopada 2014 r., sygn. akt I FSK 1644/13).

[99] Wyrok NSA z dnia 16 lipca 2019 r., I FSK 587/17: *Spółka na podstawie umowy będzie realizować tylko zadania własne Województwa służące zaspokajaniu potrzeb społecznych na jego obszarze. Spełniony został zatem warunek, zgodnie z którym działalność wykonywana będzie przez Spółkę w charakterze organu władzy publicznej. Ponadto wyłącznie tej działalności spod opodatkowania nie spowoduje znaczących zakłóceń*

- NSA zwraca także uwagę, że spółka komunalna, działająca w ramach powierzonych jej zadań organu władzy publicznej, na podstawie przeniesienia na nią kompetencji organu władzy publicznej (uchwałą rady gminy) i powierzenia jej wykonywania zadań organu władzy publicznej przez tę gminę, w relacji do gminy, która powierzyła jej realizację tych zadań, nie jest podatnikiem podatku VAT, skoro otrzymuje od gminy finansową rekompensatę za koszty ponoszone w związku realizacją powierzonych zadań. [100]
- wyrok WSA z siedziba w Rzeszowie z dnia 16 listopada 2017 r., I SA/Rz 685/17 dotyczył spółki komunalnej, realizującej zadania własne JST. Sąd nie dopatrzył się wymiany świadczeń pomiędzy gminą a spółką komunalną, skutkiem czego, spółka ta nie może być potraktowana w kategoriach podatnika na podstawie art. 15 u.p.t.u. (wyłączenia z opodatkowania rekompensaty z tytułu pokrycia kosztów świadczenia usług publicznych polegających na usługi komunikacji miejskiej). [101]
- WSA w Warszawie w wyroku z 14 sierpnia 2019 r., III SA/Wa 3089/18 stwierdził, że miejskie przedsiębiorstwo oczyszczania (działające w formie spółki komunalnej), która to poza usługami publicznymi świadczyć będzie również usługi nie stanowiące zadań własnych gminy nie została powołana wyłącznie do realizacji zadań własnych. W związku z czym środki finansowe otrzymywane od gminy stanowić będą wynagrodzenia za usługę. [102]

---

konkurencji, ponieważ zadaniem spółki nie będzie maksymalizacja zysku, lecz legalne, rzetelne i gospodarne zarządzanie środkami finansowymi, w celu osiągnięcia najwyższej jakości w efektywnym wspieraniu aktywności mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw oraz wspomaganiu rozwoju obszarów miejskich, a Spółka nie jest podmiotem biorącym udział w wolnej grze rynkowej. Należy także podkreślić, za Autorem skargi kasacyjnej, że Skarżąca działa w zakresie powierzonych jej zadań własnych Województwa, a więc w zakresie, w którym nie mogą funkcjonować inne podmioty i w zakresie tych zadań nie występuje rynek konkurencyjny. Przeszkodą dla wyłączenia skarżącej z kręgu podatników VAT nie jest także fakt, że skarżąca jest spółką prawa handlowego.

[100] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 czerwca 2017 r. I FSK 1117/15.: *(…) skarżąca wykonując powierzone jej przez Gminę zadania, dotyczące gospodarowania odpadami komunalnymi, wykonuje te czynności w ramach władztwa publicznego i posiada status organu władzy publicznej (inny podmiot prawa publicznego w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 112). W konsekwencji czego spółka komunalna działająca w ramach powierzonych jej zadań organu władzy publicznej nie jest podatnikiem podatku VAT.*

[101] Wyrok WSA z siedziba w Rzeszowie z dnia 16 listopada 2017 r. I SA/Rz 685/17: *Odnosząc się do tych stwierdzeń zaznaczyć jednak należy, że w opisanym stanie faktycznym brak jest podstaw do przyjęcia, że pomiędzy skarżącą, a gminą dochodzi do wymiany świadczeń. Przede wszystkim bowiem beneficjentami realizowanych przez skarżącą usług nie jest wypłacająca dofinansowanie gmina, ale odbiorcy przedmiotowych usług (osoby trzecie, tj. mieszkańcy), nie istnieje też bezpośredni i wyraźny związek pomiędzy otrzymywaną przez skarżącą rekompensatą, a ceną świadczonych przez nią usług na rzecz osób trzecich. Wniosek taki wynika przede wszystkim z tego, że wobec braku po stronie gminy cech beneficjenta, wypłacana przez nią skarżącej rekompensata nie ma charakteru wynagrodzenia – ekwiwalentu świadczenia wzajemnego drugiej strony. Ponadto kryteria przyznania dotacji/rekompensaty oparte są na elementach podmiotowych, związanych z kosztami funkcjonowania skarżącej, a nie wskaźnikach rzutujących w sposób bezpośredni na cenę usług. Z wniosku wynika bowiem, że wartością graniczną, wyznaczającą maksymalną kwotę przyznanej refundacji będzie suma kosztów związanych ze świadczeniem usług publicznych, a więc tych które objęte są zakresem zadań własnych gminy. Ewentualna nadwyżka przychodów będzie bowiem podlegać wpłacie do budżetu gminy, która również została wyposażona w kompetencje do kontrolowania rozliczeń skarżącej z realizowanych przez nią zadań.*
(…) Takie ukształtowanie dotacji sprawa, że ma ona charakter dotacji podmiotowej, gdyż tego rodzaju czynniki stanowią w jej przypadku dominujący element kalkulacyjny. Wobec tego brak jest podstaw do przyjęcia, iż pomiędzy gminą, a skarżąca dochodzi do wymiany świadczeń, sprawiających, że należałoby to interpretować jako świadczenie usługi.
(…) Pozostawanie poza kręgiem organów samorządowych, na co zwrócono uwagę w zaskarżonej interpretacji, wbrew twierdzeniu organu, nie przesądza jednak, iż w przypadku opisanym we wniosku należy uznać skarżącą za podatnika podatku od towarów i usług. Skarżąca działa tu bowiem w zakresie kompetencji organów władzy publicznej, tak więc już tylko z tego powodu, na podstawie art. 15 ust. 6 ustawy o podatku od towarów i usług, nie sposób jest uznać, iż działa ona tu w charakterze podatnika podatku od towarów i usług.

[102] Wyrok *WSA w Warszawie z dnia 14 sierpnia 2019 r., III SA/Wa 3089/18:*
(…) nie wszystkie zadania własne wykonywane przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywane są w ramach władztwa publicznego. To, że dany zakres zadań należy do zadań własnych gminy nie oznacza

- Do odmiennych wniosków doszedł WSA siedziba w Gliwicach w wyroku z dnia 8 listopada 2017 r., III SA/Gl 802/17. Sąd stwierdził, że w związku z tym, że działalność w zakresie odbioru odpadów biodegradowalnych wykonywana przez podmiot prawa publicznego i w ramach sprawowania władzy publicznej, to otrzymywane od gminy środki finansowe w postaci rekompensaty na pokrycie strat powstałych przy realizacji jej zadań nie stanowią opodatkowanej zapłaty czy wynagrodzenia za świadczenie usługi, nie ma także możliwości wystawiania w takim przypadku faktury VAT.
- W przedmiocie inwestycji drogowych JST zapadł wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 maja 2019 r., I FSK 577/17. W tej sprawie gmina stała na stanowisku, że budowa drogi była związana z chęcią zapewnienia dojazdu do sprzedawanych działek budowlanych i budowa ta nie miała zasadniczo wpływu na usprawnienie ruchu drogowego w gminie. Jak podnosiła skarżąca gmina - gdyby nie chęć zapewnienia dojazdu do sprzedawanych działek, uatrakcyjnienie ich w ten sposób - wnioskodawca nie podjąłby się budowy. W świetle orzeczenia, pomimo takiej argumentacji, gmina budując drogę nie jest podatnikiem VAT (sprawa dotyczyła określenia czy gminie przysługuje prawo do odliczenia VAT naliczonego od wydatków poniesionych na inwestycje). [103]
- Odmienne stanowisko NSA przyjął w wyroku z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. I FSK 1113/19. W przedmiotowym wyroku gmina w celu przygotowania gruntów na sprzedaż dokonała szeregu inwestycji, polegających na wyposażeniu działek w sieci wodno-kanalizacyjne i energetyczne, infrastrukturę drogową oraz oświetlenie. Ponadto gmina odwodniła działki oraz dokonała przebudowy drogi gminnej wraz ze skrzyżowaniami, chodnikiem, zjazdami, poboczem, oświetleniem oraz przepustami i rowami - celem skomunikowania terenów stref inwestycyjnych z pozostałymi terenami.

Zdaniem gminy ponoszone wydatki mają związek z jej działalnością opodatkowaną, a inwestycje mają na celu zwiększenie atrakcyjności działek co wpływa na ich cenę. Gmina stanęła na stanowisku, że przysługuje jej pełne prawo do odliczenia VAT naliczonego od ponoszonych wydatków w związku z realizacją inwestycji na tych działkach.

NSA potwierdził stanowisko gminy, wskazując, że przysługuje jej pełne prawo do odliczenia VAT naliczonego od wydatków poniesionych na inwestycje. [104]

---

automatycznie, że jest to zadanie wykonywane w charakterze organu władzy publicznej publicznego. Decyduje tu faktyczny charakter w jakim wykonywane są te działania. Ponadto inaczej załatwia się sprawy np. kultury, zaopatrzenia w wodę, zagospodarowania odpadów, a inaczej sprawy dotyczące porządku publicznego, bezpieczeństwa, ochrony przeciwpożarowej itp. W ocenie Sądu, analogicznie należy ocenić charakter dopłat otrzymywanych przez Skarżącą od Miasta w opisanym we wniosku zdarzeniu przyszłym. Na dopłatę tę składać się mają opłaty mieszkańców za zagospodarowanie oraz rekompensata, która ma pokrywać kwotę rozsądnego zysku oraz ewentualne niedobory opłat zebranych przez mieszkańców. Podzielić należy stanowisko organu interpretacyjnego, że pomiędzy płatnością, którą otrzymuje Spółka, a świadczeniem usług należących do zadań własnych Miasta zachodzi związek bezpośredni, gdyż płatność ta następuje w zamian za to świadczenie - wykonywanie dla Miasta określonych, powierzonych czynności. Nie można zatem przyjąć, że między Miastem a Spółką nie następuje wymiana świadczeń, że w ogóle nie istnieją strony takiego stosunku zobowiązaniowego, tj. świadczenia usług. W ocenie Sądu, w zdarzeniu przyszłym opisanym we wniosku mamy do czynienia z wynagrodzeniem za usługę, a w konsekwencji z odpłatnym świadczeniem usług.

[103] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 maja 2019 r., I FSK 577/17:
Z powyższych przepisów wynika, że podejmując decyzję o wyznaczeniu i budowie drogi gminnej, gmina wykorzystuje instrumenty właściwe dla organu władzy publicznej, a także, że drogi gminne niezależnie od miejsca ich usytuowania służą zasadniczo lokalnym potrzebom i może z nich korzystać każdy. Ponadto nabywca działki budowlanej, nie posiada roszczenia o budowę drogi gminnej przebiegającej w pobliżu jego posesji, zaś spowodowaną jego inwestycją przebudowę lub budowę drogi realizuje jako swój obowiązek i finansuje z własnych środków. Tak więc budowa przez gminę, będących drogami gminnymi, dróg dojazdowych do działek będących przedmiotem przez gminę sprzedaży nie oznacza, że budowa tych dróg nastąpi w ramach prowadzonej przez gminę działalności gospodarczej (poza działalnością gminy jako organu władzy publicznej).

[104] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. I FSK 1113/19:
Należy przyznać rację Sądowi I instancji, że da się zauważyć uchwytny związek pomiędzy wyszczególnionym we wniosku zakupem towarów i usług na realizację opisanej inwestycji z czynnościami opodatkowanymi, jakimi są sprzedaże działek, a zatem została spełniona przesłanka, o której mowa w art. 86 ust. 1 ustawy o podatku od

- W wyroku z 6 marca 2019 r., sygn. I FSK 524/17 Naczelny Sąd Administracyjny badał sprawę spółki komunalnej, której zadaniem było przedsięwzięcie inwestycyjne obejmującego budowę drogi oraz utrzymanie wybudowanej infrastruktury w odpowiednim stanie technicznym, obejmującym również jej odtworzenie. Spółka utrzymywała, że ma możliwości skorzystania z prawa do obniżenia podatku należnego o podatek naliczony przy nabyciu towarów i usług na potrzeby i w trakcie realizacji inwestycji. Realizacja inwestycji miała nastąpić ze środków własnych spółki pochodzących z podwyższenia jej kapitału zakładowego przez gminę.

W ocenie sądu spółce komunalnej nie przysługuje prawo do odliczenia podatku VAT od wydatków związanych z budową drogi. Zdaniem sądu, wynagrodzenie za świadczenie na rzecz gminy skalkulowane zostanie w oparciu o koszty związane z utrzymaniem wytworzonej drogi oraz koszty funkcjonowania spółki komunalnej. Wartość wynagrodzenia nie uwzględni kosztów budowy.

Dodatkowo, infrastruktura drogowa nie będzie mogła zostać uznana za wykorzystywaną do czynności opodatkowanych, gdyż sama w sobie nie generuje wynagrodzenia spółki. [105]

Podsumowując, w orzecznictwie sądowoadministracyjnym nie udało się wypracować jednolitego stanowiska w sprawie traktowania komunalnej spółki prawa handlowego jako podatnika podatku VAT z tytułu wykonywania zadań publicznych powierzonych jej przez JST.

Należy zaznaczyć, że wśród starszych orzeczeń dominowało stanowisko, że spółka komunalna wykonująca takie zadania, jest w tym zakresie odrębnym podmiotem - posiadającym status podatnika VAT.

Z czasem sformułowano jednak odmienny pogląd, wedle którego, spółki komunalnej wykonującej za wynagrodzeniem zadania publiczne, nie można traktować jako podatnika podatku VAT.

---

towarów i usług, bowiem zakupione usługi i towary są i będą wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych. Zasadnie Sąd pierwszej instancji wskazał, że dla takiej oceny istotne i wiążące są przedstawione we wniosku o wydanie interpretacji okoliczności powstawania inwestycji i związane z inwestycją zamiary Gminy. We wniosku wyraźnie podkreślono, że celem inwestycji było zwiększenie popytu na nieruchomości gminne i osiągnięcie jak najwyższej ceny z ich sprzedaży. Wyraźnie też zaznaczono, że celem wzbogacenia działek o określone media i infrastrukturę było zachęcenie inwestorów do kupna działek, bowiem tereny należące do Gminy są atrakcyjne dla potencjalnych przedsiębiorców w kontekście prowadzenia na nich działalności gospodarczej. Sąd pierwszej instancji trafnie wskazał też, że wszystkie dokumenty, takie jak: analiza i ekspertyza popytu, programy funkcjonalno-użytkowe oraz studium wykonalności wykonywane były celem ustalenia rozmiarów Inwestycji. Wykonanie robót budowlanych z branży drogowej ma natomiast na celu zapewnienie jak najlepszej komunikacji wewnątrz stref oraz jak najlepszego połączenia stref z drogami zewnętrznymi. Gmina, nie tworzyłaby przedmiotowej infrastruktury drogowej, gdyby nie miała na celu dokonania dostawy znajdujących się przy nich gruntów celem utworzenia stref inwestycyjnych. W takim samym celu ponoszone były wydatki na wycinkę drzew znajdujących się na działkach, które niewycięte uniemożliwiałyby zabudowę oraz na promocję Inwestycji.

[105] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 marca 2019 r., sygn. I FSK 524/17:
Uwzględniając powyższe stwierdzić więc należy, że art. 86 ust. 1 u.p.t.u. nie gwarantuje podatnikowi uprawnienia do odliczenia podatku naliczonego w każdym przypadku, gdy prowadzi on działalność opodatkowaną podatkiem od towarów i usług. Prawo do odliczenia powstaje dopiero wtedy, gdy podatnik dokonuje czynności opodatkowanych, tj. sprzedaży towarów lub usług, w wyniku czego po jego stronie powstaje podatek należny, a jednocześnie wydatki ponoszone na towary i usługi, przy nabyciu których naliczony został podatek, pozostają w związku z tą sprzedażą opodatkowaną. Innymi słowy, prawo do odliczenia nie powstaje, jeżeli podatnik bądź to nie dokonuje czynności opodatkowanych bądź też, wprawdzie dokonuje sprzedaży opodatkowanej, ale pomiędzy tą sprzedażą a ponoszonymi przez podatnika wydatkami żaden związek nie występuje.

W przypadku Pakietowego Projektu PPP:

- po pierwsze, **spółka komunalna będzie w dużym stopniu uzależniona od tworzących ją JST** – ponieważ nie przewiduje się, aby wspólnikami spółki były inne podmioty, a tym samym 100% udziałów spółki będzie w posiadaniu JST biorących udział w Projekcie (JST będą jednocześnie zobowiązane do finansowania działalności spółki),
- po drugie, **przedmiotem działalności spółki komunalnej będzie wykonywanie zadań publicznych tworzących ją JST** w zakresie realizacji inwestycji budowy/remontu i utrzymania dróg publicznych, w szczególności poprzez przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania, zawarcia Umowy o PPP i zarządzania Umową o PPP.

W świetle powyższych ustaleń oraz przedstawionego orzecznictwa, **wydaje się, iż na gruncie Pakietowego Projektu PPP, spółka komunalna nie będzie posiadać statusu podatnika VAT**, ze względu na ograniczoną autonomię oraz przedmiot jej działalności (wykonywanie zadań publicznych).

Z posiadaniem statusu podatnika VAT wiąże się nie tylko konieczność uiszczania podatku VAT, ale również możliwość obniżenia kwoty podatku należnego o wartość podatku naliczonego.[106]

W świetle powyższego, w ramach realizacji Pakietowego Projektu PPP, **rekomendujemy wystąpienie z wnioskiem o wydanie indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego** w powyższym przedmiocie.

Opodatkowanie podatkiem PCC zawarcia umowy spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej i zmiany umowy (statutu) spółki, skutkującej podwyższeniem kapitału zakładowego

- opodatkowanie podatkiem PCC zawarcia umowy spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej

Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. k) u.p.c.c., obowiązkiem podatkowym w podatku PCC objęta jest umowa spółki. W świetle art. 1 ust. 2 pkt 1 u.p.c.c. przepisy ustawy o umowie spółki stosuje się odpowiednio do aktów założycielskich spółek, czy statutów spółek. Oznacza to, że w świetle tej ustawy, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółka akcyjna opodatkowane są w taki sam sposób.

Obowiązek podatkowy wynikający z zawarcia umowy spółki, ciąży na samej spółce. (art. 4 pkt 9 u.p.c.c.). Nie zmienia tego okoliczność, że ta powstaje dopiero w momencie zawarcia umowy spółki – jako spółka w organizacji (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 marca 2018 r., II FSK 560/16, choć wyrok dotyczy spółki osobowej, to z powodzeniem można go stosować do spółek kapitałowych gdyż dotyczy tożsamej regulacji).

Podstawę opodatkowania przy zawarciu umowy stanowi wartość kapitału zakładowego (art. 6 ust. 1 pkt 8 lit. „a" u.p.c.c.).

Stawka podatku od czynności cywilnoprawnych od umowy spółki wynosi 0,5% podstawy opodatkowania (art. 7 ust. 9 u.p.c.c.)

Na podatniku ciąży obowiązek złożenia deklaracji w sprawie podatku PCC (bez wezwania organu podatkowego), według ustalonego wzoru, a także obliczenia i wpłaty podatku w terminie 14 dni od dnia powstania obowiązku podatkowego. Wyjątek stanowi sytuacja, gdy podatek jest

[106] Regulacje u.p.t.u. wyraźnie stanowią, iż prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o wartość podatku naliczonego przysługuje po łącznym spełnieniu dwóch warunków. Zgodnie z art. 86 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 1 u.p.t.u. są one następujące:
- odliczenie dokonywane jest przez podatnika VAT,
- towary i usługi, w związku z nabyciem których naliczony został podatek służą czynnościom opodatkowanym.

Wynika z tego, że prawo do odliczenia naliczonego podatku przysługuje zatem wyłącznie czynnym podatnikom VAT. W związku z tym, że w ramach Pakietowego Projektu PPP, nie przewiduje się, aby spółka komunalna realizowała sprzedaż towarów lub usług (przedmiotem jej działalności będzie realizacja inwestycji), tym samym co do zasady, nie będzie korzystać prawa odliczenia podatku VAT naliczonego.

pobierany przez płatnika. Płatnikiem takim, w przedmiotowej sytuacji, może być notariusz – gdy czynność cywilnoprawna dokonywana jest w formie aktu notarialnego (art. 10 ust. 1 i 2 u.p.c.c.).

Ustawy podatkowe przewidują szereg sytuacji, w których nie dochodzi do opodatkowania. Należą do nich wyłączenie z opodatkowania (brak objęcia danym podatkiem określonych stanów faktycznych i prawnych), zwolnienia podmiotowe (polegające na wyłączeniu pewnej kategorii podmiotów z zakresu podmiotowego danego podatku) oraz zwolnienia przedmiotowe (skutkujące wyłączeniem określonych kategorii stanów faktycznych lub prawnych z przedmiotu danego podatku).

Wspomniane wyłączenia zostały przewidziane m.in. w art. 2 pkt 1 lit. g) oraz h) u.p.c.c.

W świetle tych przepisów, **nie podlegają podatkowi czynności cywilnoprawne w sprawach podlegających przepisom o gospodarce nieruchomościami lub przepisom o autostradach płatnych, a także w sprawach podlegających przepisom o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg krajowych**.

Ustawa przewiduje również zwolnienia. **W świetle art. 8 ust 4 u.p.c.c., JST są zwolnione od podatku PCC**.

Ustawodawca nie przewidział żadnych dodatkowych warunków, które spełnić musiałaby JST, aby móc skorzystać z omawianego zwolnienia. Jednakże, należy pamiętać o specyfice wykładni przepisów dotyczących ulg i zwolnień podatkowych. Jedną z jej podstawowych założeń jest zasada ścisłej interpretacji przepisów wprowadzających przywileje podatkowe. Oznacza to, że na gruncie wykładni językowej, omawiane zwolnienie może być stosowane do podmiotów bezpośrednio określonych w ustawie.W doktrynie nie ma jednak zgody, co do możliwości objęcia spółki komunalnej przedmiotowym zwolnieniem. [107,108,109]

---

[107] Zbigniew Ofiarski, Komentarz do ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych, [w:] Ustawy: o opłacie skarbowej, o podatku od czynności cywilnoprawnych. Komentarz, wyd. III:
„Jeżeli jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością utworzy w drodze jednostronnej czynności cywilnoprawnej, nazwanej aktem założycielskim spółki sporządzonym przez jednego wspólnika jednostka samorządu terytorialnego, to czynność ta korzysta ze zwolnienia od podatku od czynności cywilnoprawnych na mocy art. 8 pkt 4 u.p.c.c."

[108] Aleksy Goettel, Mieczysław Goettel, Podatek od czynności cywilnoprawnych. Komentarz:
Przepis art. 8 pkt 4 musi być interpretowany w sposób ścisły. Tak więc omawianym przywilejem podatkowym nie są objęte jednostki organizacyjne (gminne, powiatowe lub wojewódzkie) tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego. Mogą to być przede wszystkim samorządowe osoby prawne (np. spółki akcyjne lub z ograniczoną odpowiedzialnością, fundacje). W obrocie prawnym działają one jako odrębne (w stosunku do j.s.t.) podmioty. W zakres pojęcia "jednostki samorządu terytorialnego" nie wchodzą jednostki pomocnicze gminy (sołectwa, dzielnice, osiedla i inne), jednak ich działania są działaniami gminy. Jeżeli chodzi natomiast o jednostki organizacyjne gmin, powiatów i województw (będące odpowiednikiem stationes fisci Skarbu Państwa), np. urzędy, szkoły i inne samorządowe placówki oświatowe, placówki opiekuńczo-wychowawcze, samorządowe instytucje kultury itd., są to podmioty działające w imieniu j.s.t. Tak więc czynności cywilnoprawne dokonywane przez te jednostki (jak również jednostki pomocnicze gminy) są czynnościami odpowiednio gminy, powiatu lub województwa.

[109] Tomasz Nierobisz, Adam Wacławczyk – Podatek od czynności cywilnoprawnych. Komentarz praktyczny:
Ze zwolnienia korzystają wyłącznie jednostki samorządu terytorialnego. Przepisy dotyczące zwolnień z opodatkowania, jako wprowadzające odstępstwo od zasady powszechności opodatkowania, nie mogą być interpretowane rozszerzająco. W związku z powyższym należy zwrócić uwagę, że jednostki samorządu terytorialnego prowadzą gospodarkę komunalną w formie m.in. spółek prawa handlowego. Jednostki te mogą tworzyć spółki i przystępować przede wszystkim do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych. W wykonaniu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jednostka samorządu terytorialnego może tworzyć, wspólnie z partnerem prywatnym, spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne. Mając na uwadze, że jednostki samorządu terytorialnego posiadają odrębną podmiotowość prawną od spółek tworzonych z ich udziałem, ze zwolnienia, o którym mowa w komentowanym przepisie, nie może korzystać spółka, w której gmina jest wspólnikiem lub akcjonariuszem.

Obok wyżej wymienionego zwolnienia podmiotowego, przewidziano także zwolnienie o charakterze przedmiotowym. Zgodnie z art. 9 pkt 11 lit. d) u.p.c.c. zwolnione z podatku są umowy spółki, jeżeli przedmiotem działalności spółki kapitałowej jest świadczenie usług użyteczności publicznej w zakresie transportu publicznego, zarządzania portami i przystaniami morskimi, zaopatrzenia ludności w wodę, gaz, energię elektryczną, energię cieplną, zbiorowego odprowadzania ścieków, i w wyniku zawarcia umowy spółki JST obejmuje co najmniej połowę udziałów lub akcji w tej spółce albo w chwili zmiany umowy spółki JST posiada już co najmniej połowę udziałów lub akcji w tej spółce.

Analizując brzmienie przytoczonego przepisu, należy zauważyć, że aby skorzystać ze zwolnienia muszą zostać spełnione łącznie dwa warunki. Pierwszym warunkiem jest określony przedmiot działalności spółki komunalnej. Drugim zaś, wymóg określonej struktury właścicielskiej. Spółka komunalna musi prowadzić działalność określoną w ustawie. Nie ograniczono tutaj możliwości łączenia różnych rodzajów działalności. Co istotne, wskazany w ustawie katalog, jest katalogiem zamkniętym - ogranicza to możliwość zastosowania zwolnienia podatkowego jedynie do rodzajów działalności enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. W związku z tym, wskazane zwolnienie nie znajdzie zastosowania do analizowanego Pakietowego Projektu PPP, którego przedmiotem jest budowa/ remont i utrzymanie dróg gminnych lub powiatowych.

Podatek PCC jest daniną publiczną stanowiącą źródło dochodu samorządu terytorialnego (jedno ze źródeł dochodów własnych gmin). W związku z tym, należy podkreślić, że zapłata podatku przez spółkę komunalną oraz uzyskanie z tego tytułu dochodu przez gminę, będącą wspólnikiem tej spółki, będzie, w ramach tej struktury właścicielskiej, neutralne podatkowo. Wpływy z tego podatku będą bowiem przekazywane na rachunek budżetu gminy, na obszarze której spółka posiada siedzibę. Należy jednak zauważyć, że sytuacja będzie kształtować się odmiennie w przypadku zapłaty podatku przez spółkę komunalną, której udziałowcem (akcjonariuszem) jest powiat bądź gmina, na której obszarze spółka nie posiada siedziby. W związku z tym, rekomendowane jest uregulowanie w porozumieniu/umowie zawartej pomiędzy JST tworzącymi spółkę, aby JST otrzymująca wpływy z omawianego podatku, przeznaczała równowartość uzyskanych w ten sposób środków na rzecz spółki komunalnej w celu sfinansowania jej działalności w ramach Pakietowego Projektu PPP.

WAŻNE: Zawarcie umowy spółki komunalnej będzie opodatkowane podatkiem PCC. Obowiązek podatkowy będzie ciążyć na spółce komunalnej. Podstawę opodatkowania przy zawarciu umowy spółki stanowi wartość kapitału zakładowego, zaś stawka podatku PCC wynosi 0,5% podstawy opodatkowania. Ponieważ wpływy z podatku PCC stanowią dochód gminy (nie powiatu), w której siedzibę ma spółka, warto w przypadku Pakietowego Projektu PPP ustalić, iż spółka komunalna będzie mieć siedzibę w jednej z gmin biorących udział w Projekcie. JST mogą również w umowie spółki lub odrębnej umowie ustalić, iż gmina, która będzie uzyskiwać wpływy z podatku PCC w związku z działalnością spółki komunalnej, będzie przeznaczać równowartość tych środków na dofinansowanie realizacji Pakietowego Projektu PPP.

- opodatkowanie podatkiem PCC zmiany umowy (statutu) spółki, skutkującej podwyższeniem kapitału zakładowego spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej

W świetle art. 1 ust. 2 pkt 2 u.p.c.c. opodatkowaniu podlega zmiana umowy spółki, jeżeli powoduje ona podwyższenie podstawy opodatkowania podatkiem od czynności cywilnoprawnych.

Za zmianę umowy przy spółce kapitałowej uważa się podwyższenie kapitału zakładowego z wkładów lub ze środków spółki.

Podstawę opodatkowania stanowi wartość wkładów powiększających majątek spółki osobowej albo wartość, o którą podwyższono kapitał zakładowy (art. 6 ust. 1 pkt 8 lit. b) u.p.c.c.).

W pozostałym zakresie (tzn. podmiotu, na którym ciąży obowiązek podatkowy, obowiązku złożenia deklaracji, obliczenia i wpłaty podatku, stawki podatku, a także możliwości skorzystania z wyłączenia oraz zwolnień podatkowych), aktualne zostają zasady określone w tiret powyżej [„opodatkowanie podatkiem PCC zawarcia umowy spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej"].

Podsumowując, **zmiana umowy (statutu) spółki, skutkująca podwyższeniem kapitału zakładowego spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej będzie opodatkowana podatkiem PCC.**

Ponieważ podatek PCC jest daniną publiczną stanowiącą źródło dochodu gminy (na obszarze której spółka posiada siedzibę), warto w ramach Pakietowego Projektu PPP **uregulować kwestię przeznaczenia równowartości tych dochodów na sfinansowanie realizacji przedsięwzięcia**. W tym zakresie warto, aby w porozumieniu/umowie zawartej pomiędzy JST tworzącymi spółkę przewiedzieć, iż JST otrzymująca wpływy z omawianego podatku, przeznaczała równowartość uzyskanych w ten sposób środków na rzecz spółki komunalnej w celu sfinansowania jej działalności w ramach Pakietowego Projektu PPP. Dzięki takiemu rozwiązaniu, zostaną zniwelowane negatywne skutki podatkowe związane z dokonaniem zmiany umowy spółki.

Opodatkowanie objęcia udziałów (akcji) w spółce na gruncie podatku CIT oraz podatku VAT

Objęcie udziałów (akcji) może nastąpić poprzez wniesienie przez wspólnika (akcjonariusza) wkładu pieniężnego bądź niepieniężnego. Należy podkreślić, że na gruncie u.p.d.o.p. jaki i u.p.t.u. występują odmienne skutki podatkowe w zależności od przedmiotu wkładu niepieniężnego (aportu).

W przypadku zakładania spółki komunalnej na potrzeby realizacji Pakietowego Projektu PPP, głównie przewiduje się wnoszenie wkładów pieniężnych. Skutki podatkowe wniesienia takich wkładów do spółki komunalnej przedstawiają się następująco:

- opodatkowanie objęcia udziałów (akcji) za wkład pieniężny na gruncie podatku CIT

Kwestie dotyczące opodatkowania przychodu po stronie podatników dokonujących wkładu pieniężnego określa art. 12 ust. 1 pkt 7 u.p.d.o.p.[110].

Należy zauważyć, że wskazany przepis nie obejmuje swoim zakresem przypadków wnoszenia do spółki wkładów pieniężnych.

A zatem, wnioskując *a contrario*, **wniesienie wkładu pieniężnego do spółki równego wartości nominalnej udziałów nie spowoduje powstania po stronie podmiotu wnoszącego przychodu w dacie tego zdarzenia.**

- opodatkowanie objęcia udziałów (akcji) za wkład pieniężny na gruncie podatku VAT

Na gruncie u p.t.u., **wkład pieniężny jest neutralny podatkowo, nie stanowi on dostawy towarów, ani świadczenia usług**. W związku z powyższym, nieistotny jest status wspólnika spółki jako podatnika VAT oraz to, czy w ramach wniesienia wkładu pieniężnego działa jako podatnik VAT.

- opodatkowanie objęcia udziałów (akcji) za wkład niepieniężny na gruncie podatku CIT

W przypadku zakładania spółki komunalnej na potrzeby realizacji Pakietowego Projektu PPP, zasadniczo, nie przewiduje się wnoszenia wkładów niepieniężnych. W jednostkowych przypadkach, JST mogą uznać wniesienie wkładu niepieniężnego do spółki za uzasadnione, stąd, w Analizie pokrótce zostaną przedstawione skutki podatkowe wnoszenia takiego wkładu do spółki komunalnej:

[110] W przypadku objęcia udziałów w spółce (akcji) w zamian za wkład niepieniężny - w postaci innej niż przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część - przychód stanowi wartość wkładu określona w statucie lub umowie spółki (jeżeli wartość wkładu nie została określona lub została określona w wysokości niższej od rynkowej, przychodem jest wartość rynkowa określona na dzień przeniesienia własności przedmiotu wkładu).

W świetle art. 12 ust. 1 pkt 7 u.p.d.o.p., w przypadku objęcia udziałów w spółce (akcji) w zamian za wkład niepieniężny - w postaci innej niż przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część - przychód stanowi wartość wkładu określona w statucie lub umowie spółki (jeżeli wartość wkładu nie została określona lub została określona w wysokości niższej od rynkowej, przychodem jest wartość rynkowa określona na dzień przeniesienia własności przedmiotu wkładu).

Według omawianej regulacji, z chwilą objęcia udziałów podmiot wnoszący wkład niepieniężny w innej postaci niż przedsiębiorstwo bądź jego zorganizowaną część uzyskuje przychód podlegający opodatkowaniu.

Przychodem takim będzie wartość nominalna objętych udziałów (akcji). Będzie to przychód zaliczany do źródła przychodów z zysków kapitałowych (art. 7b ust. 1 pkt 2 u.p.d.o.p.).

Tak określony przychód powstaje w dniu zarejestrowania spółki, bądź rejestracji podwyższenia jej kapitału zakładowego (art. 12 ust. 1b pkt 1 i 2 u.p.d.o.p.)

Jednocześnie, w świetle art. 16 ust. 1 pkt 8 u.p.d.o.p. wydatki na objęcia udziałów (akcji) nie uznaje się za koszty uzyskania przychodów w momencie ich objęcia – wydatki takie są kosztem uzyskania przychodu z odpłatnego zbycia tych udziałów (akcji).

- opodatkowanie objęcia udziałów (akcji) za wkład niepieniężny na gruncie podatku VAT

Zgodnie z przepisem art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u., opodatkowaniu podatkiem podlegają:

- odpłatna dostawa towarów,

- odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

W myśl art. 7 ust. 1 u.p.t.u., przez dostawę towarów, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u., rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel. Zgodnie z art. 2 pkt 6 u.p.t.u., za towary rozumie się rzeczy oraz ich części, a także wszelkie postacie energii.

Przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7 u.p.t.u. (art. 8 ust. 1 u.p.t.u.).

Czynność wniesienia aportu, w zależności od jego przedmiotu, może spełniać przesłanki uznania jej za dostawę towarów w myśl art. 7 ust. 1 u.p.t.u. lub za świadczenie usług w świetle art. 8 ust. 1 u.p.t.u. (jest to każde świadczenie które nie stanowi dostawy towarów, w szczególności przeniesienie praw do wartości niematerialnych i prawnych, bez względu na formę, w jakiej dokonano czynności prawnej). Dla przykładu, aport gruntu albo budynku może zostać uznany za odpłatną dostawę towarów,

Należy zaznaczyć, że aport nie podlega opodatkowaniu na gruncie u.p.t.u. w sytuacji, gdy dokonuje go osoba, która nie jest podatnikiem, a nawet gdy jest podatnikiem VAT, ale w tej konkretnej czynności nie działa w takim charakterze.

- opodatkowanie podatkiem PCC wkładu skutkującego podwyższeniem kapitału zakładowego

Jeżeli wyżej opisane wkłady skutkować będą podwyższeniem kapitału zakładowego, nastąpi opodatkowanie podatkiem PCC zmiany umowy (statutu) spółki, opisane w pkt 2 tiret 2 powyżej „opodatkowanie podatkiem PCC zmiany umowy (statutu) spółki, skutkującej podwyższeniem kapitału zakładowego spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej”.

WAŻNE: Na gruncie prawa podatkowego wkład pieniężny do spółki komunalnej:
- jeżeli skutkuje podwyższeniem kapitału zakładowego, jest opodatkowany podatkiem PCC,
- nie wywołuje skutków na gruncie podatku CIT,
- nie wywołuje skutków na gruncie podatku VAT.

Opodatkowanie dokonania dopłat na gruncie podatków PCC, VAT i CIT

- opodatkowanie podatkiem PCC dokonania dopłat skutkujących podwyższeniem kapitału zakładowego

Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. k) u.p.c.c., podatkowi podlega umowa spółki (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółka akcyjna opodatkowane są według tych samych zasad – stosownie do art. 1 ust. 2 pkt. 1 u.p.c.c.). Przepisy ustawy dotyczące umowy spółki i jej zmian stosuje się odpowiednio do aktów założycielskich spółek, statutów spółek i ich zmian.

W świetle art. 1 ust. 1 pkt 2 u.p.c.c. opodatkowaniu podlega także zmiana umowy spółki, jeżeli powoduje ona podwyższenie podstawy opodatkowania podatkiem od czynności cywilnoprawnych.

Za zmianę umowy, w świetle art. 1 ust. 3 pkt. 2 u.p.c.c., przy spółce kapitałowej uważa się wniesienie dopłat. Na gruncie u.p.c.c. dopłaty kwalifikowane są więc jako zmiana umowy spółki kapitałowej.

Podstawę opodatkowania stanowi kwota dopłat (art. 6 ust. 1 pkt 8 lit. c) u.p.c.c.).

W pozostałym zakresie tzn. podmiotu, na którym ciąży obowiązek podatkowy, obowiązku złożenia deklaracji, obliczenia i wpłaty podatku, stawki podatku, a także możliwości skorzystania z wyłączenia oraz zwolnień podatkowych, aktualne zostają zasady określone w podpunkcie 2) [„opodatkowanie podatkiem PCC zawarcia umowy spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej"].

Podsumowując, **dokonanie dopłat w spółce z o.o. oraz spółce akcyjnej, będzie opodatkowana podatkiem PCC.**

Ponieważ podatek PCC jest daniną publiczną stanowiącą źródło dochodu gminy (na obszarze której spółka posiada siedzibę), warto w ramach Pakietowego Projektu PPP uregulować kwestię przeznaczenia równowartości tych dochodów na sfinansowanie realizacji przedsięwzięcia. W tym zakresie warto, aby w porozumieniu/umowie zawartej pomiędzy JST tworzącymi spółkę przewiedzieć, iż JST otrzymująca wpływy z omawianego podatku, przeznaczała równowartość uzyskanych w ten sposób środków na rzecz spółki komunalnej w celu sfinansowania jej działalności w ramach Pakietowego Projektu PPP. Dzięki takiemu rozwiązaniu, zostaną zniwelowane negatywne skutki podatkowe związane z dokonaniem dopłat do spółki.

- opodatkowanie podatkiem VAT dokonania dopłat

Dopłaty wnoszone przez udziałowców bądź akcjonariuszy nie są wliczane w podstawę opodatkowania, (w rozumieniu art. 29a ust. 1 u.p.t.u.), jeżeli nie mają one bezpośredniego wpływu na cenę świadczonych usług. Analiza tego przepisu została przeprowadzona w rozdziale 1.3.1.1 lit. f) „skutki podatkowe przekazania dotacji na gruncie podatku VAT", a wnioski tam przedstawione pozostają aktualne dla niniejszej kwestii.

W ramach Pakietowego Projektu PPP przewiduje się, iż dopłata będzie pełnić środek dofinansowania spółki komunalnej w zakresie jej działalności polegającej na wykonywaniu określonych zadań publicznych. Zatem jej celem ma być wyłącznie pokrycie kosztów związanych z realizacją Projektu. W ramach Projektu nie jest również planowane, aby spółka komunalna świadczyła usługi.

W związku z tym, **dokonywane na rzecz spółki komunalnej dopłaty nie będą pełnić funkcji dopłat do cen usług (dotacji przedmiotowych). Tym samym, będzie to skutkowało brakiem opodatkowania na gruncie podatku VAT**. Stanowisko to potwierdza praktyka organów krajowej administracji skarbowej.[111]

[111] interpretacja indywidualna przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia z dnia 12 kwietnia 2011 r., sygn. IPPP2/443-355/11-2/JO:
(…) przedmiotowe dopłaty wnoszone przez Wnioskodawcę, nie stanowią obrotu, w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, będącego podstawą opodatkowania, gdyż nie mają one bezpośredniego wpływu na cenę świadczonych usług. Dopłata taka ma charakter ogólny, a jej celem jest m. in. pokrycie ujemnego

- opodatkowanie podatkiem CIT dokonania dopłat w spółce z o.o. oraz spółce akcyjnej

Zgodnie z art. 12 ust. 4 pkt. 11 u.p.d.o.p. do przychodów nie zalicza się dopłat wnoszonych do spółki, jeżeli ich wniesienie następuje w trybie i na zasadach określonych w odrębnych przepisach. Warunkiem braku powstania przychodu jest zachowanie trybu określonego w przepisach regulujących przedmiotową kwestię – k.s.h. Odstępstwa od procedury przewidzianej w tych przepisach, mogą spowodować powstanie przychodu u spółki komunalnej.

Z punktu widzenia podmiotu wnoszącego dopłaty (JST) istotny jest art. 16 ust. 1 pkt 53 u.p.d.o.p., zgodnie z którym, dopłat nie uważa się za koszty uzyskania przychodów.

W przypadku zwrotu wniesionych dopłat na rzecz wspólnika, znajdzie zastosowanie art. 12 ust. 4 pkt 21 u.p.d.o.p. W świetle tego przepisu, do przychodów nie zalicza się zwróconych wspólnikom dopłat, wniesionych do spółki zgodnie z odrębnymi przepisami (k.s.h.) – w wysokości określonej w złotych na dzień ich faktycznego wniesienia. Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 53 u.p.d.o.p. zwrotu dopłat nie uważa się za koszty uzyskania przychodów.

Podsumowując, **prawidłowe (na gruncie k.s.h.) wniesienie dopłat do spółki kapitałowej, nie wywoła skutków na gruncie podatku CIT.**

WAŻNE: Na gruncie prawa podatkowego dopłata do spółki komunalnej:
- jest opodatkowana podatkiem PCC,
- nie wywołuje skutków na gruncie podatku CIT,
- nie powinna wywołać skutków na gruncie podatku VAT.

Opodatkowanie przekazania na rzecz spółki komunalnej dotacji celowych na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC

- opodatkowanie przekazania dotacji celowych na rzecz spółki komunalnej na gruncie podatku VAT i podatku CIT

W zakresie skutków podatkowych przekazania dotacji celowej – więcej na ten temat w rozdziale 1.3.1.1. pkt 6) Analizy.

- opodatkowanie przekazania dotacji celowych na rzecz spółki komunalnej na gruncie podatku PCC

Uzupełniająco, warto dodać, że podobnie, jak w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego, umowa o dotację celową (pomiędzy spółką komunalną a JST) nie należy do czynności cywilnoprawnych wymienionych w katalogu zawartym w art. 1 ust. 1 u.p.c.c. (został on przywołany w rozdziale 1.1.2.4) Analizy „skutki podatkowe umowy użyczenia nieruchomości pomiędzy JST a Partnerem Prywatnym na gruncie podatku VAT, podatku CIT i podatku PCC").

Tym samym, udzielenie dotacji celowej na podstawie umowy, na rzecz spółki komunalnej, nie wywoła skutków podatkowych na gruncie u.p.c.c.

WAŻNE: Na gruncie prawa podatkowego dotacja na rzecz spółki komunalnej:
- znajduje się poza zakresem podatku PCC,
- nie powinna wywołać skutków na gruncie podatku VAT,
- jest zwolniona przedmiotowo z podatku CIT.

wyniku finansowego oraz wydatków związanych z funkcjonowaniem spółki. Tym samym nie stanowią dopłaty do ceny usługi, a w związku z tym nie podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług.

Stabilność spółki komunalnej

Spółka komunalna jest **stabilną formą współpracy pomiędzy JST**.

Po pierwsze, jest ona podmiotem odrębnym od JST, ma osobowość prawną i realizuje zadania we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność.

Na stabilność spółki komunalnej wpływa również fakt, że **umowa spółki może uzależniać zbycie udziałów od zgody spółki, przyznać wspólnikom prawo pierwokupu**[112], czy **pierwszeństwo nabycia udziałów**. W zależności od postanowień umownych, przed sprzedażą udziałów może więc być wymagane np. uzyskanie pisemnej zgody zarządu spółki, czy zaoferowanie udziałów w pierwszej kolejności pozostałym wspólnikom. Umowa zbycia udziału zawarta bez dochowania wymogów przewidzianych umową spółki będzie **bezskuteczna**.

Samo wystąpienie z komunalnej sp. z o.o. jest w zasadzie możliwe jedynie w drodze **zbycia posiadanych udziałów bądź ich umorzenia**. Oba sposoby „wyjścia" ze spółki nie wpływają na wysokość kapitału zakładowego, która jest stała.

Kolejną zaletą spółki komunalnej jest fakt istnienia **obligatoryjnej rady nadzorczej**, której członkowie muszą mieć szczególne kwalifikacje, co przekłada się na zapewnienie kontroli spółki na odpowiednim poziomie. Profesjonalna rada nadzorcza pozwala przypuszczać, że system kontroli w spółce jest rzeczywisty i niezależny. To oczywiście wpływa również na stabilność.

Fakt szczegółowego uregulowania w k.s.h. zasad tworzenia i prowadzenia spółek kapitałowych, wpływający pośrednio na stabilność tej formy, wiąże się z określonymi wadami tej formy współpracy JST. Można do nich zaliczyć relatywnie skomplikowaną – w stosunku do innych form, np. związku międzygminnego – konstrukcję podmiotu. Rejestracja spółki kapitałowej jest czasochłonna i wymaga zaangażowania specjalistów, co może oznaczać konieczność zwiększenia składu osobowego w JST.

Przydatność formy dla Pakietowego Projektu PPP

Na przydatność spółki komunalnej jako formy właściwej do realizacji Pakietowego Projektu PPP pozytywnie wpływa:

- wpływ jednostki samorządu terytorialnego na spółkę jako udziałowca poprzez **środki nadzoru właścicielskiego**, w tym możliwość określania przedmiotu działalności i innych elementów stanowiących materię statutową, a także swobodę w zakresie obsady personalnej organów spółki; spółki kapitałowe pozostają zatem formą pozwalającą nieraz na sprawniejsze działanie niż typowe formy administracyjne,
- możliwość finansowania Opłaty za Dostępność w formie **dopłat**, do których JST mogą zobowiązać się w umowie spółki,
- zapewnienie **współdziałania** gmin w formie szczegółowo uregulowanej przepisami, co przekłada się na zmniejszenie ryzyka wystąpienia wątpliwości natury prawnej związanych z działalnością podmiotu,
- możliwość powierzenia spółce komunalnej wykonywania czynności faktycznych z zakresu utrzymania dróg gminnych,
- posiada **osobowość prawną w rozumieniu prawa cywilnego**, co powoduje, że może samodzielnie wykonywać powierzone jej zadania, pozyskiwać środki finansowe z zewnętrznych źródeł i ponosi odpowiedzialność prawną za wykonywaną działalność,
- spółka prawa handlowego utworzona przez JST nie jest objęta ustawą o finansach publicznych.

[112] Zgodnie z art. 596 k.c. prawo pierwokupu polega na zastrzeżeniu dla jednej ze stron pierwszeństwa kupna oznaczonej rzeczy na wypadek, gdyby druga strona sprzedała rzecz osobie trzeciej (prawo pierwokupu)

2. ETAP PRZYGOTOWAWCZY ORAZ OCENA EFEKTYWNOŚCI PAKIETOWEGO PROJEKTU PPP

Przeprowadzenie Oceny Efektywności jest obowiązkowym komponentem procesu przygotowania Projektu PPP. Art. 3a ust. 1 Ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw stanowi, iż przed wszczęciem Postępowania, Podmiot Publiczny sporządza Ocenę Efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych. Wytyczne PPP, Tom I przedstawiają ścieżkę oraz instrukcję, jak należy przeprowadzić poszczególne analizy wchodzące w skład Oceny Efektywności.[113]

Zatem, podstawowym celem Oceny Efektywności jest weryfikacja wykonalności projektu oraz efektywności jego realizacji w modelu PPP.

WAŻNE: Z zasady, Ocenę Efektywności dla Pakietowego Projektu PPP przeprowadza się łącznie dla Projektu konsolidującego poszczególne przedsięwzięcia, wchodzące w jego skład, Niemniej w przypadku pewnych jej elementów wskazana jest analiza rozłączna w odniesieniu do poszczególnych cząstkowych przedsięwzięć, czy JST.

Szczegółowe wskazówki w zakresie przeprowadzenia Oceny Efektywności zostały w sposób kompleksowy opisane się w Wytycznych PPP, Tom I[114]. Niniejsze opracowanie nie powiela opisanej tam sekwencji działań, odnosi się jedynie do konieczności ich modyfikacji w przypadku Pakietowego Projektu PPP oraz do możliwych niestandardowych czynników dotyczących sektora drogowego. Przed przystąpieniem do Oceny Efektywności, Podmiot Publiczny musi wykonać określone działania przygotowawcze, które dotyczą wszystkich JST uczestniczących w Pakietowym Projekcie PPP.

Główne działania przygotowawcze obejmują:

1) etap uzgodnień pomiędzy JST, w tym powołanie Zespołu Projektowego PPP, który będzie sprawować kontrolę nad realizacją Projektu,
2) wybór Doradców, uwzględniających co najmniej doradców technicznych, finansowych i prawnych, szczegółowo opisany w punkcie b) poniżej.

Prawidłowo przeprowadzone działania przygotowawcze znacząco podnoszą szansę powodzenia Projektu PPP.

Etap uzgodnień między JST

Etap poprzedzający Ocenę Efektywności, zwany w dalszej części Analizy, etapem przygotowawczym, mimo że formalnie nie jest jej częścią ma duże znaczenie dla późniejszego powodzenia Projektu PPP, a szczególnie Pakietowego Projektu PPP. W trakcie tego etapu następuje identyfikacja potencjalnych przedsięwzięć drogowych oraz JST, na terenie których miałyby być realizowane. Dodatkową czynnością właściwą jedynie dla Pakietowych Projektów PPP na tym etapie, może być wstępna identyfikacja formy organizacyjno-prawnej, w ramach której Pakietowy Projekt PPP byłby realizowany. Poszczególne formy zostały opisane w rozdziale 1.3.1, 1.3.2, 1.3.3. Analizy.

[113] https://www.ppp.gov.pl/media/system/podstrony/Wytyczne-PPP-T-1.pdf
[114] Tamże

W praktyce najczęściej jedna JST planująca przedsięwzięcie w formule PPP i posiadająca wiedzę o możliwości realizacji Pakietowego PPP poszukuje innych, pobliskich JST z planami inwestycyjnymi dotyczącymi analogicznej infrastruktury i usług. Po uzyskaniu wstępnego konsensusu dotyczącego współpracy, następuje etap negocjacji i uzgodnień oraz weryfikacji potrzeb inwestycyjnych. Rozmowy pomiędzy JST nie są ani uregulowane prawnie, ani nie są opisane w jakichkolwiek wytycznych. Pragmatyka realizacji Pakietowego Projektu PPP wymaga aby przedmiotem negocjacji były zarówno jego zakres oraz cechy jak i przewidywana formuła współdziałania, w tym jego forma organizacyjno-prawna. W trakcie negocjacji konieczna wstępna identyfikacja odcinków dróg wymagających modernizacji/remontu lub budowy w poszczególnych JST, a następnie wstępne określenie standardów utrzymania, wspólnych dla jednakowych kategorii dróg.

Innymi istotnymi kwestiami jest omówienie jaka jest przewidywana nowa forma organizacyjnoprawna (porozumienie administracyjnoprawne, umowa cywilnoprawna, związek JST, czy spółka komunalna) realizująca Pakietowy Projekt PPP, zakres zadań jej przekazanych, formy rozliczeń, wysokość środków przeznaczanych na realizację Projektu oraz na koszty administracyjne. Celowe jest również weryfikacja, czy nie istnieją bardziej zasadne sposoby finansowania niż PPP, biorąc pod uwagę dostępność, koszt finansowania i wpływ PPP na wskaźniki zadłużenia Podmiotu Publicznego, takie jak fundusze celowe, fundusze unijne czy instrumenty dłużne.

Podstawowym krokiem przygotowania Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym jest **określenie całościowych potrzeb inwestycyjnych w sektorze dróg samorządowych, na obszarze sąsiadujących ze sobą JST**, gotowych do współpracy w zakresie ich realizacji, a także wstępne zdefiniowanie oczekiwanych rezultatów.

Następnie, po potwierdzeniu, że Pakietowe PPP jest formułą możliwą do zastosowania oraz wyrażeniu woli współpracy przez poszczególne JST zainteresowane Projektem, powinno nastąpić **podpisanie Wstępnego Porozumienia w sprawie współpracy w zakresie przygotowania, a następnie realizacji Projektu PPP**. Zazwyczaj JST inicjująca wstępny proces zostaje Liderem Projektu, wskazanym we Wstępnym Porozumieniu.

Formą prawną właściwą dla uregulowania współpracy w kontekście Wstępnego Porozumienia będzie porozumienie administracyjnoprawne lub umowa cywilnoprawna. Przy czym bardziej właściwą wydaje się ta druga, ponieważ jej przedmiotem będzie określenie jedynie zasad współpracy pomiędzy JST zainteresowanymi udziałem w Projekcie, nie zaś przekazanie zadania publicznego jednej z JST (co jest z kolei właściwe dla porozumień administracyjnoprawnych).

Sposób zawierania porozumień administracyjnoprawnych oraz umów cywilnoprawnych został opisany w rozdziale 1.3.1. Analizy.

Porozumienie administracyjnoprawne lub umowa cywilnoprawna (Wstępne Porozumienie) dotyczące wstępnej współpracy JST zainteresowanych udziałem w Projekcie **powinna określać**:

a) przedmiot: współpraca JST zainteresowanych uczestnictwem w Pakietowym Projekcie PPP w sektorze drogowym na jego początkowym etapie, w zakresie m.in.:

- pozyskania ewentualnego wsparcia MFiPR dla planowanego Pakietowego Projektu PPP, jeżeli taka możliwość się pojawi,
- przeprowadzenia postępowania na wybór Doradców, do których obowiązków należałoby kompleksowe doradztwo w zakresie przygotowania i przeprowadzenia Pakietowego Projektu PPP (sporządzenie Oceny Efektywności, wsparcie przy przygotowaniu i przeprowadzeniu Postępowania na wybór Partnera Prywatnego) oraz opracowania procedur zarządzania Umową o PPP,
- sporządzenia Oceny Efektywności planowanego Pakietowego Projektu PPP,
- powołania Zespołu Projektowego PPP oraz Komitetu Sterującego, skład którego może być modyfikowany w zależności od fazy Projektu oraz uchwalenia regulaminów oraz procedur ich działania.

W skład Zespołu Projektowego PPP powinien wchodzić Kierownik Projektu oraz osoby odpowiedzialne za aspekty techniczne, prawne, ekonomiczno-finansowe i administracyjno-organizacyjne, które powinny reprezentować JST wchodzące w skład Pakietowego PPP. Rekomendowane jest, aby każda z JST biorąca udział w Projekcie miała swoich reprezentantów w Zespole Projektowym PPP. Komitet Sterujący jest ciałem, które podejmuje ostateczne decyzje i jego skład powinien być ograniczony liczbowo i obejmować przedstawicieli władz JST oraz kierownika (przedstawiciela władz Lidera Projektu). Po zawarciu umowy doradczej, rekomendowane jest aby w fazie przygotowania Projektu PPP w jego skład wchodził kierownik Zespołu Doradców.

b) obowiązki JST: w tym zakresie JST powinny przewidzieć:

- umocowanie jednej z JST do reprezentowania pozostałych JST w kontaktach z MFiPR (jeżeli zaistnieje możliwość takiego wsparcia i zostanie ono udzielone) oraz w postępowaniu na wybór Doradców,
- obowiązki JST będącej Liderem Projektu w zakresie koordynowania działań wszystkich JST,
- obowiązki JST w partycypowaniu w kosztach współpracy, w szczególności kosztach przeprowadzenia postępowania na wybór Doradców,
- obowiązki wszystkich JST w zakresie dostarczenia wszystkich dokumentów niezbędnych do sporządzenia Oceny Efektywności oraz współpracy z wybranym Doradcą,
- obowiązki JST w zakresie wyłonienia specjalistów będących członkami Zespołu Projektowego PPP oraz ustalenia brzmienia regulaminów działania Zespołu Projektowego PPP i Komitetu Sterującego.

c) prawa JST: JST powinny przyznać sobie prawa do dyscyplinowania stron umowy/porozumienia i przewidzieć kary umowne/odszkodowania za brak wykonania lub nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z umowy/porozumienia,

d) zasady zmian postanowień umowy/porozumienia: w szczególności w zakresie możliwości rozszerzenia praw i obowiązków JST zainteresowanych udziałem w Projekcie. W zależności od wyników Oceny Efektywności/wstępnych analiz, u poszczególnych JST mogą występować pewne różnice w stopniu przygotowania do realizacji Pakietowego Projektu PPP lub różnice w stopniu występowania określonych ryzyk. Stąd, warto, aby przed wszczęciem Postępowania na wybór Partnera Prywatnego, JST w określonym terminie zniwelowały występujące pomiędzy nimi różnice lub zminimalizowały występujące u nich ryzyka do ustalonego dla wszystkich poziomu, o ile to będzie możliwe.
Obowiązki JST w tym zakresie powinny być określone w umowie lub porozumieniu (ponieważ ich określenie będzie możliwe dopiero po dokonaniu Oceny Efektywności, warto przewidzieć w umowie lub porozumieniu możliwość wprowadzenia takich dodatkowych obowiązków na późniejszym etapie współpracy).
JST powinny określić również sankcje za niedostosowanie się JST do wymaganego poziomu przygotowania do Projektu: mogłaby by być to kara umowna/odszkodowanie za opóźnienie lub zwłokę, a po braku dostosowania się po powtórnym wezwaniu – niedopuszczenie JST do wspólnej realizacji Pakietowego Projektu PPP.

e) zasady wypowiadania/odstępowania od umowy/porozumienia oraz wygaśnięcie umowy/porozumienia:

- wypowiadanie/odstąpienie od umowy/porozumienia powinno być ograniczone do określonych przypadków, a wypowiedzenie/odstąpienie bez ważnego powodu powinno być obwarowane karą umowną/odszkodowaniem,
- JST powinny określić okres wypowiedzenia/odstąpienia od umowy/porozumienia,
- zawarcie klauzuli, zgodnie z którą uznaje się umowę za zrealizowaną w przypadku negatywnej rekomendacji dla realizacji Pakietowego Projektu PPP wynikającej z Oceny Efektywności.

Wybór Doradców

Na potrzeby Pakietowego Projektu PPP rekomendowane jest pozyskanie kompleksowego doradztwa obejmującego sporządzenie Oceny Efektywności oraz wsparcie przy przygotowaniu i przeprowadzeniu Postępowania na wybór Partnera Prywatnego, a następnie opracowanie procedur zarządzania Umową o PPP.

Jak wskazano w rozdziale 2 pkt 1) Analizy, JST zainteresowane udziałem w Projekcie na podstawie Wstępnego Porozumienia administracyjnoprawnego/umowy cywilnoprawnej powinny **wyłonić spośród swojego grona jedną z JST, która pełniłaby rolę pełnomocnika pozostałych**, m.in. w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania na wybór Doradców. Istotne jest, aby wszystkie JST, które podpisały Wstępne Porozumienie administracyjnoprawne/umowę cywilnoprawną, partycypowały w kosztach związanych z przeprowadzeniem postępowania oraz umowy z Doradcami (ich wynagrodzenia).

Doradcy (finansowi, prawni i techniczni) byliby odpowiedzialni przede wszystkim za:

- sporządzenie Oceny Efektywności,
- przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania,
- przygotowanie Umowy o PPP.

Ponieważ przewiduje się, iż Pakietowy Projekt PPP będzie realizowany w jednej z form organizacyjnoprawnych (porozumienie administracyjnoprawne/umowa cywilnoprawna/związek JST/spółka komunalna), która zostanie przyjęta dopiero po sporządzeniu Oceny Efektywności, zasadne jest **przewidzenie w umowie z Doradcami cesji praw wynikających z tej umowy**, z JST (które są stronami Wstępnego Porozumienia administracyjnoprawnego/umowy cywilnoprawnej) na utworzoną na późniejszym etapie formę organizacyjnoprawną. Przy czym, należy podkreślić, iż umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, której przedmiotem byłaby realizacja usług doradczych, musiałaby zawierać postanowienie umożliwiające dokonanie takiej cesji (wraz z określeniem warunków jej dokonania).

Wspominana cesja powinna być przewidziana w następujący sposób:

- w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego: cesja powinna być dokonana na rzecz jednej z JST, przejmującej zadanie,
- w przypadku umowy cywilnoprawnej: cesja może nie być konieczna, chyba, że wskutek Oceny Efektywności okaże się, że poszczególne JST nie mogą wziąć udziału w Projekcie, wówczas cesja praw powinna być dokonana na rzecz tych JST, które wezmą w nim ostatecznie udział,
- w przypadku związku JST: cesja powinna zostać dokonana na rzecz związku JST,
- w przypadku spółki komunalnej: cesja powinna zostać dokonana na rzecz spółki.

Należy wskazać, że cesja praw (po stronie publicznej) wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest zakazana w u.p.z.p. W świetle art. 14 oraz art. 139 ust. 1 u.p.z.p. umowy w sprawie zamówienia publicznego należą do umów cywilnoprawnych, regulowanych zasadą swobody umów. W praktyce były już stosowane takie klauzule, pozwalające na cesję praw po stronie publicznej. W przypadku Pakietowego Projektu PPP takie rozwiązanie byłoby uzasadnione nie tylko ze względu na specyfikę przedsięwzięcia, ale również na fakt, iż rzeczywiste źródło finansowania pozostałoby niezmienne (niezależnie bowiem od tego, kto będzie stroną umowy z Doradcą, podmiotami finansującymi będą nadal JST biorące udział w Projekcie).

Umowa z Doradcą powinna przewidywać możliwość częściowego odstąpienia od umowy, w przypadku, gdy Ocena Efektywności potwierdzi niezasadność lub niemożność realizacji Pakietowego Projektu PPP.

Ocena Efektywności realizacji Pakietowego Projektu PPP

Ocena Efektywności obejmuje szereg analiz przedrealizacyjnych, które służą weryfikacji wykonalności Projektu i efektywności jego realizacji w tej formule.[115]

Zgodnie z Wytycznymi PPP Tom I, dla Małych Projektów PPP, czyli takich których przewidywane nakłady inwestycyjne wynoszą poniżej 40 mln zł brutto, wystarczające są uproszczone analizy w ramach Oceny Efektywności. Rozpatrywany w ramach niniejszej Analizy Pakietowy Projekt PPP z założenia spełnia kryteria projektu o wyższej wartości, gdyż szacowane nakłady inwestycyjne wynoszą ponad 40 mln zł brutto, a więc nie podlega uproszczonym procesom Oceny Efektywności.

Zakres opisanych poniżej analiz w większości nie jest zależny od planowanego wariantu formalno-prawnego, który zostanie dopiero zarekomendowany na podstawie przeprowadzonej analizy prawnej. Szczegółowe kwestie dotyczące form przekazywania środków finansowych są opisane w rozdziale 1.3. „Analizy wytypowanych trzech wariantów".

Analiza interesariuszy

Interesariusze są to jednostki, grupy, instytucje i organizacje, które mają swój interes w realizacji lub zahamowaniu realizacji danego projektu, również Projektu PPP.

W przypadku Pakietowego Projektu PPP lista interesariuszy powinna obejmować wszystkich uczestników Projektu, związanych ze wszystkimi JST będącymi uczestnikami Pakietowego Projektu, PPP.

Analiza techniczna

Analizy techniczne są bardzo ważne, niemniej zdarza się, że są pomijane, lub przeprowadzane w dość pobieżny sposób, przez osoby nie posiadające wiedzy, ani doświadczenia w zakresie projektów PPP. Wyniki analiz technicznych tworzą fundament i dane wejściowe do dalszych analiz, przede wszystkim finansowo ekonomicznych. Analizy techniczne muszą być przeprowadzone łącznie dla wszystkich przedsięwzięć tworzących Pakietowy Projekt PPP.

Analizy techniczne są szczególnie istotne w przypadku projektów drogowych, gdyż niedoszacowanie nakładów inwestycyjnych i kosztów operacyjnych w formule PPP (przy pożądanych wysokich standardach utrzymania w PPP) może być przyczyną ofert przekraczających założony przez zamawiającego budżet.

Staranne i wyważone określenie standardów utrzymania (istotne naprawy i remonty, zapewnienie standardów eksploatacji) ma wpływ na koszty operacyjne projektu, a więc wysokość Opłaty za Dostępność. Określenie Kluczowych Wskaźników Efektywności przez Doradcę technicznego, stanowiących podstawę ewentualnych pomniejszeń Opłat za Dostępność, motywuje Partnera Prywatnego do wysokiej jakości świadczonych usług.

Dla Projektu Pakietowego PPP bardzo istotne znaczenie ma określenie dróg, które wejdą w skład pakietu (dotyczy to zarówno dróg planowanych do zbudowania, jak i modernizacji), ich stanu technicznego oraz ewentualne podzielenie ich na kategorie utrzymania.

WAŻNE: Brak lub nierzetelne, pobieżne przeprowadzenie analiz technicznych może skutkować fałszywymi wynikami analiz ekonomiczno-finansowych, a w efekcie nierealistycznymi oczekiwaniami Podmiotu Publicznego względem wartości złożonych ofert. Innym niekorzystnym efektem mogą być zredukowane korzyści dla interesu publicznego w trakcie realizacji Projektu.

[115] Wytyczne PPP Tom I, https://www.ppp.gov.pl/media/system/podstrony/Wytyczne-PPP-T-1.pdf

Analizy i podział ryzyka

Podział ryzyka pomiędzy Partnera Prywatnego i Podmiot Publiczny jest immanentną cechą projektów PPP i przeprowadzony właściwie jest kluczowy dla powodzenia realizacji Projektu PPP, jego efektywności kosztowej, a ponadto decyduje o klasyfikacji Projektu PPP pod kątem długu publicznego. Wstępny podział ryzyka jest określany z uwzględnieniem analizy ryzyka przeprowadzonej w ramach Oceny Efektywności. Analizę ryzyka wykonują Doradcy, w zależności od jego kategorii, techniczni, finansowi lub prawni.

W przypadku Pakietowego Projektu PPP analiza ryzyka wykonywana jest łącznie i w tym samym zakresie dla wszystkich przedsięwzięć go tworzących. W sytuacji, kiedy profil ryzyka będzie znacząco różny, dla poszczególnych odcinków dróg (np. ryzyko archeologiczne, czy ryzyko związane z kwestiami własnościowymi), Podmiot Publiczny może zastosować ich mitygację, bądź, tam gdzie to możliwe współdzielenie lub przejęcie ich przez Podmiot Publiczny.

Niemniej, jeżeli zastosowane środki wydają się niewystarczające lub zbyt kosztowne, należy rozważyć wyłączenie tych odcinków lub JST, na terenie których się znajdują, gdyż zarówno potencjalni Partnerzy Prywatni, jak i Instytucje Finansujące będą oceniać projekt na podstawie ryzyka o największej skali, które będzie przypisane Partnerowi Prywatnemu. W efekcie wycena ryzyka będzie wysoka, a więc koszty realizacji oraz koszty finansowania będą również relatywnie wysokie.

Weryfikacja wstępnego podziału ryzyk, określonego na podstawie analizy ryzyka, następuje na etapie dialogu konkurencyjnego.

Analiza prawna

W przypadku analizy prawnej Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym konieczne będzie wzięcie pod uwagę wniosków przedstawionych w Analizie, w szczególności wskazanych w rozdziale 1.1. i 1.3. Analizy.

Przede wszystkim zatem, konieczne będzie uwzględnienie wątpliwości wynikających z przepisów u.d.p. i ograniczeń w stosowaniu form organizacyjnoprawnych dla Projektów obejmujących działania wchodzące w zakres zarządzania drogami publicznymi. Istotne jest, aby w analizach prawnych zdefiniowano warianty (formy organizacyjnoprawne) możliwe do zastosowania w Projekcie (porozumienie administracyjnoprawne pomiędzy zarządcami dróg lub związek JST, ewentualnie – przy zastosowaniu odpowiedniej wykładni – spółka komunalna, porozumienie administracyjnoprawne lub umowa cywilnoprawna pomiędzy JST).

Dodatkowo, analizy prawne powinny zweryfikować, która z wyłonionych form będzie najkorzystniejsza z punktu widzenia JST biorących udział w Projekcie, przy uwzględnieniu indywidualnych czynników. W niektórych przypadkach może się bowiem okazać, że dana forma nie może znaleźć zastosowania, bądź skorzystanie z niej będzie wymagało podjęcia dodatkowych kroków (np. gdy dana JST należy już do związku JST, w ramach którego realizowane są zadania z zakresu zarządzania drogami publicznymi – w takiej sytuacji może się okazać konieczne wystąpienie JST z takiego związku lub modyfikacja zakresu przekazanych mu zadań, tak aby w odniesieniu do nowej formy organizacyjnoprawnej nie dochodziło do sporów kompetencyjnych).

Jeżeli chodzi o relacje łączące JST biorące udział w Projekcie i nową formę organizacyjno-prawną, w analizie prawnej warto w tym zakresie rozważyć wzajemne prawa i obowiązki oraz zasady odpowiedzialności za realizację Pakietowego Projektu PPP.

Analiza podatkowa

Celem analizy podatkowej jest ustalenie wpływu przepisów podatkowych oraz ich wykładni na koszty danego Projektu PPP oraz rozpoznanie tych obszarów, w których klasyfikacja podatkowa jest niejednoznaczna.

W kontekście Pakietowego Projektu PPP, należy zwrócić uwagę, że analiza opłat i podatków lokalnych będzie dotyczyła poszczególnych JST – uczestników Pakietowego PPP.

Analizy rynkowe

Analizy rynkowe i testowanie rynku pozwalają na weryfikację czy istnieje zainteresowanie rynku konkretnym projektem i czy założenia przyjęte przez Podmiot Publiczny są akceptowalne dla Partnerów Prywatnych i Instytucji Finansujących. Badanie rynku może być przeprowadzane, podobnie jak inne elementy Oceny Efektywności przez Doradcę, ale przy czynnym udziale Zespołu Projektowego PPP.

Badanie rynku obejmuje wszystkie aspekty projektu PPP, opisane w Memorandum Informacyjnym (patrz Wytyczne Tom I), opracowanym przez doradcę, ale w przypadku Pakietowego Projektu PPP należy zarówno z Partnerami Prywatnymi oraz Instytucjami Finansowymi omówić kwestie związane z planowaną formą organizacyjnoprawną, szczególnie w kontekście jej Bankowalności.

W przypadku Pakietowego Projektu PPP bardzo istotny jest moment przeprowadzenia analiz rynkowych. W polskiej praktyce analizy rynku są wykonywane najczęściej w początkowej fazie Oceny Efektywności, natomiast w praktyce międzynarodowej po analizach technicznych, prawnych, podatkowych, ryzyka i często finansowo – ekonomicznych. Wytyczne PPP, Tom I rekomendują jako najlepszy moment przeprowadzenie badań rynkowych, gdy kluczowe elementy definiujące projekt PPP są ustalone, natomiast nie są one zbyt szczegółowo określone i pozwalają na możliwość modyfikacji w wyniku badań rynkowych. W przypadku Pakietowego Projektu PPP szczególnie należy przestrzegać tej zapisanej w Wytycznych zasady i nie przeprowadzać analiz rynku zbyt wcześnie, konieczna jest bowiem syntetyczna wiedza na temat projektu, z zasady bardziej złożonego, niż pojedynczy projekt PPP.

Badanie rynku może być przeprowadzone w sposób sformalizowany, przy zastosowaniu dialogu technicznego lub w sposób mniej formalny, gdzie po identyfikacji uczestników i przekazaniu im Memorandum Informacyjnego, następuje ich selekcja na podstawie odpowiedzi na kwestionariusze, a następnie spotkania z nimi.

W trakcie badania rynku Partnerzy Prywatni oraz Instytucje Finansujące mogą postulować zmianę struktury Pakietowego Projektu PPP lub wyłączenie niektórych odcinków dróg. O ile niewskazane jest pochopne dostosowywanie projektu, należy jednak propozycje uczestników badania rynku po stronie prywatnej rozważyć i poddać analizie, szczególnie jeżeli są podnoszone przez kilka podmiotów. Zignorowanie ich i próba np. utrzymania założonej struktury projektu może skutkować utratą zainteresowania Partnerów Prywatnych i brakiem ofert.

Analiza popytu

Ocena rynku i analiza popytu stanowią ważną podstawę do określenia zakresu (definicji i skali wyników) projektu PPP, co jest szczególnie istotne przy złożonych Pakietowych Projektach PPP. Wyniki wpływają na wszystkie pozostałe części analiz i stanowią podstawę do dalszych analiz finansowych. Analiza popytu jest wykonywana przez doradcę technicznego.

Analiza popytu dla projektów drogowych jest szczególnie istotna. Wymaga ona opracowania modelu ruchu i przeprowadzenia prognozy ruchu. Jej wyniki pozwolą na określenie optymalnych parametrów dróg, w zależności od potoków różnych pojazdów, w tym ciężarowych, o różnym nacisku. W efekcie, w zależności od natężenia ruchu, a w konsekwencji zużycia drogi, można zaprojektować i wybudować drogę, o optymalnych parametrach, takich jak szerokość, liczba jezdni i pasów ruchu, jakość nawierzchni.

Wynik Analizy ruchu pozwala na opracowanie standardów utrzymania zapisanych w Umowie o PPP, takich jak np. częstotliwość remontów, z możliwością podziału na kategorie utrzymania Starannie przeprowadzona analiza popytu w połączeniu z analizą techniczną pozwoli na uniknięcie budowy przewymiarowanej drogi, o nadmiernych kosztach inwestycyjnych i operacyjnych, co będzie skutkować wysoką Opłatą za Dostępność .

Szczególnie z punktu widzenia Partnerów Prywatnych Pakietowy Projekt PPP jest traktowany łącznie. niemniej badania popytu są prowadzone w poszczególnych JST oddzielnie, a następnie zostają one zagregowane aby zapewnić dane do modelu projektu w wersji tradycyjnej.

Analiza finansowa

Analiza finansowa jest przeprowadzana łącznie dla Pakietowego Projektu PPP, gdyż jak podkreślano wielokrotnie, jest to jeden, połączony z wielu przedsięwzięć, Projekt, a więc wszelkie jego aspekty finansowe, a przede wszystkim opłacalność dotyczy tego jednego Projektu. Wskaźniki, takie jak wartość bieżąca netto (NPV) i wewnętrzna stopa zwrotu (IRR), które są obliczane na podstawie modelu finansowego dotyczą Pakietowego Projektu PPP jako całości. Analiza finansowa pozwala na ocenę opłacalności Pakietowego Projektu PPP na podstawie przepływów pieniężnych prognozowanych w całym okresie. W związku ze specyfiką projektów PPP, analizy finansowe prowadzone są zarówno z punktu widzenia Partnera Prywatnego, jak i Podmiotu Publicznego.

Niemniej, z punktu widzenia praktycznego, warto rozważyć przygotowanie modeli finansowych w oparciu o projektowane przepływy finansowe dla każdej z JST, a następnie skonsolidowanie ich w jeden model całego Projektu z perspektywy Podmiotu Publicznego. W przypadku rezygnacji, bądź wykluczenia którejś z JST z Projektu, rekalkulacja modelu finansowego dla zmienionej struktury Projektu będzie ułatwiona.

Należy podkreślić, że rzetelność wyników analizy finansowej całkowicie zależy od jakości danych wejściowych do modelu.

Istotnym komponentem Analizy finansowej jest ocena Bankowalności Projektu. Kwestia ta została szczegółowo opisana w części 5 Analizy. W ramach Oceny Efektywności oceniany jest przewidywany strumień przepływów finansowych Pakietowego Projektu PPP. Analiza Bankowalności powinna wstępnie odpowiedzieć na następujące kwestie dotyczące sposobów mitygacji w przypadku wystąpienia problemów podczas realizacji Projektu w kontekście możliwej spłaty zadłużenia:

- rozliczenia między stronami na wypadek rozwiązania Umowy o PPP i sposobów zabezpieczenia środków na zapłatę kwoty rozliczenia po stronie Podmiotu Publicznego;
- odpowiedzialności stron w przypadku wystąpienia problemów podczas realizacji Projektu i możliwości wdrożenia programów naprawczych lub ich braku;
- skuteczności dochodzenia roszczeń od Podmiotu Publicznego;
- skuteczności i możliwości ustanawiania zabezpieczeń.

Powyższe kwestie zostaną uszczegółowione i doprecyzowane w trakcie dialogu konkurencyjnego i zapisane w Umowie o PPP.

Analiza ekonomiczna

Analiza ekonomiczna służy ustaleniu, czy realizacja danej inwestycji jest korzystna z perspektywy społeczeństwa. W przypadku, w którym rozważanych jest więcej niż jeden wariant realizacji inwestycji, analiza ekonomiczna może pozwolić na porównanie wariantów i ocenę, który jest najkorzystniejszy dla społeczeństwa. Ma to szczególne znaczenie dla Pakietowego Projektu PPP, gdyż analizie ekonomicznej mogą podlegać różne modyfikacje Projektu, obejmujące zestaw różnych odcinków dróg, czy różne JST.

Częścią analizy ekonomicznej jest weryfikacja dostępności finansowej, czyli potwierdzenie, że w całym okresie trwania Umowy o PPP możliwe będzie dokonywanie Opłata za Dostępność

na poziomie zapewniającym komercyjno-finansową wykonalność Projektu oraz weryfikację, jakie są konsekwencje przyjęcia określonych zobowiązań przez Podmiot Publiczny oraz JST biorące udział w Projekcie. W związku z tym należy oddzielnie zweryfikować dostępność środków finansowych JST realizujących Pakietowy Projekt PPP oraz wpływ zobowiązań na wskaźniki zadłużenia poszczególnych JST w całym okresie trwania Umowy o PPP. W przypadku, gdy JST, w wyniku przeprowadzonej analizy prawnej, zdecydują się na skorzystanie z instytucji powierzenia i zawarcie umowy wykonawczej ze spółką lub związkiem JST (w zależności od tego, jaka forma organizacyjno-prawna zostanie utworzona), która będzie przewidywała płatność rekompensat z tytułu kosztów ponoszonych w celu wykonania powierzonych zadań, należy tę kwestię poddać analizie. W szczególności celowe jest przeprowadzenie oceny, czy możliwe jest przekazanie rekompensaty w formie jednolitej, bez podziału na rekompensatę eksploatacyjną i inwestycyjną, jako wkład kapitałowy do spółki JST. Nie można wykluczyć, iż możliwe jest, aby JST przekazało rekompensatę dla spółki JST, jako płatność jednolitą, bez podziału na poszczególne typy, która byłaby traktowana jako wkład kapitałowy do spółki. W efekcie byłaby neutralna dla IWZ i mogłaby zostać wykorzystana na Opłatę za Dostępność w ramach zawartej Umowy o PPP. Możliwość taką należałoby potwierdzić w ramach Oceny Efektywności.

Jeżeli analiza nie potwierdzi, że w każdym roku budżetowym na przestrzeni trwania Umowy o PPP każda z JST będzie w stanie pokrywać swoją część kosztów obejmujących Opłatę za Dostępność oraz innych kosztów związanych z realizacją Projektu możliwe są następujące rozwiązania:

– pomoc finansowa dla JST, która ma problemy (z założenia chwilowe) ze strony JST o lepszym standingu finansowym na podstawie uchwały, a następnie umowy dotyczącej tej kwestii pomiędzy JST,
– wyłączenie JST z Pakietowego Projektu PPP.

Nie rekomendujemy wzajemnego udzielania kredytu pomiędzy JST.

Analiza Value for Money

Efektywność realizacji Projektu PPP odnosi się tu do najlepszego dostępnego rezultatu dla społeczeństwa, biorąc pod uwagę stosunek korzyści do kosztów w całym okresie realizacji Projektu PPP, czyli w okresie budowy/modernizacji i utrzymania/eksploatacji. Analizę efektywności realizacji projektu w formule PPP w porównaniu do tradycyjnej formuły realizacji przez Podmiot Publiczny określa się jako analizę *Value for Money*. Model PPP powinien być wykorzystywany tylko wówczas, gdy oferuje wyższą niż w tradycyjnych projektach dodaną wartość ekonomiczną. Analizę *Value for Money* wykonuje się dla Pakietowego Projektu PPP. Komparator Sektora Publicznego, czyli model realizacji tego samego projektu w formule tradycyjnej, zaadaptowany, aby mógł spełnić rolę projektu referencyjnego jest określony dla projektu o identycznej skali i strukturze.

Jeżeli Ocena Efektywności wykaże, że realizacja Projektu jest bardziej efektywna w formule PPP, a co więcej w wariancie Pakietowego Projektu PPP, a poszczególne JST zamierzające przystąpić do tego projektu podejmą stosowną decyzję, przed rozpoczęciem Postępowania, istnieje konieczność utworzenia wybranej formy prawno-organizacyjnej w ramach której Projekt będzie realizowany.

3. PRZYGOTOWANIE I PRZEPROWADZENIE POSTĘPOWANIA ORAZ UMOWA O PPP

Przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania oraz Umowa o PPP zostały opisane w Załączniku nr 6 do Analizy.

4. ZARZĄDZANIE PAKIETOWYM PROJEKTEM PPP

Celem zarządzania Umową o PPP przez Podmiot Publiczny jest **zapewnienie aby poszczególne fazy realizacji Projektu PPP były realizowane zgodnie z jej zapisami**, tym bardziej, że to Podmiot Publiczny jest odpowiedzialny za ciągłość i jakość świadczonych usług. Przede wszystkim dotyczy to administrowania płatnościami, monitorowania, czy standardy utrzymania i zasady dostępności są dotrzymywane, monitorowania ryzyk, zarządzania zmianami oraz obowiązki związane z procesem zakończenia umowy, zarówno po jej realizacji, jak i przed terminem.

Dodatkowym zadaniem Podmiotu Publicznego jest podejmowanie działań w przypadku pojawienia się sporów, które mogą być rozstrzygane polubownie, przy udziale Zespołu Niezależnych Ekspertów, pełniących rolę mediatora. czy poprzez sądy powszechne lub arbitrażowe.

Staranne i rzetelne zarządzanie Umową o PPP, niezależnie czy jest to projekt o charakterze pakietowym, czy też jest pojedynczy, stanowi o tym, czy wszystkie założone korzyści dla interesu publicznego są realizowane. Zaniechanie działań związanych z monitoringiem projektu PPP, może skutkować niekorzystnymi implikacjami dla Podmiotu Publicznego, przede wszystkim wzrostem kosztów projektu, obniżeniem jakości usług publicznych czy kosztownymi sporami sądowymi.

Zgodnie z art. 8 u.p.p.p. Umowa o PPP powinna zawierać zapisy związane z zarządzaniem umową, w szczególności zasady wykonywania szeroko pojętej kontroli.

Z czysto formalno-prawnego punktu widzenia, z poziomu samej Umowy o PPP, proces zarządzania Pakietowym Projektem PPP i procedury z tym związane wydają się nie zależeć od formy organizacyjno-prawnej, w ramach której jest on realizowany.

Oczywiście na poziomie uczestników Pakietowego Projektu PPP, w zależności od przyjętej formy organizacyjno-prawnej kwestie te będą wymagały uzgodnienia (czy to w treści umowy cywilnoprawnej, porozumienia administracyjnoprawnego, statucie związku JST, czy też umowy spółki komunalnej).

Jak wspomniano powyżej, kontroli i monitoringowi powinna podlegać każda z faz realizacji umowy:

1) faza Zamknięcia Komercyjnego i Finansowego umowy – w szczególności pod kątem spełnienia wszelkich warunków dotyczących finansowania,
2) faza projektowania – w szczególności pod kątem terminowości postępów prac związanych z przygotowaniem projektu budowlanego, a także monitoring zgodności z wymogami prawa i dokumentacją Pakietowego Projektu PPP,
3) faza budowy i odbiorów – w szczególności pod kątem dotrzymania harmonogramu prac i ich zgodności ze specyfikacją oraz przestrzegania norm bezpieczeństwa,
4) faza świadczenia usług – przede wszystkim pod kątem utrzymania wskaźników finansowych, a także, jeżeli umowa przewiduje, terminów i wysokości płatności na rzecz podmiotu prywatnego; niezwykle istotnym elementem kontroli w tej formie będzie skuteczne i efektywne weryfikowanie jakości świadczonych usług (dotrzymanie przewidzianych

w umowie standardów jakości utrzymania/zarządzania) oraz uzależnienie wypłaty należnego Partnerowi Prywatnemu wynagrodzenia od faktycznej dostępności przedmiotu umowy (standardy dostępności) w tym zakresie mieścić się również będzie cała procedura naliczania i egzekwowania przewidzianych w umowie kar,

5) faza zakończenia umowy i zwrotu aktywów (na tym etapie realizacji umowy zasadnicze znaczenie będzie miało powołanie kompetentnego zespołu technicznego do oceny stanu technicznego zwracanych aktywów, jego zgodności z przyjętym w umowie harmonogramem remontów i napraw).

Monitoring projektu PPP opiera się na zasadzie **pomiaru zgodności rzeczywistych korzyści finansowych i jakościowych z założeniami przyjętymi w czasie ostatecznej analizy przed podpisaniem umowy**. Skuteczne monitorowanie przedsięwzięcia PPP jest ściśle uzależnione od współpracy strony publicznej z partnerem prywatnym, dlatego zagadnienia związane z raportowaniem i mechanizmy kontrolne powinny być przedmiotem negocjacji w trakcie dialogu konkurencyjnego i uzgodnień pomiędzy stronami umowy o PPP. Odpowiedzialność za zarządzanie i kontrolę projektem spoczywa na Podmiocie Publicznym będącym stroną Umowy o PPP.

Jak opisano w rozdziale 2 pkt 1) Analizy, w trakcie etapu przygotowawczego Projektu tworzy się **Zespół Projektowy PPP** z Kierownikiem Projektu, w którym, oprócz standardowych członków (specjalistów z różnych dziedzin: prawa, finansów, kwestii technicznych) znajdować się mogą również przedstawiciele wszystkich JST (po jednym). Zespół ten z założenia stanowi trzon Komisji Przetargowej, a następnie po podpisaniu Umowy o PPP przekształca się **w Zespół Monitorujący Projekt PPP**. Zespół Monitorujący Projekt wymaga nieco innych specjalistów niż Zespół Projektowy w fazie przygotowania Projektu oraz Postępowania. Na tym etapie mniej istotni są np. przedstawiciele działu zamówień publicznych, natomiast ważną rolę będzie odgrywać przedstawiciel działu audytu wewnętrznego i kontrolingu.

Równolegle z Zespołem Projektowym PPP powołuje się **Komitet Sterujący**, podejmujący decyzje strategiczne, który powinien również funkcjonować w fazie operacyjnej, jeżeli to możliwe w niezmienionym składzie, tj. członków władz uczestniczących JST, w tym Kierownika, możliwie przedstawiciela zarządu Lidera Zespół Monitorujący Projekt PPP powinien być wyposażony w regulamin obejmujący szczegółowe procedury zarządzania Projektem, w tym procedurę komunikacji wewnętrznej, jak i z interesariuszami zewnętrznymi. Umowa z Doradcą powinna obejmować obowiązek przygotowania procedur zarządzania projektem, a także szkolenie w tym zakresie, przy czym wskazane jest aby w ich przygotowaniu brali udział przedstawiciele Zespołu Projektowego (przyszłego Zespołu Monitorującego), tak aby uwzględnić istotne wewnętrzne procedury JST.

Dobrą praktyką, zapisaną w u.p.p.p. jest, aby procedury monitoringu i kontroli uwzględniały **okresowe raporty sprawozdawcze Partnera Prywatnego**, zgodne z ustalonymi formatami i częstotliwością. Raporty powinny przedstawiać informacje na temat stanu realizacji Projektu, w tym częstotliwości usterek i innych uchybień, sposobu ich naprawy, rejestru skarg użytkowników, a w szczególności odnotowywać wszelkie naruszenia umowy, z uwzględnieniem zdarzeń stanowiących podstawę naliczenia kar umownych. Taki system monitorowania projektu, oparty o sprawozdania Partnera Prywatnego jest uważany za bardzo skuteczny.

Niezależnie od okresowych raportów Partnera Prywatnego, Podmiot Publiczny powinien wykonywać określone czynności kontrolne weryfikujące stan faktyczny. Funkcje kontrolne i monitorujące w odniesieniu do aspektów technicznych, w szczególności standardów utrzymania oraz Kluczowych Wskaźników Efektywności, powinny być prowadzone przez kompetentnego członka Zespołu Monitorującego Projekt ze strony Podmiotu Publicznego. Częstotliwość takich kontroli powinna być określona w Umowie o PPP, z wyłączeniem przypadków kiedy istnieje podejrzenie, że Partner Prywatny nie wykonuje obowiązków umownych.

Umowa o PPP winna zagwarantować przedstawicielom strony publicznej **swobodny dostęp do obiektu zarówno w czasie budowy, jak i w fazie realizacji umowy oraz prawo do przeglądania dokumentacji, w tym również finansowej**.

Raportowanie dla potrzeb wypłaty wynagrodzenia dla Partnera Prywatnego

Procedura raportowania dla potrzeb kalkulacji wynagrodzenia należnego za dany okres dla Partnera Prywatnego to podstawowe narzędzie monitorowania jakości świadczenia usług Partnera Prywatnego przez stronę publiczną. Struktura mechanizmu płatności Opłaty za Dostępność powinna przewidywać możliwość pomniejszenia wynagrodzenia dla Partnera Prywatnego, jeśli w danym okresie rozliczeniowym wystąpiły zdarzenia ograniczające dostępność drogi.

Istotne jest więc, aby w ramach Umowy o PPP zostały zdefiniowane nie tylko wzory obliczenia Opłaty za Dostępność oraz Kluczowe Wskaźniki Efektywności lecz także zasady raportowania przez Partnera Prywatnego ewentualnych ograniczeń dostępności w danym okresie rozliczeniowym oraz niezbędna dokumentacja, która będzie przekazywana stronie publicznej.

Przykładowo wymogiem strony publicznej mogą być raporty zawierające informacje na temat:

- usterek usuniętych w terminie na zasadach określonych w Umowie o PPP w danym okresie rozliczeniowym, w szczególności usterek wpływających na ograniczenie dostępności,
- usterek powtarzających się kilkakrotnie w danym okresie sprawozdawczym wraz z analizą przyczyn powtarzalności.

Partner Prywatny powinien również przedstawić szczegółową kalkulację należnej w danym okresie rozliczeniowym Opłata za Dostępność, uwzględniającą kary i pomniejszenia, przy czym kalkulacja ta jest przedmiotem weryfikacji przez stronę publiczną oraz ewentualnych uzgodnień pomiędzy stronami Umowy o PPP przed ostatecznym uruchomieniem płatności należnej Partnerowi Prywatnemu.

Roczny raport Partnera Prywatnego

Typowy raport roczny powinien obejmować:

- roczne sprawozdanie finansowe,
- informację zmian własnościowych,
- raport na temat stanu aktywów wymaganych do świadczenia usług w ramach Umowy o PPP,
- dokument przestawiający zobowiązania, które mogłyby mieć wpływ finansowy na umowę i świadczone usługi,
- obliczenie wewnętrznej stopy zwrotu z projektu (finansowej i ekonomicznej) oraz informacje jak wygenerowana wartość została przydzielona na wynagrodzenia i spłatę zadłużenia,
- potrącenia i kary, które zostały nałożone na Partnera Prywatnego,
- wykaz skarg w związku ze stanem technicznym aktywów.[116]

[116] Na podstawie publikacji „Zarządzanie projektem PPP w okresie obowiązywania umowy", Platforma PPP 2015, tłumaczenie dokumentu Europejskiego Centrum Wiedzy o PPP

Audyty

W ramach monitorowania przedsięwzięcia PPP strona publiczna ma możliwość wykonywania różnego rodzaju audytów (w szczególności technicznych i finansowych), przy czym ich wykonanie najczęściej zleca się wyspecjalizowanym podmiotom lub korzysta się ze wsparcia niezależnego audytora finansowego lub niezależnego eksperta.

Wykonanie niezależnych audytów jest szczególnie istotne w końcowej fazie realizacji Umowy o PPP (np. 3–5 lat przed zakończeniem), w szczególności audytów technicznych mających na celu ocenę stanu aktywów, które będą przedmiotem zwrotu, i określenie zakresu niezbędnych do wykonania przez Partnera Prywatnego prac umożliwiających stronie publicznej korzystanie w niezakłócony sposób z infrastruktury po przejęciu aktywów od Partnera Prywatnego na zakończenie Umowy o PPP.

Z kolei audyt finansowy przeprowadzany jest okresowo oraz w przypadku, gdy strony rozważają refinansowanie przedsięwzięcia PPP. Audyt finansowy jest również niezbędny w przypadku przedterminowego rozwiązania umowy o PPP, kiedy konieczne jest przygotowanie rozliczeń stron umowy.

Zasady wyboru i wynagradzania audytora (np. podział kosztów pomiędzy Podmiot Publiczny i Partnera Prywatnego) powinny być określone w Umowie o PPP.

Wyniki przeprowadzonych kontroli i audytów mogą stać się również podstawą do wprowadzenia dopuszczalnych zmian do Umowy o PPP, przewidzianych w wyniku istotnych zmian sytuacji makroekonomicznej, powszechnych zmian technologicznych lub sytuacji związanej z siłą wyższą.

Zarządzanie ryzykiem

W ramach monitorowania projektu PPP niezbędna jest również okresowa aktualizacja tabeli ryzyk przygotowanej na etapie podpisywania Umowy o PPP. Ponadto Partner Prywatny powinien być zobowiązany do raportowania wystąpienia danego ryzyka, także podejmowania działań ograniczających jego wystąpienie lub skutki. Zadaniem Podmiotu Publicznego jest okresowe monitorowanie wpływu ryzyka na przedsięwzięcie PPP, również biorąc pod uwagę jego charakter pakietowy.

Zarządzanie zmianami

Z inicjatywą wprowadzenia zmian w Projekcie może wyjść zarówno Partner Prywatny, jak i Podmiot Publiczny. Umowa PPP powinna określać sposób, w jaki każda proponowana zmiana jest przedstawiana przez stronę inicjującą, jak powinna zostać rozważona przez drugą stronę, ostatecznie zatwierdzona oraz kiedy może wejść w życie (np. forma i treść dokumentów, terminy). Wiele potrzeb zmian powstaje dlatego, że strony mają do czynienia z nieprzewidzianymi, pozytywnymi lub negatywnymi zdarzeniami, takimi jak zmiany makroekonomiczne, siła wyższa, zmiana prawa. Konieczność zmiany umowy może wynikać z przypadku kompensacyjnego lub np. niemożności wywiązania się ze zobowiązań przez jedną ze stron. Większość zmian wymaga poprawek wprowadzanych do pierwotnej treści umowy. Podmiot Publiczny powinien mieć na uwadze skumulowany wpływ wszystkich poprawek, ponieważ razem mogą one w istotny sposób zmieniać początkowe ustalenia i mieć wpływ na wskaźniki finansowe Projektu. Podmiot Publiczny ma prawo zażądać aktualizacji modelu finansowego.

Zarządzanie relacjami

W praktyce międzynarodowej podnoszony jest jeszcze jeden aspekt zarządzania Projektem, mianowicie zarządzanie relacjami. Projekty PPP są długotrwałe, jak również wieloaspektowe i obejmują wielu interesariuszy. Powszechnie uważa się, że jedynym ryzykiem, którego nie można precyzyjnie wyliczyć jest ryzyko relacyjne, obejmujące wszystkie czynniki mogące wpłynąć na wyniki współpracy pomiędzy Podmiotem Publicznym, Partnerem Prywatnym oraz innymi interesariuszami Projektu. Ryzyko to jest szczególnie istotne w przypadku Pakietowego Projektu PPP, który jest realizowany co prawda poprzez określoną strukturę organizacyjną, niemniej zależną od indywidualnych jej uczestników czy udziałowców, potencjalnie mających różne oczekiwania. Stąd konieczność opracowania najważniejszego atrybutu zarządzania relacjami – czyli procedur komunikacji oraz stworzenia partnerskich relacji pomiędzy uczestnikami Pakietowego Projektu PPP, w tym JST tworzących Podmiot Publiczny i Partnera Prywatnego.

Zakończenie Umowy o PPP

Zarządzanie Projektem PPP obejmuje również działania związane z zakończeniem Umowy o PPP.

Zakończenie Umowy o PPP może mieć miejsce w wyniku wystąpienia następujących okoliczności:

a) Upływ okresu na jaki umowa została zawarta,

b) Spełnienie warunków rozwiązujących umowę,

c) Decyzja stron o rozwiązaniu umowy,

d) Jednostronne oświadczenie woli jednej ze stron o wypowiedzeniu umowy,

e) Jednostronne oświadczenie woli jednej ze stron o odstąpieniu od umowy.

W przypadku zakończenia Umowy o PPP niezależnie od przyczyny, Podmiot Publiczny ma obowiązek kontroli stanu aktywów przekazywanych oraz formalne przejęcie zwracanej infrastruktury. Niezwykle istotna jest weryfikacja kalkulacji rozliczenia między stronami w przypadku rozwiązania Umowy o PPP. Rozliczenia między JST uczestnikami Pakietowego Projektu PPP zostały opisane w pkt 3 ppkt 8 Załącznika nr 6 do Analizy.

5. FINANSOWANIE

Ostatnim etapem przed przystąpieniem do bezpośredniej realizacji Umowy o PPP jest dokonanie Zamknięcia Finansowego. Zamknięcie Finansowe zwykle następuje już po zawarciu Umowy o PPP (Zamknięciu Komercyjnym) kiedy to Partner Prywatny, odpowiedzialny za pozyskanie finansowania Projektu zawiera umowę lub umowy o zapewnieniu finansowania dłużnego z Instytucjami Finansującymi i udostępnia kapitał własny[117].

Dopiero Zamknięcie Finansowe, które gwarantuje środki pieniężne na realizację Projektu pozwala na rozpoczęcie fazy projektowania i budowy.

Project Finance

Zgodnie z zapisami SOPZ przewiduje się finansowanie Pakietowego Projektu PPP w formule Project Finance, czyli finansowania pojedynczego projektu.

Project Finance jest najpowszechniejszym sposobem finansowania projektów PPP, który jest stosowany do finansowania poszczególnych przedsięwzięć generujących przychody. Przy stosowaniu tej formuły jest tworzony odrębny podmiot prawny, dedykowany do realizacji projektów inwestycyjnych (lub w analizowanym przypadku Pakietowego Projektu PPP), zwany spółką specjalnego przeznaczenia (SPV – ang. Special Purpose Vehicle), lub Spółką Projektową która jest jednocześnie stroną Umowy o PPP.

Spółkę Ą tworzy inwestor prywatny (spółka matka) i/lub inwestorzy prywatni zaangażowani w przedsięwzięcie PPP, ponieważ:

a) umożliwia utrzymanie aktywów i zobowiązań poza bilansem inwestorów (zakładając, że ich wkład kapitałowy jest zazwyczaj niewielki);

b) zapewnia brak regresu w stosunku do inwestorów, przez wydzielenie projektu PPP w odrębnym podmiocie prawnym, regres jest ograniczony do przychodów projektu;

c) zabezpieczeniem spłat są przychody projektu, w tym przypadku Opłata za Dostępność;

d) zadłużenie projektu musi być spłacone przed upływem Umowy o PPP;

e) zapewnia brak zagrożeń dla działalności spółki celowej z tytułu problemów spółki matki.

Partner Prywatny finansuje projekt PPP za pomocą instrumentów dłużnych, przy niewielkim udziale kapitału własnego (zazwyczaj wymagany jest wkład w wysokości około 20% całkowitych nakładów inwestycyjnych).

Należy zauważyć, że formuła Project Finance nie jest stosowana w przypadku Małych Projektów PPP. Połączenie kilku Małych Projektów w jeden Pakietowy Projekt PPP zwiększa szanse na wykorzystanie formuły Project Finance dla realizacji projektu.

[117] Możliwe jest również – w niektórych przypadkach – połączenie Zamkniecia Komercyjnego i Zamknięcia Finansowego

Bankowalność

Na polskim rynku istnieją projekty z podpisaną Umową o PPP, które nie są jednak realizowane z powodu niemożności pozyskania finansowania przez Partnera Prywatnego.

Banki udzielają finansowania tylko wówczas, gdy są pewne, że dług zostanie spłacony w umownym terminie i pełnej wysokości – stąd termin Bankowalność oznaczający, że bank/instytucja finansowa jest gotowa udzielić finansowania. Należy mieć na uwadze, że Bankowalność jest wynikiem oceny projektu PPP przez bank.

Banki bardzo skrupulatnie oceniają projekt PPP, poprzez audyt projektu (proces due diligence), gdzie brane są pod uwagę następujące czynniki:

a) **stabilność i pewność źródeł spłaty finansowania**, w przypadku niniejszego Pakietowego Projektu PPP źródło przychodów Projektu jest oparte o płatność za pomocą Opłaty za Dostępność.
Tego typu mechanizmy są uważane za bardziej stabilne, niemniej wymagany jest dobry standing finansowy Podmiotu Publicznego ponoszącego opłaty. W przypadku Pakietowego Projektu PPP odnosi się to do standingu finansowego poszczególnych JST wchodzących w skład Projektu,

b) **forma organizacyjno-prawna** Pakietowego Projektu PPP,

c) w zależności od formy organizacyjno-prawnej **zapisy** w porozumieniu administracyjnoprawnym/ statucie związku/ umowie spółki zapewniające stabilność przekazywania środków finansowych przez JST na funkcjonowanie oraz zapewnienie zobowiązań względem Partnera Prywatnego, w szczególności Opłaty za Dostępność,

d) **podział ryzyk w projekcie** (ryzyka muszą być przypisane tej stronie, która lepiej nimi zarządza),

e) **doświadczenie Partnera Prywatnego** (brak doświadczenia może tworzyć zagrożenie mniej efektywnej realizacji projektu),

f) **zapisy Umowy o PPP**, takie jak zrównoważone kary umowne i pomniejszenia płatności (pamiętając, że nieadekwatne kary mogą zagrażać spłacie kredytu poprzez redukcję środków dostępnych dla Partnera Prywatnego), warunki zakończenia umowy przed terminem, zarówno przez Podmiot Publiczny, jak i Partnera Prywatnego, możliwość interwencji banków w przypadku zagrożenia projektu (Umowa Bezpośrednia dająca możliwość wkroczenia banków w sytuacji zagrożenia projektu),

g) możliwości **zabezpieczenia spłaty kredytu**,

h) inne zapisy Umowy o PPP dotyczące określonych **wskaźników obsługi zadłużenia**, takich jak DSCR (wskaźnik pokrycia obsługi długu, który pozwala określić zdolność Spółki Projektowej ustanowionej przez Partnera Prywatnego w ramach formuły Project Finance do regulowania swoich zobowiązań finansowych), czy LLCR (wskaźnik pokrycia długu przez okres trwania pożyczki),

i) **potencjalne gwarancje stron trzecich** (spółek matek, instytucji gwarancyjnych, strony publicznej) w przypadku ryzyka spłaty zadłużenia.

Brak doświadczeń w zakresie Pakietowych Projektów PPP wpływa na postrzeganie tego typu projektów jako bardziej ryzykowne przez banki. Z informacji rynkowych wynika, że uznają one iż generalne ryzyko jest wyższe w odniesieniu do Pakietowego PPP.

Istnieje wówczas prawdopodobieństwo odmiennej zdolności kredytowej każdego z JST i oprócz konieczności przeprowadzenia due diligence pod względem finansowym każdej z JST (co ewentualnie może nieznacznie podwyższyć koszty finansowania), preferencją banków są odpowiednie zapisy w umowie cywilnoprawnej/porozumieniu administracyjnoprawnym pomiędzy JST, które zapewniają solidarną odpowiedzialność gmin/powiatów w zakresie ponoszenia płatności na rzecz Partnera Prywatnego.

Odpowiedzialność solidarna jest uregulowana w art. 366 (solidarność dłużników)[118] i następnych k.c. Solidarność dłużników polega na tym, że kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, iż wierzyciel może żądać całości bądź części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub też od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. W uproszczeniu, solidarność zobowiązania dłużników oznacza taką sytuację, w której wierzyciel może dochodzić całej kwoty długu od każdego z dłużników aż do całkowitego zaspokojenia wierzytelności. Jednocześnie dłużnicy solidarni nie mogą bronić się zarzutem, że zapłacili już swoją część, a pozostałej części wierzyciel powinien dochodzić od pozostałych dłużników.

Zgodnie z art. 369 k.c. solidarności nie można domniemywać[119]. Tym samym będzie ona wynikała każdorazowo z ustawy bądź czynności prawnej.

Teoretycznie, możliwe jest przyjęcie odpowiedzialności solidarnej przez JST w przypadku utworzenia którejkolwiek z analizowanych form organizacyjno-prawnych. **W praktyce jednak będzie to trudne do zrealizowania**. Każda JST będzie musiała bowiem ująć w swoim budżecie zobowiązanie wynikające z Umowy o PPP w pełnej wysokości. JST z zasady nie godzą się na zapisy dotyczące odpowiedzialności solidarnej, gdyż oznacza to iż bank może się domagać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych.

W przypadku opowiedzenia się za koncepcją, że Pakietowy Projekt PPP jest przedsięwzięciem wspólnym (vide: rozdział 1.1.1. Analizy), przyjęcie odpowiedzialności solidarnej przez JST byłoby rozwiązaniem formalnie dopuszczalnym. Natomiast w przeciwnym wypadku (tj. gdyby każda z JST wykonywała jedynie wycinek zadania własnego), przyjęcie odpowiedzialności solidarnej za całość Projektu kłóciłoby się z ideą odrębności JST, a według niektórych poglądów byłoby niedopuszczalne. W takim przypadku odpowiedzialność poszczególnych JST powinna zostać ograniczona do fragmentu drogi będącego w obszarze danej JST. Kolejnym argumentem przeciwko przyjmowaniu odpowiedzialności solidarnej jest fakt, że zarówno związek JST jak i spółka komunalna są formami organizacyjno-prawnymi powoływanymi m.in. w celu ograniczenia odpowiedzialności podmiotów je zakładających. Innymi słowy – przyjęcie odpowiedzialności solidarnej w przypadku związku JST czy spółki komunalnej niweczyłoby sens powoływania takiej formy organizacyjno-prawnej.

Zawarcie umowy wykonawczej do instytucji powierzenia , może wpłynąć pozytywnie na Bankowalność Pakietowego Projektu PPP. Potwierdza ona bowiem płatność przez JST rekompensat z tytułu wydatków i kosztów ponoszonych przez nowopowstały Podmiot Publiczny, na których banki mogą ustanowić zabezpieczenie. Jest to dodatkowy czynnik, istotny szczególnie w przypadku nowej struktury pozyskującej finansowanie na realizację Pakietowego Projektu PPP, gdyż wzmacnia zobowiązania po stronie samorządów i ich wiarygodność finansową.

Należy jednak starannie rozważyć zastosowanie rekompensaty dla związku JST. O ile w przypadku spółki JST potencjalnie wydaje się możliwe przekazanie przez JST rekompensaty jako wkładu kapitałowego (byłaby to rekompensata wyłącznie inwestycyjna)o tyle w przypadku związku JST nie jest to możliwe i część eksploatacyjna rekompensaty będzie klasyfikowana jako wydatek bieżący, obciążający IWZ.

[118] § 1. Kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników).
§ 2. Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani.
119 Zgodnie z art. 369 k.c. „zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej."

Znaczenie Umowy Bezpośredniej

Dodatkowym instrumentem poprawiającym Bankowalność Projektu, jest **Umowa Bezpośrednia zawierana pomiędzy Podmiotem Publicznym, Partnerem Prywatnym i bankami**, zawierająca zapisy dotyczące obowiązków informacyjnych, składania określonych oświadczeń, lecz przede wszystkim regulujące możliwe działania naprawcze. Dodatkowym narzędziem, stosowanym w sytuacji zagrożenia Projektu jest prawo interwencji, pozwalające na przeniesienie przez Podmiot Publiczny na bank części lub całości praw i obowiązków Partnera Prywatnego[120].

Wydaje się, iż nie ma przeszkód prawnych, aby w ramach Pakietowego Projektu PPP, możliwe było zawarcie Umowy Bezpośredniej pomiędzy Podmiotem Publicznym, Partnerem Prywatnym, Instytucją Finansującą oraz JST biorącymi udział w Projekcie. Zatem, w zależności od wymagań banku, stronami umowy bezpośredniej mogą być również JST biorące udział w Projekcie (jeżeli jednocześnie nie pełnią roli Podmiotu Publicznego, co ma miejsce jedynie w przypadku umowy cywilnoprawnej)[121].

Umowa Bezpośrednia ma dodatkowy walor, doceniany przez banki, mianowicie sam fakt jej zawarcia tworzy porozumienie pomiędzy Instytucją Finansującą a podmiotem publicznym (oraz ewentualnie innymi jej sygnatariuszami, takimi jak JST zaangażowane w Pakietowy Projekt PPP). Mimo, że aspekt ten nie jest sformalizowany, praktyka wskazuje, że w razie konieczności procedury naprawczej łatwiejsza jest współpraca i osiągnięcie konsensusu.. Umowa bezpośrednia zobowiązuje wszystkie jej strony do działania.

Należy w tym zakresie wskazać, że Umowa Bezpośrednia została bardzo lakonicznie uregulowana w u.p.p.p., głównie z tego względu, iż jest to umowa cywilnoprawna, a co za tym idzie, stosuje się do niej zasadę swobody zawierania umów.

U.p.p.p. przewiduje jedynie pewne nieliczne ograniczenia, które wynikają ze specyfiki partnerstwa publiczno – prywatnego, tj.:

- Umowa Bezpośrednia może być zawarta jeżeli **dokumentacja Postępowania, w tym Umowa o PPP przewiduje taką możliwość i określa jej warunki**,
- Umowa Bezpośrednia **nie może zawierać postanowień sprzecznych z Umową o PPP** (w odmiennym przypadku, takie postanowienia są nieważne).

Ponadto, interpretując postanowienia Umowy Bezpośredniej należy mieć również na uwadze przepisy u.k.r.u. oraz u.p.z.p. – w przypadku zmiany podmiotowej po stronie prywatnej, wynikającej z Umowy Bezpośredniej, wydaje się, że nowy podmiot powinien spełniać minimalne warunki udziału w Postępowaniu oraz wykazywać brak podstaw do wykluczenia z pierwotnego Postępowania na dzień zawarcia aneksu do Umowy o PPP[122].

Z powyższego wynika zatem, że Umowa Bezpośrednia może być zawierana względnie swobodnie przez zainteresowane strony. U.p.p.p. nie przewiduje żadnych dodatkowych ograniczeń, bądź zakazów w tym zakresie.

Stąd, wydaje się, że **nie ma podstaw do stwierdzenia, iż w przypadku Pakietowego Projektu PPP nie jest możliwe, aby stronami Umowy Bezpośredniej były również JST biorące udział w Projekcie**. W tym względzie kluczowe jest stanowisko stron Umowy o PPP oraz instytucji finansujących – jeżeli podmioty te zidentyfikują taką potrzebę, należy uznać taki wariant za dopuszczalny.

---

[120] Należy jednak zauważyć, że w praktyce takie narzędzie będzie mieć raczej niewielkie zastosowanie, ze względu na brak kompetencji instytucji finansujących w zakresie zadań Partnera Prywatnego.

[121] Więcej na temat umowy bezpośredniej zawieranej między Podmiotem Publicznym, Partnerem Prywatnym, Instytucją Finansującą oraz JST biorącymi udział w Projekcie zob. w pkt 3 ppkt 6) Załącznika nr 6 do Analizy.

[122] Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw, Druk Sejmowy nr 2333, dostępny na http://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2333 [dostęp z dn. 6.07.2020 r.]

Oczywiście ważne jest, aby w dokumentacji Postępowania przewidzieć stosowny warunek (możliwość zawarcia Umowy Bezpośredniej przez JST biorące udział w Projekcie) oraz uregulować tę kwestię w Umowie o PPP.

Jednocześnie bank w zależności od formy prawnej realizującej Pakietowe PPP wymagać może odpowiednich zapisów w porozumieniu administracyjnoprawnym/ statucie związku JST/umowie spółki komunalnej i/lub umowie wykonawczej, zapewniających stabilność Projektu oraz gwarantujących przekazywanie środków pieniężnych na rzecz Projektu.

Natomiast Umowa Bezpośrednia nie powinna kreować nowych zobowiązań, a więc jej zapisy nie mogą zawierać żadnych zabezpieczeń, ani gwarancji zapewniających stabilne przepływy pomiędzy JST, a spółką/związkiem JST Zapisy takie mogą kreować zobowiązania dłużne JS, analogiczne do gwarancji lub poręczeń, a więc byłaby konieczność wpisywania tych zobowiązań do WPF, co nie byłoby akceptowalne dla JST.

Zapisy stabilizujące strumień przepływów powinny być zawarte w umowie wykonawczej.

W efekcie można skonstatować, że o ile Umowa Bezpośrednia jest standardowym, niezwykle ważnym narzędziem zobowiązującym strony – uczestników Pakietowego PPP do właściwej realizacji umowy o PPP, to sama w sobie nie może stanowić zabezpieczenia spłaty finansowania dłużnego. Jest to rola, którą może pełnić umowa wykonawcza, zawarta na co najmniej czas równy terminowi spłaty długu i przewidująca płatności w formie rekompensat, na której bank może ustanowić zabezpieczenie.

Dostępność finansowa Projektu PPP dla Podmiotu Publicznego

Mimo że to Partner Prywatny jest odpowiedzialny za pozyskanie finansowania dla Projektu PPP, to **w efekcie końcowym w przypadku mechanizmu płatności opartym na Opłacie za Dostępność, to Podmiot Publiczny musi dokonywać płatności na poziomie zapewniającym, że Projekt jest możliwy do zrealizowania**, zarówno z punktu widzenia komercyjnego, jak i finansowego, komercyjno-finansową wykonalność Projektu. W związku z tym bardzo istotne jest aby był on zaznajomiony (każda z JST – uczestnik Pakietowego Projektu PPP) ze standardowymi warunkami finansowania projektów PPP i ich konsekwencjami.

Dostępność finansowa projektu PPP odnosi się do zdolności do zapłaty za usługi związane z budową, utrzymaniem i/lub zarządzaniem obiektem, przy czym, w zależności od projektu i potencjalnego modelu płatności, zdolność ta może być rozpatrywana jako zdolność Podmiotu Publicznego do regulowania zobowiązań, niezależnie od długoterminowych uwarunkowań rynkowych. Zobowiązania obejmują nie tylko bezpośrednie, regularne płatności Opłaty za Dostępność, lecz również potencjalne zobowiązania warunkowe, takie płatności z tytułu zmaterializowanych klauzul kompensacyjnych, czy poleceń zmiany. Dotyczy to wszystkich JST realizujących Pakietowy Projekt PPP, w zależności od ich udziału w Projekcie.

Dostępność finansowa Podmiotu Prywatnego, w tym przypadku poszczególnych JST wchodzących w skład Pakietowego Projektu PPP jest określana w trakcie przeprowadzanej Oceny Efektywności. Proces ten został opisany w rozdziale 2 pkt 3) Analizy.

Środki finansowe na realizację Pakietowego Projektu PPP powinny być zabezpieczone w budżetach poszczególnych JST, poprzez ich ujęcie, tam gdzie pozwala na to forma ich przekazywania, w Wieloletnich Prognozach Finansowych (WPF). W razie teoretycznego przyjęcia solidarnej odpowiedzialności JST, konieczne byłoby wpisanie pełnej kwoty zobowiązań wszystkich JST z tytułu Umowy o PPP do WPF. W przypadku możliwości proporcjonalnej odpowiedzialności zostałaby wpisana kwota odpowiadająca wkładowi własnemu/udziałowi danej JST w inwestycji.

Generalnie w myśl przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 i ust. 2 - 4 u.p.f., jest rozumienie, iż wydatki JST, która nie jest bezpośrednio stroną Umowy o PPP, ale bierze udział w takim projekcie w sposób pośredni finansując związek JST lub spółkę celową (której jest odpowiednio członkiem lub udziałowcem), będącą stroną Umowy o PPP jako Podmiot Publiczny są wpisywane do Wieloletniej Prognozy Finansowej, jeżeli istnieje tytuł prawny inny niż status związku czy umowa spółki.

Wieloletnia prognoza finansowa (WPF) JST stanowi instrument wieloletniego planowania finansowego w jednostkach samorządu terytorialnego. Zobowiązania z tytułu Umów o PPP powinny być ujęte w WPF.

Zgodnie z Wytycznymi PPP Tom II zobowiązania z tytułu realizacji projektu PPP powinny być zabezpieczoneprzez Podmiot Publiczny przed zaproszeniem Partnerów Prywatnych do złożenia ofert. Takie podejście nie tylko daje stronie publicznej gwarancję posiadanych środków już w tej dacie, ale sprzyja również Bankowalności Projektu PPP. Partnerzy Prywatni, składając swoje oferty, mają bowiem pewność, że Podmiot Publiczny jest zdolny do zapłaty wynagrodzenia wynikającego z planowanej Umowy o PPP. Brak zabezpieczenia środków przed zaproszeniem do składania ofert może powodować ryzyko, że niektórzy wykonawcy w ogóle nie zdecydują się na złożenie ofert. Nie jest celowe zabezpieczanie środków przed wszczęciem Postępowania lub w jego wczesnej fazie.

Natomiast nie wszystkie sposoby finansowania poszczególnych form organizacyjnych mogą być ujęte w Wieloletniej Prognozie Finansowej:

a) **Porozumienie administracyjnoprawne/umowa cywilnoprawna** pozyskuje środki z tytułu dotacji celowych przekazywanych przez JST na rzecz innej JST. Dotacje mają charakter jednoroczny i nie ma możliwości wpisania ich do Wieloletniej Prognozy Finansowej, nawet jeżeli dotyczą realizacji Umowy o PPP.[123] Niemniej, JST zawierające porozumienie administracyjnoprawne/ umowę cywilnoprawną powinny określić kwoty dotacji niezbędne do pokrycia kosztów związanych z Projektem. Ze względu na jednoroczny charakter dotacji i brak możliwości wpisania jej do Wieloletniej Prognozy Finansowej, konieczne jest, aby JST przewidziały w zawartym porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej zobowiązanie do uwzględnienia w corocznych budżetach ustalonych kwot dotacji, o ile zostanie podjęta uchwała o udzieleniu dotacji celowych, w poszczególnych latach;

b) **Związek JST** jest finansowany ze składek/wpłat lub dotacji celowych (te ostatnie są często formą uzupełniającą składki/wkłady) przekazywanych przez JST na rzecz związku, które winny pokrywać koszty bieżącego utrzymania oraz działań związanych z realizacją Pakietowego Projektu PPP, a także pokrycie zobowiązań (Opłaty za Dostępność) w stosunku do Partnera Prywatnego. Statut związku JST powinien zawierać zapisy dotyczące do partycypowania w kosztach funkcjonowania związku oraz zabezpieczenia środków na pokrycie 100% udziału własnego w inwestycji w ramach Pakietowego Projektu PPP, w tym Opłaty za Dostępność. Mimo, że składki mają charakter roczny, jeżeli są przeznaczane na wydatki wieloletnie są ujmowane w wydatkach bieżących Wieloletniej Prognozy Finansowej, w pozycji 2.1;

c) **Spółka komunalna**, nie jest jednostką sektora finansów publicznych. Natomiast środki finansowe na realizację Pakietowego Projektu PPP będą pokrywane przez JST udziałowców spółki za pośrednictwem dopłat i ewentualnie dotacji celowych. Z punktu widzenia Bankowalności Projektu preferowaną formą są dopłaty, gdyż mają charakter majątkowy i są uwzględnianie w Wieloletniej Prognozie Finansowej;

[123] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Olsztynie z dnia 7 lutego 2019 r. I SA/Ol 758/18

Wpływ zobowiązań finansowych z umów o PPP na deficyt budżetowy i dług publiczny

Umowy o PPP mogą mieć wpływ zarówno na Indywidualny Wskaźnik Zadłużenia (IWZ), w przypadku gdy Podmiotem Publicznym jest JST, jak i na poziom państwowego długu publicznego, jeżeli Podmiotem Publicznym jest jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu u.f.p.

Sposób klasyfikacji wpływu zobowiązań z Umowy o PPP na poziom państwowego długu publicznego określa art. 18a u.p.p.p. i Podmiot Publiczny winien opierać się na ww. przepisie oceniając ten wpływ. Dla oceny wpływu na państwowy dług publiczny kluczowy jest podział ryzyka budowy, dostępności i popytu między stronami Umowy o PPP. Zgodnie z u.p.p.p. zobowiązania wynikające z Umów o PPP nie wpływają na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych w sytuacji, gdy Partner Prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu. Zakres pojęciowy: ryzyka budowy, ryzyka dostępności oraz ryzyka popytu oraz czynniki uwzględniane przy ich ocenie określone zostały w Rozporządzeniu ws. Ryzyka.

Konieczne jest, aby analiza przyjętego w Umowie o PPP modelu podziału ryzyk pod kątem wpływu zobowiązań z umowy na dług publiczny została przeprowadzona jeszcze przed zawarciem Umowy o PPP (np. po zakończeniu dialogu konkurencyjnego). Brak analizy podziału kluczowych ryzyk (budowy, dostępności, popytu) może skutkować nieprawidłową oceną wielkości państwowego długu publicznego w przypadku zawarcia Umowy o PPP.

Wpływ na dług publiczny ma niewielkie praktyczne znaczenie przy realizacji projektów na poziomie JST. Kluczowe znaczenie dla określenia sytuacji finansowej JST ma wynik budżetu operacyjnego JST (nadwyżka operacyjna, deficyt operacyjny), czyli różnica między dochodami bieżącymi a wydatkami bieżącymi. Nadwyżka operacyjna może być bowiem przeznaczona na finansowanie nowych inwestycji oraz na spłatę wcześniej zaciągniętego zadłużenia. Skoro zaś większość zadłużenia długoterminowego zaciąga się z myślą o finansowaniu inwestycji, można w uproszczeniu stwierdzić, że o potencjale inwestycyjnym JST rozumianym jako zdolność do realizacji różnego rodzaju inwestycji, również w formule PPP, decyduje przede wszystkim wielkość generowanych nadwyżek operacyjnych.

W kontekście Pakietowych Projektów PPP, sposoby przekazywania środków przeznaczonych na Opłatę za Dostępność mają następujące implikacje w zakresie IWZ:

1. Dotacje celowe przekazywane przez JST w ramach porozumienia administracyjnoprawnego/umowy cywilnoprawnej oraz ewentualnie jako finansowanie/współfinansowanie związku JST, ze względu na swój roczny charakter są neutralne dla IWZ;

2. Składki/wpłaty do związku oraz dopłaty do spółki komunalnej są ujmowane w Wieloletniej Prognozie Finansowej w pozycji 2.1.2 jako wydatki bieżące z tytułu poręczeń i gwarancji, a więc pomniejszają nadwyżkę operacyjną JST;

3. Wkłady kapitałowe wnoszone do spółki JST są neutralne dla IWZ.

4. W przypadku kiedy związek JST lub spółka JST zawrze z poszczególnymi JST, umowę wykonawczą do instytucji powierzenia, umowa ta reguluje sposób płacenia za powierzone usługi w postaci rekompensat za poniesione koszty. Jak wskazują dostępne źródła[124], istnieją dwa typy rekompensat:

[124] Prezentacja Kancelarii Hogan & Lovells, pn. Aspekty prawne powierzenia zadania własnego spółce komunalnej przygotowana na Konferencję BGK dla JST https://www.bgk.pl/files/public/Pliki/news/Konferencje_BGK/XIV_Konferencja_BGK_dla_JST/Aspekty_prawne_powierzenia_zadania_wlasnego_spolce_komunalnej_warsztat_4__13_wrzesnia_.pdf opublikowanym w czasopiśmie „Wspólnota" w dniu 24 lutego 2018 pod tytułem „Jak sfinansować inwestycje w spółce komunalnej

- **Rekompensaty eksploatacyjne**, które mają zrekompensować koszty eksploatacyjne – są one ujmowane w budżecie spółki/ Związkuzwiązku jako przychód, a w budżecie JST jako wydatek bieżący. W efekcie pomniejszają nadwyżkę operacyjną JST .
- **Rekompensaty inwestycyjne**, które mają zrekompensować wydatki na inwestycje – są one ujmowane w budżecie związku jako przychód, natomiast w przypadku spółki jest to zazwyczaj podniesienie kapitału. W budżecie JST są ujmowane jako wydatek majątkowy, nniezależnie czy są przekazywane spółce, czy związkowi JST, a więc pozostają neutralne dla IWZ.

Nie można wykluczyć, iż możliwe jest, aby JST przekazało rekompensatę dla spółki JST, jako płatność jednolitą, bez podziału na poszczególne typy, która byłaby traktowana jako wkład kapitałowy do spółki. W efekcie byłaby neutralna dla IWZ (gdyż jak wskazano wyżej wkłady kapitałowe są neutralne dla IWZ) i mogłaby zostać wykorzystana na Opłatę za Dostępność w ramach zawartej Umowy o PPP. Możliwość taką należałoby potwierdzić w ramach Oceny Efektywności.

Bardziej szczegółowe informacje na temat metodyki oceny wpływu umów o PPP na finanse JST znajdują się w publikacji „Analiza Wpływ Zobowiązań finansowych z umów o PPP na deficyt budżetowy i dług publiczny – praktyczny przewodnik”[125].

WAŻNE: Zaciągnięcie wydatków na inwestycje, poprzez zawarcie umowy o skutkach podobnych do pożyczki lub kredytu, np. cesji wierzytelności z Umowy o PPP, wymaga uzyskania przez JST opinii Regionalnej Izby Obrachunkowej o możliwości spłaty zobowiązań[126].

Przekazywanie Partnerowi Prywatnemu Wynagrodzenia

Wszelkie płatności wynagrodzenia Partnerowi Prywatnemu w postaci Opłaty za Dostępność, pochodzić będą od JST, będących uczestnikami Pakietowego Projektu PPP. Płatności wynagrodzenia będą dokonywane przez podmiot, stanowiący formę organizacyjnoprawną realizacji Pakietowego Projektu PPP (Lider Projektu, czyli jedna z JST/związek JST/spółka komunalna).

Opłata za Dostępność, obejmująca wszystkie komponenty wyszczególnione w rozdziale 5 pkt 4) Analizy jest rozłożona na raty, w zależności o harmonogramu spłaty zadłużenia przez Partnera Prywatnego, zgodnie z zapisanym w Umowie o PPP okresem rozliczeniowym (rekomendowana jest płatność miesięczna). Wynagrodzenie to jest obniżane o wartość potencjalnych kar i pomniejszeń z tytułu niedotrzymania Kluczowych Wierników Efektywności oraz w przypadku zmniejszonej dostępności.

Istotne jest, aby w ramach Umowy o PPP zostały zdefiniowane nie tylko wzory obliczenia tej opłaty oraz Kluczowe Wskaźniki Efektywności, lecz także zasady raportowania przez Partnera Prywatnego ewentualnych ograniczeń dostępności w danym okresie rozliczeniowym oraz niezbędna dokumentacja, która będzie przekazywana Podmiotowi Publicznemu. Zasady partycypacji w kosztach, zyskach oraz zasady pokrywania strat powinny być ujęte w porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej/statucie związku JST/ umowie spółki komunalnej[127].

Partner Prywatny powinien każdorazowo przedstawić szczegółową kalkulację należnej w danym okresie rozliczeniowym Opłaty za Dostępność, przy czym kalkulacja ta jest przedmiotem

przynoszącej straty” (http://aesco.com.pl/wp-content/uploads/2018/04/W06-2018-Jak-sfinansować inwestycje-w-spólce -komunalnej-przynoszącej-straty.pdf).

[125] Michał Bitner, Marcin Warzyniak, marzec 2018 r.

[126] Ustawa o Regionalnych Izbach Obrachunkowych z dn. 7 października 1992 r. Dz.U.1992 art.11 ust.1 punkt 3

[127] Kwestie rozliczania kar umownych/odszkodowania/obniżonego wynagrodzenia pomiędzy JST zostały opisane w pkt 3 Załącznika nr 6 do Analizy.

weryfikacji przez stronę publiczną oraz ewentualnych uzgodnień pomiędzy stronami Umowy o PPP przed ostatecznym uruchomieniem płatności należnej dla Partnera Prywatnego. Jest to procedura dotycząca zarządzania Projektem PPP i została opisana szczegółowo w rozdziale 4 Analizy.

Analiza przepisów dotyczących pomocy publicznej

Pojęcie pomocy publicznej

W kontekście założeń realizacji Pakietowego Projektu PPP przy zastosowaniu form organizacyjno – prawnych w postaci związku JST lub spółki komunalnej, konieczne jest rozważenie, czy przekazywane przez JST środki finansowe na pokrycie kosztów związanych z przeprowadzeniem Postępowania oraz zarządzaniem Umową o PPP będą stanowić dozwoloną pomoc publiczną.

W tym zakresie należy odpowiedzieć na pytanie:

- co to jest pomoc publiczna i jakie może przyjąć formy?
- kto może być beneficjentem pomocy publicznej?
- kiedy pomoc publiczna jest dozwolona, a kiedy nie, i jakie wiążą się z tym skutki?

Podstawowym przepisem regulującym pojęcie pomocy publicznej (zwanej też inaczej „pomocą państwa") jest art. 107 ust. 1 TFUE, zgodnie z którym, *z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi*.

Zatem **definicja pomocy publicznej** obejmuje szerokie spektrum środków wsparcia przedsiębiorstw przez państwo, co powoduje lub może powodować zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym UE. Do immanentnych cech pomocy publicznej należą:

- korzyść,
- selektywność,
- zasoby państwowe,
- wpływ na handel między państwami członkowskimi[128].

Z punktu widzenia Analizy, niezbędne jest ustalenie pojęcia korzyści.

W świetle przepisów TFUE pod tym pojęciem należy rozumieć wsparcie, jakie może otrzymać przedsiębiorstwo od państwa i może ono przyjąć rozmaite formy. Zasadą jest jednak, że w ramach pomocy publicznej korzyść jest przekazywana dobrowolnie. To oznacza, że np. wypłaty zasądzonego odszkodowania nie należy rozpatrywać w kontekście pomocy publicznej.

Korzyść jest rozumiana jako jakiekolwiek uprzywilejowanie o charakterze gospodarczym, a zatem może stanowić świadczenie w postaci np. dotacji, zwolnienia z obowiązku realizowania świadczeń (np. podatkowych), nieodpłatnego przeniesienia własności gruntu czy dokapitalizowania przedsiębiorstwa[129].

[128] Kowalik-Bańczyk Krystyna (red.), Szwarc-Kuczer Monika (red.), Wróbel Andrzej (red.), Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 90-222), WKP 2012

[129] tamże

Beneficjentem pomocy publicznej, w świetle art. 107 ust. 1 TFUE, jest przedsiębiorstwo. Zaznaczenia wymaga, że pojęcie to należy rozumieć również możliwie szeroko. Zasadniczo, chodzi o jakikolwiek podmiot, który prowadzi działalność gospodarczą, w orzecznictwie określany jako „każda jednostka zaangażowana w działalność gospodarczą (ekonomiczną), bez względu na jej status prawny oraz sposób finansowania[130]". Aby zatem uznać jakiś podmiot za beneficjenta pomocy publicznej, musi on oferować towary lub usługi na określonym rynku, co oznacza, co do zasady, oferowanie ich za wynagrodzeniem (choć działalność przedsiębiorcy nie musi być zorientowana zysk). Nie ma znaczenia również status, ani forma prawna, jak i struktura własnościowa beneficjenta (przedsiębiorcy). Zatem w krąg przedsiębiorstw należy wliczyć również podmioty sektora publicznego, takie jak przedsiębiorstwa publiczne, czy spółki komunalne, a nawet, w niektórych przypadkach, jednostki samorządu terytorialnego. Jeżeli jakiś podmiot prowadzi działalność gospodarczą i niegospodarczą, to wsparcie ze strony państwa, które otrzymuje, może być uznane za pomoc publiczną tylko w tym zakresie, w jakim odnosi się ono do jego działalności gospodarczej.

Pomoc publiczna w projektach infrastruktury drogowej

Przenosząc powyższe rozważania na grunt Pakietowego Projektu PPP, **warto się zastanowić, czy finansowanie budowy sieci dróg publicznych oraz jej utrzymanie, będzie wchodzić w zakres pomocy publicznej.** W tym zakresie warto przypomnieć założenia Pakietowego Projektu PPP: uczestniczące w Projekcie JST przekazują środki finansowe na rzecz związku JST/spółki komunalnej, którego/której zadaniem jest przeprowadzenie Postępowania oraz zarządzanie Umową o PPP. Finansowanie ma obejmować przede wszystkim koszty bieżącej działalności związku JST/spółki komunalnej oraz koszty Umowy o PPP (Opłata za Dostępność). Co do zasady zakłada się, że Umowa o PPP będzie obejmować sfinansowanie, zaprojektowanie, budowę i utrzymanie dróg gminnych lub powiatowych.

Zakładany Projekt dotyczy zatem budowy i utrzymania infrastruktury drogowej, która zasadniczo udostępniana jest wszystkim użytkownikom bez opłat (będą to bowiem drogi publiczne kategorii dróg gminnych i powiatowych, które w odróżnieniu np. od autostrad, nie mogą być płatne, co wynika wprost z przepisów u.d.p.).

W doktrynie prawa unijnego w odniesieniu do infrastruktury drogowej/transportowej, wykształcił się pogląd, że dla ustalenia, czy działalność ich dotycząca jest gospodarcza, decydujące znaczenie ma to, czy za korzystanie z infrastruktury pobierana jest opłata i jaki jest jej charakter (czy ma charakter wynagrodzenia, czy raczej daniny publicznej).

Zatem dla udzielenia odpowiedzi, czy w przypadku Pakietowego Projektu PPP będziemy mieć do czynienia z pomocą publiczną, kluczowym dokumentem będzie Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (2016/C 262/01)[131].

Wskazane Zawiadomienie przedstawia w sposób kompleksowy rozwój doktryny w zakresie oceny finansowania infrastruktury publicznej pod kątem zgodności z przepisami o pomocy publicznej.

---

[130] C-41/90 Klaus Höfner, pkt 21; C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'Assurance, pkt 14; C-55/96 Job Centre coop. arl., pkt 21; C-67/96 Albany International BV, pkt 77; C-115-117/97 Brentjens' Handelsonderneming BV, pkt 77; C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken BV, pkt 67; C-159 i 160/91 Christian Poucet, pkt 17

[131] dostępny na stronie internetowej: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC0719%2805%29#ntc303-C_2016262PL.01000101-E0303 [dostęp: 23.10.2020 r.]

Zasadniczo, uznawano zatem, że publiczne finansowanie większości infrastruktury nie wchodzi w zakres zasad pomocy państwa, ponieważ budowę i eksploatację infrastruktury traktowano jako ogólny środek polityki publicznej, a nie jako działalność gospodarczą[132].

Pogląd ten jednak ewoluował i na gruncie orzeczeń TSUE w sprawach Aéroports de Paris oraz Leipzig/Halle, uznano, że eksploatację infrastruktury (w tym przypadku: portu lotniczego), należy traktować jako działalność gospodarczą, tak samo jak budowę komercyjnego pasa startowego. Sprawy te dotyczyły portów lotniczych, jednak uznano, że zasady wypracowane przez sądy unijne powinny znaleźć zastosowanie również do innych działów infrastruktury.

A contrario, przyjęto, że **finansowanie infrastruktury nieprzeznaczonej do komercyjnej eksploatacji, nie wchodzi z zasady w zakres stosowania zasad pomocy państwa[133]**. Co więcej, w Zawiadomieniu Komisji wskazano wprost, że zasada ta dotyczy dróg udostępnionych do nieodpłatnego użytku publicznego, ponieważ jest to przykład infrastruktury niewykorzystywanej do oferowania towarów lub usług na rynku[134]. Istotny w tym zakresie jest pogląd wyrażony przez TSUE w sprawie Leipzig/Halle, zgodnie z którym, jeżeli budowa infrastruktury lub jej części wchodzi w zakres wykonywania przez państwo prerogatyw władzy publicznej, wówczas finansowanie publiczne infrastruktury (lub odpowiedniej jej części) nie podlega zasadom pomocy państwa[135].

Pomoc publiczna, w odniesieniu do tego rodzaju infrastruktury, może wystąpić tylko w niektórych przypadkach i w ograniczonym zakresie, to jest:

- gdy infrastruktura, która pierwotnie nie była wykorzystywana do działalności gospodarczej, na późniejszym etapie zostanie przeznaczona do użytku gospodarczego (np. w pasie drogowym zostaną umieszczone słupy do zamieszczania bilboardów za określoną opłatą) – wówczas do oceny finansowania pod kątem zgodności z przepisami o pomocy publicznej zostaną wzięte pod uwagę wyłącznie koszty przekształcenia tej infrastruktury na użytek gospodarczy,
- gdy infrastruktura jest użytkowana do prowadzenia działalności gospodarczej i niegospodarczej, finansowanie publiczne jej budowy będzie wchodziło w zakres zasad pomocy państwa wyłącznie w odniesieniu do finansowania publicznego pokrywającego koszty związane z działalnością gospodarczą. Aczkolwiek, uznaje się, że jeżeli jest ona prawie wyłącznie wykorzystywana do celów działalności niegospodarczej, finansowanie takiej infrastruktury może w całości wykraczać poza zakres zasad pomocy państwa[136].

Co więcej, mając na uwadze założenia Pakietowego Projektu PPP oraz w świetle ustaleń wynikających z Zawiadomienia Komisji, **Projekt ten nie powinien prowadzić do zakłócenia konkurencji, ani nie powinien mieć wpływu na wymianę handlową, co dodatkowo wykluczałoby ten Projekt z zakresu pomocy publicznej**.

Jak wskazano w Zawiadomieniu Komisji, za przypadki finansowania infrastruktury nie mające wpływu na jednolity rynek wewnętrzny UE uznaje się zwłaszcza te, które mają głównie zasięg lokalny. Uznaje się bowiem, że mało prawdopodobne jest, aby budowa lokalnej infrastruktury, która służy przede wszystkim użytkownikom lokalnym i których wpływ na inwestycje transgraniczne jest marginalny, wywarła wpływ na wymianę handlową[137]. Brak takiego wpływu może być udowodniony m.in. danymi, z których wynika,

[132] Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (2016/C 262/01) – pkt 201
[133] Tamże – pkt 203
[134] Tamże
[135] Tamże – pkt 208
[136] Tamże – pkt 207
[137] Tamże – pkt 210

że z infrastruktury tylko w niewielkim stopniu korzystają użytkownicy spoza danego państwa członkowskiego.

Dodatkowo, w świetle Zawiadomienia, zakłócenie konkurencji jest wykluczone w przypadku infrastruktur, które zazwyczaj nie podlegają bezpośredniej konkurencji, nie są w sposób znaczący finansowane prywatnie oraz gdy infrastruktura nie jest projektowana, aby selektywne sprzyjać jednemu przedsiębiorstwu lub sektorowi, ale przynosi korzyści całemu społeczeństwu[138].

Mając na uwadze specyfikę dróg publicznych i krajowe uregulowania w tym zakresie, należy stwierdzić, że finansowanie tego rodzaju infrastruktury nie powinno prowadzić do zakłócenia konkurencji, ani wpływać na wymianę handlową. Drogi publiczne stanowią bowiem własność określonych w u.d.p. podmiotów prawa publicznego (w przypadku tego Projektu – JST), ich budowa/remont i utrzymanie finansowane jest ze środków publicznych, a drogi gminne i powiatowe, które mają być realizowane w ramach niniejszego Projektu, są udostępniane nieodpłatnie wszystkim użytkownikom. Nie bez znaczenia pozostaje również lokalny charakter dróg, które mają być wybudowane/wyremontowane w ramach Pakietowego Projektu PPP.

Jak zatem wskazuje Komisja w Zawiadomieniu: „drogi udostępniane nieodpłatnie do użytku publicznego należą do infrastruktury ogólnej i ich finansowanie publiczne nie wchodzi w zakres zasad pomocy państwa”[139]. Jedynie przypadki eksploatacji drogi płatnej stanowić mogą działalność gospodarczą. Przy czym finansowanie samej budowy infrastruktury drogowej, w tym dróg płatnych, w przeciwieństwie do eksploatacji drogi płatnej, nie ma zazwyczaj wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi ani nie zakłóca konkurencji.

Mając jednak na uwadze, że w ramach Pakietowego Projektu PPP, budowane/remontowane drogi, mają być, co do zasady, jedynie utrzymywane przez Partnera Prywatnego (nie zaś eksploatowane/zarządzane, ponieważ nie przewiduje się odpłatnego udostępniania dróg gminnych lub powiatowych), finansowanie realizacji Pakietowego Projektu PPP można wyłączyć z zasad udzielania pomocy publicznej. Wyłączenie zasad udzielania pomocy publicznej obejmuje zarówno stosunek prawny łączący JST oraz utworzoną przez nich formę organizacyjnoprawną (spółkę komunalną lub związek JST), jak również samą Umowę o PPP zawartą między Podmiotem Publicznym, a Partnerem Prywatnym.

Oczywiście, wniosek ten odnosi się do Pakietowego Projektu PPP w ujęciu generalnym, natomiast nie można wykluczyć, że w pojedynczych, konkretnych przypadkach, indywidualne uwarunkowania Projektu będą prowadzić do odmiennych wniosków. Należy jednak podkreślić, że w przypadku infrastruktury drogowej, finansowanie stanowiące pomoc publiczną występuje jedynie w ograniczonym zakresie.

Dozwolona pomoc publiczna

Niezależnie od powyższego, warto mieć na uwadze, że nawet jeśli finansowanie przedsięwzięć z zakresu infrastruktury drogowej stanowiłoby pomoc publiczną (w ograniczonym zakresie), pod pewnymi warunkami, taka pomoc może być uznana za dozwoloną.

Pozostaje zatem do ustalenia, jaka pomoc publiczna jest dozwolona, i jakie powinna ona spełniać warunki, aby była zgodna z przepisami TFUE oraz prawem państwa członkowskiego.

[138] Tamże – pkt 211
[139] Tamże – pkt 220

Kategorie dozwolonej pomocy publicznej określa art. 107 ust. 2 TFUE, a specjalne zasady traktowania poszczególnych rodzajów pomocy regulują art. 93 i 106 ust. 2 TFUE i to one z punktu widzenia Analizy są najistotniejsze.

Przepis art. 106 ust. 2 TFUE reguluje przypadki, gdy dane przedsiębiorstwo otrzymuje pomoc publiczną ze względu na świadczenie powierzonych mu usług o charakterze publicznym. W odniesieniu do takich przedsiębiorstw, reguły traktatowe dotyczące pomocy państwa mogą być ograniczone lub nawet wyłączone ze stosowania.

Z kolei art. 93 TFUE jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 106 ust. 2 TFUE i określa on zasady przekazywania środków finansowych z tytułu obowiązku świadczenia usług publicznych w sektorze transportu lądowego.

W kontekście art. 106 ust. 2 TFUE należy wspomnieć o wyroku w sprawie Altmarkt[140], który nadał kierunek wykładni wskazanego przepisu. Na podstawie wniosków wypływających z wyroku opracowano następujące dokumenty, istotne dla prawidłowego stosowania art. 106 ust. 2 TFUE:

- Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, 2012/C 8/02;
- Decyzja Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (2012/21/UE);
- Komunikat Komisji - Zasady ramowe Unii Europejskiej dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, 2012/C 8/03.

We wskazanych dokumentach wypracowano pojęcia usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG) oraz rekompensaty.

Pod pojęciem **UOIG** kryją się usługi realizowane przez przedsiębiorstwa, którym powierzono szczególne zadanie z zakresu usług publicznych, czyli usług, których dane przedsiębiorstwo, ze względu na swój własny interes gospodarczy, nie podjęłoby się lub nie podjęłoby się w tym samym zakresie lub na tych samych warunkach, a które służą interesowi ogólnemu[141]. Interes ogólny należy rozumieć jako zaspokajanie ważnych potrzeb ludzkich oraz rozwój całej gospodarki. Do takich usług można zaliczyć większość usług świadczonych w sektorach infrastrukturalnych[142].

Wykonanie UOIG musi być powierzone przedsiębiorstwu przez państwo, przy czym pojęcie państwa należy rozumieć szeroko, np. zaliczyć do niego należy jednostki samorządu terytorialnego oraz ich organy.

Powierzenie UOIG powinno nastąpić w formie aktu, który w zależności od prawodawstwa w poszczególnych państwach członkowskich może przyjąć formę instrumentu ustawodawczego lub regulacyjnego albo umowy[143].

[140] Sprawa C-280/00 Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH

[141] Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, 2012/C 8/02

[142] Kowalik-Bańczyk Krystyna (red.), Szwarc-Kuczer Monika (red.), Wróbel Andrzej (red.), Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 90-222), WKP 2012

[143] Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, 2012/C 8/02

W akcie powierzenia należy określić m.in. czas trwania zobowiązania oraz, co istotne, parametry służące do obliczania, kontrolowania i przeglądu kwot rekompensaty oraz ustalenia dotyczące unikania nadwyżki rekompensaty i jej zwrotu.

W tym kontekście, konieczne jest omówienie pojęcia **„rekompensaty”**. W świetle przepisów unijnych **jest to wynagrodzenie przekazywane przedsiębiorcy z tytułu poniesionych kosztów w związku z realizacją UOIG**. Wynagrodzenie to może mieć różną wysokość – może nie pokrywać wszystkich poniesionych kosztów, może być im równe, albo i je przewyższać. Ważne, aby akt powierzenia przedsiębiorstwu określał zasady wyliczenia rekompensaty na rzecz przedsiębiorcy. Rekompensata może przybierać różne formy, może być udzielana w postaci dotacji, subwencji itp.

Pojawia się zatem pytanie, czy rekompensata z tytułu poniesionych kosztów w związku z realizacją UOIG stanowi pomoc publiczną?

Problem ten badano w wyroku w sprawie Altmark. Z jego treści wynika, że aby dany środek państwowy mógł zostać uznany za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, musi stanowić dla danego przedsiębiorstwa (będącego beneficjentem tegoż środka) rzeczywistą finansową korzyść, przy czym korzyść ta musi mieć charakter uprzywilejowujący, to jest, jego uzyskanie nie byłoby możliwe na normalnych rynkowych warunkach.

Jednocześnie, Trybunał określił cztery warunki, których łączne spełnienie pozwala stwierdzić, iż dany środek nie stanowi pomocy publicznej, a jedynie jest wynagrodzeniem za realizowane usługi:

1) przedsiębiorstwo świadczy UOIG na podstawie nałożonego na niego obowiązku przez państwo (np. w akcie powierzenia) i zakres tych usług został wyraźnie określony;
2) zasady przyznania wynagrodzenia (rekompensaty), zostały odgórnie zdefiniowane w sposób obiektywny i przejrzysty, każde określenie wysokości i przekazanie środków dopiero w momencie, gdy zobowiązanie okaże się nieopłacalne stanowić będzie pomoc publiczną[144],
3) wynagrodzenie nie przewyższa całości lub części poniesionych przez przedsiębiorstwo kosztów, przy wzięciu pod uwagę przychodów osiągniętych z takiej działalności, czy rozsądnego zysku;
4) przedsiębiorstwo zostało wyłonione na podstawie publicznego przetargu, a jeżeli nie, to wynagrodzenie zostało ustalone na podstawie analizy kosztów typowego, dobrze zarządzanego przedsiębiorstwa, aby mieć pewność, że państwo nie płaci wygórowanej ceny za usługi.

Brak spełnienia choćby jednego z powyższych warunków, bądź wystąpienie wątpliwości odnośnie ich spełnienia powoduje, że dany środek należy uznać za pomoc publiczną i wówczas aktualizuje się obowiązek powiadomienia o niej Komisji.

Warunki udzielania dozwolonej pomocy publicznej zostały uszczegółowione we wspomnianej wyżej Decyzji Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (2012/21/UE).

[144] Jednak, jak wskazano w Komunikacie Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym 2012/C 8/02: „Konieczność uprzedniego ustalenia parametrów rekompensaty nie oznacza, że rekompensata musi być obliczona na podstawie specjalnego wzoru (np. określona cena za dzień, za posiłek, za pasażera czy za liczbę użytkowników). Istotne jest jedynie, aby od samego początku było jasne, w jaki sposób ma być określana rekompensata”.

Między innymi, podstawowym warunkiem takiej pomocy jest jej prawidłowa wysokość: zgodnie z art. 2, rekompensata nie może przekraczać rocznej kwoty 15 mln euro za świadczenie UOIG (jeśli wysokość rekompensaty zmienia się w okresie powierzenia, kwotę roczną oblicza się jako średnią rocznych kwot rekompensaty przewidywanych w okresie powierzenia). Rekompensata przekraczająca rocznie kwotę 15 mln euro, jako niespełniająca warunku określonego w Decyzji Komisji, wymaga uprzedniego zgłoszenia Komisji Europejskiej.

Oczywiście, rekompensata jest udzielana na podstawie aktu powierzenia, którego obligatoryjne elementy określa art. 4 Decyzji Komisji. M.in. do tych elementów należą postanowienia zawierające opis mechanizmu rekompensaty oraz wskaźniki służące do obliczania, kontrolowania i przeglądu wysokości rekompensaty, a także zawierające ustalenia na temat unikania i odzyskiwania nadwyżek rekompensaty.

Jedną z podstawowych zasad ustalania wysokości rekompensat określa art. 5 ust. 1 Decyzji Komisji, zgodnie z którym rekompensata nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia kosztów netto wynikających z wywiązywania się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, z uwzględnieniem rozsądnego zysku. Z kolei „rozsądny zysk" zgodnie z art. 5 ust. 5 Decyzji Komisji oznacza stopę zwrotu z kapitału, której wymagałoby typowe przedsiębiorstwo podczas podejmowania decyzji, czy świadczyć usługi w ogólnym interesie gospodarczym przez cały okres powierzenia, przy uwzględnieniu poziomu ryzyka. Stopa zwrotu z kapitału oznacza wewnętrzną stopę zwrotu, jaką osiąga przedsiębiorstwo z zainwestowanego kapitału w całym okresie powierzenia. Poziom ryzyka uzależniony jest od danego sektora, rodzaju usług oraz cech charakterystycznych rekompensaty.

Otrzymana nadwyżka rekompensaty, powinna podlegać zwrotowi.

Pomoc publiczna udzielona w formie rekompensaty z tytułu świadczenia UOIG, spełniająca warunki określone w Decyzji Komisji, nie wymaga uprzedniego zgłoszenia Komisji Europejskiej.

Na potrzeby Pakietowego Projektu PPP, zasadne jest, aby uczestniczące w Projekcie JST ustalały wysokość finansowania przewidzianego na rzecz związku lub spółki komunalnej na poziomie odpowiadającym prognozowanym kosztom realizacji Przedsięwzięcia (Opłata za Dostępność) oraz kosztom związanym z bieżącą działalnością związku/spółki komunalnej. Takie działanie będzie nie tylko zgodne z zasadami udzielania pomocy publicznej (nawet, jeśli Przedsięwzięcie nie wchodziłoby w zakres pomocy publicznej), ale również z zasadami finansowania zadań publicznych wynikającymi z u.f.p.

6. ANALIZA SWOT WYBRANYCH WARIANTÓW Z UZASADNIENIEM

W poniższych tabelach spośród cech właściwych dla poszczególnych form organizacyjnoprawnych zostały wyróżnione (w nawiasach) kryteria różnicujące przedstawione w analizie wielokryterialnej (rozdział 7 Analizy).

6.1. Umowa między JST - porozumienie administracyjnoprawne

Porozumienie administracyjnoprawne	
Mocne strony	**Słabe strony**
• Nieskomplikowana procedura zawierania porozumień, brak konieczności tworzenia dodatkowych struktur **(wymogi formalno-prawne, efektywność kosztowa)**	• Ponoszenie odpowiedzialności przez JST za realizację powierzonego jednej z nich zadania – JST przyjmująca nie realizuje zadania na własną odpowiedzialność (w odróżenieniu np. od związku, w którym odpowiedzialność JST jest ograniczona), co negatywnie wpływa na Bankowalność oraz może zniechęcać JST do realizacji Projektu w tej formie **(Bankowalność w kontekście Pakietowego PPP)**
• Sposób finansowania realizacji zadań publicznych przekazywanych na podstawie porozumienia (dotacja celowa) jest podatkowo optymalny **(kwestie podatkowe)**	• Niestabilność formy współpracy JST oraz ograniczenie możliwości wypłacania dotacji z budżetu JST do danego roku finansowego skutkuje niską Bankowalnością w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego **(Bankowalność w kontekście Pakietowego PPP)**
• Brak skutków podatkowych zawarcia porozumienia **(kwestie podatkowe)**	• Brak oddzielnych struktur organizacyjnych od JST – w związku z tym funkcjonowanie porozumienia w dużej mierze zależy od decyzji poszczególnych JST **(odrębność od JST)** • Porozumienie administracyjnoprawne jest mało stabilną formą współpracy JST **(stabilność)**
• Względnie duża swoboda w konstruowaniu postanowień porozumienia, w tym określania obowiązków poszczególnych JST oraz konsekwencji niewywiązania się ze zobowiązań, co może pomóc dostosować tę formę współdziałania do specyfiki Pakietowego Projektu PPP	• Dobrowolność uczestnictwa JST w porozumieniu administracyjnoprawnym – wystąpienie z porozumienia może być ograniczone do określonych przypadków, jednak nie można go zupełnie wykluczyć

Szanse	Zagrożenia
• Na gruncie u.d.p. dopuszczono wprost możliwość przekazania zadań w zakresie budowy/remotu i utrzymania dróg publicznych w drodze porozumienia administracyjnoprawnego zawartego pomiędzy zarządcami dróg, co pozwoliłoby na realizację Pakietowego Projektu PPP w branży drogowej w takiej formie	• Istnieją wątpliwości, co do możliwości przekazania na podstawie porozumienia administracyjnoprawnego pomiędzy JST zadań w zakresie budowy/remotu i utrzymania dróg publicznych, które to zadania zastrzeżone są dla zarządcy drogi i na gruncie u.d.p. mogą być przekazywane wyłącznie w określonych przypadkach (vide rozdział 1.3.1.1. pkt 4) Analizy). **(dostosowanie do specyfiki sektora drogowego)** • Sposób finansowania realizacji zadań publicznych przekazywanych na podstawie porozumienia (dotacja celowa) może być czynnikiem destabilizującym porozumienie ze względu na charakter roczny dotacji **(Bankowalność w kontekście Pakietowego PPP)**

6.2. Związek JST (międzygminny, powiatowo-gminny)

Związek JST	
Mocne strony	**Słabe strony**
• Posiadanie osobowości prawnej w wymiarze cywilnoprawnym (posiadanie zdolności prawnej, zdolności do czynności prawnych i zdolności procesowej) oraz administracyjnoprawnym (w tym zakresie możliwość realizowania przez związek zadań o charakterze władczym) **(odrębność od JST)**	• Dobrowolność uczestnictwa JST w związku – na gruncie statutu nie można wyłączyć prawa do występowania ze związku, ale można to uprawnienie w pewnym stopniu ograniczyć (np. do ściśle określonych przypadków) **(odrębność od JST)**
• Posiadanie oddzielnych struktur organizacyjnych, w tym własnych organów, co wpływa negatywnie na efektywność kosztową, ale pozwala w pewnym stopniu uniezależnić związek od JST (w zakresie podejmowania decyzji dotyczących spraw „wewnętrznych", jak i w stosunku do podmiotów trzecich, w tym Partnera Prywatnego) **(efektywność kosztowa, odrębność od JST)**	• Organy związku są powiązane z organami tworzących go JST, co może negatywnie wpływać na stabilność tej formy współdziałania (ryzyko polityczne) **(odrębność od JST)**

- Stosunkowo niewielkie wymogi formalno-prawne oraz duża swoboda w kształtowaniu postanowień statutowych, dzięki czemu JST mogą dostosować zasady funkcjonowania związku do specyfiki Pakietowego Projektu PPP **(wymogi formalno-prawne)**

- Przekazywanie środków finansowych przez JST w formie składek/wpłat, wpisywanych do WPF jest korzystna dla Bankowalności Projektu **(Bankowalność w kontekście Pakietowego PPP)**

- Zarówno utworzenie związku JST, jak i dopuszczalne sposoby finansowania jego działalności (dotacja, wpłaty/składki) nie powinny wywoływać skutków podatkowych na gruncie podatku VAT oraz będą mogły korzystać ze zwolnienia z podatku CIT **(kwestie podatkowe)**

- Brak przeszkód prawnych do zawarcia umowy wykonawczej pomiędzy związkiem a tworzącymi go JST, precyzującej postanowienia statutu, umożliwiającej zabezpieczenie ewentualnych roszczeń instytucji finansujących **(wymogi formalno-prawne)**

- Ciężar finansowania działalności związku w całości spoczywa na tworzących go JST, które zobowiązane są do udzielania mu pomocy rzeczowej lub finansowej i w zależności od formy tego finansowania może wpływać na IWZ (w przypadku składek lub wpłat do związku)

Szanse

- Na gruncie orzecznictwa nie wykluczono wprost możliwości powierzenia związkowi zadań publicznych w zakresie zarządzania drogami publicznymi (vide rozdział 1.3.2.1. pkt 6) Analizy) **(dostosowanie do specyfiki sektora drogowego)**

- Sposób finansowania działalności związku JST (wpłaty/składki członkowskie) może być istotnym czynnikiem stabilizującym – w szczególności na trwałość Projektu może wpłynąć możliwość obciążenia kosztami realizacji inwestycji JST, pomimo jej wystąpienia ze związku **(stabilność)**

- Możliwość zawarcia umowy wykonawczej precyzującej zapisy statutu związku **(wymogi formalno-prawne)**

Zagrożenia

- Aktualnie obowiązujące przepisy regulujące tworzenie i działanie związków są lakoniczne i mogą budzić wiele wątpliwości praktycznych

- Nikła znajomość związków przez banki powoduje, że podmioty mogą być uznane za niewiarygodnych partnerów **(Bankowalność w kontekście Pakietowego PPP)**

6.3. Spółka komunalna

Spółka komunalna	
Mocne strony	**Słabe strony**
• Spółka komunalna wydaje się być najstabilniejszą formą współpracy ze wszystkich omawianych wariantów[145], w szczególności ze względu na niemożność „prostego" wypowiedzenia umowy spółki, a konieczność zastosowania instytucji zbycia udziałów **(stabilność)**	• Istnieje orzecznictwo wykluczające zarówno prowadzenie gospodarki komunalnej w zakresie zadania własnego jakim jest utrzymanie dróg gminnych w formie spółki prawa handlowego, jak i powierzenie takiej spółce przez gminę wykonywania takiego zadania[146] **(dostosowanie do specyfiki sektora drogowego)**
• Pozwala w najpełniejszy sposób oddzielić odpowiedzialność za zobowiązania powstające w trakcie działalności spółki od JST, która jest jej udziałowcem **(odrębność od JST)**	• Utworzenie i utrzymanie spółki wiąże się z kosztami dla JST. W sytuacji kiedy Postępowanie przedłuża się lub z różnych przyczyn dochodzi do jego unieważnienia, tworzące JST mają poczucie zbędnego wydatku **(efektywność kosztowa)**
• Prowadzi działalność samodzielnie, będąc niezależna w zakresie podejmowanych decyzji, zarówno co do spraw wewnętrznych, w tym organizacyjnych, jak i co do dokonywanych na rynku czynności prawnych i faktycznych **(odrębność od JST)**	• Spółka komunalna jako podatnik podatku PCC ponosi ciężar opodatkowania wniesienia wkładów pieniężnych (skutkujących podwyższeniem kapitału zakładowego) oraz dopłat **(kwestie podatkowe)**
• Zasadniczo odpowiedzialność majątkowa za zobowiązania dotyczy majątku spółki, a nie majątku jednostki samorządu terytorialnego jako odrębnej osoby prawnej[147]	• Zgodnie z niektórymi poglądami, JST nie mogą tworzyć spółek kapitałowych razem z innymi jednostkami samorządu terytorialnego ani razem z innymi jednostkami samorządowymi przystępować do istniejących spółek, ani też przystępować do spółek, w których już uczestniczą inne jednostki samorządowe[148]

[145] Vide: rozdział 1.3.3 pkt 9) Analizy
[146] Vide: rozdział 1.3.3. pkt 6) Analizy
[147] Potwierdzają to art. 49 ust. 1 u.s.g., art. 49 u.s.p. oraz art. 60 u.s.w., w myśl których gmina nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania innych gminnych osób prawnych, a te nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania gminy
[148] Vide: rozdział 1.3.3 Analizy

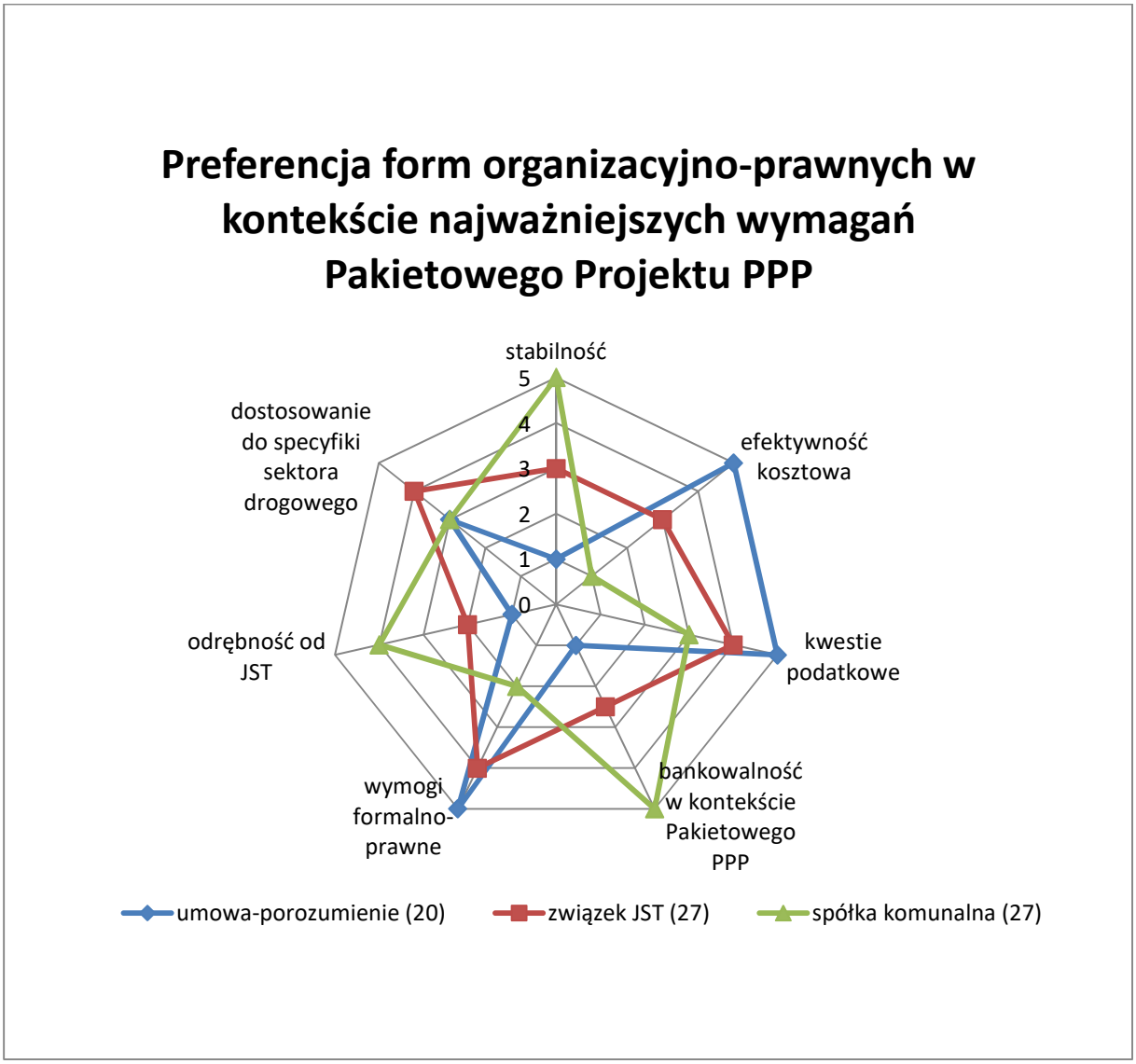
• Wpływ JST na spółkę jako udziałowca lub akcjonariusza zostaje zapewniony przez środki nadzoru właścicielskiego, w tym możliwość określania przedmiotu działalności i innych elementów stanowiących materię statutową, a także swobodę w zakresie obsady personalnej organów spółki • Jest formą pozwalającą na ogół na sprawniejsze działanie niż typowe formy administracyjne • Stanowi byt dostosowany do warunków rynkowych • Umożliwia łatwą współpracę z sektorem prywatnym poprzez możliwość zbycia udziałów lub akcji, (art. 12 ust. 2 u.g.k.) • Brak ograniczeń prawnych w zawarciu umowy wykonawczej, co wpływa na możliwość utworzenia struktury opartej o powierzenie i wypłatę rekompensaty **(wymogi formalno-prawne)**	• Co do zasady spółka komunalna nie jest podstawową formą współpracy pomiędzy JST, ponieważ prawo przewiduje specyficzne formy związków i porozumień, o których mowa w art. 5 u.g.k.
Szanse	**Zagrożenia**
• Spółka jest podmiotem preferowanym przez banki pod warunkiem zobowiązania w umowie spółki do regularnych dopłat • Spółka nie należy do sektora finansów publicznych, a więc nie obowiązuje jej analogiczna dyscyplina finansowa jak w przypadku JST • Umowa wykonawcza, którą JST mogą zawrzeć ze spółką w celu doprecyzowania zasad realizacji wspólnego przedsięwzięcia w ramach Pakietowego Projektu PPP, może stanowić wystarczające źródło zabezpieczenia roszczeń instytucji finansującej, które niekiedy będzie warunkować podjęcie rozmów dotyczących finansowania **(wymogi formalno-prawne)**	• Obowiązujące przepisy regulujące tworzenie i działanie spółek komunalnych są nieprecyzyjne i mogą stanowić istotną barierę dla tej formy współpracy JST **(wymogi formalno-prawne)** • Istnieją rozbieżności w orzecznictwie dotyczące uznania spółki komunalnej realizującej zadania publiczne za podatnika VAT, a w konsekwencji również skorzystania przez nią z możliwości obniżenia kwoty podatku należnego o wartość podatku naliczonego **(kwestie podatkowe)** • Możliwość tworzenia i przystępowania do spółek winna zawsze być rozpatrywana w kontekście celów gospodarki komunalnej, które dotyczą wykonania zadań własnych JST. Oznacza to potencjalne ograniczenie nie tylko przedmiotowe, lecz także terytorialne, ponieważ każda JST powinna zaspokajać potrzeby wspólnoty samorządowej, która zamyka się w jej granicach administracyjnych. Powyższe potwierdzają

	tezy przywołane już w Analizie[149]
	• Istnieją rozbieżności w orzecznictwie odnośnie kluczowych kwestii, takich jak możliwość działania spółki komunalnej na terenie różnych JST, a także powierzenia spółce komunalnej zarządu drogi • Mimo że spółka jest poza sektorem finansów publicznych, to nie generuje własnych przychodów, tylko jest całkowicie zależna od finansowania JST, a niektóre formy przekazywania środków takie jak dopłaty do kapitału lub rekompensata eksploatacyjna są traktowane w budżecie JST jako wydatki bieżące, a więc mają negatywny wpływ na IWZ

[149] Vide: rozdział 1.1. 1 Analizy

7. REKOMENDACJA JEDNEGO Z TRZECH WARIANTÓW Z UZASADNIENIEM

7.1. Analiza porównawcza



Liczby w nawiasach przedstawiają powierzchnię wielokątów widniejących na wykresie.

Wykres obrazuje przewagę związku JSTi spółki komunalnej nad pozostałymi konstrukcjami, biorąc za punkt wyjścia siedem podstawowych zmiennych, jakie należy wziąć pod uwagę przy zakładaniu formy organizacyjno-prawnej przez JST.

Metodyka interpretacji i oceny wykresu radarowego polega na porównaniu pola poszczególnych wielokątów utworzonych w oparciu o ustalone kryteria. Wielokąt o największej powierzchni oznacza, że analizowana forma ma najwyższą ocenę i jest najbardziej przydatna do określonego celu. Zgodnie z legendą umieszczoną powyżej wykresu związek JST uzyskał najwyższą wartość, co oznacza, że jest formą najbardziej przydatną dla realizacji Pakietowych Projektów PPP.

7.2. Czynniki sukcesu Pakietowego Projektu PPP

Czynniki sukcesu Pakietowego Projektu PPP

- **Właściwa identyfikacja projektów drogowych** na obszarze JST planujących Pakietowy Projekt PPP, obejmujących zarówno budowę nowych dróg, jak i remonty, a następnie zarządzanie/utrzymanie drogami. Drogi nie powinny być położone w zbyt dużych odległościach (powinny tworzyć jedną sieć), a ich odcinki nie powinny być zbyt krótkie.
- **Bardzo dobre przygotowanie Projektu od strony technicznej**, począwszy od rzetelnej i kompletnej inwentaryzacji dróg, poprzez profesjonalnie sporządzone PFU (rekomendowane jedno, dla wszystkich dróg objętych Projektem).
- **Wola polityczna i determinacja JST**, planujących Pakietowy Projekt PPP. To kluczowy czynnik, pozwalający na przezwyciężenie ewentualnych problemów.
- **Forma organizacyjno-prawna o stabilnej strukturze**, niepodatnej na ryzyko polityczne (zmiany władz JST na skutek wyborów).
- **Rzetelnie przeprowadzona Ocena Efektywności**, potwierdzająca korzyści z Pakietowego Projektu PPP identyfikująca ryzyka.
  Szczególnie istotnym komponentem jest analiza techniczna, w ramach której zostaną określone koszty inwestycyjne i operacyjne w wariancie PPP i tradycyjnym, oraz wyznaczone wyważone Kluczowe Wskaźniki Efektywności. Istotna też jest rzetelna analiza finansowa, a następnie VfM. Przyjęcie do Projektu tych JST, których „standing finansowy" nie będzie stanowił dodatkowego obciążenia dla Bankowalności.
- **Dobrze opracowana Umowa o PPP, sprzyjająca Bankowalności**, prawidłowe przypisanie ryzyk pomiędzy poszczególnych uczestników Projektu, właściwy zakres i wysokość nakładanych na Partnera Prywatnego kar.
- **Właściwe procedury zarządzania Umową o PPP.** Sukces Projektu PPP nie polega wyłącznie na Zamknięciach Komercyjnym i Finansowym, ale na jego realizacji w taki sposób, aby spełnił cele i przynosił korzyści dla interesu publicznego.
- Właściwa **komunikacja ze wszystkimi interesariuszami** Projektu.
- Właściwy **dobór członków zespołów** po stronie publicznej oraz profesjonalnych Doradców.

7.3. Ryzyka właściwe dla Pakietowego Projektu PPP

Ryzyka właściwe dla Pakietowego Projektu PPP

- **Niewłaściwie wybrane cząstkowe projekty tworzące Pakietowy Projekt PPP, którymi Partnerzy Prywatni nie są zainteresowani.**
- **Niewłaściwa, niestabilna forma organizacyjno-prawna**, powodująca że Instytucje Finansujące nie są skłonne udzielić finansowania ze względu na ryzyko spłaty.
- **Ocena Efektywności przeprowadzona niewłaściwie lub niepełna** (bez komponentu technicznego) w oparciu o nierzetelne założenia, co skutkuje fałszywymi wynikami VfM, a w efekcie rozpoczęcie Postępowania, które nie wzbudzi zainteresowania Partnerów Prywatnych.
- **Ryzyko polityczne**.

7.4. Podsumowanie analizy porównawczej

Na podstawie Analizy, na potrzeby realizacji Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym:

I. **jako formę organizacyjno-prawną nieadekwatną uznano umowę cywilnoprawną**, głównie ze względu na brak możliwości przeniesienia odpowiedzialności za realizację Umowy o PPP na jej podstawie na inną JST (inny podmiot). Ponadto, w ramach umowy cywilnoprawnej niemożliwe jest nie tylko przekazywanie zadań o charakterze publicznoprawnym (działań władczych), ale istnieją również wątpliwości co do możliwości przekazywania zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi wykonywanych w formach niewładczych.

II. **jako formę przydatną do realizacji Pakietowego Projektu PPP uznano porozumienie administracyjnoprawne:** przede wszystkim ze względu na przewidzianą wprost w u.d.p. możliwość przekazywania zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi w drodze porozumienia między zarządcami dróg. Ponadto nieskomplikowana procedura zawierania i powszechna praktyka stosowania może powodować, iż ta forma współdziałania może być atrakcyjna dla samorządów. Z drugiej jednak strony, porozumienie nie jest wystarczająco trwałą formą współdziałania dla realizacji takiego przedsięwzięcia jak Pakietowy Projekt PPP:
po pierwsze ze względu na sposób finansowania zadań wykonywanych na podstawie porozumień (dotacja celowa), jak również ze względu na duże ryzyko polityczne (o dalszym uczestnictwie JST w porozumieniu bezpośrednio decydują ich organy).

III. **jako formy najbardziej przydatne do realizacji Pakietowego Projektu PPP uznano:**

1) związek JST ze względu na:
- możliwość przekazania związkowi przez JST zadań publicznych (w zakresie działań władczych i niewładczych), a w szczególności możliwość wykonywania przez związek JST zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi,
- możliwość przeniesienia odpowiedzialności za realizację Projektu z JST na związek,
- posiadanie osobowości prawnej i odrębności od JST tworzących związek, w tym posiadanie własnych organów,
- możliwe zasady finansowania działalności związku JST, w tym możliwość przewidzenia w statucie obowiązku w partycypowaniu w kosztach inwestycji przez JST, która ze związku wystąpiła,
- swobodę w kształtowaniu postanowień statutu związku, dzięki czemu można jego brzmienie dostosować do indywidualnych warunków Pakietowego Projektu PPP.

Do głównych wad związku JST należą przede wszystkim: dobrowolność uczestnictwa w związku (wystąpienie ze związku nie jest wyjątkowo utrudnione, choć może być w statucie ograniczone do określonych przypadków) oraz w pewnym stopniu ryzyko polityczne wynikające z powiązań osobowych występujących między organami związku a JST.

2) spółkę komunalną ze względu na:
- możliwość przeniesienia odpowiedzialności za realizację Projektu z JST na spółkę oraz związane z tym posiadanie przez spółkę osobowości prawnej i odrębności od JST,
- stabilność formy współdziałania pomiędzy JST, głównie ze względu na posiadanie własnych organów (co zmniejsza ryzyko polityczne) oraz dopuszczalność ustanowienia ograniczeń w możliwości występowania ze spółki, jak również możliwe sposoby finansowania działalności spółki (dopłaty),
- możliwe sposoby finansowania spółki komunalnej (np. dopłaty, dokapitalizowanie spółki), nie mają wpływu na wskaźnik zadłużenia JST, bądź mogą być przewidziane w Wieloletniej Prognozie Finansowej,

- możliwość zawarcia umowy wykonawczej pomiędzy JST, a spółką komunalną, która może stanowić podstawę budowania wiarygodności spółki w ocenie banków zainteresowanych Pakietowym Projektem PPP.

Główną wadą spółki komunalnej są wątpliwości prawne, co do możliwości stosowania tej formy organizacyjno – prawnej w sektorze drogowym, ze względu brak regulacji przewidujących wprost możliwość przekazania jej zadań z zakresu zarządzania drogami publicznymi.

Zarówno związek JST, jak i spółka komunalna są formami, które mogą pełnić rolę Podmiotu Publicznego w Pakietowych Projektach PPP. Związek JST w szczególności budzi mniej wątpliwości prawnych w kontekście regulacji dotyczących dróg publicznych. Niemniej spółka komunalna może być finansowana przez JST w sposób neutralny dla IWZ, co czyni ją strukturą korzystniejszą dla JST z punktu widzenia ich budżetu. Ponadto instytucje finansujące mają większe doświadczenie w finansowaniu spółek komunalnych, stąd są one bardziej bankowalne. W związku z powyższym, spółka komunalna może być formą organizacyjno – prawną bardziej preferowaną przez instytucje finansujące.

8. ZAŁĄCZNIKI DO ANALIZY

Załącznik nr 1	Procedura zawierania porozumienia administracyjnoprawnego
Załącznik nr 2	Procedura zawierania umowy cywilnoprawnej
Załącznik nr 3	Procedura tworzenia związku międzygminnego, podstawa działania, organy związku międzygminnego
Załącznik nr 4	Procedura tworzenia związku JST (powiatowo – gminnego), organy, podstawa działania
Załącznik nr 5	Procedura tworzenia spółki komunalnej, jej organy oraz umowa spółki komunalnej
Załącznik nr 6	Przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania oraz Umowa o PPP