

Raport z doświadczeń w drogowym projekcie ppp w Dąbrowie Górniczej

Etap II – obejmuje prace przygotowawcze z okresu od publikacji ogłoszenia dla postępowania na wybór partnera prywatnego w styczniu 2012 r. do przesłania zaproszenia do składania ofert do wybranych oferentów w sierpniu 2012 r.

Warszawa, kwiecień 2013 r.



POMOC TECHNICZNA
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



MINISTERSTWO
ROZWOJU
REGIONALNEGO

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



WARUNKI KORZYSTANIA Z PUBLIKACJI: Niniejsza publikacja została opracowana w celu wzbogacenia i pobudzenia dyskusji na temat partnerstwa publiczno – prywatnego, w także w celu propagowania dobrych praktyk w tej dziedzinie. Jest ona wynikiem prac Platformy Partnerstwa Publiczno – Prywatnego powołanej z inicjatywy Ministra Rozwoju Regionalnego.

Obserwacje, analizy, interpretacje i wnioski zawarte w przedmiotowym materiale nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (MRR) i nie mogą stanowić podstawy do formułowania jakichkolwiek roszczeń. Ponadto, MRR nie odpowiada za błędne interpretacje treści publikacji, ani za następstwa czynności podjętych na ich podstawie. W związku z tym użytkownik korzystający z informacji zawartych w niniejszej publikacji czyni to na swoją wyłączną odpowiedzialność.

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego 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. MRR nie ponosi odpowiedzialności za takie serwisy, a korzystanie z nich może podlegać szczegółowym warunkom.

Publikacja powstała w Departamencie Wsparcia Projektów Partnerstwa Publiczno-Prywatnego w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego we współpracy z Urzędem Miejskim w Dąbrowie Górniczej.

PRZEDMIOT OPRACOWANIA: raport obejmuje doświadczenia i opis prac przygotowawczych w ramach projektu ppp w Dąbrowie Górniczej z okresu od publikacji ogłoszenia dla nowego postępowania na wybór partnera prywatnego w styczniu 2012 r. do przesłania przez Dąbrowę Górniczą zaproszenia do składania ofert do wybranych wykonawców w sierpniu 2012 r.

W ramach opublikowanego w grudniu 2012 r. raportu za I etap opisane zostały prace przygotowawcze z okresu od unieważnionego postępowania na wybór partnera prywatnego z 2010 r. do publikacji ogłoszenia dla nowego postępowania na wybór partnera prywatnego w styczniu 2012 r. Raport dostępny pod adresem:

http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Strony/Raport_Dabrowa_Gornicza_w_PPP_I.aspx

W ramach raportu za III etap opisane zostaną prace przygotowawcze z okresu od przesłania przez Dąbrowę Górniczą zaproszenia do składania ofert do wybranych oferentów w sierpniu 2012 r. do unieważnienia postępowania w styczniu 2013 r.

1.	Opis projektu	4
1.1	Cele projektu	4
1.2	Koncepcja funkcjonalno-użytkowa projektu.....	5
1.3	Partner prywatny jako zarządca drogi	5
2.	Dialog konkurencyjny	7
2.1	Praktyka prowadzenia dialogu	7
2.2	I tura dialogu 22-24 maja 2012 r.	8
2.3	II tura 21-26 czerwca 2012 r.....	13
2.4	III tura 8-9 sierpnia 2012 r.	16
3.	Podsumowanie.....	19
4.	Załączniki	27

1. Opis projektu

1.1 Cele projektu

Potrzeba realizacji przedsięwzięcia *pt. Budowa oraz eksploatacja drogi stanowiącej połączenie komunikacyjne z terenem inwestycyjnym „Tucznowa” w Dąbrowie Górniczej* (dalej Przedsięwzięcie lub Droga) wynika ze "Strategii rozwoju miasta do roku 2020". Szczegółowe informacje na temat wstępnych założeń projektu zostały przedstawione w raporcie opisującym doświadczenia z I etapu od unieważnionego postępowania na wybór partnera prywatnego w 2010 r. - do publikacji ogłoszenia dla nowego postępowania na wybór partnera prywatnego w styczniu 2012 r. Raport dostępny jest na stronie: http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Strony/Raport_Dabrowa_Gornicza_w_PPP_I.aspx.

Za podstawowe obszary interwencji Dąbrowa Górnicza uznaje:

- poprawę wewnątrzmięskiej obsługi transportowo-komunikacyjnej,
- budowę obwodnic miasta, oraz
- rozwijanie powiązań z regionalno-aglomeracyjną siecią komunikacyjną.

Realizacja przedmiotu zamówienia pozwoli na uaktywnienie terenów inwestycyjnych dla rozwoju gospodarczego regionu oraz umożliwi skomunikowanie dwóch strategicznych ośrodków mających znaczący wpływ na rozwój. Droga ta jest najkrótszym połączeniem drogi DK 94 z DW 796 w kierunku Zawiercia.

Koncepcja finansowa projektu opiera się na umowie ppp. Stosownie do przepisów ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r., nr 19, poz. 100 z późn. zm.), partner prywatny zobowiązany będzie do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości wydatków na jego realizację, a podmiot publiczny zobowiązany będzie do współdziałania w osiągnięciu tego celu przez partnera prywatnego.

Podmiot publiczny nie przewidywał własnego udziału kapitałowego w realizacji przedsięwzięcia ani też udzielenia w jakiegokolwiek formie poręczenia, gwarancji ani żadnej innej formy zabezpieczenia jakiegokolwiek długu zaciągniętego w związku z przedsięwzięciem na majątku należącym do partnera publicznego.

1.2 *Koncepcja funkcjonalno-użytkowa projektu*

Przedmiot zamówienia obejmował:

- realizację drogi łączącej ulicę Ząbkowicką w Dąbrowie Górniczej z drogą wojewódzką 796 zakończoną bezkolizyjnym węzłem drogowym. Przedsięwzięcie miało obejmować w szczególności przebudowę, modernizację drogi wojewódzkiej nr 790 od węzła drogowego z DK-94 do przebudowanego skrzyżowania z ulicą Ząbkowicką oraz budowę nowego odcinka drogi do terenu inwestycyjnego „Tucznawa” - łączna długość przebudowanych dróg to prawie 9 km wraz z infrastrukturą drogową.
- utrzymanie i eksploatację drogi: zarządzanie oraz utrzymanie drogi w okresie trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, wraz z bieżącymi oraz okresowymi remontami, a następnie przekazanie drogi gminie, zgodnie ze stanem technicznym określonym w umowie.



1.3 *Partner prywatny jako zarządca drogi*

Zgodnie z postanowieniami art. 19 ust. 7 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2007 r., nr 19, poz. 115 z późn. zm.) przewidywano, że partner prywatny w okresie obowiązywania umowy będzie realizował zadania Zarządcy Drogi we wskazanym poniżej zakresie:

- pełnienie funkcji inwestora;
- utrzymanie nawierzchni drogi, chodników, drogowych obiektów inżynierskich, urządzeń zabezpieczających ruch i innych urządzeń związanych z drogą;
- realizacja zadań w zakresie inżynierii ruchu w uzgodnieniu z Partnerem Publicznym;
- wykonywanie robót interwencyjnych, robót utrzymaniowych i zabezpieczających;
- przeciwdziałanie niekorzystnym przeobrażeniom środowiska, mogącym powstać lub powstającym w następstwie budowy lub utrzymania drogi;
- utrzymanie zieleni przydrożnej, w tym sadzenie i usuwanie drzew oraz krzewów;
- dokonywanie okresowych pomiarów natężenia ruchu drogowego, nie rzadziej niż 1 raz w roku.

Ponadto partner prywatny będzie realizował zadania w zakresie Zarządcy Drogi, wynikające z art. 175 ust. 1 oraz art. 179 ust. 1. ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2008 r., nr 25, poz.150 z późn. zm.), to jest:

- wykonywanie okresowych pomiarów poziomu substancji w środowisku lub energii wprowadzanych w związku z eksploatacją drogi;
- sporządzanie, zgodnie z obowiązującymi przepisami, map akustycznych terenu, na którym eksploatacja drogi może powodować przekroczenie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku, o ile droga zaliczona będzie przez ministra właściwego do spraw środowiska do obiektów, których eksploatacja może powodować negatywne oddziaływanie akustyczne na znacznych obszarach.

2. Dialog konkurencyjny

2.1 Praktyka prowadzenia dialogu

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz. U. Nr 2012/S 20-032188. W związku z przyjętym podczas spotkania w dniu 24 stycznia 2012 r. wspólnym założeniem komisji przetargowej zachowania jak największej transparentności i konkurencyjności, informacja o postępowaniu została dodatkowo przesłana do wiadomości 11 dużych przedsiębiorstw zajmujących się specyfiką zamówienia.

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, tj. dnia 26 marca 2012 r., wpłynęło 9 wniosków.

Po ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu do udziału w dialogu konkurencyjnym zaproszone zostały następujące firmy:

1. Konsorcjum firm: (lider) "ENERGOPOL-POŁUDNIE" S.A. ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec oraz (partner) Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL Sp. z o.o. Al. Zagłębia Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza;
2. STRABAG - PROJEKT Sp. z o.o., ul. Parzeniewska 10, 05-800 Pruszków;
3. BUDIMEX AUTOSTRADA A1 S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.
4. Konsorcjum firm: (lider) EUROVIA POLSKA S.A. Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce oraz (partner) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe "ERGOPOL" Sp. z o.o. ul. Budowlana 4, 40-301 Katowice i (partner) Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek;
5. MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków.

Na wstępie każdego ze spotkań z partnerami prywatnymi Przewodniczący komisji przetargowej (po stronie publicznej) przedstawiał uczestników spotkania ze strony gminy, oraz jej doradców i obserwatorów (przedstawiciele Ministerstwa Rozwoju Regionalnego oraz Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu).

Następnie pracownik Urzędu Miasta prezentował podstawowe założenia projektu – przebieg odcinków dróg planowanych do przebudowy oraz do budowy.

Na każde spotkanie przeznaczone było 2-2,5 godziny. W trakcie spotkań robiono przerwy, aby dać czas obu stronom na przygotowanie kolejnych pytań i odpowiedzi lub ew. przedyskutować we własnym gronie dotychczas poruszane kwestie. Przewodniczący informował wszystkich Wykonawców, iż elementami projektu niepodlegającymi negocjacji są: realizacja w formule partnerstwa publiczno-prywatnego oraz środki finansowe zagwarantowane uchwałą Rady Miejskiej w wysokości 200 mln zł. Wszyscy Wykonawcy zostali poinformowani, iż miasto będzie dążyć do tego, aby droga została oddana do użytku do października 2014 r. Ponadto z uwagi na konieczność uzyskania nowej uchwały Rady Miejskiej dot. terminu realizacji umowy przedstawiciele miasta raczej skłaniało się do okresu 15 lat (lub krótszego) od oddania drogi do użytkowania do zakończenia obowiązywania umowy z parterem prywatnym. Jednak gdyby zmiana okresu miała istotne znaczenie dla umowy ppp (wysokość wynagrodzenia, inne korzyści) to wtedy kwestia byłaby rozważana i ew. przedstawiona do decyzji Rady Miejskiej.

Zaproponowany przez stronę publiczną harmonogram tur dialogu:

- I tura dialogu 22-24 maja 2012 r.
- II tura dialogu 21-26 czerwca 2012 r.
- III tura dialogu 8-9 sierpnia 2012 r.

Na około 7-14 dni przed każdą turą przedstawiciele wykonawców otrzymywali od strony publicznej dokumenty stanowiące bazę do negocjacji w trakcie kolejnego spotkania, w tym takie dokumenty jak analizę i podział ryzyk Przedsięwzięcia, istotne postanowienia umowy oraz zmodyfikowaną informację na temat zakresu przedsięwzięcia i zakresu prac.

Całość rozmów ze spotkań była nagrywana przez stronę publiczną w celu sporządzenia szczegółowych protokołów.

W korespondencji między przedstawicielami komisji przetargowej a spółkami wyznaczone zostały osoby (skrzynki kontaktowe) po obu stronach, aby usprawnić przepływ informacji i uniknąć pomyłek. Ponadto w dokumentach przesyłanych podmiotowi publicznemu strona prywatna każdorazowo informowała, które informacje mają pozostać poufne jako tajemnice handlowe i tym samym nie będą dostępne dla innych firm.

2.2 I tura dialogu 22-24 maja 2012 r.

W opisie tur dialogu autorzy raportu dokonali podziału tematycznego omawianych kwestii na: prawno-podatkowe, ekonomiczno-finansowe i techniczno-organizacyjne.

Kwestie prawno-podatkowe

- Amortyzacja

Urzednicy miejscy przedstawili swoją opinię, iż amortyzacja drogi o standardzie takim jak zaproponowało miasto będzie trwała minimalnie 10 lat, a maksymalnie 22,5 roku, co oznacza, iż przedsięwzięcie to będzie inwestycją w obcy środek trwały.

- Podatek od nieruchomości

Wykonawcy mieli wątpliwości w odniesieniu do podatku od nieruchomości, jaki mieliby płacić za eksploatowaną drogę. Przedstawiciele podmiotu publicznego stwierdzili, iż nie ma wątpliwości, że partner prywatny byłby zwolniony z płacenia tego podatku na mocy ustawy o ppp, lecz nie było to przekonujące dla przedstawicieli spółek. W związku z tym, zgodzono się na wydanie pisemnej informacji w tej dziedzinie przez prezydenta miasta.

- VAT

Jeden z Wykonawców poinformował o interpretacji podatkowej w kwestii VAT, z której wynika, iż według urzędu skarbowego zaraz po zrealizowaniu prac budowlanych (w ramach projektu podobnego do Przedsięwzięcia w Dąbrowie Górniczej), tj. po odbiorze prac potwierdzonym dokumentacją zdawczo-odbiorczą, spółka powinna zapłacić VAT za daną inwestycję bez względu na termin wystawienia faktury i płatności. Interpretacja ta wzbudziła duże wątpliwości, ponieważ zgodnie z zasadami funkcjonowania przedsięwzięć ppp w danym momencie spółka nie otrzymuje od partnera publicznego jakiegokolwiek zapłaty za wykonane roboty budowlane, lecz dopiero zacznie otrzymywać regularne płatności (tzw. opłata za

dostępność), rozłożone na wiele lat (czas eksploatacji drogi). Wymóg zapłacenia VAT od razu za całość inwestycji może sprawić, iż przedsięwzięcia ppp nie będą opłacalne dla spółek prywatnych.

Wykonawcy podnosili również kwestię zastosowania mechanizmu dostosowującego opłaty do ewentualnych zmian w przyszłości stawek podatku VAT. Przedstawiciele strony publicznej stwierdzili, iż nie jest planowane wprowadzenia takiego mechanizmu.¹

- ZRID

Jako, że miasto posiadało już ZRID (zezwolenie na realizację inwestycji drogowej), do uzgodnienia pozostawała kwestia przeniesienia praw nabytych w ramach ZRID na partnera prywatnego (wstępnie zaproponowane przez stronę publiczną rozwiązania: nieodpłatna licencja, cesja praw lub pełnomocnictwo na rzecz partnera prywatnego).

- Oferty wariantowe

Strona publiczna na pytania wykonawców odnośnie możliwości składania ofert wariantowych odpowiedziała negatywnie.

Kwestie ekonomiczno-finansowe

- Zdolność finansowa wykonawcy

Ustalono, iż na etapie składania oferty nie będzie potrzeby wykazania zdolności finansowej podmiotu ubiegającego się o zamówienie.

- Rozliczenia po zerwaniu umowy

Padł postulat sprecyzowania w umowie warunków rozliczeń finansowych pomiędzy stronami, szczególnie w kwestii zwrotu kosztów finansowych oraz utraconych korzyści partnera prywatnego (stopy zwrotu) w przypadku zerwania umowy przez stronę publiczną oraz sprzedaży kontraktu innej firmie przez partnera prywatnego (kwestii tej na etapie dialogu nie rozstrzygnięto – wg doradców miasta istnieją różne interpretacje co do możliwości przeniesienia kontraktu na inny podmiot na gruncie ustawy PZP oraz innych przepisów prawa).

- Ubezpieczenia

Zwrócono uwagę, iż w poprzednim postępowaniu z 2010 r. stawiano wysokie wymagania dotyczące zakupu ubezpieczeń, które nie zawsze były możliwe do zrealizowania przez firmy ubezpieczeniowe. Przy obecnym postępowaniu zmieniło się podejście podmiotu publicznego i ustalono, że ubezpieczenia będą całkowicie w gestii podmiotu realizującego Przedsięwzięcie.

- Cesja praw do wynagrodzenia

Strony zgodziły się, że nie będzie ograniczeń w ustanowieniu cesji praw do wynagrodzenia np. na rzecz banku finansującego Przedsięwzięcie.

¹ Ostatecznie w projekcie Umowy zmiana podatku VAT została uwzględniona jako przesłanka uzasadniająca zmianę Umowy poprzez wprowadzenie następującego zapisu: „Strony dokonają zmiany niniejszej Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia za realizację Przedsięwzięcia w przypadku zmiany przepisów podatkowych, które będą powodowały zmianę stawki VAT”.

- Zabezpieczenie na hipotece

Jedna ze spółek przedstawiła chęć ustanowienia zabezpieczenia na hipotece na czas trwania budowy, ponieważ znacznie ułatwiło by jej to zdobycie kredytu. Strona publiczna obiecała zastanowić się nad tą kwestią, jednak zaznaczyła, iż ze wstępnych rozważań w kontekście reguł Eurostat wynika brak możliwości dania tego typu gwarancji, z uwagi na fakt, iż może to przesunąć ryzyko budowlane na partnera publicznego.

- Katalog wycenionych kar

Postanowiono o wpisaniu do umowy katalogu wycenionych kar dla obu stron za niewywiązywanie się z warunków umowy, w tym za opóźnienia w przelewaniu opłaty za dostępność przez partnera publicznego (na czym zależało jednej ze spółek).

- Kluczowe czynniki, wpływające na cenę

Na pytanie strony publicznej: „Co, wg. partnera prywatnego, ma kluczowe znaczenie na cenę oferty?”, przedstawiciele wykonawców wymienili następujące kwestie:

- Koszt realizacji przedsięwzięcia;
- Koszt finansowy;
- Koszt utrzymania;
- Koszt ryzyk po stronie prywatnej.

- Miasto jako inwestor

Padła sugestia jednego z wykonawców, że to miasto mogłoby być inwestorem w Przedsięwzięciu, co ułatwiłoby uzyskanie niezbędnych dokumentów – strona publiczna odrzuciła taką możliwość, aby nie brać na siebie ryzyka budowy.

Kwestie techniczno-organizacyjne

- Nadzór nad prowadzeniem inwestycji

Spółki chciały wiedzieć, kto ze strony zamawiającego będzie sprawował nadzór nad prowadzeniem inwestycji budowlanej oraz jaki będzie jej zakres, kiedy i jak to będzie umocowane w umowie ppp. Zamawiający odpowiedział, iż nie planuje sprawowania nadzoru w tej dziedzinie, ponieważ to partner prywatny jako inwestor odpowiada za prowadzenie inwestycji, w tym dokonanie odbioru od wykonawców lub podwykonawców robót budowlanych oraz otwarcie Drogi dla ruchu drogowego. Inny zapis przenosiłby ryzyko budowlane na stronę publiczną.

- Zlecenie zadań podwykonawcom

Nie przewidziano ograniczeń w dziedzinie zlecenia zadań podwykonawcom, organizacja budowy miała być całkowicie po stronie partnera prywatnego.

- Przejezdność Drogi

Przedstawiciel jednej ze spółek zapytał, co oznacza „przejezdność” drogi i czy w czasie budowy, w związku ze stworzeniem objazdów, partner publiczny będzie pobierał z tego tytułu opłaty od strony prywatnej? Ustalono, że stworzenie objazdów na czas budowy będzie zapewnieniem „przejezdności” i gmina nie będzie pobierać za to żadnych opłat.

- Kwalifikacje zarządzającego drogą

Ustalono, że „odpowiednie kwalifikacje”, które ma posiadać osoba zarządzająca drogą, oznaczają uprawnienia przewidziane odpowiednimi przepisami branżowymi i ich zakres nie będzie poszerzany przez stronę publiczną.

- Czas reakcji na zdarzenia

Na tym etapie postępowania, przedstawiciele spółek nie mieli pytań odnośnie wymogów technicznych dla standardu drogi, który został przedstawiony w zaproszeniu do dialogu. Jednakże spółki domagały się doprecyzowania czasów, które zarządzający drogą będzie miał na reakcję w związku ze zdarzeniami np. awariami oświetlenia, uszkodzeniami, tak by nie było możliwości nałożenia kary bez dania szansy na wywiązanie się z warunków umowy. Zaproponowano, aby zakres usług dot. eksploatacji i utrzymania stanowił załącznik do umowy ppp.

- Zimowe standardy utrzymania

Spółki wyraziły obawę, iż określenie zimowych standardów utrzymania drogi gminnej może się zmienić na niekorzyść spółki – podmiot publiczny zapewnił, że podnoszenie standardów byłoby nieopłacalne dla gminy, która w swoim zarządzaniu ma 460 km dróg. Standard utrzymania zimowego jest ustalany co roku na całą sieć dróg będących w zarządzie miasta i jest jednolity dla wszystkich dróg. Ponadto w trakcie dalszych dyskusji ma być uzgodniona forma dokumentowania tego typu zdarzeń.

- Kontrola ze strony publicznej

Miasto przedstawiło 3 poziomy/zakresy kontroli ze strony publicznej:

- na etapie tymczasowej organizacji ruchu (oznakowanie pionowe i poziome, objazdy) – realizowane przez przedstawicieli odpowiedzialnej komórki Urzędu Miejskiego;
- przy oddaniu do użytkowania – przez organy inspektora nadzoru budowlanego, a nie zespołu projektowego;
- w ramach kontroli dostępności drogi – przez przedstawicieli zespołu projektowego w ramach umowy ppp.

- Standard drogi po zakończeniu okresu współpracy

Spółki zainteresowane były standardem i jakością w jakiej ma być zwrócona droga po okresie obowiązywania umowy ppp. Strona publiczna poinformowała, że nie oczekuje remontu kapitalnego przed zwrotem (w odróżnieniu od poprzedniego, unieważnionego postępowania z 2010 r. – oczekiwano dzięki temu zmniejszenia kosztów i tym samym obniżenia wynagrodzenia dla partnera prywatnego), a jedynie przejezdnej drogi w „dobrym stanie”, uwzględniającym standard określony w umowie ppp. Jednocześnie podmiot publiczny poprosił o propozycje dotyczące określenia stanu, w jakim powinna się znajdować droga w momencie jej przekazania na rzecz gminy. Przedstawiono opcję udzielenia 5-letniej gwarancji (przy założeniu, że kontrakt będzie trwał 15 lat, a nawierzchnię należy wymieniać co 10 lat) lub opcję tych samych warunków, co przy oddawaniu drogi do użytku.

- Dokumentacja z poprzedniego postępowania

Ustalono, iż wszystkie dokumenty z poprzedniego postępowania z 2010 r. będą dostępne dla podmiotów zainteresowanych realizacją przedsięwzięcia – zamieszczono je na serwerze Urzędu Miejskiego w dniu 28.05.2012 r. PFU został przesłany stronie prywatnej przed II turą. Wszelką odpowiedzialność związaną z projektem budowlanym i uzyskaniem stosownych pozwoleń musiał na siebie wziąć partner prywatny. Zasygnalizowano wątpliwości, czy wykorzystanie gotowego projektu (bez zmian) i decyzji nie przeniosłoby ryzyka budowy na partnera publicznego. Brano pod uwagę wystąpienie do GUS o interpretację jeszcze na etapie dialogu, tak aby uzyskać interpretację przed wyborem partnera prywatnego (ostatecznie do tego nie doszło).

- Czas realizacji inwestycji

Na pytanie o czas potrzebny do realizacji przedsięwzięcia (części inwestycyjnej) w oparciu o projekt i decyzje miasta padły odpowiedzi w przedziale 12-18 miesięcy. Ponadto spółki szacowały, iż będą potrzebowały około 4 tygodni na opracowanie modelu projektu ppp od otrzymania końcowych dokumentów oraz około 3 tygodni na otrzymanie od banków dokumentacji zabezpieczającej finansowanie (wszelkie umowy lub inne dokumenty stanowiące podstawę finansowania przedsięwzięcia).

- Czas na złożenie ofert

Strona publiczna zapytała, ile łącznie czasu od otrzymania kompletu dokumentów dotyczących zamówienia będą spółki potrzebowały, aby złożyć kompletne oferty. Przedstawiciele spółek oszacowali ten czas na ok. 60 dni.

- Kryteria wyboru najlepszej oferty

Na pytanie spółek o kryteria wyboru najlepszej oferty stwierdzono, iż będą to: 1) czas trwania inwestycji (realizacja + eksploatacja), 2) podział ryzyk i 3) bilans finansowy przedsięwzięcia (do 200 mln zł).

Ustalono, iż metodologia oceny kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty znajdzie się w SIWZ i będzie dostępna przed zaproszeniem do składania ofert.

Uzgodniono, iż ewentualne wydłużenie okresu kontraktu na więcej niż 15 lat będzie możliwe, jeśli byłoby to opłacalne dla miasta, jednak skutkować to będzie koniecznością wprowadzenia zmiany do uchwały Rady Miejskiej.

- Przekazanie gruntu

W zaproszeniu do dialogu określono, iż użyczenie terenu pod budowę drogi nastąpi na podstawie odrębnej umowy – strony ustaliły, że jeszcze w trakcie dialogu zostanie opracowana wstępna wersja takiej umowy (jej ostateczna wersja jest załącznikiem do niniejszego Raportu).

- Mapy akustyczne

Za ważną kwestię uznano sprawę dodatkowych kosztów z tytułu ekranów akustycznych, których budowa i utrzymanie są w gestii zarządcy drogi, a wynikających nie tylko z badań przedrealizacyjnych ale również przeprowadzanych po oddaniu drogi do użytkowania. Strona publiczna przewidywała natężenie ruchu na przedmiotowych odcinkach na poziomie 10 tys. pojazdów na dobę. Oznaczało to standard drogi co najmniej KR5. Ustalono, że trzeba dokładniej określić wymogi

dotyczące sporządzenia map akustycznych dla wzmożonego ruchu, ponieważ po ukończeniu inwestycji może się pojawić większe niż się planuje jego natężenie.

- Opłata za dostępność

Strona publiczna poinformowała, że jest otwarta na propozycje w kwestii ustalenia częstotliwości opłat (miesięczne, kwartalne), jednak wymogiem niezmiennym będzie jednolita struktura opłaty, bez podziału na część inwestycyjną i utrzymaniową, o co wnioskowała strona prywatna. Strona publiczna dała do zrozumienia, że jest to temat niepodlegający dyskusji biorąc pod uwagę obecne uwarunkowania prawne. Inne rozwiązanie mogłoby być przesłanką do uznania, iż strona publiczna finansuje koszty budowy, a tym samym bierze na siebie ryzyko finansowania inwestycji (w ramach ryzyka budowy).

- Organizacja kolejnych rund

Niektóre spółki domagały się przedstawienia przez gminę scenariusza pytań i tematów na następną rundę dialogu. Podmiot publiczny poinformował, iż oczekuje od strony prywatnej inicjatywy w dziedzinie proponowania najlepszych rozwiązań.

Postulowano, aby jedna z rund dialogu konkurencyjnego była w całości poświęcona omawianiu projektu ostatecznej umowy i SIWZ – strona publiczna potwierdziła taki zamiar.

2.3 II tura 21-26 czerwca 2012 r.

Prowadzący spotkanie po stronie publicznej zaproponował następujące terminy dla kolejnych działań:

- 20 lipca 2012 r. – przekazanie do wykonawców dokończonych dokumentacji przetargowej, w tym projektu umowy ppp (zapisy będą podlegać dalszym konsultacjom);
- 30-31 lipca 2012 r. – III runda dialogu;
- ok. 3 sierpnia 2012 r. – wystosowanie do wykonawców zaproszenia do składania ofert;
- połowa września 2012 r. – złożenie ofert.

Część spółek postulowała przesunięcie terminu składania ofert na później (np. listopad 2012 r.), ponieważ ułatwiłoby to pozyskanie finansowania w banku. Ponadto, znaczącym ułatwieniem miałyby być zastosowanie umowy z warunkiem zawieszającym, które byłoby preferowane przez banki. Strona publiczna zapewniła, iż przeanalizuje te kwestie (po przesłaniu przez spółki przykładu takiej umowy).

Strona publiczna oczekiwała, by spółki wypowiedziały się na temat udostępnionej przez urząd dokumentacji technicznej, a następnie miała nastąpić dyskusja nad podziałem ryzyk na podstawie przesłanej wcześniej wykonawcom matrycy ryzyk. Miał to być czas na dyskusję i komentarze, a nie podejmowanie wiążących decyzji.

Kwestie prawno-podatkowe

- Ryzyko zmiany prawa

Wyraźnie podkreślono, iż wpisanie do matrycy i umowy wymagają ryzyka budowy i eksploatacji, lecz z wyłączeniem ryzyk prawnych wynikających ze zmiany prawa i nowych przepisów.

Spółki postulowały przejęcie przez podmiot publiczny ryzyka zmiany stawki podatku VAT i włączenie go w kategorię ryzyka zmiany prawa, poprzez wprowadzenie indeksacji wynagrodzenia, uwzględniającej zmiany stawek podatkowych oraz poziomu inflacji. Podmiot publiczny stwierdził, że preferuje niestosowanie takiego mechanizmu, mimo związanego z tym zwiększenia opłaty za dostępność.²

W kwestii PFU spółki sugerowały (biorąc pod uwagę kilkunastoletni horyzont czasowy trwania umowy ppp) oparcie opisu zadania na „normach obowiązujących”, a nie na konkretnych, ówczasnie obowiązujących normach.

- Zmiana zasad realizacji umowy

Ustalono, że umowa powinna zawierać klauzule pozwalające na zmianę terminu i zasad realizacji umowy w przypadku wystąpienia określonych (konkretnie wymienionych) sytuacji.

- Przekazanie gruntu

Dyskutowano na temat problemów interpretacyjnych związanych z podatkami, w zależności od formy przekazania terenu pod budowę. Podmiot publiczny zobowiązał się do wybrania jednej z 3 opcji:

- nieodpłatne użyczenie (powstaje kwestia zapłaty m.in. podatku od czynności cywilno-prawnych);
- dzierżawa;
- sprzedaż.

Według jednej ze spółek forma odpłatna przekazania gruntu byłaby najprostsza i jasna w kwestii podatków, chociaż podrażałaby całość inwestycji (w przypadku dzierżawy - o czynsz). Spółka poprosiła także o doprecyzowanie: czy inwestycja będzie inwestycją „w obcym środku trwałym”, czy „w obcym gruncie” (co nie jest obojętne podatkowo). Jednocześnie postulowała wybór dzierżawy jako formy przekazania terenu, ponieważ rozwiązałoby to problem ww. pojęć (ostatecznie zdecydowano się na umowę użyczenia, ponieważ takie były postulaty większości partnerów).

² Szczegóły tej sprawy zostały opisane w pkt. 2.2 str. 8-9 niniejszego raportu.

Kwestie ekonomiczno-finansowe

- Ubezpieczenie

Partner prywatny w projekcie będzie inwestorem i do niego będzie należało zabezpieczenie środków na wszelkie wydatki, w tym standardowy pakiet ubezpieczeń, który partner prywatny bazując na swoich doświadczeniach musi dopasować do charakterystyki i zakresu projektu oraz wykupić na własny rachunek.

- Odpowiedzialność za przygotowanie projektu

Zwracano uwagę, że spółki są gotowe wziąć na siebie praktycznie wszystkie ryzyka, ale niektórych nie są w stanie precyzyjnie wycenić. W celu złożenia ofert, spółki mogą zaproponować wyższe ceny za dane ryzyka, niż strona publiczna uważa za rynkowe, co nie spełni jej oczekiwań. Strona publiczna odpowiadała, że ma świadomość restrykcyjności swoich oczekiwań, ale wynika ona z chęci uniknięcia zagrożenia przypisania stronie publicznej ryzyka budowy. Dlatego, zdaniem podmiotu publicznego, cały proces przygotowania projektu powinien być po stronie prywatnej.

- Kary umowne za niewywiązywanie się z umowy

W kwestii nienależytego wykonywania zobowiązań umownych, strona publiczna zaproponowała brak limitu wysokości kar, które mogłyby być nałożone na partnera prywatnego. Spółki zgłaszały, iż nie będzie to akceptowane przez banki. Strona publiczna poinformowała, że nie może od tego odstąpić ze względu na wymagania Eurostat. Niektóre spółki zgłaszały, że jeśli nie będzie w umowie określonych limitów kar, to nie złożą one ofert. W związku z tym ustalono, iż kary za nieprawidłowe wykonywanie umowy będą mogły się sumować do 100% opłaty za dostępność.

- Gwarancja płatności

Spółki chciały także wiedzieć, jakie będą miały gwarancje płatności ze strony gminy. Podmiot publiczny zapewnił, że wystarczającą gwarancją będzie stanowiła umowa z gminą.

Kwestie techniczno-organizacyjne

- Zdarzenia nieprzewidziane

W opinii podmiotu publicznego, konsekwencje „zdarzeń nieprzewidzianych” w fazie inwestycyjnej projektu powinien ponosić inwestor, czyli partner prywatny, który odpowiada za cały proces przygotowań i budowy. Przykładowo, wykonanie badań geotechnicznych nie gwarantuje, że wszelkie niekorzystne warunki geologiczne zostaną przewidziane, jednak jest to ryzyko strony prywatnej. Dlatego partner prywatny może zapoznać się z udostępnioną dokumentacją z poprzedniego postępowania z 2010 r., dokonać własnych badań i zmienić rozwiązania dot. projektu budowlanego i wykonawczego, aby zmitigować ryzyko nieprzewidzianych okoliczności. Istnieje możliwość zaproponowania w ofercie rozłożenia tego ryzyka na obie strony, a premiovane będą te oferty, w których partner prywatny weźmie je na siebie.

- Przygotowanie projektu umowy

Spółki postulowały, aby do 20 lipca 2012 r. podmiot publiczny przygotował projekt umowy ppp w zakresie jej rozwiązywania z winy każdej ze stron oraz z powodu siły wyższej. Było to dla nich istotne, aby móc skonsultować te zapisy z instytucjami finansującymi oraz swoimi zarządami.

- Kompetencje zarządcy drogi

Dla spółek kwestią wymagającą doprecyzowania było także wyjaśnienie kompetencji „zarządcy drogi” – np. do kogo ma się zwrócić podmiot trzeci, chcący wybudować stację benzynową przy drodze i potrzebujący uzgodnień w tej sprawie? Lub w sytuacji, gdy gmina zechce zbudować kanalizację w ciągu drogi? Czy warunki takiej inwestycji będą omawiane z gminą, czy z partnerem prywatnym? Uzgodniono, że formalnie „zarządcą drogi” wciąż będzie prezydent miasta (w oparciu o przepisy art. 19 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych - Dz.U. z 2007 r., Nr 19, poz. 115 z późn. zm.), a partner prywatny będzie tylko wykonywał niektóre jego zadania³. W umowie powinno znaleźć się ustalenie, że na czas trwania umowy ppp tylko partner prywatny będzie mógł prowadzić prace w pasie drogowym.

- Ruch samochodów niespełniających norm

Spółki chciały wypracowania mechanizmu udziału finansowego gminy w naprawie szkód powstałych w wyniku użytkowania drogi przez samochody przekraczające dopuszczalną masę nacisku na oś lub przekroczonego poziomu ruchu ponad obecnie prognozowany. Firmy pytały o możliwość zamontowania przez nie urządzeń ważących wjeżdżające samochody, lecz zwróciły uwagę na to, że będą potrzebowały pomocy np. straży miejskiej w zwalczaniu nieuczciwych użytkowników drogi. Ewentualne mandaty karne z tego tytułu wpływałyby na konto gminy, a nie partnera prywatnego.

2.4 III tura 8-9 sierpnia 2012 r.

W trzeciej turze dialogu dyskutowano w oparciu o gotowy projekt umowy ppp oraz matrycę ryzyk z naniesionymi poprawkami, wynikającymi z ustaleń z wcześniejszych spotkań.

Kwestie prawno-podatkowe

- Zwolnienie z podatku od nieruchomości

Dyskutowano nad kwestią zwolnienia z podatku od nieruchomości. 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 z późn. zm.), czyli tzw. specustawy drogowej wynika, iż z podatku od nieruchomości zwolnione są grunty przeznaczone na budowę drogi. Niektóre spółki miały wątpliwości, czy zwolnienie będzie obowiązywało także na odcinkach remontowanych lub przebudowywanych. Jednakże art. 1b ust. 3 i art. 2 ust. 3 ustawy

³ Wskazane w punkcie 1.3 Raportu.

z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 95, poz. 613) stanowią, że opodatkowaniu nie podlegają grunty zajęte pod pasy drogowe. Z tego wyciągnięto wniosek o zwolnieniu dla wszystkich odcinków drogi.

- Ryzyka trudne do zarządzania

Najczęstszą kwestią pojawiającą się w dyskusjach był podział ryzyk: partnerzy prywatni mieli największe obawy przed przejmowaniem na siebie ryzyk, którymi nie mogą zarządzać, jak np. odpowiedzialność za opóźnienia związane z przerwaniem dostaw wody/prądu nie z ich winy (ponieważ w praktyce nie ma możliwości swobodnego wyboru i zmiany dostawców tego typu mediów). Dąbrowa Górnicza uwzględniła możliwość dodania w takich przypadkach zapisu: „z winy partnera prywatnego”, żeby firma ponosiła odpowiedzialność tylko za swoje przewinienia. Dotyczy to także przypadków protestów społecznych.

W wyniku częstego zwracania uwagi firm na niechęć do brania na siebie ryzyka zmian w prawie ustalono, że ryzyko zmian prawa weźmie na siebie podmiot publiczny.

- Beneficjent ubezpieczenia

Dla spółek ważne było umieszczenie w umowie ppp zapisu gwarantującego, że beneficjentem ubezpieczenia w okresie eksploatacji drogi jest partner prywatny – zostało to uwzględnione przez gminę.

- Wady w PFU

Pojawiło się także pytanie o odpowiedzialność za wady w PFU – gmina miała rozważyć możliwość zmiany umowy ppp w razie wystąpienia takiego przypadku.

- Siła wyższa

Ustalono, że kwestie związane z siłą wyższą weźmie na siebie gmina.

- Indeksacja – VAT, stopy procentowe, inflacja

Spółki domagały się (ponownie) wprowadzenia możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia w związku ze zmianą poziomu stóp procentowych, stawki podatku VAT, inflacją – gmina poprosiła o zaproponowanie konkretnych rozwiązań/przepisów umowy przez partnerów dialogu.

Kwestie ekonomiczno-finansowe

- Kary umowne

Nakładanie kar za zwłokę w realizacji inwestycji drogowej postanowiono zmienić z pełnych okresów miesięcznych, na zwłokę liczoną w dniach. Zamiast 0,5% wartości kosztów budowy drogi brutto już nawet za 1 dzień zwłoki, zmieniono na 0,017% za dzień. Zdaniem firm, poprzednia wersja uniemożliwiałaby pozyskanie finansowania oraz mogłaby być niewspółmierna do skali zwłoki.

Niektóre firmy zwracały uwagę, iż ich zdaniem niemożliwe jest zdobycie finansowania, jeśli Obniżki Wynagrodzenia (tzw. kary) związane z niedotrzymaniem wymaganych standardów utrzymania drogi mogą spowodować, że nie będzie pokrycia nawet kosztów finansowych przedsięwzięcia. W zaproponowanym przez gminę modelu obniżek, opłata za dostępność mogła zostać obniżona do 0 zł, a nawet kary za dany miesiąc mogły obniżyć opłatę za miesiąc kolejny. Strona

publiczna stwierdziła, iż od tych zapisów gmina nie może odejść, ponieważ opłata za dostępność nie stanowi gwarancji spłaty kredytu zaciągniętego przez partnera prywatnego.

Kwestie techniczno-organizacyjne

- Rola zarządcy drogi

Jedna ze spółek poprosiła o uszczegółowienie praw i obowiązków jakie będzie miał partner prywatny pełniąc rolę zarządcy drogi. W opinii podmiotu publicznego, gmina pozostanie tylko i wyłącznie z tymi obowiązkami, których nie będzie mogła przekazać, jak np. zatwierdzanie organizacji ruchu. Kwestię realizacji zadań w zakresie inżynierii ruchu ustalono następująco: partner prywatny wykonuje, podmiot publiczny zatwierdza.

- Badanie fizycznych właściwości pasa drogowego

W kwestii zbadania fizycznych właściwości pasa drogowego ustalono, iż każda spółka otrzyma wszelkie zgody na prowadzenie takich badań przed podpisaniem umowy ppp.

- Czas reakcji

Spółki prosiły o precyzyjne określenie czasu reakcji na naprawę drogi/usuwanie niebezpieczeństw – nie akceptowały sformułowania „niezwłocznie”.

3. Podsumowanie

Zaproszenie do składania ofert wysłano do pięciu wykonawców w dniu 23 sierpnia 2012 r.

Możliwość realizacji przedsięwzięcia była dla gminy uzależniona m.in. od konstrukcji umowy dokonującej takiego podziału ryzyk (budowy, dostępności i popytu), który zgodnie z zasadami Eurostat nie powodowałby wpisania wartości całego przedsięwzięcia do długu miasta. Przy akceptowaniu lub odrzucaniu postulatów firm biorących udział w dialogu konkurencyjnym kierowano się powyższymi zasadami, co uniemożliwiło uwzględnienie dużej części propozycji.

Poniżej znajdują się główne kwestie, które były stawiane przez uczestników dialogu konkurencyjnego.

1. Interpretacja podatkowa dot. terminu płatności podatku VAT

Poważnym problemem okazała się nieprzychylna względem projektów ppp interpretacja podatkowa Izby skarbowej, z której wynika, że partner prywatny jest zobowiązany do zapłaty VAT za wykonaną inwestycję już po wystawieniu pierwszej faktury za opłatę za dostępność. Poniżej fragmenty interpretacji (całość w załączniku nr 10 do niniejszego raportu):

„Zdaniem Wnioskodawcy, obowiązek podatkowy w podatku VAT w zakresie odnoszącym się do wieloletnich rozliczeń z Gminą z tytułu wybudowania i eksploatacji Drogi będzie powstawał na zasadach ogólnych określonych w art. 19 ust. 1, ust. 4 oraz ust. 5 ustawy o VAT, tj. w momencie każdorazowego wystawiania przez Spółkę faktury VAT z tytułu opłaty za dostępność w okresie eksploatacji Drogi. (...)

W świetle powyższych rozważań uznanie, iż Spółka powinna:

- rozbić ww. kompleksową usługę i
- opodatkować usługę budowy Drogi określając obowiązek podatkowy zgodnie z art. 19 ust. 13 pkt 2 lit. d) ustawy o VAT,
- odrębnie opodatkować pozostałe usługi związane z eksploatacją Drogi,

byłoby więc zaprzeczeniem sensu ppp, którego celem jest z jednej strony zapewnienie dostępności do Drogi (wypełnienie zadania własnego Gminy), a z drugiej optymalne rozłożenie w czasie dla Gminy płatności z tytułu całej inwestycji oraz kosztów eksploatacji Drogi.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, rozbięcie ww. kompleksowej usługi na co najmniej dwie usługi odrębne ich opodatkowanie naruszałoby nie tylko zasady wykładni językowej, ale także dyrektywy wykładni celowościowej i systemowej. Dlatego należy uznać za prawidłowe stanowisko Spółki, zgodnie z którym obowiązek podatkowy w stosunku do wykonywanych przez nią usług będzie powstawał na zasadach ogólnych określonych w art. 19 ust. 1, ust. 4 oraz ust. 5 ustawy o VAT, tj. w momencie każdorazowego wystawiania faktury VAT z tytułu opłaty za dostępność w okresie eksploatacji Drogi.

Ponadto Spółka stoi na stanowisku, iż w świetle koncepcji świadczeń złożonych obowiązek podatkowy w stosunku do kompleksowej usługi wykonywanej przez Spółkę będzie powstawał na zasadach ogólnych określonych w art. 19 ust. 1, ust. 4 oraz ust. 5 ustawy o VAT, tj. w momencie każdorazowego wystawiania faktury VAT z tytułu opłaty za dostępność w okresie eksploatacji Drogi, a nie w momencie zakończenia budowy Drogi. W szczególności, w świetle koncepcji świadczeń złożonych, bezcelowe i sztuczne byłoby wyszczególnianie z ww. kompleksowej usługi robót budowlanych i opodatkowanie ich według szczególnych zasad, tj. określając obowiązek podatkowy zgodnie z art. 19 ust. 13 pkt 2 lit. d) ustawy o VAT. (...)

W świetle obowiązującego stanu prawnego stanowisko Wnioskodawcy w sprawie oceny prawnej przedstawionego zdarzenia przyszłego uznaje się za nieprawidłowe. (...)

Reasumując, obowiązek podatkowy w podatku VAT w odniesieniu do usługi wybudowania Drogi powstanie na zasadach szczególnych określonych w art. 19 ust. 13 pkt 2 lit d) ustawy, natomiast obowiązek podatkowy w odniesieniu do usług eksploatacji Drogi będzie powstawał na zasadach ogólnych określonych w art. 19 ust. 1, ust. 4 oraz ust. 5 ustawy tj. w momencie każdorazowego wystawiania faktury VAT z tytułu opłaty za dostępność w okresie eksploatacji Drogi.

Tym samym stanowisko Wnioskodawcy należało uznać za nieprawidłowe. (...)

Przy czym, należy zauważyć, że usług budowy drogi oraz usług jej eksploatacji nie można traktować jak usług złożonych.”

2. Podział ryzyk

- Spółki domagały się wzięcia na siebie przez podmiot publiczny ryzyka wynikającego z działania siły wyższej oraz zmian w stawce podatku VAT i stopie inflacji. Strona publiczna przychyliła się do postulatu związanego z siłą wyższą, lecz uznała, iż zarządzanie pozostałymi czynnikami ryzyka powinno znajdować się po stronie partnera prywatnego.⁴
- Wzrost natężenia ruchu ponad prognozowany – spółki domagały się wzięcia części ryzyka przez gminę np. poprzez współdział finansowy w kosztach naprawy drogi, jeśli jej degradacja będzie wynikała ze zbyt dużego obciążenia. Podniesiono także, że firmy prywatne nie mają możliwości zatrzymywania pojazdów niespełniających norm (w tym za ciężkich na daną kategorię drogi), dlatego będą potrzebowały aktywnej współpracy ze strony gminy w tej dziedzinie. Gmina uwzględniła ten postulat w podziale ryzyk oraz zapewniła o aktywnej współpracy.

3. Zapisy umowne

- Umowa warunkowa dotycząca pozyskania finansowania

Część spółek optowała za dopuszczeniem możliwości złożenia ofert bez zabezpieczenia finansowego, które chciały zdobyć dopiero po wybraniu ich oferty. Podmiot publiczny nie wyraził zgody na zastosowanie takiego rozwiązania, dążąc do

⁴ Szczegóły tej sprawy zostały opisane w pkt. 2.2 niniejszego raportu.

wyboru oferty z zapewnionym finansowaniem, czyli z dokumentacją zabezpieczającą finansowanie (wszelkie umowy lub inne dokumenty stanowiące podstawę finansowania przedsięwzięcia).

- o Spółka celowa

Jedna ze spółek nie zdażyła stworzyć spółki celowej (SPV) dla tego projektu przed przystąpieniem do dialogu, w związku z tym zaproponowała możliwość dokonania przez partnera prywatnego przelewu wierzytelności przysługujących mu wobec podmiotu publicznego wynikających z umowy na rzecz utworzonej przez partnera prywatnego SPV, która byłaby odpowiedzialna za realizację Przedsięwzięcia. W takim wypadku podmiot publiczny musiałby wyrazić zgodę na kumulatywne przystąpienie do długu partnera prywatnego przez spółkę celową. Przekazana wierzytelność dotyczyłaby w szczególności wynagrodzenia pieniężnego z tytułu realizacji Przedsięwzięcia. Rozliczenia byłyby realizowane pomiędzy SPV a podmiotem publicznym. Podmiot publiczny musiałby zawrzeć trójstronną umowę z partnerem prywatnym i SPV, która regulowałaby kumulatywne przystąpienie do długu spółki celowej oraz przelew wierzytelności przysługujących partnerowi prywatnemu wobec podmiotu publicznego. Podmiot publiczny zapowiedział przeanalizowanie takiego rozwiązania. Przedstawiciele spółki oświadczyli, że bez takiej możliwości nie złożą oferty, lecz podmiot publiczny, ze względu na brak doświadczeń krajowych w tym zakresie, nie zdecydował się na podjęcie ryzyka zastosowania tak nietypowego rozwiązania.

- o Prawo wstąpienia (ang. *step in rights*), umowa bezpośrednia

Pojawił się postulat możliwości podpisania umów kredytowych, którym będzie mogło towarzyszyć zawarcie umowy bezpośredniej.

Umowa bezpośrednia może w szczególności:

- przewidywać po stronie miasta obowiązek informowania banków o wystąpieniu zdarzenia lub okoliczności stanowiących podstawę wypowiedzenia umowy;
- ustanawiać terminy okresów naprawczych, w czasie których banki będą mogły podjąć działania mające na celu usunięcie przyczyn dających miastu prawo wypowiedzenia umowy; w tym czasie miasto nie będzie mogło skorzystać z prawa do wypowiedzenia umowy ani niełoży wniosku o ogłoszenie upadłości partnera prywatnego;
- regulować zasady podjęcia przez banki działań zmierzających do (i) zmiany wspólnika partnera prywatnego, (ii) przejęcia zarządzania przedsiębiorstwem partnera prywatnego wspólnie z innym podmiotem wskazanym przez banki (w tym poprzez wykonanie praw z zastawu rejestrowego na zbiorze rzeczy ruchomych lub praw, stanowiącym całość gospodarczą, choćby jego skład był zmienny) lub (iii) – o ile będzie to dopuszczalne przez obowiązujące przepisy prawa - wstąpienia innego podmiotu w prawa i obowiązki partnera prywatnego wynikające z umowy, w przypadku gdyby w okresie naprawczym nie udało się usunąć przyczyn wypowiedzenia umowy.

W projekcie Dąbrowy Górniczej nie zastosowano konstrukcji umowy bezpośredniej, ani prawa wstąpienia.

4. Standardy utrzymania

- o Czas reakcji – spółki domagały się zagwarantowania wystarczającego czasu na usunięcie zgłoszonych nieprawidłowości na drodze (np. oblodzenie, zaśnieżenie, uszkodzenie znaków drogowych), najlepiej przy pomocy konkretnych zapisów umownych. Miałyby to być zabezpieczeniem przed nieuprawnionym nakładaniem kar. Zostało to uwzględnione w Wymaganiach dotyczących eksploatacji i utrzymania.

5. System kar i wynagradzania

- o Zdaniem spółek wysokość kar nie powinna przewyższać wysokości opłaty za dostępność. W najbardziej pożądanym scenariuszu, partner prywatny miałby zagwarantowane środki na spłatę kredytu bankowego, wziętego na realizację przedsięwzięcia. Gmina uznała, iż przeniosłoby to na nią zbyt duże ryzyko i nie uwzględniła tego postulatu. Przy wyliczaniu obniżek wynagrodzenia potencjalnie mogłoby dojść do całkowitego obniżenia opłaty za dostępność za dany miesiąc.

6. Pobieranie pożytków z drogi przekazanej umową użyczenia

Dyskutowano nad kwestią dopuszczalności pobierania pożytków z drogi przez partnera prywatnego, jeśli będzie ona przekazana na podstawie umowy użyczenia. Umowa użyczenia uregulowana jest w art. 710-719 kc.

Art. 710 kc. stanowi: „Przez umowę użyczenia użyczający zobowiązuje się zezwolić biorącemu, przez czas oznaczony lub nie oznaczony, na bezpłatne używanie oddanej mu w tym celu rzeczy”.

Biorący rzecz w użyczenie jest więc uprawniony do jej używania. Dokonując wykładni niniejszego pojęcia stwierdzić należy, że nie mieści się w nim pobieranie pożytków.

Wniosek taki płynie z analizy przepisów dotyczących umowy dzierżawy (art. 693 kc) oraz leasingu (art. 709¹ kc). Przepisy te stanowią, że dzierżawca (leasingobiorca) uprawniony jest do używania rzeczy i pobierania z niej pożytków. Gdyby ustawodawca zaliczył pobieranie pożytków do uprawnień biorącego rzecz w użyczenie, wskazałby to wyraźnie w art. 710 kc, tak jak uczynił w przypadku umów dzierżawy oraz leasingu.

Powyższy pogląd wzmacnia także analiza przepisów dotyczących umowy najmu. Art. 659 kc jako uprawnienie najemcy również wskazuje możliwość używania rzeczy. Jednocześnie art. 668 kc przewiduje uprawnienie najemcy do oddania rzeczy w podnajem, a więc uprawnienie do pobierania pożytków cywilnych płynących z tego tytułu. W przepisach dotyczących umowy użyczenia brak analogicznej regulacji – ustawodawca przewiduje jedynie wymóg zgody użyczającego na oddanie rzeczy do używania innej osobie (ale już nie do używania i pobierania pożytków). Umowa uprawniająca drugą stronę do używania rzeczy i pobierania z niej pożytków i nie przewidująca obowiązku zapłaty czynszu, byłaby umową nienazwaną, zbliżoną do dzierżawy i użyczenia. Nie ma przeszkód aby korzystając z zasady swobody umów strony określiły, że biorący rzecz będzie uprawniony do jej używania i pobierania pożytków, a w pozostałym zakresie stosować będą przepisy o umowie użyczenia.

Inaczej jednak wygląda sytuacja zarządcy drogi. Art. 20 ustawy o drogach publicznych określa kompetencje zarządcy drogi. Zarząd może oddać partnerowi prywatnemu nieruchomości położone w pasie drogowym w najem, dzierżawę lub użyczenie. Przepis ten należy rozumieć ściśle – tzn. nie ma możliwości zawarcia innych umów dotyczących nieruchomości położonych w pasie drogowym. Zakres uprawnień partnera w stosunku do nieruchomości należy określić w oparciu o odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego, gdyż właśnie tam zdefiniowane są pojęcia użyte w ustawie.

W zaistniałej sytuacji nie jest dopuszczalne zawarcie umowy użyczenia z prawem do pobierania pożytków, gdyż byłoby to sprzeczne z art. 20 ustawy o drogach publicznych i taką interpretację przyjęła Dąbrowa Górnicza.

7. Przeniesienie decyzji ZRID na partnera prywatnego

Jako, że gmina Dąbrowa Górnicza posiadała już wydaną wcześniej decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID), szeroko dyskutowano nad możliwością jej przeniesienia na inny podmiot (partnera prywatnego). Kwestia przekazania praw i obowiązków, wynikających z decyzji ZRID w poszczególnych jej elementach, jak i co do możliwości przeniesienia decyzji ZRID nie została wprost określona w ustawie z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (dalej – specustawa).

Szczególność rozwiązań przyjętych w specustawie drogowej oraz wydanej na jej podstawie decyzji ZRID polega przede wszystkim na tym, iż ze względu na specyficzny charakter inwestycji drogowej, jako inwestycji liniowej przebiegającej najczęściej przez wiele nieruchomości, ustawodawca połączył kilka odrębnych procedur i rozstrzygnięć administracyjnych w jedną, kończącą się decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, stanowiącą dokumentową podstawę rozpoczęcia robót budowlanych w zakresie budowy drogi publicznej. Kumulacja kilku postępowań administracyjnych skutkuje więc wydaniem jednego rozstrzygnięcia administracyjnego, w którym następuje skonkretyzowanie lokalizacji inwestycji, wydzielenie geodezyjne i prawne obszaru mającego być zajęтым pod przyszłą drogę publiczną oraz ocena technicznego projektu budowy drogi kończąca się zawartym w tym samym rozstrzygnięciu pozwoleniem na wykonywanie robót budowlanych.

Wskazując na uwarunkowanie prawne dotyczące możliwości przeniesienia decyzji ZRID na podmiot inny niż zarządca drogi publicznej wskazać należy na skutki prawnomaterialne jakie wywołuje decyzja ZRID, choćby w zakresie prawa własności nieruchomości przejętych pod budowę drogi publicznej. Wyznaczenie linii rozgraniczających w decyzji ZRID skutkuje przejęciem własności całego terenu zawartego w tych liniach na rzecz Skarbu Państwa lub właściwej jednostki samorządu terytorialnego. Powyższe rozwiązanie jest w pełni spójne z dokonaniem w art. 2a ustawy o drogach publicznych wyodrębnieniem prawnym dróg publicznych, a więc i nieruchomości, na których są one położone, może być jedynie gmina lub Skarb Państwa.

Nikt więc poza Skarbem Państwa lub jednostkami samorządu nie może być właścicielem gruntu przeznaczonego pod drogi publiczne – z tego też względu próba przeniesienia decyzji ZRID (co do wszystkich jej elementów prawnomaterialnych) byłaby niedopuszczalna i prawnie bezskuteczna.

Rozważyć zatem należy dopuszczalność przeniesienia decyzji ZRID w zakresie samego tylko zatwierdzenia projektu budowlanego i pozwolenia na budowę na podmiot inny niż wskazany w art. 19 ust. 2 pkt 1-4 ustawy o drogach publicznych, w tym na partnera prywatnego – w ramach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Wskazując na ewentualne podstawy prawne, które mogłyby stanowić o możliwości przeniesienia zawartego w decyzji ZRID (stanowiącego jej element) pozwolenia na budowę, należy mieć na względzie art. 11i specustawy w związku z art. 40 Prawa budowlanego (jako podstawa materialna, proceduralna) oraz art.19 ust. 2, ust. 7 i art. 20 pkt 3 (jako podstawa ustrojowa).

Inicjatorem (wnioskodawcą) wszczęcia postępowań określonych w specustawie oraz podejmowania innych czynności w niej przewidzianych są zarządcy dróg publicznych odpowiedniej kategorii.

Jak wskazuje M. Wolanin w komentarzu do specustawy⁵: „Nie wyklucza to oczywiście działania tych organów za pośrednictwem jednostek organizacyjnych w postaci zarządów dróg, o których mowa w art. 21 ust. 1 ustawy o drogach publicznych. W statutach tych jednostek organizacyjnych powinno być jednak zamieszczone uprawnienie do realizacji obowiązków zarządcy drogi publicznej także w zakresie specustawy. (...) Nie jest również wykluczona dopuszczalność ustanowienia przez zarządców dróg publicznych pełnomocników do podejmowania określonych czynności w postępowaniach o wydanie zezwolenia na realizację inwestycji drogowych. Zarządca drogi publicznej staje się bowiem stroną postępowania administracyjnego o wydanie decyzji w sprawie zezwolenia na realizację inwestycji drogowej, dlatego znajdują do niego zastosowanie art. 32-33 KPA, określające dopuszczalność działania strony przez pełnomocnika.” Należy jednakże zwrócić uwagę, iż we wskazanych powyżej przypadkach nie dochodzi do przeniesienia odpowiedzialności (czynności pełnomocnika lub zarządu dróg sprawowane są na rzecz i odpowiedzialność właściwego zarządcy drogi).

Zarządcami dróg publicznych są podmioty wskazane w art. 19 ustawy o drogach publicznych. Zgodnie z powołanym artykułem: „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.”

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 19 ust. 7 ustawy o drogach publicznych: „W przypadku zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym zadania zarządcy, o których mowa w art. 20 pkt 3-5, 7, 11-13 oraz 15 i 16, może wykonywać partner prywatny.” Art. 20 pkt 3 stanowi, iż do zarządcy drogi należy w szczególności: (3) pełnienie funkcji inwestora.

W komentarzu do ustawy o drogach publicznych⁶ czytamy: „Art. 19 ust. 7 nawiązuje wyraźnie do koncepcji partnerstwa publiczno-prywatnego. Powołany przepis pozwala w treści umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym powierzyć partnerowi prywatnemu niektóre z zadań zarządcy drogi publicznej. Skutkiem zawarcia umowy jest prywatyzacja zadania publicznego, polegającego na wykonywaniu zarządu

⁵ M. Wolanin, *Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych*. Komentarz, 2 wydanie, str. 63 i nast.

⁶ W. Maciejko, P. Zborniak, *Ustawa o drogach publicznych*. Komentarz, wydanie 1, str. 322

dobrem publicznym. Na mocy umowy partner prywatny zobowiązuje się wobec zarządcy publicznego do zarządzania drogą publiczną, której dotyczy umowa. Pomimo przeprowadzonej prywatyzacji odpowiedzialność za realizację zadania nadal ponosi zarządca publiczny (por. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych – problematyka prawna*, Warszawa 1994 r., s. 29). Zarządca drogi ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania tej kontroli powinna określać umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym”.

Dalej autor komentarza do specustawy⁷ wskazuje: „Podstawowym wyznacznikiem zakresu i sposobu stosowania specustawy jest oczywiście normatywny zakres dokumentacji koniecznej do przedłożenia organowi orzekającemu, który został określony w art. 11d ust. 1 tej ustawy, oraz zakres rozstrzygnięcia zawartego w decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, określony w art.11f ust.1 tej ustawy. Ponadto, taki wyznacznik wynika również z art. 17 ust. 1 specustawy, określającego skutek decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, polegający na przyznaniu inwestorowi uprawnienia do rozpoczęcia robót budowlanych. Odpowiednie stosowanie Prawa budowlanego (dalej – PB), należy odnieść m.in. do art. 36a PB, określającego możliwość dokonania zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, ale tylko w jej warstwie dotyczącej kwestii budowlanych w kontekście zakresu możliwości zmiany, wyznaczonego art.36a PB.

Nie można również wykluczyć dopuszczalności przeniesienia decyzji w trybie art. 40 PB. Przeniesienie to może jednak nastąpić na rzecz tylko takiej jednostki, która będzie spełniać wszystkie kryteria konieczne dla uzyskania decyzji, gdyby jednostka ta miała wnioskować o wydanie decyzji. Takie przeniesienie może więc być dokonane tylko pomiędzy jednostkami uprawnionymi do zarządzania przyszłą drogą publiczną o danej kategorii tej drogi. Przeniesienie decyzji nie może oczywiście powodować zmiany skutków prawnorzeczowych przenoszonej decyzji, bo one powstały z mocy prawa i przypisane zostały konkretnym podmiotom publicznoprawnym. Omawiane przeniesienie może więc być dokonane tylko pomiędzy takimi jednostkami, które są właściwe do zarządzania drogą publiczną tej nowej kategorii”.

Reasumując, gmina Dąbrowa Górnicza przyjęła, iż w sprawach dotyczących zezwolenia na realizację inwestycji drogowej, które nie zostały uregulowane w sposób odrębny w ustawie o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, ustawodawca nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów Prawa budowlanego. Skutki prawno-rzeczowe w obszarze zatwierdzenia podziału nieruchomości, przejęcia prawa własności wyłączonej nieruchomości, usuwania drzew i krzewów z nieruchomości, znajdujących się w liniach rozgraniczających drogi, nie stoją w sprzeczności z możliwością przeniesienia pozwolenia na budowę, z zastrzeżeniem warunków przewidzianych powyżej. Próbę przeniesienia powyższej decyzji na partnera prywatnego (przeniesienie odpowiedzialności) należy uznać za bezskuteczną i niezasadną, gdyż wykonywanie powyższych zadań przez partnera prywatnego (w ramach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym) nie zwalnia określonego ustawowo – właściwego zarządcy drogi – od odpowiedzialności (w tym odpowiedzialności przypisanej inwestorowi na gruncie przepisów PB). Wszelkie skutki wynikające

⁷ M. Wolanin, *Ustawa o szczególnych...*, str. 208 i nast.

z decyzji ZRID będą wywierały wpływ na zarządcę drogi, który może powierzyć wykonanie inwestycji partnerowi prywatnemu.

4. Załączniki

- Załącznik nr 1 – Zaproszenie do składania ofert (23.08.2012 r.)
- Załącznik nr 2 – Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (23.08.2012 r.)
- Załącznik nr 3 – Program Funkcjonalno-Użytkowy (23.08.2012 r.)
- Załącznik nr 4 – Projekt Umowy Użyczenia Pasa Drogowego (23.08.2012 r.)
- Załącznik nr 5 – Obniżki (23.08.2012 r.)
- Załącznik nr 6 – Wynagrodzenie (23.08.2012 r.)
- Załącznik nr 7 – Wymagania dotyczące Eksploatacji i Utrzymania (23.08.2012 r.)
- Załącznik nr 8 – Projekt Umowy (23.08.2012 r.)
- Załącznik nr 9 – Podział Zadań i Ryzyk (23.08.2012 r.)
- Załącznik nr 10 – Interpretacja indywidualna IPPP3/443-1065/11-3/KB dotycząca momentu powstania obowiązku zapłaty VAT