

ANALIZA PRAWNA

w zakresie konieczności stosowania ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-privatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.) do postępowań prowadzonych w trybie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.)

Czerwiec 2014 r.



POMOC TECHNICZNA
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



MINISTERSTWO
INFRASTRUKTURY
I ROZWOJU

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Spis treści

I.	Rozpatrywane zagadnienie prawne	4
II.	Stan prawny	4
III.	Analiza prawna	6
IV.1.	Stanowisko Najwyższej Izby Kontroli odnośnie obowiązku stosowania ustawy o PPP do postępowań prowadzonych w trybie określonym ustawą o koncesji	6
IV.2.	Zakres regulacji ustawy o PPP, a obowiązek jej stosowania do wszystkich postępowań prowadzonych w trybie ustawy o koncesji, w których realizacja przedsięwzięcia oparta jest na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym	8
IV.2.1.	Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle prawa wspólnotowego	8
IV.2.2.	Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle ustawy o PPP	10
IV.2.3.	Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle ustawy o koncesji	16
IV.	Podsumowanie	21

Warunki korzystania z niniejszej publikacji

Niniejsza publikacja została opracowana w celu wzbogacenia i pobudzenia dyskusji na temat partnerstwa publiczno – prywatnego, a także w celu propagowania dobrych praktyk w tej dziedzinie.

Jest ona wynikiem prac Platformy Partnerstwa Publiczno – Prywatnego powołanej w 2011 r. z inicjatywy ówczesnego Ministra Rozwoju Regionalnego. Doświadczenia, obserwacje, analizy, interpretacje i wnioski zawarte w przedmiotowym materiale nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju (MliR) i nie mogą stanowić podstawy do formułowania jakichkolwiek roszczeń. Ponadto, MliR nie odpowiada za błędne interpretacje treści publikacji, ani za następstwa czynności podjętych na jej podstawie. W związku z tym użytkownik korzystający z informacji zawartych w niniejszej publikacji czyni to na swoją wyłączną odpowiedzialność.

Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju 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. MliR nie ponosi odpowiedzialności za takie serwisy, a korzystanie z nich może podlegać szczegółowym warunkom.

Publikacja powstała w Departamencie Wsparcia Projektów Partnerstwa Publiczno-Prywatnego we współpracy z ekspertami zewnętrznymi firmy KPMG Advisory sp. z o.o. sp. k. w ramach umowy zawartej z Ministrem Infrastruktury i Rozwoju, częściowo finansowanej przez Unię Europejską w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna 2007-2013.

I. Rozpatrywane zagadnienie prawne

Przedmiotem opinii prawnej jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy konieczne jest stosowanie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym do wszystkich postępowań (w tym postępowań związanych z projektami hybrydowymi) prowadzonych w trybie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, w których realizacja przedsięwzięcia oparta jest na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym.

II. Stan prawny

Niniejsza opinia prawna wydana została w oparciu m.in. o następujące akty prawne:

1. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą, a następnie Wspólnotę Europejską), Wersja skonsolidowana 2012, Dz.Urz. C 326 z 26.10.2012, str. 47-390, dalej jako „TFUE”
2. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. L 134 z 30 kwietnia 2004 r., dalej: Dyrektywa klasyczna)
3. Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.), zwana dalej „ustawą o PPP”
4. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j.: Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 z późn. zm.)
5. Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.), dalej jako „ustawa o koncesji”
6. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), dalej jako „ustawa Pzp”
7. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121), dalej jako „K.c.”
8. Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j.: Dz. U. z 2013 r. poz. 594 z późn. zm.)
9. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j.: Dz. U. z 2013 r. poz. 595 z późn. zm.)

10. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j.: Dz. U. z 2013 r. poz. 596 z późn. zm.)
11. Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (t.j.: Dz. U. z 2012 r. poz. 82 z późn. zm.)
12. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j.: Dz.U. z 2013 r. poz. 672 z późn. zm.)
13. Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (t.j.: Dz. U. z 2013 r. poz. 216)
14. Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j.: Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236 z późn. zm.)
15. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030)
16. Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, wydane przez Komisję Europejską w styczniu 2003 r.
17. Komunikat Komisji z dnia 15 listopada 2005 r dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji (COM (2004) 327 wersja ostateczna z 30.4.2004), dalej jako „Komunikat”
18. Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (EKES) z dnia 21 października 2010 r. w sprawie komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 19 listopada 2009 r. „Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych” (COM (2009) 615 wersja ostateczna, Dz. U. UE C Nr 51 str. 59-66 z dnia 17-02-2011 r.), dalej jako „opinia EKES”
19. Informacja o wynikach kontroli NIK. Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego z 24 kwietnia 2013 r.
20. Analiza prawna z dnia 7 listopada 2013 r. w zakresie możliwości realizacji przez podmioty publiczne projektów na innej podstawie prawnej niż ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.), pomimo spełnienia przesłanek do jej zastosowania, przygotowana przez radcę prawnego Marcina Maciochę.

III. Analiza prawna

IV.1. Stanowisko Najwyższej Izby Kontroli odnośnie obowiązku stosowania ustawy o PPP do postępowań prowadzonych w trybie określonym ustawą o koncesji

Najwyższa Izba Kontroli na podstawie art. 2 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli przeprowadziła kontrolę planową, koordynowaną (Nr: P/12/051) realizacji przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego. Celem kontroli była ocena pod względem legalności, rzetelności i gospodarności przygotowania i realizacji wspólnych przedsięwzięć podejmowanych w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego, których istotą jest podział zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

NIK pozytywnie oceniła podejmowanie przez podmioty publiczne przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego, pomimo stwierdzonych nieprawidłowości oraz pomimo niewielkiej dotychczas skali realizacji inwestycji publicznych w formule PPP. Kontrola wykazała, że niektóre podmioty publiczne nie traktowały umów koncesji jako przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego. W konsekwencji – nie stosowały ustawy o PPP w postępowaniach zmierzających do wyłonienia koncesjonariusza. NIK kwestionowała takie podejście, jeśli zawierane umowy koncesji spełniały ustawową definicję partnerstwa publiczno-prywatnego, tj. polegały na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyk.¹

Najwyższa Izba Kontroli stoi na stanowisku, że ustawie o PPP, która wymaga stosowania kryterium podziału ryzyk, podlegają wszelkie postępowania, których istotą jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Przepisy ustawy o koncesji mają natomiast zastosowanie w tych postępowaniach jedynie w procedurze wyboru partnera prywatnego i do umowy o partnerstwie w zakresie nieuregulowanym w ustawie o PPP. Stanowisko NIK, odnośnie stosowania ustawy o PPP do wszystkich przedsięwzięć polegających na wspólnej realizacji przedsięwzięć opartych na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym jest konsekwencją definicji partnerstwa publiczno-

¹ Informacja o wynikach kontroli NIK. Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego z 24 kwietnia 2013 r., s. 6 (pkt 8).

prywatnego zawartej w art. 1 ust. 2 ustawy o PPP². Zgodnie z powołanym przepisem przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

NIK zauważyła jednak, że odmienne podejście niektórych kontrolowanych co do obowiązku stosowania ustawy o PPP do wszystkich przedsięwzięć polegających na wspólnej realizacji przedsięwzięć opartych na podziale zadań i ryzyk ma swoje oparcie w zleconych przez nich analizach prawnych. NIK wskazuje także, że istnieją odmienne stanowiska odnośnie obligatoryjności stosowania ustawy o PPP, które zostały wyrażone w trakcie panelu ekspertów zorganizowanego przez NIK w dniu 7 listopada 2012 r. Do udziału w panelu ekspertów zaproszono przedstawicieli podmiotów odpowiedzialnych za promocję i wspieranie PPP oraz praktyków uczestniczących w realizacji przedsięwzięć PPP. W panelu wzięli udział reprezentanci: Ministerstwa Gospodarki, Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, Centrum PPP Instytutu PPP, Platformy PPP, Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju, Związku Powiatów Polskich oraz firm doradczych: Investment Support i Kancelarii Doradztwa Gospodarczego Cieślak&Kordasiewicz. Pan Rafał Cieślak, radca prawny, partner Kancelarii Doradztwa Gospodarczego Cieślak&Kordasiewicz wypowiedział się na temat konieczności stosowania ustawy PPP i ustawy o koncesjach w realizowanych przedsięwzięciach PPP³. Wskazał, że regulacje UE nie definiują partnerstwa publiczno-prywatnego, rozróżniając jedynie: zamówienia publiczne oraz koncesje. Wskazał, że definicja PPP jest zatem szeroka, natomiast jej cechą konstytutywną stanowi podział zadań i ryzyk pomiędzy strony umowy PPP oraz wieloletnia współpraca, wymagająca zaangażowania inwestora prywatnego na etapie budowy/finansowania/eksploatacji. Zauważył, że wdrożenie współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego może odbywać się z wykorzystaniem innych przepisów prawnych niż ustawa o PPP i ustawa o koncesji. Prawnik postawił tym samym wniosek, że nie istnieją żadne przepisy, które narzucałyby stosowanie ustawy PPP lub ustawy o koncesji w określonych sytuacjach. Ustawa o PPP i ustawa o koncesji nie zawierają bowiem w omawianym zakresie żadnych odniesień lub wyłączeń innych przepisów. Pan Rafał Cieślak w konkluzji stwierdził, że partnerstwo publiczno-prywatne stanowi formę realizacji zadań publicznych możliwą do zastosowania jako alternatywa do innych sposobów wykonywania tych zadań. Przepisy o PPP, jako regulacje

² Informacja o wynikach kontroli NIK. Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego z 24 kwietnia 2013 r., s. 20.

³ Zob. Relacja z panelu ekspertów przeprowadzonego przez NIK w związku z kontrolą realizacji przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego w dniu 7 listopada 2012 r.; Załącznik nr 7 do Informacji o wynikach kontroli NIK. Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego z 24 kwietnia 2013 r.

proceduralne, powinny mieć jednak prymat w stosunku do „słabiej” uregulowanych (mniej przejrzystych) sposobów wyboru inwestorów prywatnych.

IV.2. Zakres regulacji ustawy o PPP, a obowiązek jej stosowania do wszystkich postępowań prowadzonych w trybie ustawy o koncesji, w których realizacja przedsięwzięcia oparta jest na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym

IV.2.1. Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle prawa wspólnotowego

Partnerstwo publiczno-prywatne stanowi przedmiot zainteresowania prawa wspólnotowego, które jednak nie zawiera wiążących regulacji w tym zakresie, ani na poziomie prawa pierwotnego (np. Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i Traktatu o Unii Europejskiej), ani prawa pochodnego (np. rozporządzeń i dyrektyw). Do partnerstwa publiczno-prywatnego odnoszą się natomiast niewiążące akty prawa pochodnego (tzw. *soft law*) oraz Zielone księgi.

W Komunikacie Komisji z dnia 15 listopada 2005 r. dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji, Komisja wskazuje, że „prawo wspólnotowe nie określa czy władze publiczne mają prowadzić działania gospodarcze we własnym zakresie, czy też powierzać ich realizację stronie trzeciej. Jeśli jednak władze publiczne podejmą decyzję o włączeniu stron trzecich do prowadzenia działań, wówczas prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji winno mieć zastosowanie”. Obowiązek stosowania prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji nie wyklucza jednocześnie możliwości zastosowania ustawowych przepisów krajowych warunkujących realizację zadań publicznych z wykorzystaniem innych mechanizmów niż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego czy koncesji. Założyć można, że wniosek przeciwny byłby uprawniony, gdyby instytucje wspólnotowe zdecydowały się na przyjęcie wiążącego aktu prawnego regulującego omawianą problematykę, nie pozostawiając swobody decyzyjnej w tym zakresie organom krajowym.

Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny w opinii w sprawie komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów

„Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych” stwierdza, że nie jest konieczne stworzenie kompleksowych, jednolitych i z założenia doskonałych ram prawnych regulujących problematykę partnerstwa publiczno-prywatnego. EKES zauważa, że dzięki temu każde państwo członkowskie może swobodnie przyjąć taką definicję prawną PPP, która najbardziej odpowiada jego specyficznemu kontekstowi i odnotowanym sprawdzonym rozwiązaniom. EKES podkreśla też, że biorąc pod uwagę doświadczenie zdobyte w wielu krajach już wykorzystujących PPP, brak ścisłej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego na poziomie europejskim nie jest w żadnym stopniu przeszkodą tak dla prowadzenia działalności, jak dla ich nadzorowania przez władze europejskie. EKES podziela tym samym stanowisko Komisji, zgodnie z którym daje się państwom członkowskim swobodę operowania definicją PPP dostosowaną do ich specyficznego kontekstu i zwyczajów. W tym zakresie EKES zaleca, by, jeśli chodzi o procedurę udzielania koncesji na roboty budowlane, zachowano dyrektywę klasyczną, która mówi wyłącznie o koncesjach na roboty budowlane, nie uzupełniając jej o definicję PPP, której określenie pozostaje w kompetencjach władz publicznych każdego państwa członkowskiego UE. Na podstawie praktycznych ustaleń EKES uważa, że nie jest konieczne posiadanie bardziej szczegółowej definicji pojęcia koncesji (to znaczy umowy długoterminowej obejmującej projektowanie, budowę, finansowanie i zarządzanie bądź utrzymanie obiektu lub usługi publicznej), ponieważ obecna definicja zawarta w dyrektywie klasycznej skutecznie obejmuje wszystkie rodzaje umów publicznych, różnych od tradycyjnych zamówień publicznych, poddając je minimalnym europejskim zasadom udzielania zamówień. EKES uważa, że należy raczej unikać stanowienia prawa w tej dziedzinie, które może szybko stać się niezwykle złożone, gdyż obecnie strony dysponują we wszystkich państwach członkowskich, i zgodnie z tradycjami krajowymi, umowami PPP w szerokim znaczeniu (koncesje finansowane z prywatnych środków użytkownika i umowy o partnerstwie finansowane ze środków publicznych i inne umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym), które właściwie odpowiadają na pojawiające się problemy⁴. Zgodnie z powyżej przytoczonymi argumentami EKES należy stwierdzić, że koncepcja partnerstwa publiczno-prywatnego obejmuje zarówno kwestie związane z umowami koncesyjnymi, w których płatność zapewnia koncesjonariusz, jak i kwestie związane z umowami o partnerstwie publiczno-prywatnym, gdzie płatność, całkowitą lub częściową, zapewniają władze publiczne.

⁴ Zob. opinia EKES, Dz. U. UE C Nr 51 z dnia 17-02-2011 r., str. 64

IV.2.2. Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle ustawy o PPP

Obowiązująca w polskim porządku prawnym ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym określa PPP jako **wspólną realizację przedsięwzięcia opartą na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym** (art. 1 ust. 2 ustawy o PPP). Należy jednak zaznaczyć, że przedmiotowa regulacja nie podaje legalnej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego. Art. 1 ustawy o PPP określa zakres spraw regulowanych tą ustawą i wskazuje kategorie podmiotów, których ustawa dotyczy, dalsze zaś przepisy ustawy o PPP określają zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, nie definiując jednak bezpośrednio samego partnerstwa publiczno-prywatnego⁵. Znaczenie pojęcia partnerstwa publiczno-prywatnego jest w konsekwencji wywodzone z przytoczonego wyżej art. 1 ust. 2 ustawy o PPP, który określa przedmiot partnerstwa, wskazując, iż jest to wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Przedmiotowa regulacja prawna odnosi się do katalogu podmiotów publicznych, zasadnym wydaje się więc stwierdzenie, że nawiązana współpraca służyć ma przede wszystkim realizacji zadań publicznych, na warunkach i z podziałem ryzyk wynikających z zawartej umowy. Mowa jest więc tutaj o realizacji zadania publicznego, jako głównego celu nawiązanej współpracy dwóch podmiotów⁶. Cechą charakterystyczną partnerstwa publiczno-prywatnego jest zatem element współpracy między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym, w związku z realizacją określonego przedsięwzięcia. Można przyjąć, że istotą partnerstwa publiczno-prywatnego jest zatem wspólne działanie podmiotu publicznego i partnera prywatnego zmierzające do osiągnięcia uprzednio uzgodnionych celów⁷.

Ustawa o PPP podaje definicję podmiotu publicznego, wskazując, że jest nim (art. 2 pkt 1 ustawy o PPP):

- a) jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych,
- b) inna, niż określona w lit. a, osoba prawna, utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w lit. a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

⁵ Por. *M. Bejm* (red.), *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*. Warszawa 2010, Legalis

⁶ Por. *A. Panasiuk*, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*. Warszawa 2009, Legalis

⁷ Por. *M. Bejm* (red.), *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*. Warszawa 2010, Legalis

- finansują ją w ponad 50% lub
 - posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- c) związku podmiotów, o których mowa w lit. a i b.

Przez partnera prywatnego rozumie się natomiast przedsiębiorcę lub przedsiębiorcę zagranicznego (art. 2 pkt 2 ustawy o PPP). Pojęcie przedsiębiorcy należy odnosić do definicji określonej w art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którą jest nim osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej). Aby uznać przedsiębiorcę za partnera prywatnego mogącego nawiązywać stosunki obligacyjne na zasadzie partnerstwa publiczno-prywatnego, przedsiębiorca taki musi prowadzić działalność gospodarczą we własnym imieniu. Przedsiębiorcą nie będzie każda osoba fizyczna, która podejmie i wykonuje działalność gospodarczą, z tego względu, że przedsiębiorcą może być jedynie osoba fizyczna o pełnej zdolności do czynności prawnych w rozumieniu art. 11 KC (por. wyr. NSA z 19.1.1998 r., II SA 1238/97, Legalis). Co do zasady statusu przedsiębiorcy nie mają też stowarzyszenia ani fundacje, w związku z tym, że nie są one tworzone w celach komercyjnych i z reguły nie wykonują działalności gospodarczej. Przedsiębiorcą zagranicznym będzie natomiast osoba zagraniczna (osoba fizyczna nieposiadająca obywatelstwa polskiego, osoba prawna z siedzibą za granicą, jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną posiadająca zdolność prawną, z siedzibą za granicą) wykonująca działalność gospodarczą za granicą oraz obywatel polski wykonujący działalność gospodarczą za granicą (art. 5 pkt 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej). Pod pojęciem „zagranicy” należy rozumieć wszelkie terytorium innych państw niż Rzeczpospolita Polska.

Istotnym elementem definicji partnerstwa publiczno-prywatnego jest zadanie, o którym mowa w art. 1 ust. 2 ustawy o PPP. Zadanie w myśl powyższego przepisu nie jest tożsame z zadaniem publicznym. Posłużenie się przez ustawodawcę w art. 1 ust. 2 ustawy o PPP terminem „zadanie” bez jego kwalifikowania jest świadomym zabiegiem prawodawcy, który prezentując w uzasadnieniu projektu ustawy swoje intencje legislacyjne wprost wskazał, iż chce, aby termin zadanie interpretowany był jak

najszerzej, bez odnoszenia go wyłącznie do kategorii zadań publicznych⁸. Ukonstytuowanie się partnerstwa publiczno-prywatnego następuje w przypadku przekazania podmiotowi prywatnemu jakiegokolwiek zadania wymaganego dla realizacji przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego. Należy jednak mieć na uwadze, iż działania realizowane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego przez partnera prywatnego muszą służyć realizacji przedsięwzięcia, które na gruncie ustawy o PPP obejmuje zawsze element utrzymania lub zarządzania składnikiem majątkowym wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub z nim związanym.

Drugim kluczowym elementem definicji partnerstwa publiczno-prywatnego jest pojęcie ryzyka. Ustawa o PPP nie podaje jednak legalnej definicji tego pojęcia, pozostawiając jego interpretację praktyce. Zgodnie ze stanowiskiem ustawodawcy powołanie się w ustawie na pojęcie ryzyka ma na celu jedynie podkreślenie, że partnerzy mają realizować przedsięwzięcie wspólnie⁹. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym powinna zawsze przenosić ryzyko na stronę, która najlepiej potrafi je kontrolować. W ramach przygotowania przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego podmiot publiczny powinien podjąć działania mające na celu zidentyfikowanie wszystkich istotnych z perspektywy realizowanego przedsięwzięcia ryzyk mogących wystąpić w okresie obowiązywania umowy PPP. *„Podczas negocjacji postanowień umowy strony powinny doprowadzić do alokacji ryzyk pomiędzy siebie w taki sposób, aby, z jednej strony, zapewnić podmiotowi publicznemu korzystny wskaźnik value for money, podmiotowi prywatnemu zapewnić konkurencyjną stopę zwrotu z zainwestowanego kapitału, zaś przedsięwzięciu umożliwić wypełnienie warunków finansowania przez podmioty finansujące (ang. bankability)”*¹⁰. Z praktyki przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego wynika, iż planowane ryzyko ponosi zwykle podmiot publiczny. Niektóre ryzyka może przejąć podmiot prywatny. Ryzyko projektowania i budowy jest zazwyczaj przenoszone na partnera prywatnego poprzez przyznanie podmiotowi publicznemu prawa wypowiedzenia umowy w przypadku znacznego opóźnienia zakończenia prac. Ryzyko operacyjne jest zazwyczaj przenoszone na partnera prywatnego poprzez konstrukcję mechanizmu wynagrodzenia, którego wysokość z reguły nie zależy od rzeczywiście poniesionych kosztów eksploatacji. Ryzyko popytu może zostać przeniesione na partnera prywatnego, podmiot publiczny albo rozłożone między obie strony. Ryzyko finansowe z reguły zostaje przeniesione na partnera prywatnego po zawarciu umowy projektu i dokumentacji finansowej. Ryzyko gospodarcze i polityczne z reguły ponosi podmiot publiczny. Ryzyko

⁸ Ibidem

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o PPP, Druk Sejmowy Nr 1180, Uzasadnienie, s. 6

¹⁰ Cyt. za: M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz. Warszawa 2010, Legalis

legislacyjne ponosi zwykle podmiot publiczny w przypadku zmiany szczególnych przepisów prawa mających bezpośredni wpływ na dany projekt, natomiast w przypadku zmiany przepisów prawa o charakterze ogólnym ryzyko to zostaje przeniesione na partnera prywatnego. Ryzyko siły wyższej jest z reguły ponoszone przez obie strony, ponieważ żadna z nich nie jest w stanie efektywnie go kontrolować, w szczególności w przypadku zdarzeń nie objętych ubezpieczeniem.¹¹

Spełnienie wszystkich powyższych warunków jest gwarancją zawarcia współpracy w formie partnerstwa publiczno-prywatnego. Na tym miejscu rodzi się zatem pytanie, czy do współpracy podmiotu publicznego z partnerem prywatnym, spełniającej przesłanki definicji partnerstwa publiczno-prywatnego z ustawy o PPP, konieczne jest stosowanie przepisów ustawy o PPP, czy możliwe jest oparcie tej współpracy na innych podstawach prawnych, w tym na przepisach ustawy o koncesji. Wątpliwość co do obligatoryjności stosowania ustawy o PPP wobec wszystkich przedsięwzięć odpowiadających definicji partnerstwa publiczno-prywatnego została sformułowana także w raporcie „Analiza stanu prawnego w zakresie realizacji projektów w formule PPP” opracowanym w ramach projektu systemowego: „Partnerstwo publiczno-prywatne”, realizowanego przez Państwową Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3 „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”¹². W analizie wskazuje się na wątpliwości co do tego, czy przedsięwzięcia spełniające warunki definicji PPP zawartej w ustawie PPP muszą być realizowane na zasadach tej ustawy, czy też podmiot publiczny ma wybór, jeżeli istnieje możliwość realizowania projektu PPP w oparciu o inne przepisy, bez konieczności sięgania do ustawy o PPP. Analizując zakres obowiązywania poszczególnych podstaw ustawowych zostaje postawiony wniosek, że PPP można obecnie realizować w Polsce w oparciu o szereg przepisów prawnych, a w szczególności ustawę o PPP oraz ustawę o koncesji. Należy zgodzić się z zawartą w powyższej analizie argumentacją, iż przyjęcie poglądu, zgodnie z którym projekty PPP mogą być realizowane tylko z wykorzystaniem ustawy o PPP, powodowałoby, że wiele przedsięwzięć, w tym z zakresu energetyki, telekomunikacji i mediów należałoby uznać za przedsięwzięcia objęte przepisami ustawy o PPP, choć jak wiadomo, są one realizowane w oparciu o szczególne podstawy prawne. Z drugiej strony, nie ma uzasadnienia prawnego dla wymagania stosowania przepisów ustawy o PPP, w tym zawierania przez strony umowy o PPP, jeśli wdrażana współpraca podmiotu

¹¹ Zob. *M. Bejm* (red.), *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*. Warszawa 2010, Legalis

¹² PARP Warszawa 2012 r. - opracowanie autorstwa Ireny Herbst i Aleksandry Jadach-Sepiolo

publicznego i prywatnego o cechach właściwych dla partnerstwa publiczno-prywatnego, może być oparta na innych podstawach prawnych niż ustawa o PPP, a podstawy te są wystarczające dla uregulowania wzajemnych praw i obowiązków stron partnerstwa.

Uzasadnione jest przyjęcie wniosku, iż alternatywą dla realizacji projektów zgodnie z ustawą o PPP jest ich wdrażanie na podstawie innych obowiązujących aktów prawnych, z pominięciem przepisów ustawy o PPP. Warunkiem jest, aby alternatywne akty prawne dawały możliwość kompleksowego zrealizowania projektu, tj. z zachowaniem istoty partnerstwa publiczno-prywatnego. W zależności od charakteru realizowanego zamierzenia, podmioty publiczne mogą przyjmować różne rozwiązania i wdrażać je na podstawie różnych aktów prawnych.

Przykładem realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego z pominięciem ustawy o PPP jest świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej przez spółki prawa handlowego utworzone przez jednostki samorządu terytorialnego (art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej). W oparciu o art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej jednostki samorządu terytorialnego mogą m.in. tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek. Jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć nie tylko spółki jednoosobowe, w których dana jednostka jest jedynym udziałowcem albo akcjonariuszem, ale mogą również tworzyć spółki kapitałowe razem z innymi podmiotami, zarówno publicznymi jak i prywatnymi, przystępować do istniejących jednoosobowych spółek kapitałowych, przystępować do istniejących spółek jednoosobowych razem z innymi jeszcze podmiotami, nabywając udziały lub akcje od dotychczasowego jedynego wspólnika (wszystkie lub część) lub obejmując udziały albo akcje w podwyższonym kapitale zakładowym¹³. Konstrukcją prawną możliwą do zastosowania przez podmiot publiczny w celu realizacji zadań o charakterze użyteczności publicznej, z pominięciem przepisów ustawy o PPP, jest więc utworzenie przez podmiot publiczny i prywatny spółki kapitałowej (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółki akcyjnej), jako odrębnego, nowego podmiotu prawnego. Możliwość tą stwarzają łącznie stosowane przepisy ustawy o gospodarce komunalnej i Kodeksu spółek handlowych. Utworzenie spółki kapitałowej stanowi przedsięwzięcie typu *joint ventures*, które od początku opiera się na zaangażowaniu dwóch stron, w celu wspólnej realizacji zadania publicznego, czyli jest typowym partnerstwem publiczno-prywatnym, mimo że niekoniecznie opartym o ustawę o PPP.

¹³ Por. J. Zięty, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz. Warszawa 2012, Legalis

Podstawą realizacji projektów w formule partnerstwa publiczno- prywatnego może być także ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji. Sprzedaż podmiotom prywatnym udziałów bądź akcji w przedsiębiorstwie państwowym jest w swym charakterze zbliżona do zawiązania na podstawie ustawy o PPP spółki celowej, mającej na celu realizację zadań publicznych. W obu wypadkach dochodzi do powstania podmiotu o strukturze właścicielskiej publiczno- prywatnej, którego przedmiotem działalności jest wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej. Prywatyzacja polega jednak wyłącznie na zmianie struktury właścicielskiej przedsiębiorstwa państwowego poprzez wniesienie do niego kapitału prywatnego. Zadania publiczne są więc wykonywane w dalszym ciągu przez ten sam podmiot gospodarczy, choć już z udziałem kapitału prywatnego. Należy też zauważyć, że prywatyzacja, rozumiana jako zmiana struktury właścicielskiej przedsiębiorstwa poprzez wniesienie do niego kapitału prywatnego, jest tylko jednym elementem współpracy podmiotów publicznego i prywatnego w celu realizacji wspólnego celu. Niezbędnym elementem przedsięwzięcia realizowanego w formule PPP jest określenie warunków współpracy podmiotów publicznego i prywatnego, z których m.in. będzie wynikać podział ryzyk.

Projekty realizowane w formule partnerstwa publiczno- prywatnego mogą być wdrażane na liczne sposoby, z uwzględnieniem zasady swobody umów. Niezależnie od sposobu w jaki podmiot publiczny dokonuje wyboru partnera prywatnego, nawiązana współpraca może być regulowana szeregiem umów, które występują w powszechnym obrocie prawnym. Szczególne znaczenie mają tu regulacje Księgi trzeciej Kodeksu cywilnego (Zobowiązania) i ustawy o gospodarce nieruchomościami. Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami nieruchomości mogą być przedmiotem obrotu. W szczególności nieruchomości mogą być przedmiotem sprzedaży, zamiany i zrzeczenia się, oddania w użytkowanie wieczyste, w najem lub dzierżawę, użyczenia, oddania w trwałe zarząd, a także mogą być obciążane ograniczonymi prawami rzeczowymi, wnoszone jako wkłady niepieniężne (aporty) do spółek, przekazywane jako wyposażenie tworzonych przedsiębiorstw państwowych oraz jako majątek tworzonych fundacji. Na tej podstawie podmiot publiczny może przekazać składniki majątkowe m.in. w dzierżawę partnerowi prywatnemu. Przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nie oznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. W celu spełnienia warunków partnerstwa publiczno- prywatnego umowa dzierżawy powinna łączyć się z umową współpracy, w której zostaną określone pozostałe warunki partnerstwa.

Przedstawione wyżej sytuacje stanowią przykłady dla możliwości wdrożenia partnerstwa publiczno-prywatnego z wykorzystaniem aktów prawnych, będących alternatywą dla ustawy o PPP. Wydaje się jednak, że nie jest możliwe stworzenie wyczerpującego katalogu rozwiązań prawnych, które umożliwiają realizację partnerstwa publiczno-prywatnego bez stosowania ustawy o PPP. W zależności od charakteru realizowanego zamierzenia, podmioty publiczne mogą bowiem przyjmować różne rozwiązania i wdrażać je na podstawie różnych aktów prawnych.

IV.2.3. Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle ustawy o koncesji

Ustawa o koncesji jest powiązana z ustawą o PPP poprzez odesłanie z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP, zgodnie z którym jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, w zakresie nieuregulowanym ustawą o PPP. Powołany przepis wprowadza obowiązek każdorazowego zastosowania przepisów ustawy o koncesji w zakresie procedury wyboru partnera prywatnego i umowy o koncesję, jeśli w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego założono, że wynagrodzenie partnera prywatnego nie pochodzi wyłącznie od podmiotu publicznego i przynajmniej w części polega na prawie do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa. Ponieważ ustawa koncesyjna jest dostosowana do przedsięwzięć typu partnerstwa, przewiduje się zastosowanie jej przepisów wprost, czyli wszystkich i bez modyfikacji¹⁴. Zgodnie z prawem wspólnotowym, postępowanie dotyczące zawarcia umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, a w konsekwencji, również postępowanie dotyczące wyboru partnera prywatnego na podstawie przepisów ustawy o koncesji, musi być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego chroniącymi konkurencję oraz wymuszającymi transparentne dysponowanie zasobami publicznymi.

Obowiązek stosowania odpowiednich przepisów ustawy o koncesji do przedsięwzięć wdrażanych na podstawie ustawy o PPP jest oczywisty, gdyż art. 4 ust. 1 ustawy o PPP rozstrzyga tę kwestię jednoznacznie i nie pozostawiając wątpliwości interpretacyjnych. Wątpliwości występują w przypadku sytuacji przeciwnej, tj. gdy współpraca podmiotu publicznego z podmiotem prywatnym jest nawiązywana w oparciu o ustawę o koncesji. Jeśli współpraca taka nosi znamiona partnerstwa

¹⁴ Zob. A. Panasiuk, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*. Warszawa 2009, Legalis

publiczno-prywatnego w myśl jego definicji z art. 1 ust. 2 ustawy o PPP, pojawiają się pytania o konieczność przestrzegania przepisów ustawy o PPP.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o koncesji koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi w przypadku:

- 1) koncesji na roboty budowlane – wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy;
- 2) koncesji na usługi – wyłącznie prawo do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.

Przepisy ustawy o koncesji nie definiują wprost ani pojęcia koncesji na roboty budowlane, ani koncesji na usługi. Zgodnie z przepisami tej ustawy koncesją na roboty budowlane jest realizowana na podstawie zawartej umowy współpraca między koncesjodawcą a koncesjonariuszem, w ramach której koncesjonariusz jest zobowiązany wykonać przedmiot koncesji w zamian za wynagrodzenie uzyskiwane wyłącznie w wyniku wykonywania prawa do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo w wyniku wykonywania tego prawa i uzyskiwania środków pieniężnych od koncesjodawcy. Przepisy ustawy o koncesji przez koncesję na usługi rozumieją realizowaną na podstawie zawartej umowy współpracę między koncesjodawcą a koncesjonariuszem, w ramach której koncesjonariusz jest zobowiązany wykonać przedmiot koncesji w zamian za wynagrodzenie uzyskiwane wyłącznie w wyniku korzystania z prawa do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, albo w wyniku korzystania z tego prawa i uzyskiwania środków pieniężnych od koncesjodawcy.¹⁵ Przedsięwzięcie może być zrealizowane w formule koncesji wyłącznie wówczas, gdy ryzyko ekonomiczne jego realizacji w zasadniczej części ponosić będzie koncesjonariusz (art. 1 ust. 3 ustawy o koncesji). Ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji utożsamione zostało w ustawie o koncesji ze stanem niepewności przedsiębiorcy (koncesjonariusza), czy osiągnie odpowiednią stopę zwrotu inwestycji, w szczególności czy zostaną pokryte w całości nakłady na przedmiot koncesji. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że transakcja pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym nie stanowi koncesji, gdy partner prywatny nie ponosi ryzyka popytu, ze względu na to, iż partner publiczny zobowiązał się do zapewnienia odpowiedniego strumienia zamówień (wyrok ETS z dnia 18.07.2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, C – 382/05, Legalis). W takim wypadku, gdy partner prywatny nie ponosi ryzyka ekonomicznego

¹⁵ Zob. *M. Bejm* (red.), *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*. Warszawa 2011, Legalis

realizacji umowy, należy mówić o zwykłym zamówieniu publicznym, a nie o koncesji. Nieodzownym elementem umowy koncesji jest zatem dokonanie podziału ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym a podmiotem prywatnym. Obligatoryjność tego elementu w umowie koncesji zbliża współpracę koncesjodawcy o koncesjonariusza do pojęcia przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, o którym mowa w art. 1 ust. 2 ustawy o PPP.

Art. 4 ustawy o koncesji określa natomiast sytuacje, w których ustawa o koncesji nie jest stosowana, zaliczając do nich zawieranie umowy:

- 1) której wykonanie jest związane z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli tajności „poufne” lub wyższej albo jeżeli jej wykonaniu muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa, albo jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów państwa;
- 2) głównie w celu wykonywania co najmniej jednego z następujących rodzajów działalności:
 - a) udostępnianie publicznej sieci telekomunikacyjnej,
 - b) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej,
 - c) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej;
- 3) na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowej odmiennej od określonej w ustawie;
- 4) na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, dotyczącej stacjonowania wojsk, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury zawierania umowy koncesji;
- 5) na podstawie umowy międzynarodowej zawartej między Rzeczpospolitą Polską a państwem niebędącym członkiem Unii Europejskiej lub wieloma takimi państwami, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury zawierania umowy koncesji;
- 6) z zainteresowanym podmiotem, który z mocy prawa ma wyłączne prawo do wykonywania działalności będącej przedmiotem koncesji;
- 7) na usługi – jeżeli wymaga tego interes publiczny, który może być związany w szczególności z zagrożeniem ciągłości realizowania zadania będącego przedmiotem koncesji na usługi, a którego wystąpienia koncesjodawca dochowując należytej staranności nie mógł przewidzieć.

Powołany przepis określa w sposób enumeratywny przypadki, w których koncesjodawca zamierzając zawrzeć umowę koncesji nie jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy o koncesji. Oznacza to, że stosowanie ustawy nie może zostać wyłączone w żadnym innym wypadku, gdy spełnione są przesłanki do zawarcia umowy koncesji w oparciu o ustawę o koncesji. Warte zaznaczenia jest, że w art. 4 ustawy o koncesji brak jest wyłączenia o charakterze odsyłającym, które dopuszczałoby zawarcie wyłączenia stosowania ustawy o koncesji w innym akcie rangi ustawowej. Potwierdza to przytaczany już wyżej argument, że ustawa o koncesji i ustawa o PPP nie zawierają przepisów, które wzajemnie wyłączałyby stosowanie tych dwóch ustaw w określonych sytuacjach.

Podstawowa różnica między ustawą o koncesji a ustawą o PPP dotyczy dopuszczanego przez każdą z nich modelu wynagrodzeniem kontrahenta podmiotu publicznego. Przepisy ustawy o koncesji przewidują, iż wynagrodzenie koncesjonariusza nie może przybierać wyłącznie formy płatności od koncesjodawcy, a płatności tej musi zawsze towarzyszyć prawo do korzystania z przedmiotu koncesji. Koncesjonariusz nie może zatem uzyskać od koncesjodawcy więcej niż 50% wynagrodzenia, a płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza¹⁶. Przepisy ustawy o PPP przewidują natomiast, iż wynagrodzenie partnera prywatnego może pochodzić w całości albo w przeważającej części od podmiotu publicznego, przy czym płatność wynagrodzenia jest uzależniona od rzeczywistego wykorzystania/dostępności przedmiotu partnerstwa (art. 7 ust. 1 i 2 ustawy o PPP). Drugą zasadniczą różnicą występującą między ustawą o koncesji a ustawą o PPP jest zasada rozkładu ryzyka ekonomicznego związanego z realizacją przedsięwzięcia. Ustawa o koncesji przewiduje, iż koncesjonariusz zawsze musi ponosić w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji, podczas gdy ustawa o PPP zezwala, aby ryzyko ekonomiczne przedsięwzięcia w całości albo w przeważającej mierze spoczywało na podmiocie publicznym. W obu wypadkach różny jest więc zakres obowiązku przeniesienia ryzyka ekonomicznego na podmiot prywatny (według ustawy o PPP obowiązek ten może nawet nie występować), choć wspólną cechą omawianych ustaw jest już sama zasada dokonywania podziału ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym a prywatnym.

Różne są także regulacje ustawy o koncesji i ustawy o PPP w zakresie możliwości dokonywania przesunięć majątkowych pomiędzy współpracującymi w ramach przedsięwzięcia podmiotami (ustawa o PPP zezwala na dokonywanie takich przesunięć). Ustawa o PPP przewiduje, że przedsięwzięcie musi

¹⁶ Por. *M. Bejm* (red.), *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*. Warszawa 2011, Legalis

obejmować utrzymywanie lub zarządzanie składnikiem majątkowym przez podmiot prywatny, podczas gdy ustawa o koncesji mówi o prawie do eksploatacji obiektu budowlanego lub prawie do wykonywania usług. Na podstawie ustawy o koncesji strony umowy nie są uprawnione do zawiązania spółki celowej do realizacji przedsięwzięcia – możliwość taką dopuszcza ustawa o PPP. Różne są także regulacje odnośnie okresu na jaki może być zawarta umowa o PPP i umowa koncesji. Istniejące różnice pomiędzy regulacjami ustawowymi wskazują, że ustawa o koncesji i ustawa o PPP nie są aktami prawnymi uzupełniającymi się, lecz raczej konkurencyjnymi. Spełnienie określonych przesłanek faktycznych implikuje bowiem oparcie współpracy podmiotów na zasadach określonych w ustawie o koncesji, z jednoczesnym wyłączeniem możliwości zastosowania przepisów ustawy o PPP. I przeciwnie, zaistnienie przesłanek do zawiązania partnerstwa na podstawie ustawy o PPP wykluczało będzie możliwość zastosowania instytucji odmiennie uregulowanych w ustawie o koncesji. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie jest obowiązek stosowania do partnerstwa publiczno-prywatnego przepisów ustawy o koncesji dotyczących trybu wyboru partnera prywatnego i umowy koncesji (art. 4 ust. 1 ustawy o PPP).

Powyżej przedstawione okoliczności prowadzą do wniosku, że ustawa o koncesji jest regulacją kompleksową, szczegółowo określającą zasady i tryb wyboru koncesjonariusza oraz zawierania umowy koncesji, a także regulującą środki ochrony prawnej przysługujące w związku z udzieleniem koncesji. Tak kompleksowej regulacji nie zawiera ustawa o PPP, która w zakresach najistotniejszych, tj. wyboru partnera prywatnego i umowy partnerstwa publiczno-prywatnego, odsyła do stosowania ustawy o koncesji i ustawy Pzp. Ustawa o PPP określa tym samym jedynie podstawowe zasady współpracy między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym¹⁷. Istotne jest także, że przepisy ustawy o PPP wskazują, iż partnerstwo służy realizacji zadań podmiotu publicznego, podczas gdy ustawa o koncesji nie zawiera w tym względzie żadnych ograniczeń.

Reasumując, należy stwierdzić, że ustawa o koncesji i ustawa o PPP są regulacjami wzajemnie ze sobą konkurującymi, których zastosowanie warunkowane jest zaistnieniem określonych w nich przesłanek. Ustawa o PPP nakazuje stosowanie odpowiednich regulacji ustawy o koncesji wyłącznie w zakresie jednoznacznie wskazanym w art. 4 ust. 1. Jednocześnie ustawa o koncesji nie zawiera żadnych odesłań do chociażby odpowiedniego stosowania ustawy o PPP. Tym samym stwierdzenie, że przedmiotem umowy koncesji jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy

¹⁷ Por. *M. Bejm* (red.), *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*. Warszawa 2011, Legalis

podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, a zatem współpraca w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy o PPP, nie jest wystarczające dla przyjęcia obowiązku stosowania przepisów ustawy o PPP. Jeśli spełnione są warunki i zasady współpracy podmiotu publicznego z podmiotem prywatnym w oparciu o model określony w ustawie o koncesji, ustawa ta powinna być stosowana w całości, z pominięciem przepisów ustawy o PPP.

IV. Podsumowanie

1) Najwyższa Izba Kontroli stoi na stanowisku, że ustawie o PPP, która wymaga stosowania kryterium podziału ryzyk, podlegają wszelkie postępowania, których istotą jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

2) Obowiązująca w polskim porządku prawnym ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym określa PPP jako wspólną realizację przedsięwzięcia opartą na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym (art. 1 ust. 2 ustawy o PPP).

3) Nie istnieją żadne przepisy, które narzucałyby stosowanie ustawy o PPP lub ustawy o koncesji w określonych sytuacjach. Jedynym wyjątkiem jest obowiązek stosowania do partnerstwa publiczno-prywatnego zawieranego w oparciu o ustawę o PPP przepisów ustawy o koncesji dotyczących trybu wyboru partnera prywatnego i umowy koncesji (art. 4 ust. 1 ustawy o PPP).

4) Alternatywą dla realizacji projektów zgodnie z ustawą o PPP jest ich wdrażanie na podstawie innych obowiązujących aktów prawnych, z pominięciem przepisów ustawy o PPP. Warunkiem jest, aby alternatywne akty prawne dawały możliwość kompleksowego zrealizowania projektu, tj. z zachowaniem istoty partnerstwa publiczno-prywatnego.

5) Art. 4 ust. 1 ustawy o koncesji określa w sposób enumeratywny przypadki, w których koncesjodawca zamierzając zawrzeć umowę koncesji nie jest zobowiązany do stosowania

przepisów ustawy o koncesji. Oznacza to, że stosowanie ustawy nie może zostać wyłączone w żadnym innym wypadku, gdy spełnione są przesłanki do zawarcia umowy koncesji w oparciu o ustawę o koncesji.

6) Ustawa o koncesji jest regulacją kompleksową, szczegółowo określającą zasady i tryb wyboru koncesjonariusza oraz zawierania umowy koncesji, a także regulującą środki ochrony prawnej przysługujące w związku z udzieleniem koncesji. Ustawa o PPP określa jedynie podstawowe zasady współpracy między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym.

7) Ustawa o koncesji i ustawa o PPP są regulacjami wzajemnie ze sobą konkurującymi, których zastosowanie warunkowane jest zaistnieniem określonych w nich przesłanek.

8) Stwierdzenie, że przedmiotem umowy koncesji jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, a zatem współpraca w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy o PPP, nie jest wystarczające dla przyjęcia obowiązku stosowania przepisów ustawy o PPP.