RAPORT Z ANALIZ PRZEDREALIZACYJNYCH

DLA PROJEKTU PN.

„BUDOWA, UTRZYMANIE I ZARZĄDZANIE OBIEKTEM CENTRUM OBSŁUGI INWESTORA W KRAKOWIE”

wersja skrócona na potrzeby publikacji

WARSZAWA, 12 LUTEGO 2018 R.

Raport współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój.

SPIS TREŚCI

1. WPROWADZENIE 5

1.1 Założenia i zastrzeżenia 5
1.2 Analizowane dokumenty. Modele współpracy i przyjęty zakres Projektu przez Promotora 5
1.3 Komercyjne zagospodarowanie Obiektu 6
1.4 Finansowanie Inwestycji ze środków Unii Europejskiej 6
1.5 Wpływ Przedsięwzięcia na dług publiczny Miasta Krakowa i indywidualny wskaźnik zadłużenia JST oraz planowane zmiany legislacyjne w tym zakresie 6
1.5.1 Prace analityczne Doradcy 6
1.5.2 Kwestia długu publicznego w przypadku przyjęcia nowelizacji Ustawy o PPP i UFP 7
1.6 Interpretacja przepisów podatkowych 8

2. AKTY PRAWNE 8

3. PROMOTOR PROJEKTU 10

4. OPIS PRZEDSIĘWZIĘCIA 11

4.1 Uwagi wstępne - Informacje dotyczące Przedsięwzięcia 11
4.2 Uwagi wstępne – zakres Przedsięwzięcia będący przedmiotem analizy Doradców 11
4.3 Szczegółowy zakres Przedsięwzięcia stanowiącego podstawę projektu PPP 13
4.4 Budowa Centrum Obsługi Inwestora przez partnera prywatnego 13
4.4.1 Lokalizacja 13
4.4.2 Zakres rzeczowy 14
4.4.3 Obecne zagospodarowanie terenu przeznaczonego pod budowę 16
4.4.4 Posiadane decyzje administracyjne 16
4.4.5 Zgodność z Miejscowym Planem Zagospodarowania Przestrzennego 16
4.4.6 Posiadana dokumentacja techniczna 17
4.5 Szczegółowy podział zadań na etapie budowy pomiędzy partnera prywatnego oraz Podmiot Publiczny 18
4.6 Eksploatacja przez partnera prywatnego wybudowanej infrastruktury 18
4.7 Szczegółowy zakres zadań partnera prywatnego na etapie eksploatacji 18
4.8 Elementy komercyjne w Przedsięwzięciu 19
4.9 Standardy usług (wstępny katalog KPI) przyjęte dla realizacji Przedsięwzięcia 19

5. PRAWNE MODELE REALIZACJI PRZEDSIĘWZIĘCIA 20

5.1 Uwagi wstępne - samorządowe ustawy ustrojowe 20
5.2 Formy wykonywania zadań publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego 21
5.2.1 Samodzielność wyboru formy organizacyjnej 21
5.2.2 Model „tradycyjny” 21
5.2.3 Model PPP (przedsięwzięcie PPP, koncesja, zamówienie) 21
5.3 Cechy charakterystyczne zamówienia publicznego/koncesji 22
5.3.1 Uwagi wstępne 22
5.3.2 Nabycie/uzyskanie jako korzyść gospodarcza po stronie zamawiającego 23
5.3.3 Odpłatność jako element zamówienia publicznego lub koncesji 23
5.3.4 Cechy charakterystyczne koncesji 24

6. PROJEKT JAKO PRZEDSIĘWZIĘCIE PPP 27

6.1 Partnerstwo publiczno–prywatne – uwagi ogólne i systemowe 27
6.2 Projekt jako przedsięwzięcie w rozumieniu przepisów Ustawy o PPP 28

6.3 Przedsięwzięcie jako projekt PPP realizowany w modelu w opłaty za dostępność 28
6.4 Brak zasadności tworzenia wspólnej spółki celowej dla realizacji Przedsięwzięcia 29
6.5 Wkład własny Podmiotu Publicznego w Przedsięwzięcie 30
6.6 Zasady zbywania nieruchomości (Ustawa o PPP) 31
6.7 Zasady zbywania nieruchomości (UGN) 31
6.8 Zasady zbywania nieruchomości na poziomie prawa lokalnego a przepisy ustawowe 32
6.9 Forma przekazania majątku - rekomendacja 33

7. ANALIZA WPŁYWU ZOBOWIĄZAŃ WYNIKAJĄCYCH Z UMOWY NA DŁUG PUBLICZNY I DEFICYT BUDŻETOWY JST 33

7.1 Uwagi na gruncie prawa krajowego 33
7.2 Indywidualny Wskaźnik Zadłużenia JST 34
7.3 Wydatek bieżący i majątkowy 35
7.4 Tytuły dłużne zaliczane do PDP (kredyty, pożyczki, zobowiązania z umów PPP wpływających na dług publiczny) 36
7.5 Wieloletnia Prognoza Finansowa (WPF), „Przedsięwzięcie” 37
7.6 Opinia na temat pozabilansowego ujęcia zobowiązań Promotora związanych z Przedsięwzięciem. 37
7.7 Interpretacja przepisów prawa podatkowego – kwestia VAT 40

8. ANALIZA FINANSOWA REALIZACJI PROJEKTU MODELU PPP W PORÓWANANIU DO MODELU TRADYCYJNEGO 41

8.1 Założenia teoretycznego modelu tradycyjnego 41
8.2 Informacje o planowanych kosztach Przedsięwzięcia (nakłady inwestycyjne i szacowane koszty utrzymania) 42
8.3 Dotacja UE w Projekcie 44
8.4 Wstępna struktura finansowania nakładów inwestycyjnych 44
8.5 Wstępny mechanizm wynagradzania 46
8.6 Model finansowy 47
8.7 Wyniki porównania wariantu tradycyjnego oraz wariantu PPP 48

9. ANALIZA RYZYK 51

9.1 Metodologia analizy ryzyk 51
9.2 Wyodrębnione kategorie ryzyk 52
9.3 Wyodrębnione ryzyka i ocena ich konsekwencji 52
9.4 Prawdopodobieństwo wystąpienia ryzyk i sposoby zarządzania ryzykami 53
9.5 Rekomendowana wstępna alokacja ryzyk 53
9.5.1 Ryzyka etapu inwestycyjnego 53
9.5.2 Ryzyka etapu utrzymania 56
9.5.3 Ryzyka ogólnorynkowe 57

10. HARMONOGRAM WDROŻENIA PROJEKTU – MODEL TRADYCYJNY i MODEL PPP 58

11. REKOMENDOWANY MODEL WSPÓŁPRACY 61

11.1 Optymalny zakres Przedsięwzięcia 61
11.2 Sposób rozporządzenia nieruchomością w Przedsięwzięciu 62
11.3 Kwestia podatku od nieruchomości 63
11.4 Rekomendowany model finansowo-ekonomiczny Projektu 64

12. TRYB WYBORU PARTNERA PRYWATNEGO (DIALOG KONKURENCYJNY) 65

12.1 Dialog konkurencyjny jako optymalna forma wyboru partnera prywatnego 65

12.2 CECHY OGÓLNE 65
12.3 WYMAGANIA DOTYCZĄCE OGŁOSZENIA ORAZ DOKUMENTU OPISOWEGO 67
12.4 KRYTERIA PREKWALIFIKACJI 68
12.5 DOPUSZCZALNY ZAKRES ZMIAN I MODYFIKACJI 69
12.6 PROPONOWANY ZARYS TRYBU 69
12.7 KRYTERIA OCENY OFERT 70

1. WPROWADZENIE

1.1 Założenia i zastrzeżenia

Niniejszy raport z analiz przedrealizacyjnych sporządzony został przez konsorcjum doradcze firm w składzie: Domański Zakrzewski Palinka sp.k. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), Mott MacDonald Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Crido Taxand sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej także: „**Doradca**", „**Wykonawca**") w ramach realizacji umowy z Ministerstwem Rozwoju (dalej także: „**MR**", „**Ministerstwo Rozwoju**", „**Zamawiający**") nr DPA/BDG-III/PT-POWER/2/17-2 (dalej także: „**Umowa wykonawcza COI**"), której przedmiotem jest zapewnienie doradztwa prawnego, ekonomiczno-finansowego oraz technicznego dla strony publicznej przy realizacji projektu partnerstwa publiczno-prywatnego pn. „Budowa, utrzymanie i zarządzanie obiektem Centrum Obsługi Inwestora w Krakowie" (dalej także**:** „**Projekt**"**,** „**Przedsięwzięcie**"**,** „**Inwestycja**", „**COI**"**).**

Promotorem Przedsięwzięcia jest Gmina Miejska Kraków (dalej także: „**Promotor**", „**Podmiot Publiczny**", „**Partner Publiczny**", „**Miasto**", „**GMK**") reprezentowana przez Dyrektora Zarządu Inwestycji Miejskich w Krakowie na mocy stosownego pełnomocnictwa Prezydenta Miasta Krakowa (dalej także: „**ZIM**").

Zakres prac Doradcy wyznaczony został na podstawie § 2 ust. 4 Umowy wykonawczej COI w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia Wykonawczego (dalej także: „**SOPZW**"). Zgodnie z zaś z pkt. 3 SOPZW jednym z produktów Etapu I jest raport z analiz przedrealizacyjnych (dalej także: „**Raport**", „**Analiza**"). Analiza ta ma uwzględniać wszystkie aspekty prawne, ekonomiczne, finansowe i techniczne, które podlegały badaniu przez Wykonawcę w czasie realizacji Etapu I oraz wyniki testów rynkowych przeprowadzonych przez Doradcę. Obligatoryjnym elementem Raportu jest również część obliczeniowa (wraz z załącznikami), stanowiąca analizę ekonomiczno-finansową Projektu.

1.2 Analizowane dokumenty. Modele współpracy i przyjęty zakres Projektu przez Promotora

W ramach analizy, Doradcy przeanalizowali materiały dot. Projektu, znajdujące się w posiadaniu Promotora, o których mowa w dalszej części Raportu, tj. w szczególności Decyzja środowiskowa, Pozwolenie na budowę, Decyzje lokalizacyjne celu publicznego.

Wkładem własnym (w rozumieniu art. 2 pkt 5 Ustawy o PPP) Podmiotu Publicznego w Przedsięwzięcie będzie nieruchomość oraz kompletna dokumentacja projektowa z pozwoleniem na budowę. Warto wskazać, że Podmiot Publiczny nie zamierza przenosić własności nieruchomości na rzecz partnera prywatnego, a jedynie umożliwić wykonawcy przeprowadzenie robót budowlanych oraz świadczenie usług na majątku miejskim w okresie umowy. Dopuszczalne jest jednakże (o ile będzie to korzystne dla Przedsięwzięcia) zawarcie umowy dzierżawy lub najmu pomiędzy Promotorem a partnerem prywatnym. Kwestia ustanowienia zabezpieczeń (zwłaszcza ustanowienia hipoteki) w celu zabezpieczenia kredytu zaciągniętego przez partnera prywatnego nie została wykluczona, niemniej jednak nie jest rozwiązaniem preferowanym przez Promotora.

Promotor wstępnie przyjął, że w ramach podziału ryzyka Przedsięwzięcia, partner prywatny będzie odpowiedzialny za budowę i zagospodarowanie terenu zgodnie z posiadaną przez ZIM

dokumentacją projektową oraz za zapewnienie finansowania Inwestycji, a następnie za utrzymanie i eksploatację obiektu.

Promotor założył także, że partner prywatny przejmie na siebie (i) ryzyko budowy, a także (ii) ryzyko dostępności (rozumiane jako ryzyko ekonomiczne, związane z dostępnością obiektu). Promotor rozważał przeniesienie na stronę prywatną ryzyka związanego z zagospodarowaniem części komercyjnej obiektu (parkingu podziemnego, sal konferencyjnych z zapleczem i kilku lokali usługowych – ilość miejsc parkingowych oraz powierzchnia sal i punktów usługowych uzależniona będzie od wyników dialogu konkurencyjnego).

Przyjęto, że faza inwestycyjna realizacji Przedsięwzięcia wyniesie ok. 3 lat, a eksploatacja będzie trwać ok. 20 lat od zakończenia fazy inwestycyjnej. Przewidywany łączny czas trwania umowy PPP to 22-25 lat.

Podstawowym sposobem wynagradzania partnera prywatnego będzie opłata za dostępność płatna z budżetu Miasta w całym okresie umowy. Środki finansowe na realizację zobowiązań finansowych zostaną zabezpieczone w WPF.

1.3 Komercyjne zagospodarowanie Obiektu

Promotor rozważa także możliwość przekazania prawa do korzystania z części komercyjnej obiektu, tj. podziemnego parkingu, sal konferencyjnych oraz kilku lokali usługowych o małej powierzchni, jak również do pobierania pożytków z tego tytułu przez partnera prywatnego, co mogłoby wiązać się z ewentualnym pomniejszeniem opłaty za dostępność o uzyskane przychody.

1.4 Finansowanie Inwestycji ze środków Unii Europejskiej

W ramach prac, Doradcy przeanalizują możliwości pozyskania środków unijnych na realizację Inwestycji, jako jednego ze źródeł jej możliwego finansowania. Promotor nie wyklucza możliwości realizacji Projektu także bez udziału środków UE.

1.5 Wpływ Przedsięwzięcia na dług publiczny Miasta Krakowa i indywidualny wskaźnik zadłużenia JST oraz planowane zmiany legislacyjne w tym zakresie

1.5.1 Prace analityczne Doradcy

W ramach prac[1], Doradcy przeanalizowali Przedsięwzięcie pod kątem ujęcia transakcji w długu publicznym JST zgodnie z przepisami obowiązującymi na dzień sporządzenia Raportu. Doradcy przeanalizowali skutki realizacji omawianego Przedsięwzięcia na gruncie Ustawy o PPP, UFP oraz właściwych rozporządzeń wykonawczych w zakresie tytułów dłużnych.

[1] Zgodnie z zakresem prac doradców wytyczonym w SOPZW, przedmiotem Analizy będzie ocena wpływu zobowiązań publicznych wynikających z umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym na dług publiczny, w tym zaprezentowanie ich ujęcia w budżecie i wieloletniej prognozie finansowej Miasta Krakowa (możliwość ujęcia całości lub części tych wydatków jako wydatków majątkowych), co powinno determinować odpowiednie zapisy w projekcie umowy PPP.

Należy wskazać, że na dzień sporządzenia Analizy, trwają prace legislacyjne nad zmianami Ustawy o PPP[2] oraz UFP[3], które mogą mieć wpływ na ocenę transakcji z perspektywy jej klasyfikacji do długu JST. Niemniej jednak model wynagrodzenia w formule opłaty za dostępność oraz planowany przez Doradców podział ryzyka w transakcji został opracowany w taki sposób, aby możliwe było wyodrębnienie wydatku majątkowego w modelu wynagrodzenia partnera prywatnego, a także nieujmowanie Przedsięwzięcia w długu publicznym Miasta Krakowa.

1.5.2 Kwestia długu publicznego w przypadku przyjęcia nowelizacji Ustawy o PPP i UFP

Na obecnym etapie prac legislacyjnych trudno przesądzić, czy projektowane zmiany zostaną przyjęte, a także jakie będzie ich ostateczne brzmienie.

Warto wskazać, że projekt nowelizacji Ustawy o PPP (w wersji dostępnej na dzień sporządzenia Raportu projekt został kierunkowo przyjęty przez Radę Ministrów[4]), nie zawiera przepisów, które mogłyby negatywnie wpłynąć na klasyfikację transakcji do długu publicznego Miasta, czy uniemożliwić realizację transakcji. Projekt zawiera natomiast pewne zmiany, które mogą mieć wpływ na sposób przygotowanie i przeprowadzenia postępowania[5]. Projekt ten zmienia natomiast przepisy m.in. UFP, potwierdzając, że JST może przekazać dotację celową na dofinansowanie kosztów inwestycji związanych z realizacją zadań publicznych w formule PPP (por. art. 17 pkt 3 projektowanej ustawy).

Analizując wpływ ewentualnych zmian UFP na klasyfikację Przedsięwzięcia do długu publicznego Miasta (w wersji, która od kwietnia 2017 r. znajduje się na etapie konsultacji międzyresortowych) należy wskazać, że projektowane przepisy nie wykluczają takiego ustrukturyzowania transakcji, aby Przedsięwzięcie nie obciążało długu publicznego Miasta. Jeśli zostanie utrzymany kierunkowy charakter zmian, (wskazujący, że przy obliczaniu wskaźnika zadłużenia należy brać pod uwagę także umowy, które wywołują ekonomiczne skutki podobne do umowy pożyczki lub kredytu, w tym umowy PPP, które wpływają na dług publiczny), to należy wskazać, że nie wszystkie umowy PPP będą klasyfikowane jako tytuły dłużne w rozumieniu art. 72 UFP. Wpływ na wskaźnik będą mieć tylko te zobowiązania (z tych umów PPP), w których podział ryzyka nie spełnia wymogów wskazanych w art. 18a Ustawy o PPP

[2] Projekt ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 15 grudnia 2017 r. https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12296204/katalog/12420727#12420727.

[3] Projekt ustawy o zmianie ustawy o finansach publicznych z 11 kwietnia 2017 r., https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12297351/12426490/12426491/dokument284119.pdf; uzasadnienie do projektu ustawy z 11 kwietnia 2017 r., https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12297351/12426490/12426491/dokument284123.pdf.

[4] Http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12296204/katalog/12420727#12420727.

[5] W szczególności, zmiany mogą dotyczyć warunków prekwalifikacji lub kryteriów oceny ofert, bowiem projekt Ustawy o PPP wprowadza pewne ograniczenia w tym zakresie (np. wprowadzając odpowiedzialność solidarną pomiędzy wykonawcami a spółką celową partnera prywatnego, utworzoną dla realizacji przedsięwzięcia, przy jednoczesnym wyłączeniu odpowiedzialności solidarnej za wykonanie przedsięwzięcia partnerów prywatnych biorących udział w postępowaniu w formie konsorcjum).

i rozporządzeniu wydanym na jego podstawie (Rozporządzenie w sprawie tytułów dłużnych). W naszej ocenie, możliwe jest takie ukształtowanie podziału ryzyka w umowie PPP, aby ryzyko budowy i dostępności (a także ryzyko sfinansowania bez udzielania dodatkowych gwarancji i zabezpieczeń przez stronę publiczną), zostało przeniesione na partnera prywatnego w sposób zapewniający neutralność transakcji dla długu publicznego.

1.6 Interpretacja przepisów podatkowych

W ramach Analizy Doradca przedstawił propozycję interpretacji podatkowej w zakresie rozliczenia transakcji na gruncie przepisów dot. podatków i usług. W ocenie Doradców, na obecnym etapie prac (etap analizy przedrealizacyjnej), bez jednoznacznego przesądzenia stanu faktycznego transakcji, przygotowanie wystąpienia z wnioskiem o interpretację prawa podatkowego do właściwego organu podatkowego byłoby przedwczesne.

2. AKTY PRAWNE

(a) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej jako: **„Konstytucja”**;

(b) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE. L. z 2014 r. Nr 94, poz. 1 ze zm.), dalej jako „**Dyrektywa 2014/23/UE”, „Dyrektywa koncesyjna”**;

(c) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L. z 2014 r. Nr 94, poz. 65 ze zm.), dalej jako: **„Dyrektywa 2014/24/UE”, „Dyrektywa klasyczna”**;

(d) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE. L. z 2013 r. Nr 347, poz. 320), dalej jako: **„Rozporządzenie PE i Rady (UE) nr 1303/2013”**;

(e) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 549/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE. L. z 2013 r. Nr 174, poz. 1 ze zm.), dalej jako: **„Rozporządzenie ESA 2010”**;

(f) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 ze zm.), dalej jako: **„KC”**;

(g) Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1834), dalej jako: **„Ustawa o PPP”**;

(h) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej jako: **„Ustawa PZP”, „PZP”**;

(i) Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920), dalej jako: **„Ustawa o koncesji”**;

(j) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1870 ze zm.), dalej jako: **„UFP”**;

(k) Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.), dalej jako: **„USG”**;

(l) Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 827), dalej jako: **„UGK”**;

(m) Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 2147 ze zm.), dalej jako: **„UGN”**;

(n) Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1577), dalej jako: **„KSH”**;

(o) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U.2017.1332), dalej jako: **„Prawo budowlane”**;

(p) Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1047 ze zm.), dalej jako: **„Ustawa o rachunkowości”**;

(q) Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1221 ze zm.), dalej jako: **„Ustawa o VAT”**;

(r) Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2343 ze zm.), dalej jako: **„Ustawa o CIT”**;

(s) Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1785 ze zm.), dalej jako: **„Ustawa o podatkach i opłatach lokalnych”**;

(t) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1876), dalej jako: **„Prawo bankowe”**;

(u) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 ze zm.), dalej jako: **„Prawo budowlane”**;

(v) Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie (Dz. U. z 2015 r., poz. 284), dalej jako: **„Rozporządzenie w sprawie rodzajów ryzyka”**;

(w) Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego (Dz. U. z 2011 r. Nr 298, poz. 1767), dalej jako: **„Rozporządzenie w sprawie tytułów dłużnych”**;

(x) Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1015 ze zm.), dalej jako: **„Rozporządzenie w sprawie sprawozdawczości budżetowej”**;

(y) Uchwała nr XCI/2375/17 Rady Miasta Krakowa z dnia 20 grudnia 2017 r. w sprawie zmiany uchwały nr LXX/1013/13 Rady Miasta Krakowa z dnia 27 marca 2013 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej Miasta Krakowa (z późn. zm.), w wersji uwzględniającej zmiany wynikające z zarządzenia nr 42/2018 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 8 stycznia 2018 r. w sprawie zmiany uchwały nr LXX/1013/13 Rady Miasta Krakowa z dnia 27 marca 2013 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej Miasta Krakowa (z późn. zm.), dalej jako: **„Uchwała o WPF”**;

(z) Statut ZIM - załącznik do uchwały nr LXVII/1658/17 Rady Miasta Krakowa z dnia 29 marca 2017 r. w sprawie utworzenia i zatwierdzenia statutu jednostki budżetowej Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, dalej jako: **„Statut”** lub **„Statut ZIM”**;

(aa) Uchwała Nr XV/99/03 Rady Miasta Krakowa z dnia 7 maja 2003 r. w sprawie zasad gospodarowania nieruchomościami Gminy Miejskiej Kraków (t.j. Dziennik Urzędowy Województwa Małopolskiego z 2017 r., poz. 741), dalej jako: **„Uchwała Rady Miasta Krakowa o gospodarowaniu nieruchomościami”**.

3. PROMOTOR PROJEKTU

Jak wskazaliśmy, Promotorem Projektu będzie Gmina Miejska Kraków, w której imieniu występował będzie Dyrektor ZIM – jednostki budżetowej Miasta na podstawie odrębnego pełnomocnictwa. ZIM jest jednostką budżetową Miasta Krakowa w rozumieniu przepisów art. 11 i nast. UFP (jednostka sektora finansów publicznych), która nie posiada odrębnej osobowości prawnej a swoje wydatki pokrywa bezpośrednio z budżetu Miasta. Przedmiotem działalności ZIM jest realizacja zdań inwestycyjnych, dla których ZIM jest realizatorem. Zakres przedmiotowy takich zadań obejmuje obszary określone w art. 7 ust. 1 pkt 2, 5-9, 13 i 15 USG. Wskazujemy zatem, że Dyrektor ZIM – na podstawie odrębnych pełnomocnictw – może być upoważniony do planowania i prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawierania umów niezbędnych dla prawidłowej realizacji powierzonych zadań[6]. ZIM może realizować zadania statutowe własnymi siłami bądź zlecać je podmiotom zewnętrznym bez pozyskiwania odrębnej zgody Prezydenta Miasta Krakowa[7].

Miasto jest „podmiotem publicznym” w rozumieniu art. 2 pkt. 1 Ustawy o PPP, a w świetle postanowień statutowych ZIM, kwestia udzielenia pełnomocnictwa do przeprowadzenia postępowania i ew. zawarcia umowy nie budzi wątpliwości prawnych. Promotor zawrze umowę PPP zgodnie z obowiązującym w Gminie Miejskiej Kraków sposobem reprezentacji. W związku z tym, iż taka czynność prawna spowodowuje powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna będzie również kontrasygnata skarbnika Miasta (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej zgodnie z art. 46 ust. 3 USG.

[6] Por. § 3 ust. 2 Statutu w zw. z art. 7 ust. 1 pkt 15 USG oraz § 3 ust. 3 pkt 1 Statutu.
[7] § 3 ust. 4 Statutu.

Zgodnie z art. 228 ust. 2 UFP, uchwała w sprawie wieloletniej prognozy może zawierać upoważnienie dla organu wykonawczego dla upoważnienia kierowników jednostek budżetowych do realizacji przedsięwzięć wskazanych w WPF. W § 2 pkt 2 Uchwały o WPF, Rada Miasta Krakowa upoważniła Prezydenta Miasta Krakowa do udzielenia uprawnień do zaciągania zobowiązań wieloletnich na rzecz kierowników samorządowych jednostek budżetowych (organizacyjnych), związanych z realizacją przedsięwzięć wskazanych w zał. nr 2 do tejże uchwały (w tym do Przedsięwzięcia) oraz zabezpieczyła środki na realizację tego przedsięwzięcia wskazując limity wydatków na poszczególne lata.

4. OPIS PRZEDSIĘWZIĘCIA

W tej części przedstawimy opis dotyczący zamierzenia inwestycyjnego (w tym opis podstawowych elementów związanych z Inwestycją od strony technicznej), a także zakresu usług, stanowiących Przedsięwzięcie, które będzie realizowane we współpracy z partnerem prywatnym w ramach modelu PPP, w szczególności związanych z kwestią przeniesienia na partnera prywatnego ryzyka ekonomicznego, budowy oraz zarządzania obiektem.

4.1 Uwagi wstępne - Informacje dotyczące Przedsięwzięcia

Przedmiotem Projektu jest budowa, utrzymanie i zarządzanie obiektem Centrum Obsługi Inwestora (COI) w Krakowie. Zgodnie z założeniami Promotora, COI należy traktować jako jeden z istotnych elementów polityki proinwestycyjnej Miasta Krakowa.

Celem Projektu jest zlokalizowanie w jednym miejscu (obiekcie) wydziałów Urzędu Miasta Krakowa uczestniczących w szeroko pojętym procesie inwestycyjnym. Projekt zakłada budowę budynku użyteczności publicznej z dwukondygnacyjnym parkingiem podziemnym oraz jedną kondygnacją magazynu podziemnego (w tym archiwum).

Koncepcja architektoniczna COI została wyłoniona w konkursie architektonicznym (zgodnie z Regulaminem konkursu ws. projektu. Dla Projektu uzyskano **Decyzje o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego** oraz **Decyzję środowiskową.** Dla przedmiotowej Inwestycji przeprowadzone zostały w 2010 r. pełne konsultacje społeczne, których rezultaty (raport końcowy) zostały zamieszczone na miejskim serwisie internetowym www.dialogspoleczny.krakow.pl. Dla Przedsięwzięcia został opracowany projekt budowlany i wykonawczy oraz uzyskane zostało Pozwolenie na budowę).

Zgodnie z uchwałą nr LXXX/1219/13 Rady Miasta Krakowa z dnia 28 sierpnia 2013 r. teren podlega ustaleniom miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obszaru „Czyżyny-Łęg".

4.2 Uwagi wstępne – zakres Przedsięwzięcia będący przedmiotem analizy Doradców

Analizując zakres Projektu przedstawiony w dokumentacji otrzymanej od ZIM i Ministerstwa Rozwoju, Doradcy we współpracy z Promotorem określili wstępny wariant realizacji Przedsięwzięcia mając na względzie, m.in. uwarunkowania finansowe po stronie Podmiotu Publicznego , efektywność wykonania poszczególnych zadań w całym okresie trwania umowy PPP, a także wartość nakładów inwestycyjnych i nakładów na utrzymanie (eksploatację) budynku COI. Doradcy wraz z ZIM przeprowadzili dialog techniczny (badania rynku), aby ocenić

zainteresowanie realizacją Przedsięwzięcia po stronie potencjalnych wykonawców (partnerów prywatnych) oraz instytucji finansujących, które mogłyby być zainteresowane finansowaniem Projektu.

Z uczestnikami dialogu technicznego omówiono m.in. potencjalny zakres Projektu, ryzyka i korzyści, które łączą się z jego realizacją, oczekiwania i propozycje co do zakresu i standardów usług świadczonych w okresie eksploatacji (w tym standardów efektywności energetycznej i energochłonności budynku, standardów oddania budynku na koniec umowy PPP), włączenie do Projektu elementów komercyjnych i ich wpływ na opłatę za dostępność (w szczególności zasadność przeniesienia ryzyka operowania parkingiem dla klientów i pracowników Urzędu Miasta Krakowa), warunki prekwalifikacji potencjalnych partnerów prywatnych i liczbę uczestników dialogu konkurencyjnego, a także kryteria oceny ofert, ewentualne możliwości optymalizacji projektu budowlanego i ich wpływ na interes Promotora oraz potencjalnych partnerów prywatnych, mechanizmy rozliczeń wynagrodzenia. W przypadku instytucji finansowych omawiano także gotowość do sfinansowania Projektu, warunki brzegowe bankowalności Projektu oraz potencjalne parametry finansowe mające istotny wpływ na wysokość wynagrodzenia partnera prywatnego.

Istotną kwestią była możliwość wprowadzenia do Projektu elementów komercyjnych: omówiono ryzyko zarządzania częścią dla usługodawców, takich jak bank czy bufet. W zakresie komercyjnego udostępniania sal konferencyjnych z uwagi na niedookreślone dotąd potrzeby Podmiotu Publicznego, co do korzystania z nich, a także warunków ich wynajmowania, trudno jest na tym etapie wskazać, czy ryzyko to powinno pozostać po stronie publicznej, czy prywatnej. Kwestia komercjalizacji parkingów stanowiła jeden z ważniejszych aspektów dialogu technicznego. Kwestia ryzyka zarządzania parkingiem i/lub wynajmu/odpłatnego udostępniania miejsc i pobierania z tego tytułu przychodów powinna stać się przedmiotem szczegółowych ustaleń w trakcie dialogu konkurencyjnego (zwłaszcza w kontekście potencjalnych prognoz ruchu), które potwierdziłyby, iż wynajem z parkingów będzie generował w okresie długoterminowym istotny zysk. Wykonawcy sygnalizowali konieczność wykonania takiej analizy (analizy popytu na miejsca parkingowe). Promotor powinien także rozważyć wariant podziału ryzyk w postaci przeniesienia zarządzania i utrzymywania parkingu na partnera prywatnego, zaś popytu i pobierania dochodów bezpośrednio na Podmiot Publiczny. Rozwiązanie to mogłoby obniżyć całościowe koszty eksploatacji, a także wygenerować ew. dodatkowe dochody dla Podmiotu Publicznego (na podstawie odpowiednich postanowień umownych). Na obecnym etapie trudno jest racjonalnie ocenić ryzyko związane z komercyjnym zagospodarowaniem parkingu przez partnera prywatnego.

Instytucje finansujące wskazywały, że przeniesienie na partnera prywatnego znaczącego ryzyka rynkowego (popytu) zostanie m.in. odzwierciedlone w cenie możliwego do pozyskania długu, warunkach ograniczających dystrybucję nadwyżki finansowej przez partnera prywatnego oraz wysokość możliwej dźwigni finansowej zastosowanej w Projekcie z punktu widzenia banku. Powyższe może doprowadzić do zwiększenia kosztów Projektu.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarekomendowano ustrukturyzowanie Projektu zakładające albo pozostawienie części potencjalnych przychodów z komercjalizacji po stronie Podmiotu

Publicznego i odzwierciedlenie powyższego w modelu wynagrodzenia partnera prywatnego w taki sposób, aby korzyści ekonomiczne oraz ryzyka popytu pozostawały po stronie Promotora lub były częściowo dzielone pomiędzy stronami umowy PPP (aby zachować mechanizmy motywacyjne dla partnera prywatnego w zakresie zarządzania powierzchnią komercyjną).

Mając na uwadze powyższe uwagi przyjmujemy, że taki zakres Przedsięwzięcia jest poddany dalszej analizie.

4.3 Szczegółowy zakres Przedsięwzięcia stanowiącego podstawę projektu PPP

W ramach Inwestycji planowane jest wykonanie:

(i) Budynku kubaturowego COI, w tym:

(a) Części naziemnej:

– 4 kondygnacje naziemne - pomieszczenia biurowe poszczególnych wydziałów,

– parter, gdzie zlokalizowane są sale konferencyjne i stanowiska obsługi petentów, bufet, bank, rozdzielnia poczty, pomieszczenia Straży Miejskiej, punkt kserograficzny, serwerownia,

(b) Części podziemnej:

– 1 kondygnację podziemną pełniącą funkcję magazynu, archiwum,

– 2 kondygnacje podziemne mieszczące garaż podziemny (372 miejsca postojowe),

(ii) Dwóch wjazdów na działkę,

(iii) Przyłączy infrastruktury technicznej,

(iv) Ukształtowania terenu i zieleni,

W ramach prac planowane jest także wykonanie:

– rozbiórki istniejącego boiska oraz ogródka jordanowskiego,

– demontażu oraz przeniesienia istniejącego pomnika,

– przełożenia kolidującego uzbrojenia.

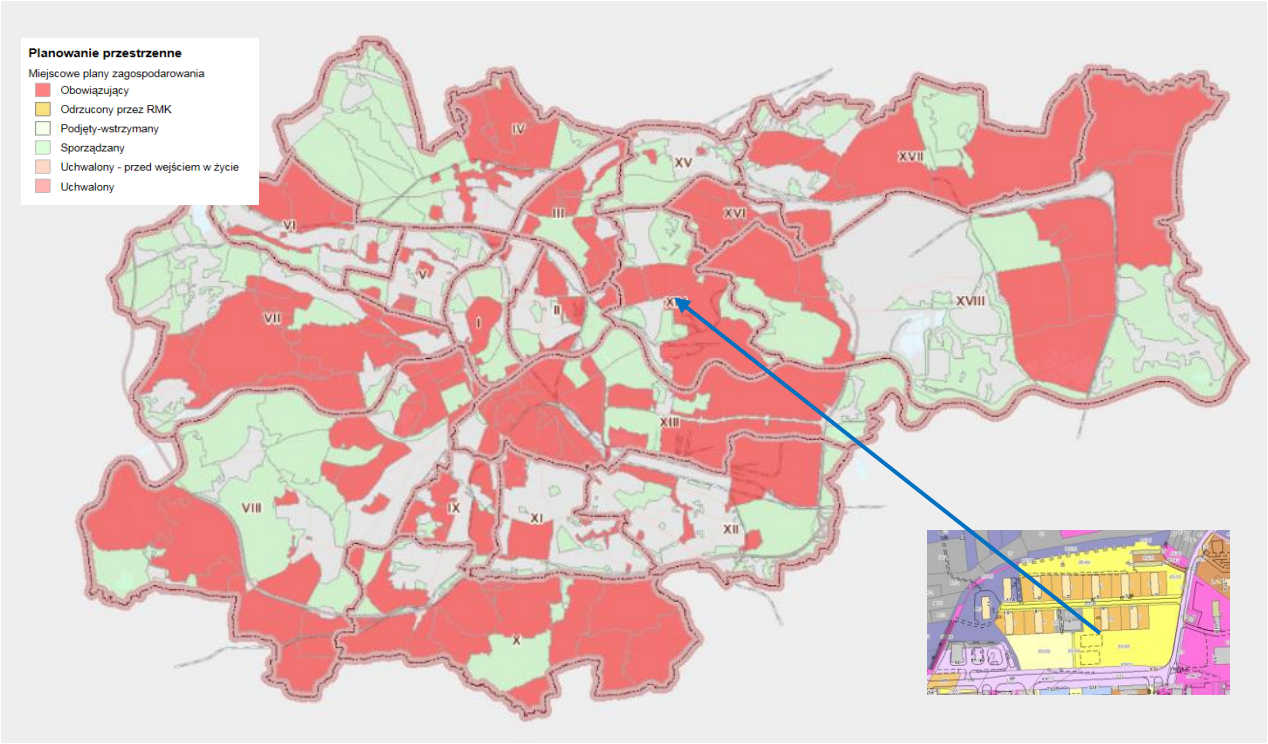
4.4 Budowa Centrum Obsługi Inwestora przez partnera prywatnego

4.4.1 Lokalizacja

COI zostanie zlokalizowane w województwie małopolskim, w Krakowie przy ulicy Centralnej, na terenie dzielnicy XIV Czyżyny na działkach nr: 85/69, 85/66, 85/68, 331, 332, 333, 85/56 obr.54 jednostka ewidencyjna Nowa Huta. Od sierpnia 2013 r. teren ten podlega ustaleniom miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obszaru „Czyżyny-Łęg" zatwierdzonego uchwałą Nr LXXX/1219/13 Rady Miasta

Krakowa. Projekt został opracowany przed uchwaleniem ww. MPZP i na potrzeby jego realizacji Promotor uzyskał decyzję ULICP nr AU-2/7331/2687/08 z dnia 23 lipca 2008 r. dla COI. Uzyskano także decyzję ULICP nr AU-2/7331/647/10 z dnia 3 marca 2010 r. dla zaprojektowanej stacji transformatorowej zlokalizowanej na terenie Inwestycji.

Rysunek nr 1. Lokalizacja Budowy COI



Źródło: na podstawie danych http://obserwatorium.um.krakow.pl.

4.4.2 Zakres rzeczowy

Projektowany obiekt stanowi budynek użyteczności publicznej o przeważającej funkcji biurowej. Powierzchnia terenu przeznaczonego na realizację Przedsięwzięcia wynosi 19,7 tys. m2. Powierzchnia całkowita budynku wynosi 46,7 tys. m2, a jego wysokość do 19,7 m.

COI został zaprojektowany jako budynek o następujących funkcjach:

(a) biura (dominująca funkcja COI) – zlokalizowanie wydziałów i biur Urzędu Miasta Krakowa,

(b) sale konferencyjne:

- sala konferencyjna duża,
- sale konferencyjne małe,

(c) punkty usługowe:

- ksero, posterunek straży miejskiej, placówka bankowa, bufet z zapleczem,
- centrum monitoringu, rozdzielnia poczty,

(d) parking podziemny,

(e) archiwa i magazyny.

Projekt został zrealizowany w odniesieniu do zapotrzebowania na powierzchnię biurową oraz na inne przewidziane w nim pomieszczenia łącznie na ok. 890 pracowników urzędu. Liczba ta zostanie zweryfikowana po zakończeniu dialogu konkurencyjnego, po ostatecznej decyzji co do przeznaczenia powierzchni COI, w tym zapotrzebowania Podmiotu Publicznego na powierzchnię biurową. Projektant zaplanował także, że ilość osób odwiedzających urząd to ok. 1520 osób dziennie.

Zaprojektowany budynek jest budynkiem wolnostojącym podpiwniczonym, składa się z dwóch części oznaczonych w projekcie symbolami A i B. Obiekt ma formę podłużną zbliżoną do leżącej litery L, z trzykondygnacyjną częścią podziemną i częścią nadziemną złożoną z różnej wysokości równoległych i geometrycznie różnorodnych brył rozdzielających się na poziomie pierwszego piętra.

Części A i B mają wspólną kondygnację parterową i połączone są ze sobą za pomocą łączników na poziomie pierwszego i drugiego piętra:

- **Część A - czterokondygnacyjna**, usytuowana jest wzdłuż ul. Centralnej; posiada wysokość 15,5 m,
- **Część B - pięciokondygnacyjna**, znajduje się bardziej w głębi działki; posiada wysokość 19,7 m.

Część podziemna budynku wykracza poza obrys części nadziemnych i jest w całości położona poniżej poziomu terenu. W części podziemnej planowanego budynku założono:

- 2 kondygnacje podziemne mieszczące garaż podziemny (372 miejsca postojowe),
- 1 kondygnację podziemną pełniącą funkcję magazynu, archiwum.

Projekt zagospodarowania terenu obejmuje pełną obsługę komunikacyjną obiektu m. in. z dwoma zjazdami (z ul. Centralnej oraz z ul. Kamionka), chodnikami (m. in. nowy chodnik wzdłuż ul. Centralnej), zieleńcami, przejazdami dla wozów Straży Pożarnej, wolnostojącą kontenerową stacją trafo i pomieszczeniami na odpady. Projektowany obiekt będzie obsługiwany z ul. Centralnej i z ul. Kamionka, droga pożarowa łączyć będzie te dwie drogi komunikacją wewnętrzną na terenie inwestycji.

Oba zjazdy będą miały charakter zjazdów publicznych. Będą służyły jako komunikacja dla garażu podziemnego oraz jako awaryjny dojazd dla straży pożarnej i karetek pogotowia. Projekt zieleni dostosowano do projektowanego zagospodarowania

terenu. Od strony północnej przewidziana jest zieleń izolacyjna dla istniejących zabudowań. Założono także trawniki na stropie garażu.

Dla obiektu COI na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej zostało uzyskane pozwolenie na budowę.

4.4.3 Obecne zagospodarowanie terenu przeznaczonego pod budowę

Lokalizacja COI to obszar równy, prawie płaski, o wysokościach bezwzględnych w granicach 198,9 - 199,7 m npm. Teren ma kształt przewróconej litery L i jest niezabudowany, ale znajdują się na nim następujące obiekty:

– pomnik Bohaterów Armii Krajowej,
– plac zabaw,
– boisko,
– chodniki,
– zieleń,
– przepompownia ścieków wraz z kanałem tłocznym należąca do MPWiK,
– stacja transformatorowa.

W stosunku do projektowanego budynku COI występują także kolizje tj.:

– trasy istniejącej sieci gazowej niskoprężnej ø160 PE,
– trasy istniejącej instalacji wody.

4.4.4 Posiadane decyzje administracyjne

Dla Projektu uzyskano następujące decyzje:

– Decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego dla budynku COI,
– Decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego dla stacji transformatorowej zlokalizowanej na terenie COI (dalej także łącznie: **„Decyzje o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego”**),
– Decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia (dalej także: **„Decyzja środowiskowa”**),
– Pozwolenie na budowę.

4.4.5 Zgodność z Miejscowym Planem Zagospodarowania Przestrzennego

Od 28 sierpnia 2013 r. teren podlega ustaleniom miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (dalej także: **„MPZP”**) obszaru „Czyżyny-Łęg” zatwierdzonego uchwałą Nr LXXX/1219/13 Rady Miasta Krakowa.

Projekt budowlano-wykonawczy został opracowany przed uchwaleniem MPZP i na potrzeby jego realizacji Promotor uzyskał: Decyzję o lokalizacji inwestycji celu

publicznego dla budynku COI, Decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego dla stacji transformatorowej zlokalizowanej na terenie COI.

Zgodnie z MPZP, Przedsięwzięcie zlokalizowane jest na obszarze oznaczonym symbolem UP3. Dla terenów oznaczonych symbolem UP3 ustala się następujące przeznaczenie:

– podstawowe pod obiekty i urządzenia służące realizacji celów publicznych tj. obiekty administracji publicznej,

– uzupełniające pod zieleń urządzoną.

4.4.6 Posiadana dokumentacja techniczna

Na potrzeby realizacji Projektu została opracowana następująca dokumentacja:

(a) Koncepcja urbanistyczno-architektoniczna z 2009 r.

– Konkurs na opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej dla COI został ogłoszony w 2008 r. (Regulamin konkursu na opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej Centrum Obsługi Inwestora w Krakowie - Załącznik do Zarządzenia Nr 1450 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 21.07.2008 r.)

– Koncepcja wielobranżowa uwzględniająca zalecenia Sądu konkursowego została zaakceptowana w grudniu 2009 r.

(b) Dokumentacja projektowa

– Projekt budowlany, szacunkowe zestawienie wartości robót z lipca 2010 r. oraz projekt wykonawczy, przedmiary, kosztorys inwestorski z czerwca 2011 r.

– Projekt budowlany dla ”Centrum Obsługi Inwestora” autorstwa Claudio Nardi zatwierdzono i udzielono mu pozwolenia na budowę

(c) Prace wykonane: ręczne przekopanie odwodnień liniowych mających na celu polepszenie warunków odpływu wód opadowych z terenu oraz wytyczenie geodezyjne zewnętrznego miejsca gromadzenia odpadów stałych znajdującego się na terenie Inwestycji.

(d) Realizacja sieci kanalizacji deszczowej fi 700, do której mają być odprowadzone ścieki deszczowe z terenu planowanej inwestycji: sieć kanalizacji deszczowej fi 700 w trakcie realizacji przez prywatnego inwestora.

(e) Dnia 22 czerwca 2017 r. wydano Dziennik Budowy, a w dniu 12 lipca 2017 r. nastąpił wpis do Dziennika Budowy o rozpoczęciu robót budowlanych.

4.5 Szczegółowy podział zadań na etapie budowy pomiędzy partnera prywatnego oraz Podmiot Publiczny

Pierwszym etapem prac jest podział zadań pomiędzy partnera prywatnego a Podmiot Publiczny w ramach Przedsięwzięcia na etapie budowy.

W związku z tym, że w ramach Projektu został opracowany projekt budowlany i wykonawczy, jak również uzyskano Decyzję środowiskową oraz Pozwolenie na budowę przewiduje się, że na etapie budowy:

(a) **Podmiot Publiczny** będzie odpowiedzialny za:

- przekazanie opracowanej na potrzeby realizacji dokumentacji projektowej,
- przekazanie Pozwolenia na budowę.

(b) **Partner Prywatny** będzie odpowiedzialny za:

- roboty budowlane wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

Ewentualna decyzja o zmianie pozwolenia na budowę, jak również wypracowanie ostatecznego podziału zadań zostanie podjęta podczas dialogu konkurencyjnego z potencjalnymi partnerami prywatnymi.

4.6 Eksploatacja przez partnera prywatnego wybudowanej infrastruktury

Wstępnie założono, że na etapie eksploatacji rozumianej jako zarządzanie i utrzymanie wybudowanej infrastruktury COI partner prywatny będzie zobowiązany do:

(a) **Zarządzania COI** polegającego na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności przez partnera prywatnego mających na celu zapewnienie racjonalnej gospodarki Obiektem COI, a w szczególności:

- właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej nieruchomości,
- bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości,
- właściwej gospodarki energetycznej w rozumieniu przepisów prawa energetycznego,
- bieżącego administrowania nieruchomością,
- utrzymania nieruchomości w stanie niepogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem,
- uzasadnionym inwestowaniu w nieruchomość.

(b) **Utrzymania COI** rozumianego jako podejmowania wszelkich czynności faktycznych i prawnych, podejmowanych przez partnera prywatnego, związanych z utrzymaniem COI w zakresie określonym umową PPP, z uwzględnieniem normalnego zużycia, obejmujące m.in. konserwację, naprawy i remonty oraz gwarantujące zachowanie COI w stanie niepogorszonym i umożliwiające korzystanie z niego zgodnie z jego przeznaczeniem.

4.7 Szczegółowy zakres zadań partnera prywatnego na etapie eksploatacji

Z uwagi na specyfikę projektu COI partner prywatny powinien być odpowiedzialny za zarządzanie i eksploatację COI tj. m.in.:

– zarządzanie/administrowanie budynkiem, w tym także w zakresie BHP, środowiskowym, jakości, przeciwpożarowym, zdarzeń nadzwyczajnych;

– przeglądy techniczne budynku wynikające z Prawa budowlanego oraz innych przepisów prawa oraz przeglądy wynikającej z zaleceń producenta;

– remonty, naprawy bieżące i konserwacje COI; dozorowanie urządzeń podlegających dozorowi Urzędu Dozoru Technicznego;

– przeglądy i konserwacja wyposażenia ruchomego, które zostanie dostarczone przez partnera prywatnego;

– media: zużycie energii elektrycznej przez budynek; zużycie energii cieplnej; zużycie wody, wywóz odpadów stałych;

– utrzymanie nieruchomości w czystości;

– ubezpieczenia nieruchomości;

– ochrona osób i terenu COI;

– utrzymania zieleni;

– utrzymanie ciągów komunikacyjnych na terenie Obiektu;

– wyposażenie i prowadzenie pomieszczeń, które zostaną określone jako komercyjne.

Wypracowanie ostatecznego podziału nastąpi po przeprowadzeniu dialogu konkurencyjnego z potencjalnymi partnerami prywatnymi.

4.8 Elementy komercyjne w Przedsięwzięciu

W ramach realizacji COI, następujące pomieszczenia są rozważane jako przeznaczone pod wynajem:

(a) Aula konferencyjna (audytoryjna) na około 300 uczestników,

(b) 3 sale konferencyjne dla łącznie 150 uczestników,

(c) Powierzchnie usługowe, które mogą być wykorzystywane na cele prowadzenia różnorodnych usług, w tym: placówki bankowo-kasowej, punktu gastronomicznego, punktu sprzedaży prasy (kiosku) i innych,

(d) Parking podziemny na 372 miejsca.

Kwestia ta będzie przedmiotem dialogu konkurencyjnego z potencjalnymi partnerami prywatnymi.

4.9 Standardy usług (wstępny katalog KPI) przyjęte dla realizacji Przedsięwzięcia

KPI to kluczowe wskaźniki efektywności oraz przypisane im standardy. Wykaz KPI będzie załączony do umowy PPP. Na ogół określa on także sytuacje, w których uznaje się, że wystąpiło uchybienie w spełnieniu wskaźników efektywności (oraz punkty karne za takie niespełnienie),

jak również wymagany czas naprawy. Wykaz KPI określa również częstotliwość i metody monitoringu spełniania wskaźników efektywności przez partnera prywatnego.

W umowie PPP określone zostaną standardy dla każdego wskaźnika oraz wskazane uchybienia, co przekładać się będzie na wymierne skutki finansowe dla partnera prywatnego.

KPI będą odnosić się do poszczególnych grup tj.:

– zarządzania nieruchomością,
– zarządzania i utrzymania w zakresie wyposażenia, sprzętu,
– zarządzania personelem, w tym szkolenia personelu,
– BHP, ppoż i zdarzenia nadzwyczajne
– zarządzania środowiskowego,
– jakości,
– komunikacji,
– ochrony i bezpieczeństwa,
– świadczenia usług tj. sprzątanie, dezynfekcja itd.,
– mediów (woda, ścieki, gaz, energia, odpady),
– zieleni i ciągów komunikacyjnych na terenie Obiektu,
– zarządzania i utrzymania parkingu.

5. PRAWNE MODELE REALIZACJI PRZEDSIĘWZIĘCIA

5.1 Uwagi wstępne - samorządowe ustawy ustrojowe

Zgodnie z art. 16 ust. 2 Konstytucji samorząd terytorialny uczestniczy w sprawowaniu władzy publicznej, a przysługującą mu w ramach ustaw istotną część zadań publicznych wykonuje w imieniu własnym, z wyłączeniem zadań zastrzeżonych dla organów administracji rządowej. Z wyrażonej w art. 165 ust. 2 Konstytucji zasady samodzielności gminy wynika, że Miasto wykonując swoje zadania ponosi wyłączną odpowiedzialność za sposób wykonywania zadań publicznych oraz formę, którą wybierze dla ich realizacji.

W ramach zadań leżących poza sferą użyteczności publicznej znajdują się liczne zadania publiczne, które gmina wykonuje na mocy przepisów art. 6 USG i art. 10 UGK. To właśnie określony przez władze gminy cel publiczny wytycza granice działalności gminnej, dlatego też gmina może wykonywać szereg czynności prawnych i działań o charakterze gospodarczym, które nie są działaniami w sferze użyteczności publicznej[8]. Warto dodać, że gmina – w

[8] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 maja 206 r. (II OSK 288/06): „1. Nie wszystkie zadania własne jednostek samorządu terytorialnego mogą być uznane za zadania o charakterze użyteczności publicznej. 2. Działalność spółki obejmująca udzielanie poręczeń pożyczek i kredytów zaciąganych przez jednostki samorządu terytorialnego nie wykazuje koniecznych elementów dla uznania takiej działalności jako

przypadku realizacji inwestycji oraz świadczenia usług użyteczności publicznej – działa w roli tzw. administracji świadczącej – organizuje/świadczy usługi publiczne w formach właściwych prawu cywilnemu (oczywiście z pewnymi ograniczeniami, wynikającymi choćby z przepisów PZP czy UFP[9]), samodzielnie wybierając sposób ich wykonywania.

5.2 Formy wykonywania zadań publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego

5.2.1 Samodzielność wyboru formy organizacyjnej

Według art. 2 UGK gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Zgodnie z treścią art. 3 UGK JST mogą też powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, w drodze umowy na zasadach ogólnych – z uwzględnieniem przepisów UFP lub, odpowiednio, przepisów PZP, Ustawy o koncesji, Ustawy o PPP (art. 3 ust. 1 UGK).

Jak wskazaliśmy wcześniej, Miasto Kraków w zakresie organizacji procesu inwestycyjnego wybrało formę wykonywania swoich zadań (na zasadach art. 2 UGK) tworząc jednostkę budżetową (ZIM), którą wyposażyło w zadania i kompetencje Statutowe. Jej przedmiotem działalności jest realizacja zadań inwestycyjnych, dla których ZIM jest realizatorem.

5.2.2 Model „tradycyjny"

Model „zamówieniowy", który przyjęliśmy także jako podstawę dla sporządzenia analiz finansowych, to tradycyjny model zamawiania robót budowlanych, dostaw i usług przez Podmiot Publiczny, który posiada status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 PZP. W zależności od swoich potrzeb, na podstawie odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zleca wykonawcom roboty, dostawy lub usługi. Warto zauważyć, że w tym modelu, to on ponosi ryzyko sfinansowania przedsięwzięcia i ich prawidłowego wydatkowania zgodnie z regułami PZP oraz UFP, w tym terminowych płatności dla wykonawców za zrealizowane dostawy, wyświadczone usługi lub wykonane inwestycje[10].

5.2.3 Model PPP (przedsięwzięcie PPP, koncesja, zamówienie)

W przypadku analizy modelu realizacji Przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno – prywatnego, istotne będzie wykazanie, czy planowane Przedsięwzięcie może zostać sklasyfikowane jako „przedsięwzięcie" w rozumieniu przepisów Ustawy

---

realizacji zadania o charakterze użyteczności publicznej. Tego rodzaju działalności nie można bowiem uznać za formę realizacji zadań mających na celu bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty".

[9] Tak. M. Kulesza, M. Bitner, *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*, ST 2009, Nr 6.

[10] Wydaje się, że ze względu na cel niniejszego opracowania, szersza analiza prawna „tradycyjnego" modelu realizacji Inwestycji oraz wyboru wykonawcy świadczącego usługi w PZP pozostaje poza zakresem naszych analiz, jednakże przyjęcie i zdefiniowanie tego modelu jest istotne, bowiem stanowi podstawę przeprowadzonych przez Doradcę analiz finansowych i alokacji ryzyka.

o PPP? Następnie, czy specyfika Projektu (w tym potencjalne przychody możliwe do osiągnięcia w ramach jego realizacji) umożliwią stronie publicznej takie ustrukturyzowanie Projektu, aby przenieść (łącznie) ryzyko sfinansowania Projektu na partnera prywatnego wraz z ryzykiem odzyskania poniesionych nakładów i kosztów inwestycji. W zależności od planowanego podziału ryzyka w danej transakcji, istotne będzie określenie właściwego trybu wyboru partnera prywatnego (skorzystanie z trybu „zamówieniowego" (por. art. 4 ust. 2 Ustawy o PPP)), albo z trybu „koncesyjnego" (por. art. 4 ust 1 Ustawy o PPP) lub z tzw. „trzeciej drogi PPP", jeśli transakcja jest wyłączona spod przepisów PZP lub koncesji.

5.3 Cechy charakterystyczne zamówienia publicznego/koncesji

5.3.1 Uwagi wstępne

Przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem jest m.in. wykonanie robót budowlanych[11]. Definicja koncesji[12] także należy do dziedziny prawa unijnego, wobec czego nazwa lub kwalifikacja danego stosunku prawnego w prawie krajowym jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy jest on objęty zakresem stosowania odpowiednich przepisów prawa unijnego, a tym samym również przepisów krajowych to prawo implementujących. Warto jednak wskazać, że Ustawa o koncesji implementuje do polskiego porządku prawnego treść Dyrektywy 2014/23/UE, wskazując m.in. że zgodnie z art. 3 ust. 1 na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. Ustawodawca rozróżnia **umowę koncesji na roboty budowlane** (gdy w przypadku wykonania robót budowlanych - wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z dodatkową płatnością) oraz **umowę koncesji na usługi** (gdy wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z dodatkową płatnością).

Kluczowe dla ustalenia zakresu pojęciowego zamówienia publicznego lub koncesji znaczenie mają zatem następujące elementy ich definicji, a mianowicie (i) uzyskanie przez zamawiającego „korzyści" ze strony wykonawcy w postaci „nabycia/uzyskania" określonego świadczenia[13] oraz (ii) zasady dotyczące wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego lub koncesji, czyli element odpłatności[14].

[11] Por. art. 2 pkt 13 PZP; art. 2 ust. 1 pkt 5 Dyrektywy 2014/24/UE.

[12] Por. art. 3 ust. 2 pkt 1 Ustawy o koncesji; art. 5 pkt 1 lit. a i b Dyrektywy 2014/23/UE.

[13] M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 139 i n.

[14] Elementy dotyczące „korzyści" i „nabycia/uzyskania" – pierwotnie nie wyrażone wprost w przepisach ani krajowych, ani unijnych – stanowią wyraz odpowiedzi Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (**„TSUE", „Trybunał"**) na coraz to bardziej złożone transakcje dokonywane w państwach członkowskich. Ze względu na to, że elementy „korzyści" i „nabycia/uzyskania" określonego świadczenia są wspólne zarówno dla definicji

5.3.2 Nabycie/uzyskanie jako korzyść gospodarcza po stronie zamawiającego

Z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału wynika podstawowa zasada, zgodnie z którą, aby można było mówić o „zamówieniu publicznym" lub „koncesji", powinien **istnieć silny i bezpośredni związek pomiędzy zamawiającym a przedmiotem świadczenia**. Związek ten wynika zwykle z faktu, że świadczenia takie są realizowane z inicjatywy zamawiającego[15] i mają na celu realizację jego potrzeb/zadań[16].

Opisując definicję „zamówienia publicznego" Trybunał wskazał, że jest nim umowa, w której zamawiający otrzymuje w zamian za wynagrodzenie określone świadczenie wzajemne[17]. Rozwijając znaczenie terminu „świadczenie wzajemne", Trybunał podkreślił, że z punktu widzenia zamawiającego musi w takim **przypadku dojść do bezpośredniego przysporzenia gospodarczego**[18], które leży w jego interesie. Nie jest także istotne, **czy zamawiający jest lub będzie właścicielem całości lub części powstałego obiektu**[19].

Umowa będzie miała charakter zamówienia publicznego, gdy zamawiający, otrzyma z tego tytułu świadczenie polegające na - jak to określił Trybunał – „uzyskaniu bezpośredniej korzyści gospodarczej" w zamian za świadczenie wzajemne[20].

Podkreślono przy tym zdecydowanie, że unijne przepisy o zamówieniach publicznych lub koncesji nie mają na celu objęcia wszystkich sposobów wydatkowania środków publicznych, lecz tylko takie, które dotyczą nabycia określonego świadczenia, które może być kwalifikowane jako roboty budowlane, dostawa lub usługa[21]. **Jednak sam termin „nabycie" należy przy tym rozumieć szeroko i zgodnie z kierunkiem wyznaczonym przez TSUE, tj. jako uzyskiwanie bezpośrednich korzyści gospodarczych, dla osiągnięcia, których uzyskanie przez zamawiającego prawa własności nie jest konieczne.**

5.3.3 Odpłatność jako element zamówienia publicznego lub koncesji

Drugim obok „nabycia" elementem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji jest jej **odpłatność.** Umowa ma charakter odpłatny w sytuacji, gdy zamawiający zobowiązany jest do świadczenia wzajemnego względem wykonawcy, w

---

zamówienia publicznego i koncesji, zostaną one omówione w pierwszej kolejności. „Odpłatność", a szczególnie jej forma ma zaś kluczowe znaczenie odróżniające te dwa modele.

[15] Ibidem, pkt 53. Jak podnosi rzecznik generalny Mengozzi użyteczność o charakterze czysto niematerialnym i pośrednim nie jest zatem wystarczająca. Sama okoliczność, że działalność podlegająca ocenie, odpowiada ogólnie interesowi publicznemu, także nie może wystarczyć.

[16] Przez potrzeby te należy przy tym rozumieć również potrzeby danej społeczności lokalnej.

[17] Wyrok TSUE z 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08, pkt 48.

[18] M. Szydło, op. cit., str. 161 i n.

[19] Wyrok TSUE z 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05, Zb. Orz. 2007 I-00385, pkt 47.

[20] Wyrok TSUE z 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08, pkt 48; M. Szydło, op. cit., s. 179 i n.

[21] W wyroku w sprawie C-451/08 Trybunał wykluczył z koncepcji bezpośredniego przysporzenia w sensie gospodarczym jedynie samo wykonywanie kompetencji regulacyjnych przypisanych zamawiającemu (np. działania zamawiającego na gruncie przepisów Prawa budowlanego, czy przyjmowanie planów miejscowych).

zamian za świadczenia, które ten ma wykonać[22]. Pojęcie „odpłatności" wymaga zatem wymiany świadczeń mających wartość materialną[23].

Świadczenie wzajemne obejmuje nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj zobowiązania, które wykonawca akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia, **na przykład zobowiązanie zamawiającego do określonego udziału w finansowaniu projektu lub pokrycia ewentualnych strat powstałych podczas jego wykonywania**[24][25]**.**

Jak podnosi Trybunał, „umowa nie może być wyłączona z pojęcia zamówienia publicznego wyłącznie z uwagi na **fakt, że otrzymane wynagrodzenie jest ograniczone do zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania zamówionej usługi**"[26]. Z zamówieniem mamy zatem do czynienia również wtedy, gdy „wynagrodzenie" wykonawcy ogranicza się jedynie do zwrotu kosztów jego realizacji i nie obejmuje zysku wykonawcy[27].

Co więcej, bez znaczenia jest to, czy wynagrodzenie pokrywa wyłącznie koszty określane przez strony jako „koszty bezpośrednie" (koszt bezpośrednio związany z uzyskiwanym świadczeniem) czy też obejmuje również tzw. „koszty pośrednie" (tj. część kosztów stałych obliczanych w proporcji do udziału powierzonych usług w całości działalności danego wykonawcy)[28].

5.3.4 Cechy charakterystyczne koncesji

W typowych zamówieniach publicznych wykonawca nie ponosi tzw. ryzyka operacyjnego w zakresie otrzymywanego wynagrodzenia. Oznacza to, że wykonawca ma pewność, że w razie należytego wywiązania się z zawartej z zamawiającym

[22] Wyrok TSUE z 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi.*

[23] Opinia rzecznik generalnej Vericy Trstenjak przedstawiona 23 maja 2012 r. do sprawy C-159/11, pkt 30.

[24] Opinia rzecznik generalnej Juliane Kokott przedstawiona w dniu 15 czerwca 2006 r. w sprawie C-220/05 *Jean Auroux i inni*, pkt 57. W ramach definiowania pojęcia zamówienia publicznego pojawiło się pytanie o to, czy wynagrodzenie obejmujące jedynie koszty świadczenia danej usługi bez zysku spełnia kryterium „odpłatności". W doktrynie prawa unijnego wskazuje się, że brak zysku nie powoduje, że umowa ma charakter nieodpłatny. **Z gospodarczego punktu widzenia pozostaje ona odpłatna, zwłaszcza że wykonawca zawsze otrzymuje świadczenie o wartości pieniężnej, a tym samym mieści się to w pojęciu wynagrodzenia w rozumieniu Dyrektywy 2014/24/UE**.

[25] Oznacza to, że zamówieniem publicznym objęty jest szeroki katalog sytuacji, w których wykonawca – w zamian za omówioną wyżej korzyść gospodarczą – ma zapewnione/zagwarantowane świadczenie wzajemne. Nie musi ono przy tym polegać na bezpośredniej płatności uiszczanej zaraz po przekazaniu tejże korzyści gospodarczej; nic nie stoi naprzeciw temu, by wynagrodzenie to było rozciągnięte w czasie.

[26] Wyrok TSUE z 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11, pkt 29.

[27] Opinia rzecznik generalnej Vericy Trstenjak przedstawioną 23 maja 2012 r. do sprawy C-159/11, pkt 33; opinia rzecznika generalnego Nilsa Wahla przedstawiona 30 kwietnia 2014 r. do sprawy C–113/13, pkt 26.

[28] W gruncie rzeczy, nawet gdyby mowa była o samym tylko zwrocie kosztów bezpośrednich, nie byłoby to wystarczające dla wyłączenia umów zawartych na podstawie takiego przepisu z zakresu unijnych a tym samym również krajowych przepisów o zamówieniach publicznych. Por. wyrok TSUE z 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-113/13, pkt 37; opinia rzecznika generalnego Nilsa Wahla przedstawiona 30 kwietnia 2014 r. do sprawy C–113/13, pkt 27.

umowy rzeczywiście otrzyma uzgodnione w tej umowie wynagrodzenie. Tymczasem w przypadku modelu koncesji wykonawca (koncesjonariusz) tego rodzaju pewności nie ma, gdyż efektywnej płatności od zamawiającego albo w ogóle nie otrzymuje, albo też otrzymuje od zamawiającego płatność jedynie częściową, kompensującą mu co najwyżej część kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu koncesji[29].

Wynagrodzenie, wraz z ewentualnym zyskiem, koncesjonariusz otrzymuje dopiero w wyniku eksploatacji zrealizowanego przez siebie obiektu budowlanego. Taki sposób otrzymywania przez wykonawcę wynagrodzenia (przewidziany w umowie koncesji) wiąże się w naturalny sposób z ponoszeniem przez niego ekonomicznego (operacyjnego) ryzyka, a więc niepewności, czy wspomniane wynagrodzenie w ogóle uzyska, a jeśli tak – to w jakiej wysokości i czy skompensuje mu ono rzeczywiście poniesione koszty oraz przyniesie spodziewany zysk. Sposób wynagradzania jest w związku z powyższym jednym z elementów decydujących o dokonaniu kwalifikacji danej transakcji jako koncesji. Brak przeniesienia tego ryzyka (lub ponoszenie go w niewielkim stopniu) wskazuje na to, że omawiana czynność stanowi zamówienie publiczne, a nie koncesję. Tym samym z koncesją mamy do czynienia, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu wykonawcy do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń świadczeń i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzoną działalnością (ryzyko operacyjne)[30]. które może polegać albo na ryzyku związanym z popytem lub podażą, albo na ryzyku związanym zarówno z podażą, jak i z popytem[31] (tj. przeniesienie ryzyka ekonomicznego).

Ustawodawca w art. 3 ust. 4 Ustawy o koncesji zdefiniował pojęcie „ryzyko ekonomiczne" (ryzyko wahania rynku, tak aby potencjalnie szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie mogły mieć jedynie charakteru nominalnego lub nieistotnego). Powinno ono wynikać z czynników, które pozostają poza kontrolą stron. Ryzyko związane z popytem należy rozumieć jako ryzyko związane z rzeczywistym popytem na roboty budowlane lub usługi będące przedmiotem umowy. Ryzyko związane z podażą należy natomiast rozumieć jako ryzyko związane z realizacją robót budowlanych lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy, w szczególności ryzyko, że świadczone usługi nie będą odpowiadać

[29] Art. 3 ust. 4 Ustawy o koncesji wskazuje, że w modelu koncesji wykonawca (koncesjonariusz) nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne.

[30] Wyrok TSUE z 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Zb. Orz. 2000 I-10745, pkt 58; wyrok TSUE z 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 *Buchhändler-Vereinigung*, Zb. Orz. 2002 I-04685, pkt 27 i 28; wyrok TSUE z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, Zb. Orz. 2005 I-08585, pkt 40; wyrok TSUE z 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 *Eurawasser*, Zb. Orz. 2009 I-08377, pkt 59 i 68; wyrok TSUE z 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09, Zb. Orz. 2011 I-01335, pkt 26.

[31] Analogiczne rozwiązanie przewiduje polska Ustawa o koncesji, por. art. 3 ust. 3 Ustawy o koncesji.

popytowi. Na potrzeby oceny ryzyka operacyjnego powinno się uwzględnić wartość wszystkich kosztów i przychodów koncesjonariusza związanych z realizacją przedmiotu koncesji[32]. W praktyce, koncesjonariusz otrzymuje wynagrodzenie (rozumiane jako prawo eksploatacji lub częściowa płatność od zamawiającego) dopiero w wyniku eksploatacji zrealizowanego przez siebie obiektu budowlanego lub po rozpoczęciu świadczenia usług. Taka konstrukcja modelu wynagrodzenia oznacza **brak gwarancji co do osiągnięcia zwrotu z inwestycji** (przy założeniu, że strona publiczna nie ustanowi pewnych gwarancji minimalnego strumienia przychodów lub pokrycia części kosztów przeznaczonych np. na obsługę finansowania przedsięwzięcia, które pozyskał koncesjonariusz).

W związku z treścią art. 3 ust. 4 Ustawy o koncesji, w którym ustawodawca nie posługuje się pojęciem przeniesienia na koncesjonariusza „większości ryzyka", czy „przeważającej części ryzyka", należy rozważyć, co w praktyce taka konstrukcja może oznaczać dla realizacji projektów PPP. W uzasadnieniu do projektu Ustawy o koncesji, ustawodawca podkreślił, że świadomie zrezygnował z takiej klauzuli generalnej[33] definiując pojęcie ryzyka operacyjnego. Na gruncie cytowanego przepisu nie można jednakże twierdzić, że zasadą wprowadzoną przez ustawodawcę jest przeniesienie całości ryzyka ekonomicznego na koncesjonariusza (innymi słowy, wykluczenie zwrotnego transferu części ryzyka na stronę publiczną). Dopóki zamawiający nie narusza podstawowej zasady koncesji i nie ustanawia takich mechanizmów finansowych (lub gwarancyjnych), które zagwarantują wykonawcy minimalny przychód (co najmniej równy poczynionym inwestycjom i kosztom, które wykonawca musi ponieść w związku z wykonaniem umowy), dopóty można twierdzić, że mamy do czynienia z projektem o charakterze koncesyjnym[34]. Należy zauważyć, że płatność zamawiającego na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości nakładów poniesionych przez koncesjonariusza, bowiem w takim przypadku powinna zostać zachowana fundamentalna zasada klasyfikacji danego stosunku prawnego jako koncesji, a mianowicie że koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne wykonywania

[32] Pkt 20 preambuły do Dyrektywy 2014/23/UE.

[33] Ustawodawca w projekcie ustawy wskazał, że „w celu prawidłowego zdefiniowania umowy koncesji, odróżnienia umów koncesji od zamówień publicznych, wyeliminowania problemów interpretacyjnych dotyczących pojęcia „zasadniczego ryzyka", którym posługuje się ustawa koncesyjna z 2009 r. oraz zapewnienia pewności prawnej zamawiającym, wykonawcom oraz organom orzekającym, w zakresie rozumienia pojęć: ryzyko operacyjne oraz ryzyko popytu i podaży, jako kluczowych pojęć definicyjnych umowy koncesji, w sposób szczegółowy zostały uregulowane zagadnienia dotyczące przejęcia przez koncesjonariusza ryzyka operacyjnego".

[34] Dla przykładu jeśli JST zdecydowało się na powierzenie budowy i zarządzania parkingiem stronie prywatnej przenosząc na koncesjonariusza ryzyko popytu (w tym np. określania maksymalnej opłaty za parkowanie) a jednocześnie zagwarantowałoby koncesjonariuszowi stałą opłatę (abonament) za zajęcie 85% udostępnionych miejsc parkingowych dla pracowników i klientów urzędu (bez względu na liczbę faktycznie zajętych miejsc), to w takim przypadku należałoby wskazać, że w tym projekcie ryzyko ekonomiczne nie zostałoby przeniesione na stronę prywatną.

koncesji[35]. Ryzyko operacyjne jest ograniczone specyfiką sektora (w tym przepisami prawa). Regułę tę szczególnie widać w przypadku JST, które realizują szereg różnorodnych zadań publicznych w rozmaitych dziedzinach sfery gospodarki komunalnej. Jednakże, co podkreśla się w motywie 19 Dyrektywy 2014/23/UE, gdy ryzyko to jest ograniczone (ale nie wyeliminowane), nie wyklucza to zakwalifikowania transakcji jako koncesji. Przepis art. 3 ust. 5 Ustawy o koncesji zawiera wytyczne dotyczące metody oceny ryzyka ekonomicznego, które występują w transakcjach koncesyjnych, wskazując, że powinny one **uwzględniać wartość bieżącą netto inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza.**

6. PROJEKT JAKO PRZEDSIĘWZIĘCIE PPP

6.1 Partnerstwo publiczno–prywatne – uwagi ogólne i systemowe

Zgodnie z Ustawą o PPP, przedmiotem partnerstwa publiczno–prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na „podziale zadań i ryzyk" pomiędzy stronami. Ustawa o PPP definiuje pojęcie przedsięwzięcia, za które uznaje budowę obiektu budowlanego połączoną z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany (por. art. 2 pkt. 4 Ustawy o PPP)[36].

Przedsięwzięcia PPP obejmują zarówno element związany z wykonaniem robót budowlanych, jak i świadczenia usług z wykorzystaniem powstałej infrastruktury, chociaż – ze względu na długoterminowy charakter umów PPP – to właśnie element świadczenia usług publicznych zdaje się przeważać. W tym modelu, budowa obiektu (infrastruktury) jest w pewnym sensie środkiem służącym osiągnięciu celu głównego, jakim jest świadczenie usług związanych z inwestycją. Element przeniesienia obowiązku sfinansowania (współfinansowania) projektów PPP na stronę prywatną podkreśla art. 7 ust. 1 Ustawy o PPP, wskazując, że partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego[37]. Ustawa o PPP dość elastycznie

[35] **Także z orzecznictwa TSUE wynika, że istota koncesji polega na tym, że koncesjonariusz sam ponosi główne, lub co najmniej zasadnicze, ryzyko związane z eksploatowaniem obiektu** (zob. podobnie, w odniesieniu do koncesji na usługi publiczne, wyr. z 10 września 2009 r., C-206/08, *Eurawasser*, Zb.Orz. s. I-8377, pkt 59, 77).

[36] Formuła PPP jest zatem bardzo pojemna i mieści w sobie wiele szczegółowych wariantów współpracy przy realizacji zadań publicznych, przy różnych postanowieniach dotyczących zakresu usług świadczonych przez strony, rozwiązań w zakresie własności przedmiotu inwestycji, czy wreszcie podziału odpowiedzialności za sfinansowanie projektów, a także – jak wskazaliśmy powyżej – podziału ryzyka związanego z zakresem zwrotu z tytułu nakładów poniesionych na realizację przedsięwzięcia.

[37] Rozporządzenie PE i Rady (UE) nr 1303/2013 r. – wprowadzenie definicji PPP do prawa europejskiego. Wskazuje się, że „partnerstwa publiczno-prywatne (PPP) oznaczają formę współpracy między podmiotami publicznymi a sektorem prywatnym, których celem jest poprawa realizacji inwestycji w projekty infrastrukturalne lub inne rodzaje operacji realizujących usługi publiczne, poprzez dzielenie ryzyka, wspólne korzystanie ze specjalistycznej wiedzy sektora prywatnego lub dodatkowe źródła kapitału".

podchodzi do kwestii sposobów wynagrodzenia partnera prywatnego. Charakterystyka ukształtowania wynagrodzenia partnera prywatnego będzie natomiast determinować jego tryb wyboru partnera prywatnego[38]. Odmiennie od PZP oraz Ustawy o koncesji Ustawa o PPP nie przewiduje odrębnego trybu wyboru wykonawcy – odsyła w tym zakresie do jednej z tych ustaw w zależności od tego z jakim charakterem wynagrodzenia mamy do czynienia[39], stąd też tak istotne są rozważania przedstawione powyżej, a dotyczące podziału ryzyka przy realizacji Projektu.

6.2 Projekt jako przedsięwzięcie w rozumieniu przepisów Ustawy o PPP

Przedsięwzięcie dotyczy realizacji zadania publicznego przez Gminę Miejską Kraków oraz ZIM jako jednostkę budżetową Miasta w zakresie jej zadań statutowych (realizator).

Zgodnie z założeniami, partner prywatny – zgodnie z umową PPP – będzie zobowiązany do wybudowania (według projektu budowlanego przedstawionego przez Promotora z ewentualnymi jego optymalizacjami), a także do sfinansowania oraz utrzymania (w zakresie przewidzianym przez Promotora) wytworzonej infrastruktury (budynek COI). Tak sformułowany zakres Przedsięwzięcia wpisuje się w definicję „umowy odpłatnej" w rozumieniu przepisów PZP oraz „przedsięwzięcia" w rozumieniu ustawy o PPP. W ramach realizowanego Przedsięwzięcia – zgodnie z wymogami ustawowymi – jego zakres będzie obejmować budowę lub remont danego obiektu oraz infrastruktury (por. art. 2 pkt 4 lit. a i d Ustawy o PPP) wraz z przeniesieniem zadań z zakresu utrzymania wskazanej w umowie PPP infrastruktury (por. art. 2 Ustawy o PPP). Szczegółowy podział ryzyka, zwłaszcza ryzyka ekonomicznego, ma natomiast znaczenie dla określenia prawidłowego trybu wyboru partnera prywatnego, o czym w dalszej części opracowania.

6.3 Przedsięwzięcie jako projekt PPP realizowany w modelu w opłaty za dostępność

Optymalny zakres podziału ryzyka w Projekcie prowadzi do wniosku, że Przedsięwzięcie powinno zostać zrealizowane przy założeniu przeniesienia na stronę prywatną ryzyka projektowania, budowy i dostępności.

Inną kwestią jest doprecyzowanie zakresu usług eksploatacji (utrzymania), który (jako punkt wyjścia) został zdefiniowany przez Doradcę w niniejszym Raporcie. Warto nadmienić, że ostateczny kształt zakresu Przedsięwzięcia będzie podlegać doprecyzowaniu w trakcie dialogu konkurencyjnego.

---

[38] W modelu „zamówieniowym", gdy partner prywatny nie ponosi ryzyka operacyjnego – por. art. 4 ust. 2 ustawy o PPP lub modelu „koncesyjnym", gdy partner prywatny ponosi ryzyko operacyjne przedsięwzięcia.

[39] Wyjątkiem jest art. 4 ust. 3 Ustawy o PPP przewidujący tzw. „trzecią drogę" realizacji projektów PPP. W sytuacji, gdy do danego przedsięwzięcia nie ma zastosowania ani PZP, ani Ustawa o koncesji, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności. W naszej ocenie, takie wyłączenie odnosi się m.in. do takich projektów, które (miesząc się w przedmiotowej definicji PPP), nie nosiłyby np. cech umowy odpłatnej (np. przystąpienie do spółki świadczącej usługi bez elementu powierzenia realizacji zadań publicznych, czy realizacja projektów objętych wyłączeniem na zasadach wskazanych w art. 4 PZP).

W konsekwencji założeń dotyczących preferowanego podziału podstawowych kategorii ryzyka, wynagrodzenie partnera prywatnego będzie pochodzić z budżetu Podmiotu Publicznego- i zostanie ukształtowane w formie „opłaty za dostępność". Ze względu na planowany model podziału ryzyka oraz wynagrodzenia, wybór partnera prywatnego nastąpi na podstawie art. 4 ust. 2 Ustawy o PPP (to jest zgodnie z przepisami PZP).

W przypadku Przedsięwzięcia, przeniesienie ryzyka ekonomicznego wykonywanego zamówienia oznaczałoby, mówiąc w uproszczeniu, ryzyko braku gwarancji odzyskania nakładów inwestycyjnych poniesionych na realizację obiektu. W modelu tym dochody partnera prywatnego z wybudowanej infrastruktury stanowiłyby podstawę jego wynagrodzenia. Jednakże, jak wynika z wstępnej rekomendacji Doradcy, potwierdzonej w trakcie dialogu technicznego, przeniesienie ryzyka ekonomicznego na partnera prywatnego skutkowałoby zmianą profilu ryzyka, a więc optymalną formułą realizacji Projektu jest przeniesienie realizacji zadań związanych z zarządzaniem parkingiem na stronę prywatną (obowiązek świadczenia), przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że dochody z tej działalności staną się dochodem Podmiotu Publicznego (Gminy Miejskiej Kraków). To rozwiązanie pozwoli na przekazanie zarządzania całym obiektem wybranemu w trybie konkurencyjnym partnerowi prywatnemu, przy jednoczesnym rozpoznaniu pozytywnego skutku budżetowego dla GMK (bez zmiany profilu ryzyka transakcji). Partnerzy prywatni nie uwzględnią bowiem w swoich ofertach dochodów uzyskiwanych z tytułu tej działalności, przy jednoczesnym braku obciążenia strony publicznej kosztami ryzyka.

Ze względu na przyjęty zakres Przedsięwzięcia oraz model wynagrodzenia (opłata za dostępność) należy wskazać, że nawet jeśli w Projekcie pojawiłyby się dodatkowe przychody z działalności komercyjnej, to byłyby to dochody uboczne. Takie pojawienie się dochodów ubocznych nie zmienia klasyfikacji Przedsięwzięcia jako „przedsięwzięcia PPP" w rozumieniu Ustawy o PPP. W konsekwencji planowanego podziału ryzyka, prawidłowy będzie wybór modelu jego realizacji jako modelu „zamówieniowego" (tj. zastosowania do wyboru i umowy PPP przepisów PZP w zakresie nieregulowanym przepisami Ustawy o PPP, a więc wybór partnera zgodnie z treścią art. 4 ust. 2 Ustawy o PPP).

6.4 Brak zasadności tworzenia wspólnej spółki celowej dla realizacji Przedsięwzięcia

Jak założyliśmy, Promotor zamierzał pozostać właścicielem składników majątkowych w całym okresie Przedsięwzięcia. Nie ma zatem potrzeby szczegółowego rozważania modelu realizacji Przedsięwzięcia z wykorzystaniem instrumentu wspólnej spółki celowej, utworzonej pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym (zgodnie z art. 14 i n. Ustawy o PPP).

Miasto nie będzie bowiem rozporządzać nieruchomością (wkładem własnym) jako wkładem niepieniężnym do SPV w zamian za udziały we wspólnej spółce. Strukturyzacja transakcji (np. zapłata „wynagrodzenia" w formie podwyższenia kapitału, oprócz ryzyka przejęcia kontroli przez Miasto w SPV w pewnym okresie realizacji umowy, rodziłaby także istotne wątpliwości na gruncie regulacji pomocy publicznej. Podwyższenia kapitału zakładowego stanowi inny schemat pomocy publicznej, niż wynagrodzenie przekazywane w formie rekompensaty za świadczenie usługi publicznej (a właśnie na takim modelu – od strony zasad pomocy publicznej – będzie oparte wynagrodzenie partnera prywatnego).

Co więcej, ze względu na treść przepisów Ustawy o PPP, która w art. 7 umożliwia wyodrębnienie w wynagrodzeniu partnera prywatnego „wydatku majątkowego" w rozumieniu przepisów UFP, nie jest konieczne takie strukturyzowanie transakcji aby wyodrębnić przepływ finansowy pomiędzy miastem a SPV, którą można byłoby zaklasyfikować jako wydatek majątkowy (np. realizowany w formie zakupu udziałów). Innymi słowy, skutek wyodrębnienia wydatku majątkowego z wynagrodzenia partnera prywatnego może zostać osiągnięty (zgodnie z prawem i regułami pomocy publicznej), poprzez ukształtowanie modelu wynagrodzenia w formie opłaty za dostępność, w sposób zarekomendowany przez Doradcę.

Struktura prawna realizacji Przedsięwzięcia w modelu wspólnej spółki, w sytuacji gdy całość wynagrodzenia pochodzi z budżetu strony publicznej a brak jest dodatkowych, komercyjnych dochodów, których uzyskanie mogłoby pomniejszać wynagrodzenie należne stronie prywatnej, nie znajduje uzasadnienia, a ryzyka związane z takim rozwiązaniem są istotniejsze niż potencjalne korzyści. W naszej ocenie, mechanizmy kontrolne nad prawidłowością realizacji umowy (w tym prawo do naliczenia „punktów karnych" czy pomniejszenia wynagrodzenia, a także monitoring działań partnera) może zostać osiągnięty w wystarczający sposób na podstawie umowy PPP.

Ponadto, wprowadzenie wspólnej spółki istotnie skomplikowałoby strukturę kontraktową, wprowadzając kolejny szczebel regulacji kontraktowych pomiędzy wspólną spółką a partnerem prywatnym (podwykonawcą robót budowlanych / usług), a także przenosząc na SPV ryzyko pozyskania finansowania Przedsięwzięcia.

6.5 Wkład własny Podmiotu Publicznego w Przedsięwzięcie

Analizując sposób rozporządzenia nieruchomością w Przedsięwzięciu, należy wziąć pod uwagę zasady wynikające z przepisów prawa, w tym miejscowego, a w szczególności postanowienia UGN oraz Ustawy o PPP, a także specyfikę Projektu. Zwracamy uwagę na podział ryzyka oraz charakter usług świadczonych przez partnera prywatnego na podstawie umowy PPP, które obejmują budowę, sfinansowanie, utrzymanie i zarządzanie powstałym budynkiem, na nieruchomości należącej do Miasta. Co należy podkreślić w tej części Raportu, wystarczającą podstawą dla udostępnienia nieruchomości w celu realizacji Przedsięwzięcia (realizacji robót, następnie eksploatacji samego obiektu) będą przepisy Ustawy o PPP oraz właściwie skonstruowane postanowienia umowne. Praktyka taka w projektach PPP jest znana i została wykorzystana, np. w postępowaniach pn. „Przebudowa i utrzymanie dróg wojewódzkich w Województwie Dolnośląskim realizowane w formule partnerstwa publiczno-prywatnego" czy „Budowa i eksploatacja wiat przystankowych w Warszawie".

Ze względu na podnoszony przez Promotora warunek brzegowy (brak gotowości do zbycia nieruchomości na okres Przedsięwzięcia), nie ma potrzeby aby w niniejszym raporcie szczegółowo analizować kwestię stosowania przepisów UGN oraz przepisów prawa lokalnego w zakresie zbycia nieruchomości, a także stosownych przepisów UGK i KSH w zakresie tworzenia i przystępowania do spółek kapitałowych.

W przypadku realizacji przedsięwzięć PPP na podstawie Ustawy o PPP - udostępnienie nieruchomości na cele budowlane (na etapie, w którym pozwolenie na budowę zostało już

wydane) lub na okres eksploatacji (zarówno nieruchomości, jak i wybudowanego obiektu), co do zasady, nie wymaga ustanowienia odrębnego tytułu prawnego. Może okazać się, że ze specyfiki transakcji może wynikać zasadność zbycia, ustanowienia użytkowania wieczystego, wniesienia danego składnika majątkowego (w formie aportu) do wspólnej spółki. Może okazać się, że także z innych przyczyn korzystne jest, aby partner prywatny otrzymał odrębny tytuł prawny do korzystania z nieruchomości (np. na potrzeby pozyskania zezwoleń wymaganych odrębnymi przepisami prawa). Taki przypadek mógłby mieć miejsce, gdyby to partner prywatny miałby być inwestorem procesu budowlanego, lub miałby prowadzić działalność w zakresie pozyskiwania pożytków na własnym majątku (np. tak może stać się w przypadku projektów koncesyjnych, w których zastosowane umowy dzierżawy majątku pozwala na pewne rozliczenie transakcji z perspektywy podatkowej).

Ze względu na fakt, że podstawowe relacje prawne i finansowe w tym Przedsięwzięciu będą regulowane umową PPP, a także ze względu na charakter usług świadczonych na majątku w okresie eksploatacji (np. usługi „facility management", remonty, czy bieżąca konserwacja obiektu), nie ma potrzeby, aby w tej transakcji sięgać do instrumentów, takich jak dzierżawa, najem, użyczenie.

Zwracamy uwagę, że wszelkie przepływy finansowe pomiędzy stronami umowy PPP (zarówno te, na podstawie której byłoby wypłacane wynagrodzenie, czy także te zobowiązujące partnera prywatnego do odprowadzenia części przychodów uzyskanych z ew. działalności komercyjnej, o ile wystąpią w Projekcie) mogą być dokonywane wyłącznie na podstawie umowy PPP.

Postanowienia dot. zasad korzystania z majątku, dokonywania remontów, naliczania kar umownych za niedotrzymanie standardów czy obowiązków ubezpieczenia majątku mogą być zawarte wyłącznie w umowie PPP, która będzie regulować w pełni zakres obowiązków partnera prywatnego.

6.6 Zasady zbywania nieruchomości (Ustawa o PPP)

Zgodnie z art. 2 pkt 5 Ustawy o PPP, wkład własny podmiotu publicznego w realizację przedsięwzięcia, w szczególności polegać może na poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia lub wniesieniu składnika majątkowego.

Zgodnie z art. 2 pkt 3 Ustawy o PPP składnikiem majątkowym może być nieruchomość, część składowa nieruchomości, przedsiębiorstwo (w rozumieniu art. 55 (1) KC), rzecz ruchoma lub prawo majątkowe. Ustawa o PPP wskazuje jedynie przykładowy katalog świadczeń, które rozumiane będą jako wkład własny, świadczenie podmiotu publicznego w celu realizacji wspólnego z partnerem prywatnym przedsięwzięcia może polegać także na sprzedaży, dzierżawie, najmie czy użyczeniu składnika majątkowego. Inaczej mówiąc, każda czynność podmiotu publicznego, której przedmiotem będzie świadczenie (np. związane ze składnikiem majątkowym) na rzecz partnera prywatnego, może zostać uznana za wkład własny. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby ten majątek został udostępniony do świadczenia usług na podstawie samej umowy.

6.7 Zasady zbywania nieruchomości (UGN)

UGN w art. 13 potwierdza, że nieruchomości JST mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności sprzedaży, oddania w użytkowanie wieczyste, najem lub dzierżawę, a także mogą być wnoszone jako wkłady niepieniężne (aporty) do spółek. UGN jako podstawowy tryb zbycia nieruchomości przewiduje przetarg, a art. 37 przewiduje katalog wyjątków, umożliwiających bezprzetargowe zbycie nieruchomości w sytuacji, gdy nieruchomość ma stanowić wkład niepieniężny (aport) do spółki albo wyposażenie nowo tworzonej (…) samorządowej osoby prawnej[40].

Ustawa przewiduje także możliwość bezprzetargowego sprzedania nieruchomości partnerowi prywatnemu lub spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 Ustawy o PPP, jeżeli sprzedaż stanowi wniesienie wkładu własnego podmiotu publicznego, a wybór partnera prywatnego nastąpił w trybie przewidzianym w art. 4 ust. 1 lub 2 Ustawy o PPP. UGN zatem przewiduje wyjątek dla zastosowania trybu przetargowego także dla nieodpłatnego przekazania w drodze umowy partnerowi prywatnemu lub spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 Ustawy o PPP na czas realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Jak wskażemy w dalszej części Raportu, dla realizacji Przedsięwzięcia udostępnienie nieruchomości może nastąpić na podstawie umowy PPP.

6.8 Zasady zbywania nieruchomości na poziomie prawa lokalnego a przepisy ustawowe

Zgodnie z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit a USG do wyłącznej kompetencji rady gminy należy podejmowanie uchwał w sprawach majątkowych gminy, przekraczających zakres zwykłego zarządu, dotyczących zasad nabywania, zbywania i obciążania nieruchomości oraz ich wydzierżawiania lub wynajmowania na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata lub na czas nieoznaczony, o ile ustawy szczególne nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 37 ust. 4 UGN zawarcie umowy użytkowania, najmu lub dzierżawy na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata lub na czas nieoznaczony następuje w drodze przetargu. Rada gminy może wyrazić zgodę na dokonanie tych czynności w trybie bezprzetargowym, a zasady wydzierżawiania nieruchomości zostały doprecyzowane w Uchwale Rady Miasta Krakowa o gospodarowaniu nieruchomościami. W przypadku wynajmu / wydzierżawienia nieruchomości na okres do 3 lat – decyzję podejmować będzie wyłącznie Prezydent Miasta[41]. Zgodnie z generalną zgodą Rady Miasta wyrażoną w §12 pkt 14 Uchwały Rady Miasta Krakowa o gospodarowaniu nieruchomościami nie będzie wymagać oddzielnej zgody oddanie nieruchomości w długoterminowy najem / dzierżawę na rzecz partnera prywatnego w trybie bezprzetargowym, jeżeli oddanie w dzierżawę następuje na rzecz partnera prywatnego lub

[40] NSA w wyroku z 7 października 2008 r. (sygn. I OSK 856/2008) „Ustawa o gospodarce nieruchomościami definiuje w art. 4 pkt 3b pojęcie zbywania nieruchomości. Otóż jeśli w ustawie jest mowa o zbywaniu nieruchomości, należy przez to rozumieć dokonywanie czynności prawnych, na podstawie których następuje przeniesienie własności nieruchomości.”.

[41] Poza zakresem analizy pozostają postanowienia UGN oraz omawianej Uchwały dot. wnoszenia aportów do spółek, bowiem nie zakłada się utworzenia wspólnej spółki pomiędzy Podmiotem Publicznym a partnerem prywatnym w celu realizacji Przedsięwzięcia. Warto tylko wskazać, że do wyłącznej kompetencji Rady Miasta Krakowa należy wyrażenie zgody na wnoszenie nieruchomości, jako wkładu niepieniężnego do spółki (§4 pkt 1 Uchwały).

spółki specjalnej, jako wkład własny podmiotu publicznego w celu realizowania zadań publicznych w ramach przedsięwzięcia PPP na czas trwania umowy PPP.

6.9 Forma przekazania majątku - rekomendacja

Z perspektywy regulacyjnej, warto zwrócić uwagę, że nie istnieją żadne przepisy prawa, „wymuszające" pewną konstrukcję udostępnienia składnika majątkowego (nieruchomości), czy przekazania „wkładu własnego" w rozumieniu przepisów Ustawy o PPP. To od decyzji Podmiotu Publicznego zależy określenie optymalnej dla Projektu formy przekazania majątku. Samodzielność w zakresie zarządu majątkiem powinna uwzględniać specyfikę realizacji Projektu (budowa i eksploatacja obiektu budowlanego na majątku Miasta w modelu płatności pochodzących bezpośrednio z budżetu Miasta w formule opłaty za dostępność), nie ma potrzeby aby ustanawiać odrębny tytuł prawny, który generowałby dodatkowe przepływy pomiędzy stronami, a także – ze względu na strukturę wynagrodzenia – i tak zostałby uwzględniony przez partnera prywatnego w koszcie wynagrodzenia[42].

Nic nie stoi na przeszkodzie, aby umowa PPP zawierała szczegółowy mechanizm rozliczeń (także w zakresie dodatkowych dochodów uzyskiwanych przez partnera prywatnego – o ile takie przychody wystąpiłyby w Projekcie). Takie rozwiązania kontraktowe nie wymagają także ustanowienia dodatkowej umowy, a mogą opierać się na rozwiązaniach przewidzianych w umowie PPP. Podsumowując, w naszej ocenie, wystarczającym rozwiązaniem jest aby to umowa PPP stanowiła wyraźną podstawę dla świadczenia usług przez partnera prywatnego, bez wprowadzenia odrębnego tytułu prawnego (dzierżawy)[43].

Co więcej, ustrukturyzowanie transakcji skutkujące obciążeniem partnera prywatnego kosztami podatku od nieruchomości oraz kosztami dzierżawy tylko pozornie będzie realizować interes publiczny. Racjonalnie działający partner prywatny uwzględni całość kosztów związanych z realizacją Przedsięwzięcia w kalkulacji swojego wynagrodzenia w taki sposób, aby zachować wymagany poziom stopy zwrotu (IRR). Konsekwentnie wartość wynagrodzenia wskazana w ofercie wzrośnie, zatem Promotor nie uzyska dodatkowej korzyści finansowej.

7. ANALIZA WPŁYWU ZOBOWIĄZAŃ WYNIKAJĄCYCH Z UMOWY NA DŁUG PUBLICZNY I DEFICYT BUDŻETOWY JST

7.1 Uwagi na gruncie prawa krajowego

[42] Z uwagi na odpłatny charakter umowy dzierżawy, wynikający z art. 693 KC dzierżawca (partner prywatny musiałby obowiązkowo uiszczać czynsz wydzierżawiającemu (Podmiotowi Publicznemu) zastrzeżony w pieniądzu bądź innym świadczeniu. Jednocześnie, podmiot publiczny byłby zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia z własnego budżetu (dokonanie wydatku), który pokrywałby wszelkie koszty partnera prywatnego związane z wykorzystaniem majątku strony publicznej (w tym czynsz dzierżawny). Taka konstrukcja powodowałaby zatem wygenerowanie dodatkowych przepływów pieniężnych pomiędzy stronami, które – i tak – z perspektywy ekonomicznej byłyby neutralizowane takim samym wydatkiem, a także nie przyniosłaby wymiernych korzyści na gruncie przepisów podatkowych czy dla rozliczenia całej transakcji.

[43] Warto przy tym pamiętać, że w ramach Projektu zostało wydane pozwolenie na budowę. Umowa PPP może być tytułem prawnym potwierdzającym możliwość prawną prowadzenia robót na terenie nieruchomości należącej do Miasta (tytuł do korzystania z nieruchomości na cele prowadzenia robót).

Ze względu na fakt, że Podmiotem Publicznym jest JST, to wpływ planowanej transakcji na dług i deficyt należy ocenić z uwzględnieniem przepisów UFP i właściwych rozporządzeń wykonawczych, w zakresie klasyfikacji tytułów dłużnych oraz tzw. indywidualnego wskaźnika zadłużenia. JST przekazują Ministrowi Finansów sprawozdania o wysokości kredytów, pożyczek, które będą mieć znaczenie dla oceny państwowego długu publicznego **(„PDP")**. Polskie prawo finansów publicznych posługuje się zasadniczo własnymi konwencjami definicyjnymi i zasadami dla potrzeb określania zarówno długu publicznego i deficytu publicznego, jak i długu poszczególnych jednostek sektora finansów publicznych oraz deficytu budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego.

Wnioski sformułowane na gruncie prawa polskiego mogą różnić się od konkluzji wypracowanych na gruncie analizy Rozporządzenia ESA 2010 oraz metodyki EUROSTAT. Istnieją bowiem istotne odmienności na gruncie europejskich przepisów dot. statystyki publicznej, które mają znaczenie dla oceny tzw. państwowego długu publicznego na potrzeby tzw. procedury nadmiernego deficytu (dalej także **„EDP"**)[44]. Warto wskazać, że ani Ustawa o PPP, ani rozporządzenia wykonawcze dot. klasyfikacji umów PPP do długu publicznego nie odsyłają (na gruncie analiz przedrealizacyjnych) do stosowania reguł EUROSTAT (wynikających z przepisów Rozporządzenia ESA 2010 oraz odpowiednich wytycznych czy decyzji EUROSTAT). Zastosowanie zatem konwencji przyjętych w Rozporządzeniu ESA 2010 do interpretacji przepisów UFP, a w szczególności przepisów definiujących pojęcie państwowego długu publicznego – jest niedopuszczalne. W prawie obowiązującym na terytorium RP istnieje kilka reżimów definicyjnych długu publicznego stosowanych dla różnych potrzeb, których nie należy w związku z tym ze sobą mylić. Definicja konstruowana na gruncie Rozporządzenia ESA 2010 stosowana jest dla potrzeb określonych w preambule tej regulacji, definicja sformułowana w Protokole dotyczącym nadmiernego deficytu budżetowego stosowana jest dla określenia kryteriów konwergencji, zaś definicja zawarta w UFP stosowana jest dla potrzeb określonych w tejże ustawie. Dyskrecjonalne utożsamianie definicji długu publicznego określonej w UFP z jedną z definicji stosowanych w prawie wspólnotowym jest więc niedopuszczalne i może prowadzić do istotnych naruszeń prawa materialnego. Nie ma także podstaw prawnych, aby przy ocenie transakcji PPP stosować reguły wypracowane przez EUROSTAT, w szczególności, że w przypadku przepisów prawa polskiego zostały przyjęte przez ustawodawcę odrębne normy prawne dot. klasyfikacji transakcji PPP na gruncie art. 18a Ustawy o PPP (oraz rozporządzeń wykonawczych wydanych na jego podstawie).

7.2 Indywidualny Wskaźnik Zadłużenia JST

UFP wprowadza do samorządowego systemu finansowego tzw. złotą zasadę finansów publicznych (por. art. 242 UFP), opierając obie instytucje na różnicy między dochodami bieżącymi a wydatkami bieżącymi (zwanej potocznie nadwyżką operacyjną). Zgodnie z art. 242 ust. 1 UFP organ stanowiący JST nie może uchwalić budżetu, w którym planowane wydatki

[44] Za przygotowanie i przekazanie danych na potrzeby EDP, według stosowania odpowiednich reguł zawartych w ESA 2010, zgodnie z wytycznymi MGDD jest odpowiedzialne Ministerstwo Finansów (które współpracuje m.in. z GUS w sytuacji, wątpliwości co do odpowiedniej klasyfikacji danej jednostki do sektora general government).

bieżące są wyższe niż planowane dochody bieżące powiększone o nadwyżkę budżetową z lat ubiegłych i wolne środki, o których mowa w art. 217 ust. 2 pkt 6 tej ustawy (nadwyżkę środków pieniężnych na rachunku bieżącym budżetu jednostki samorządu terytorialnego, wynikającą z rozliczeń wyemitowanych papierów wartościowych, kredytów i pożyczek z lat ubiegłych).

Natomiast art. 243 UFP wskazuje algorytm oceny (indywidualny wskaźnik zadłużenia), który uzależnia planowaną wysokość zaciąganych zobowiązań (zadłużania się) od zdolności do spłaty tych zobowiązań. Zdolność kredytowa obliczana jest z uwzględnieniem posiadanej nadwyżki finansowej i jest wskazana w tym przepisie[45]. A zatem, norma wynikająca z art. 243 UFP, ustalana indywidualnie dla każdej JST, nie limituje wielkości długu, ale wielkość poziomu przypadających na dany rok spłat rat kredytów i pożyczek oraz wykupów papierów wartościowych.

Pojęcia „kredyt" i „pożyczka", o których mowa w art. 243 UFP powinny być rozumiane jako zobowiązania wynikające z umów nazwanych określonych w KC i Prawie bankowym. Brak jest podstaw prawnych, aby w obowiązującym systemie prawa dokonywać rozszerzającej wykładni tych przepisów i we wzorze uwzględniać zobowiązania z innych umów, które wywołują skutek ekonomiczne podobny do umowy kredytu i pożyczki (w tym zobowiązania z tytułów umów PPP, jeśli – zgodnie z podziałem ryzyka – powinny być klasyfikowane do długu)[46].

7.3 Wydatek bieżący i majątkowy

W kontekście indywidualnego wskaźnika zadłużenia przewidzianego w art. 243 UFP, szczególnie istotna jest kwestia kwalifikacji wydatków gminy do kategorii wydatków bieżących lub majątkowych. Definicje pojęć wydatków bieżących i majątkowych budżetu samorządowego są sformułowane w przepisach art. 236 UFP. Stosownie do przepisu ust. 4, do wydatków majątkowych zalicza się wydatki na: (i) **inwestycje i zakupy inwestycyjne, w tym na programy finansowane z udziałem środków unijnych i zagranicznych, w części związanej z realizacją zadań jednostki samorządu terytorialnego**, (ii) zakup i objęcie akcji i udziałów oraz (iii) wniesienie wkładów do spółek prawa handlowego.

Zgodnie z art. 236 ust. 2 UFP przez wydatki bieżące budżetu JST rozumie się wydatki budżetowe niebędące wydatkami majątkowymi (czyli wszystkie pozostałe kategorie wydatków). Dlatego tak istotne jest takie ukształtowanie transakcji, aby wszelkie przepływy z Miasta do partnera prywatnego mogły zostać zaklasyfikowane jako jedno z zobowiązań zaliczanych do kategorii „wydatki majątkowe", a więc wydatek związany z nabyciem np. określonych środków trwałych czy dokonanie inwestycji lub odtworzenia majątku

[45] Jak podkreśla dr Michał Bitner, celem art. 243 UFP „nie jest zatem ograniczenie negatywnego wpływu na przyszłe budżety jakichkolwiek zobowiązań zaciąganych w latach poprzednich, ale ograniczenie wpływu na przyszłe budżety zobowiązań wynikających z nazwanych umów pożyczek, kredytów, poręczeń oraz z empirycznego typu umowy gwarancji – z wszelkimi zastrzeżeniami dotyczącymi sformułowania „potencjalna spłata"). Rzecz jasna, obciążenie takie („negatywny wpływ") generują wszystkie zobowiązania, których przedmiotem są płatności przyszłe." (por. M Bitner, *Finansowanie zadań przez jednostki samorządu terytorialnego. Niestandardowe instrumenty finansowe, spółki komunalne, zamówienia in-house*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016).

[46] Por. uchwała RIO z dnia 4 maja 2015 r. (KI-412/150/15), NZS 2015/3/52.

stanowiącego własność danej JST. Takie ukształtowanie transakcji spowoduje neutralność takiego wydatku z perspektywy art. 243 UFP .

7.4 Tytuły dłużne zaliczane do PDP (kredyty, pożyczki, zobowiązania z umów PPP wpływających na dług publiczny)

Zgodnie z art. 72 UFP państwowy dług publiczny **obejmuje zobowiązania sektora finansów publicznych.** Co oznacza, że na gruncie przepisów prawa polskiego zobowiązania gmin (JST) będą mieć znaczenie dla obliczenia PDP. UFP wskazuje tytuły dłużne, które należy uwzględnić przy obliczaniu PDP, są to m.in. zobowiązania finansowe z: (i) wyemitowanych papierów wartościowych opiewających na wierzytelności pieniężne; (ii) **zaciągniętych kredytów i pożyczek,** (iii) przyjętych depozytów; (iv) wymagalnych zobowiązań wynikających z odrębnych ustaw oraz prawomocnych orzeczeń sądów lub ostatecznych decyzji administracyjnych, uznanych za bezsporne przez właściwą jednostkę sektora finansów publicznych będącą dłużnikiem.

Art. 72 UFP znajdzie zastosowanie również do ustalania długu publicznego JST, który gmina będzie wskazywać w swoich sprawozdaniach finansowych przekazywanych Ministrowi Finansów. Zgodnie z przepisami UFP i rozporządzeniami wykonawczymi, Ministerstwo Finansów zbiera informacje dotyczące relacji długu publicznego oraz długu Skarbu Państwa do produktu krajowego brutto oraz kwotę niewymagalnych zobowiązań z tytułu udzielonych poręczeń i gwarancji przez jednostki sektora finansów publicznych.

Do tytułów dłużnych klasyfikowanych w kategorii „kredyty i pożyczki", zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie tytułów dłużnych, zalicza się także „**umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego,** papiery wartościowe, których zbywalność jest ograniczona, umowy sprzedaży, w których cena jest płatna w ratach, umowy leasingu zawarte z producentem lub finansującym, w których ryzyko i korzyści z tytułu własności są przeniesione na korzystającego z rzeczy, a także umowy nienazwane o terminie zapłaty dłuższym niż rok, związane z finansowaniem usług, dostaw, robót budowlanych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu".

Zakres podmiotowy i przedmiotowy dla takiej sprawozdawczości w przypadku umów PPP, mających wpływ na poziom długu publicznego określa **Rozporządzenie w sprawie sprawozdawczości budżetowej**, wydane na podst. art. 41 ust. 2 UFP[47]. Wskazuje ono także m.in. sposoby sporządzania i przekazywania sprawozdań wraz z odpowiednimi terminami dla tych czynności, a także ich formę.

Klasyfikacja, czy dana umowa powinna zostać zaliczona do długu czy też nie następuje na zasadach określonych w sposób szczegółowy w Ustawie o PPP. Zgodnie z art. 18a Ustawy o PPP, zobowiązania wynikające z umów o partnerstwie publiczno – prywatnym nie wpływają

[47] Zgodnie z art. 41 ust. 2 UFP i Rozporządzeniem w sprawie sprawozdawczości budżetowej, w zakresie zobowiązań wynikających z umów partnerstwa publiczno-prywatnego każda jednostka sektora finansów publicznych, jeżeli zawarła umowę partnerstwa publiczno-prywatnego składa kwartalne sprawozdanie o tytułach dłużnych, a następnie roczne sprawozdanie, zgodnie z systematyką UFP i wzorami określonymi w rozporządzeniu (sprawozdanie Rb-Z-PPP).

na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych, gdy partner prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz dostępności lub popytu, z uwzględnieniem wpływ na wymienione ryzyka czynników takich jak gwarancje i finansowanie przez partnera publicznego i alokacja aktywów po zakończeniu trwania umowy. Przepis odsyła do Rozporządzenia w sprawie rodzajów ryzyka[48].

7.5 Wieloletnia Prognoza Finansowa (WPF), „Przedsięwzięcie"

UFP nakazuje JST opracowanie i przyjęcie Wieloletniej Prognozy Finansowej (**„WPF"**, art. 226 i nast. UFP)[49].

Warto wskazać, że wszelkie umowy, w których JST zobowiązuje się do okresowych płatności na rzecz partnera prywatnego w horyzoncie czasowym przekraczającym rok budżetowy, mieszczą się w zakresie pojęcia „przedsięwzięcia" określonego w art. 226 ust. 4 UFP[50]. W kontekście zabezpieczenia środków na realizację projektów warto wskazać, że art. 228 UFP wskazuje, że uchwała w sprawie WPF może zawierać upoważnienie dla prezydenta do zaciągania zobowiązań związanych z realizacją zamieszczonych w niej przedsięwzięć[51].

7.6 Opinia na temat pozabilansowego ujęcia zobowiązań Promotora związanych z Przedsięwzięciem

W związku z przyjętym modelem rozliczenia Przedsięwzięcia w formule wynagrodzenia z budżetu Miasta (opłata za dostępność), płatność na rzecz partnera prywatnego będzie obejmować zwrot nakładów inwestycyjnych poniesionych na ewentualną optymalizację projektu budowlanego, budowę oraz odtworzenia przedmiotu Przedsięwzięcia, koszty sfinansowania Przedsięwzięcia, a także koszty świadczenia usług. Odpowiednie wydzielenie elementu związanego z nabyciem oraz finansowaniem obiektu nastąpi w umowie (zarówno co do wskazania konkretnych składników wynagrodzenia, jak i zasad fakturowania) oraz ofercie partnera prywatnego.

---

[48] Ocena transakcji powinna zatem nastąpić z uwzględnieniem przepisów prawa krajowego, a w szczególności przepisu art. 18a Ustawy o PPP (rozporządzeń wykonawczych). Niezależna ocena, powinna być przeprowadzona na potrzeby zmiarkowania wpływu transakcji na wskaźniki zadłużenia (na zasadach art. 243 i nast. UFP) i powinna dać odpowiedź, które elementy wynagrodzenia partnera prywatnego mają charakter wydatków majątkowych i jaki jest ich udział w wynagrodzeniu partnera prywatnego, o czym w dalszej części Raportu.

[49] WPF powinna być realistyczna i określać dla każdego roku objętego prognozą co najmniej: (i) dochody bieżące oraz wydatki bieżące budżetu jednostki samorządu terytorialnego, w tym na obsługę długu, gwarancje i poręczenia; (ii) dochody majątkowe, w tym dochody ze sprzedaży majątku, oraz wydatki majątkowe budżetu jednostki samorządu terytorialnego; (iii) wynik budżetu jednostki samorządu terytorialnego; (iv) przeznaczenie nadwyżki albo sposób sfinansowania deficytu; (v) przychody i rozchody budżetu jednostki samorządu terytorialnego, z uwzględnieniem długu zaciągniętego oraz planowanego do zaciągnięcia; (vi) kwotę długu jednostki samorządu terytorialnego oraz sposób sfinansowania spłaty długu.

[50] Z treści powołanego przepisu wynika bowiem, że jedynym elementem definiującym przedsięwzięcie jest to, że jest ono realizowane i finansowane w okresie dłuższym niż rok budżetowy (wyr. WSA w Rzeszowie z 7 czerwca 2011 r., I SA/Rz 274/11, Legalis).

[51] Jak wskazaliśmy wcześniej Rada Miasta Krakowa w Uchwale o WPF postanowiła przyznać takie uprawnienie Prezydentowi Miasta Krakowa i ujęła w wykazie przedsięwzięć, stanowiącym załącznik do tejże Uchwały realizację przedmiotowego Projektu.

Wyodrębnienie wydatków majątkowych w wynagrodzeniu partnera prywatnego możliwe jest z uwagi na brzmienie art. 7 ust. 2a Ustawy o PPP, który wprost wprowadza szczególną podstawę prawną, aby w ramach części wynagrodzenia partnera prywatnego, wyodrębnić płatności dokonywane przez stronę publiczną na sfinansowanie wytworzenia, nabycia, a także ulepszenia środków trwałych albo nabycia wartości niematerialnych i prawnych. Nie byłoby prawidłowe poszukiwanie analogii w zakresie klasyfikacji wynagrodzenia partnera prywatnego jako świadczenia podobnego do czynszu dzierżawnego czy opłaty leasingowej w leasingu operacyjnym czy innych świadczeń (wynagrodzeń), klasyfikowanych jako wydatek bieżący. Analogia taka byłaby nieuzasadniona, gdyż podstawą do wyodrębnienia „opłaty majątkowej" w projektach PPP jest właśnie art. 7 ust. 2a Ustawy o PPP[52].

A zatem, część wynagrodzenia partnera prywatnego może z perspektywy klasyfikacji budżetowej JST zostać ujęta jako wydatek majątkowy, jeśli będzie to (i) wydatek na zakup i objęcie akcji, (ii) wniesienie wkładów do spółek prawa handlowego, (iii) wydatek inwestycyjny państwowych jednostek budżetowych, (iv) wydatek na inwestycje i zakupy inwestycyjne, w tym na programy finansowane z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 UFP.

W Przedsięwzięciu, w ramach wynagrodzenia (opłaty za dostępność), zostanie wyodrębniona tzw. Opłata majątkowa, która obejmie koszty etapu budowy, czyli wszystkie koszty poniesione przez partnera prywatnego od momentu podpisania umowy PPP do momentu uzyskania pozwolenia na użytkowanie, w tym przede wszystkim koszty ewentualnej optymalizacji projektu i realizacji usług budowlanych, koszty zapewnienia finansowania inwestycji wraz z odsetkami od tego finansowania poniesionymi do momentu zakończenia inwestycji, koszt zapewnienia finansowania podatku VAT od kosztów inwestycyjnych wraz z odsetkami od tego finansowania poniesionymi do momentu zakończenia etapu budowy. Opłata majątkowa będzie także uwzględniać tę część wynagrodzenia partnera prywatnego, która w okresie eksploatacji będzie przeznaczona na odtworzenia środka trwałego, a więc będzie nosić cechy wydatku majątkowego w rozumieniu przepisów UFP.

Koszty poszczególnych elementów wynagrodzenia zostaną wskazane na podstawie oferty partnera prywatnego.

W planowanym Przedsięwzięciu właścicielem prawnym nieruchomości, a tym samym obiektu, będzie Miasto. Partner prywatny będzie dokonywał inwestycji na majątku miejskim, a także świadczył w okresie eksploatacji usługi na majątku obcym. Rekomendowany model realizacji Przedsięwzięcia nie zakłada przeniesienia własności nieruchomości na rzecz partnera prywatnego w okresie umowy (np. w postaci wkładu własnego w Przedsięwzięcie, na zasadach przewidzianych w Ustawie o PPP), m.in. ze względu na treść obecnie obowiązujących przepisów Ustawy o PPP i UFP dot. indywidualnego wskaźnika zadłużenia, które wyznaczają preferowaną strukturę prawną realizacji projektów PPP.

[52] Warto zauważyć, że Ustawa o PPP nie tworzy samoistnej definicji wydatku majątkowego, odwołując się do konwencji przyjętych w UFP, wskazując, że dany element wynagrodzenia, powinien spełniać przesłanki klasyfikacji dla tego rodzaju wydatków wskazanych w art. 124 ust. 4 albo art. 236 ust. 4 UFP.

Reasumując, to na majątku Gminy Miejskiej Kraków partner prywatny będzie realizował Inwestycję, a wydatki ponoszone przez Podmiot Publiczny w ramach opłaty za dostępność (opłaty majątkowej) w części będą przeznaczone na wytworzenie, nabycie lub ulepszenie środków trwałych powstałych w ramach Przedsięwzięcia. Stąd zasadne jest przyjęcie, że Opłata majątkowa będzie składać się z wydatków JST związanych z realizacją zadań Gminy Miejskiej Kraków i przeznaczonych na inwestycje i zakupy inwestycyjne, a więc odpowiadać będzie ona definicji wydatków majątkowych zawartej w art. 236 ust. 4 UFP i jako taka powinna być traktowana w klasyfikacji budżetowej.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 16 Ustawy o rachunkowości analizując transakcję ze względu na przyjęty model własności obiektu, będziemy mieli do czynienia ze środkami trwałymi w budowie, tj. zaliczanymi do aktywów trwałych, środkami trwałymi w okresie ich budowy, montażu lub ulepszenia już istniejącego środka trwałego. Do wydatków majątkowych, w szczególności, należy zaliczyć wydatki związane z: (i) przygotowaniem dokumentacji projektowej budowy, (ii) przygotowaniem gruntu pod budowę, (iii) nabyciem gruntu oraz opłatami za jego nabycie, zakupem maszyn i urządzeń oraz ich montażem, naprawą maszyn i urządzeń przed przekazaniem środka trwałego do używania, nadzorem budowlanym, robotami budowlanymi, przebudową, rozbudową, rekonstrukcją, adaptacją i modernizacją istniejącego środka trwałego, które powodują wzrost wartości użytkowej danego środka trwałego, odsetkami naliczonymi metodą zamortyzowanego kosztu za czas trwania budowy od pożyczek i kredytów, różnicami kursowymi związanymi z obsługą zobowiązań zaciągniętych w celu finansowania Inwestycji, w tym również od zobowiązań inwestycyjnych, niepodlegającym odliczeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Umowa PPP oraz SIWZ będą przewidywać, że partner prywatny w ofercie wskaże część wynagrodzenia, przeznaczoną na realizację Inwestycji oraz późniejsze odtworzenia **(część „CAPEX" wynagrodzenia).** Warto wskazać, że ze względu na przyjęty sposób rozliczeń, partner prywatny po zakończeniu etapu robót wystawi na rzecz Podmiot Publicznego fakturę VAT, a jednocześnie sama umowa PPP będzie zawierać zasady płatności (w taki sposób, aby ryzyko dostępności zostało przeniesione w pełni na partnera prywatnego). W konsekwencji, na podstawie wystawionej faktury, partner prywatny nie będzie mógł żądać zapłaty całości wynagrodzenia, bowiem płatności cząstkowe będą realizowane wyłącznie wtedy, gdy partner prywatny prawidłowo wykona usługę w okresie eksploatacji (dopiero wtedy nastąpi wymagalność danej płatności).

Część „OPEX" wynagrodzenia, będzie zawierać pozostałe koszty świadczonej usługi związanej z tymi elementami czynności, które będą klasyfikowane z perspektywy budżetowej jako wydatki bieżące. Jednakże warto zauważyć, że część wydatków związanych z nakładami odtworzeniowymi obiektu ponoszonymi w okresie eksploatacji będzie także miała charakter wydatku majątkowego i zostanie uwzględniona w części Opłaty majątkowej. Podsumowując, aby wynagrodzenie partnera prywatnego mogło być traktowane w części jako wydatek majątkowy (Opłata majątkowa):

(a) wydatek powinien być ponoszony tytułem zapłaty za wytworzenie (rozbudowę) lub nabycie środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych (decyduje ekonomiczny charakter wydatku);

(b) powinien być wyraźnie wyodrębniony od innych wydatków Podmiotu Publicznego, np. wynagrodzenia za zarządzanie lub utrzymanie składnika majątkowego;

(c) jego wysokość powinna być z góry określona;

(d) powinien być udokumentowany odrębną fakturą VAT lub odrębną pozycją na fakturze VAT;

(e) środek trwały powinien powstawać w majątku Podmiotu Publicznego (powinien być wykazywany w jego księgach rachunkowych).

7.7 Interpretacja przepisów prawa podatkowego – kwestia VAT

W odniesieniu od czynności realizowanych przez partnera prywatnego, co do zasady, wyodrębnić można trzy etapy Projektu tj.:

– Etap projektowy, w ramach którego partner prywatny przygotowuje dokumentację projektową,

– Etap inwestycyjny – w ramach którego partner prywatny zrealizuje roboty budowlane,

– Etap operacyjny – w ramach którego partner prywatny będzie zarządzał infrastrukturą i ponosił koszty bieżącej eksploatacji i remontów.

W świetle objaśnień Ministerstwa Finansów[53], w ramach niniejszego projektu przyjęto podział opłaty za dostępność na niżej wymienione usługi z uwagi na różny moment powstania obowiązku podatkowego, co ma istotne znaczenie dla przepływów finansowych projektu z punktu widzenia partnera prywatnego:

– Usługa projektowa - w ramach tego etapu partner prywatny świadczy na rzecz Partnera Publicznego usługę polegającą na zaprojektowaniu przedmiotu Inwestycji. Obowiązek podatkowy w odniesieniu do wynagrodzenia należnego partnerowi prywatnemu z tytułu zrealizowania etapu projektowego, powstanie na zasadach ogólnych, tj. z chwilą wyświadczenia usługi projektowej przez partnera prywatnego. W odniesieniu do usług świadczonych w ramach etapu projektowego zastosowanie powinna znaleźć podstawowa, obecnie 23%, stawka VAT;

– Usługa budowlana polegająca na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej - obowiązek podatkowy w odniesieniu do wynagrodzenia należnego partnerowi prywatnemu z tytułu zrealizowania etapu inwestycyjnego, powstanie na zasadach

[53] Objaśnienia podatkowe z dnia 1 grudnia 2017 r. „Rozliczenia w zakresie podatku od towarów i usług, podatku dochodowego od osób prawnych oraz podatku dochodowego od osób fizycznych transakcji realizowanych ramach umów o partnerstwie publiczno-prywatnym.”, http://www.finanse.mf.gov.pl/documents/766655/1402295/Obja%C5%9Bnienia+podatkowe+z+1+grudnia+2017+r.

właściwych dla usług budowlanych (tj. zgodnie z art. 19a ust. 5 pkt 3 lit. a Ustawy o VAT) – z chwilą wystawienia faktury przez partnera prywatnego. Co do zasady, w odniesieniu do usług świadczonych przez partnera prywatnego na rzecz Partnera Publicznego w ramach etapu inwestycyjnego, zastosowanie powinna znaleźć podstawowa stawka podatku VAT, obecnie 23%;

– Usługa utrzymania - w zakresie czynności realizowanych przez partnera prywatnego w ramach etapu operacyjnego Projektu obowiązek podatkowy rozpoznawany będzie cyklicznie, na koniec każdego okresu rozliczeniowego – przy założeniu, że płatność za faktury wystawiane w tym zakresie na rzecz Partnera Publicznego dokonywana będzie po zakończeniu danego okresu (brak płatności zaliczkowych). W odniesieniu do wynagrodzenia za usługi świadczone w ramach etapu operacyjnego, co do zasady, zastosowanie powinna znaleźć podstawowa stawka VAT, obecnie 23%;

– Usługa polegająca na rozłożeniu w czasie płatności z tytułu wynagrodzenia za etap inwestycyjny - w sytuacji gdy płatność wynagrodzenia należnego partnerowi prywatnemu z tytułu realizacji etapu inwestycyjnego rozłożona zostanie w czasie, wynagrodzenie należne partnerowi prywatnemu w tym zakresie, tj. z tytułu dodatkowo wyświadczonej usługi polegającej na rozłożeniu tej płatności „na raty", powinno podlegać zwolnieniu z opodatkowania VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 38 Ustawy o VAT.

8. ANALIZA FINANSOWA REALIZACJI PROJEKTU MODELU PPP W PORÓWANANIU DO MODELU TRADYCYJNEGO

8.1 Założenia teoretycznego modelu tradycyjnego

Model tradycyjny realizacji Inwestycji jest w chwili obecnej dominującą formą realizacji inwestycji publicznych. W analizie finansowej przyjęto założenie, że model ten polega na realizacji Projektu w kolejnych jego etapach, pozostawiając po stronie publicznej obowiązek zaprojektowania, sfinansowania oraz eksploatacji wytworzonej infrastruktury.

W przypadku etapu eksploatacyjnego zamawiający samodzielnie eksploatuje wytworzony składnik majątkowy w ramach dotychczasowej struktury zlecając czynności związane z utrzymaniem i eksploatacją podmiotom zewnętrznym w odrębnych postępowaniach przetargowych.

Należy podkreślić, iż charakterystycznym elementem wariantu tradycyjnego jest konieczność samodzielnego sfinansowania nakładów inwestycyjnych w ramach projektu przez podmiot publiczny bez zaangażowania kapitałowego ze strony wykonawcy zamówienia publicznego. Finansowanie to najczęściej przyjmuje postać finansowania dłużnego, uzupełnionego poprzez bezzwrotne źródła finansowania w postaci dotacji ze środków UE. W związku z tym podmiot publiczny powinien dokonać zabezpieczenia środków na realizację projektu w swoim planie finansowym.

Na potrzeby finansowego porównania rozpatrywanych wariantów (wariant tradycyjny oraz wariant PPP) przyjęto, iż w wariancie tradycyjnym koszty inwestycyjne oraz koszty utrzymania będą tożsame z tymi, które zostały opisane w dalszej części niniejszego rozdziału i przyjęte w

analizie wariantu PPP. Ponadto, w modelu finansowym koszty na potrzeby obliczenia PSC zostały zaprezentowane zgodnie z harmonogramem ponoszenia wydatków inwestycyjnych bez względu na źródło ich finansowania. W procesie szacowania kosztów PSC założono bowiem, że zapewnienie usługi w tradycyjny sposób przez podmiot publiczny jest realizowane przy wykorzystaniu środków własnych (nie uwzględnia zewnętrznych źródeł finansowych), natomiast model oferty partnera prywatnego, z którym porównuje się model PSC jest oparty na finansowaniu zewnętrznym[54].

8.2 Informacje o planowanych kosztach Przedsięwzięcia (nakłady inwestycyjne i szacowane koszty utrzymania)

Nakłady inwestycyjne zostały oparte o projekt wykonawczy, wiedzę i doświadczenie Mott Macdonald oraz benchmarki cenowe w branży budowlanej. Z uwagi na dynamikę rynku budowlanego w okresie od sporządzenia projektu wykonawczego (2011 r.) do III kw. 2017 r. oraz konieczność poniesienia nakładów inwestycyjnych związanych z dostosowaniem projektu do aktualnych wymagań związanych z efektywnością energetyczną, zrewidowano szacunkową wartość nakładów o ok. 20% w stosunku do kosztorysu z 2011 r., zgodnie z częścią techniczną niniejszego opracowania. Szacunkowa wartość nakładów inwestycyjnych oraz harmonogram ich ponoszenia został przedstawiony w poniższej tabeli (dane w tys. PLN netto).

[54] Takie podejście zaprezentowane zostało na przykład w dokumencie *Metodyka wykonania Modelu Porównawczego Sektora Publicznego (PSC) dla projektu z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi*, grudzień 2010, s. 19.

Tabela nr 1. Nakłady inwestycyjne oraz koszty ponoszone przez Promotora (w tys. PLN netto, ceny zmienne)

ROK		2020	2020	2020	2020	2021	2021	2021	2021	2022	2022	2022	2022	2023
KWARTAŁ	**SUMA:**	**Q1**	**Q2**	**Q3**	**Q4**	**Q1**	**Q2**	**Q3**	**Q4**	**Q1**	**Q2**	**Q3**	**Q4**	**Q1**
Roboty budowlane	**126949**	92	21038	13395	24537	19673	10075	1 907	3 814	5 721	9 535	15 255	1 526	381
Instalacje sanitarne: wod.kan., went. i oddym.,grzewcza I chł. c.o., solarna	**35 683**	0	0	0	0	0	0	5 291	7 055	7 055	7 055	7 465	1 764	0
Instalacje elektryczne: wewnętrzne, stacja TRAFO, wymiennikownia	**17 572**	0	0	0	0	0	0	2 636	3 514	3 514	3 514	3 514	879	0
Instalacje teletechniczne i słaboprądowe	**18 097**	0	0	0	0	0	0	2 715	3 619	3 619	3 619	3 619	905	0
Uzbrojenie terenu: przyłącza: wod.kan, c.o., linia kablowa 15 kV	**854**	0	854	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Drogi: wewnętrzny układ komunikacyjny, zieleń	**2 841**	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2 401	441
Wyposażenie: zgodnie z opisem w pkt. 6.8 Analizy	**1 598**	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1 598	0
Sieci zewnętrzne: kan. deszcz., przekł.: gaz, woda, c.o., przeb.:gaz, woda,c.o.	**1 261**	0	0	0	0	0	0	189	252	252	252	252	63	0
Drogi: zewnętrzny układ drogowy	**203**	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	162	41
Serwerownia: wyposażenie*	**4 500**	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4 500	0
SUMA:	**209 559**	**92**	**21 892**	**13 395**	**24 537**	**19 673**	**10 075**	**12 737**	**18 255**	**20 162**	**23 975**	**30 107**	**13 797**	**863**
KOSZTY PONOSZONE PRZEZ PROMOTORA														
Koszty JRP	**1 365**	105	105	105	105	105	105	105	105	105	105	105	105	105
Pomoc techniczna	**4 290**	330	330	330	330	330	330	330	330	330	330	330	330	330
SUMA:	**5 655**	**435**	**435**	**435**	**435**	**435**	**435**	**435**	**435**	**435**	**435**	**435**	**435**	**435**

Źródło: opracowanie własne.

Zgodnie z informacjami otrzymanymi od ZIM, następujące powierzchnie zostaną przeznaczone pod wynajem:

(a) aula konferencyjna (audytoryjna) na około 300-400 uczestników,

(b) 3 sale konferencyjne dla łącznie 150 uczestników,

(c) powierzchnie usługowe, które mogą być wykorzystywane na cele prowadzenia różnorodnych usług, w tym: placówki bankowo-kasowej; punktu gastronomicznego; punktu sprzedaży prasy (kiosku) i innych,

(d) parking podziemny na 372 miejsca.

Na potrzeby oszacowania potencjalnych przychodów z wynajmu powierzchni komercyjnej COI przyjęto, że potencjalne przychody będą możliwe do uzyskania przez każdy podmiot zarządzający budynkiem w sposób efektywny i na warunkach rynkowych, niezależnie od struktury właścicielskiej i wzajemnych rozliczeń prowadzonych pomiędzy faktycznym właścicielem budynku, a podmiotem nim zarządzającym lub operatorem budynku. Oznacza to, że na potrzeby analizy przyjęto tożsame poziomy potencjalnych przychodów z najmu powierzchni komercyjnych niezależnie od rozważanego wariantu.

8.3 Dotacja UE w Projekcie

Możliwość pozyskania dotacji unijnej dotyczy zarówno wariantu tradycyjnego jak również wariantu PPP. W każdym z nich beneficjentem i stroną umowy o dofinansowanie będzie Miasto Kraków.

W przypadku wariantu tradycyjnego Miasto będzie odpowiedzialne za ponoszenie kosztów kwalifikowanych, a także realizowanie obowiązków sprawozdawczych zgodnie z umową o dofinansowanie. Dotacja unijna będzie wypłacana na wskazane przez Miasto konto.

W przypadku wariantu PPP, partner prywatny wskazany zostanie we wniosku o dofinansowanie jako podmiot upoważniony do ponoszenia wydatków kwalifikowanych i odpowiedzialny będzie za realizację Projektu zgodnie z umową o dofinansowanie oraz założeniami przyjętymi we wniosku o dofinansowanie. Jego odpowiedzialność będzie dotyczyła w szczególności właściwego dokumentowania poniesionych kosztów kwalifikowanych oraz współdziałania z Miastem w celu realizowania obowiązków sprawozdawczych (np. przygotowanie wniosków o płatność). W wariancie tym dotacja zostanie przekazana na wskazany rachunek powierniczy, a następnie otrzymane środki (w całości bądź w części) przekazane zostaną partnerowi prywatnemu jako wkład własny Miasta. Partner prywatny zobowiązany będzie do ponownej kalkulacji opłaty za dostępność z uwzględnieniem otrzymanych środków.

8.4 Wstępna struktura finansowania nakładów inwestycyjnych

Założono wstępnie, że Projekt będzie finansowany z następujących źródeł:

– środki własne partnera prywatnego oraz pozyskane przez niego finansowanie dłużne,

– środki własne Miasta,

– ewentualna dotacja ze środków UE lub inne preferencyjne źródła finansowania.

W przypadku finansowania projektu częściowo ze środków UE, refundacji będą podlegały wydatki kwalifikowane poniesione przez Miasto oraz partnera prywatnego. Partner prywatny sfinansuje ze środków własnych lub pozyskanego finansowania dłużnego zarówno część niekwalifikowalną swoich wydatków, jak również część kwalifikowalną, która nie będzie mogła zostać zrefundowana z dotacji UE ze względu na ograniczoną kwotę dotacji.

Łączna kwota nakładów inwestycyjnych wynosi 209,5 mln PLN netto. Szacunkowe koszty ponoszone przez Promotora w okresie budowy wyniosą łącznie 5,65 mln PLN netto.

Zamiarem Miasta jest realizacja Przedsięwzięcia w trybie PPP nawet w przypadku nieprzyznania dotacji ze środków UE. W takim przypadku Miasto oczekuje, iż partner prywatny zapewni finansowanie Przedsięwzięcia w niezbędnym zakresie.

Założeniem Miasta jest realizacja Przedsięwzięcia w sposób, który w możliwie ograniczonym stopniu będzie miał wpływ na poziom wskaźników zadłużenia Miasta.

Struktura finansowania nakładów ponoszonych przez partnera prywatnego obejmuje niezbędne zapotrzebowanie na wydatki kapitałowe w okresie budowy, w którym to okresie nie przewiduje się jakiejkolwiek wypłaty wynagrodzenia partnerowi prywatnemu. Należy jednak pamiętać o tym, że okres ten wiąże się z zapotrzebowaniem kapitałowym na szereg wydatków związanych zarówno z samym procesem budowy, jak również wymogami koniecznymi do spełnienia z uwagi na rozliczenia podatkowe oraz wymogi podmiotów finansujących, które znacząco wpływają na zapotrzebowanie na finansowanie w okresie budowy. Istotną pozycją kosztową jest podatek VAT od przychodów za usługę budowlaną, który musi zostać naliczony bezpośrednio po zakończeniu okresu budowy, a który będzie zwracany partnerowi prywatnemu wraz z wypłacanym wynagrodzeniem w całym okresie obowiązywania umowy PPP.

8.5 Wstępny mechanizm wynagradzania

Podstawowym źródłem wynagrodzenia partnera prywatnego będą środki finansowe pochodzące z budżetu Miasta. Podstawowym celem Miasta w tym zakresie będzie ustalenie takich zasad wynagrodzenia, aby ostatecznie wypracowana konstrukcja była przejrzysta, wiązała wysokość wynagrodzenia z jakością świadczonych usług, a także prawidłowo zabezpieczała interes Miasta.

Na tym etapie prac przyjęto założenie, iż przewidywany mechanizm wynagradzania partnera prywatnego będzie oparty na modelu opłaty za dostępność (avalibility payment). Partner prywatny będzie ponosić większość ryzyk budowy i ryzyk dostępności Przedsięwzięcia. Warunkiem brzegowym ukształtowania struktury prawnej Przedsięwzięcia jest neutralność transakcji dla długu publicznego, która będzie oceniana zgodnie z UFP, właściwymi rozporządzeniami oraz decyzjami i wytycznymi EUROSTAT.

Podstawowym założeniem w zakresie zasad wynagrodzenia partnera prywatnego jest opracowanie mechanizmu, w którym partner prywatny otrzyma całość przewidzianego w umowie PPP wynagrodzenia jedynie w przypadku prawidłowego wykonania usługi na zasadach określonych tą umową. Wynagrodzenie zostanie pomniejszone, gdy partner prywatny naruszy obiektywne wskaźniki przyjęte w umowie PPP (np. nie będzie realizowany plan remontowy lub nie będą utrzymane KPI, w tym standardy świadczenia usług utrzymaniowych). Z drugiej strony należy wziąć pod uwagę konieczność takiej konstrukcji wynagrodzenia partnera prywatnego, aby zabezpieczało ono interesy instytucji finansujących Przedsięwzięcie, a więc umożliwiło partnerowi prywatnemu pozyskanie finansowania zewnętrznego. Z tego względu proponowane rozwiązanie zakłada ograniczenie wysokości naliczonych kar umownych w danym okresie rozliczeniowym do poziomu zabezpieczającego obsługę długu uprzywilejowanego przy założeniu przeniesienia pozostałej części kary na kolejne okresy rozliczeniowe. Należy jednak podkreślić, iż mechanizm ten nie będzie mógł ograniczać docelowej wysokości kar, a przy przekroczeniu ich określonej wysokości umowa PPP będzie mogła zostać rozwiązana.

Istotnym elementem modelu wynagradzania będzie taki jego podział, który umożliwi optymalizację wydatków z punktu widzenia UFP. Dlatego też umowa PPP będzie przewidywała podział wynagrodzenia na następujące części:

– część majątkowa odnosząca się do zrealizowanej usługi budowlanej,
– część dotycząca wydatków bieżących w zakresie świadczenia usług związanych z utrzymaniem infrastruktury,
– część dotycząca kosztów finansowania Przedsięwzięcia.

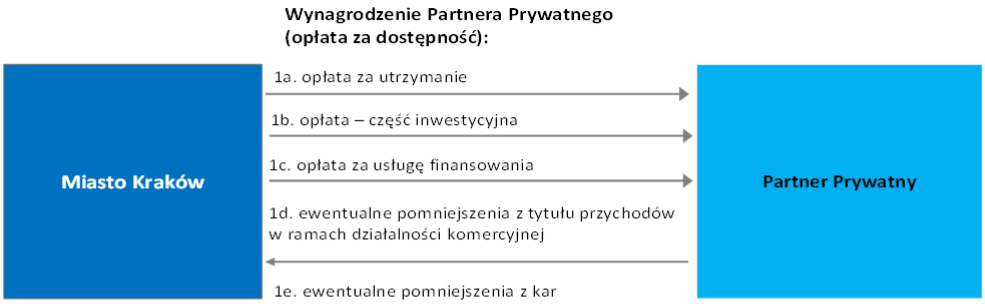
Powyższy podział istotny jest (poza koniecznością wyodrębnienia wydatków majątkowych z uwagi na optymalizację wydatków budżetowych Miasta) również z uwagi na kwestię naliczenia podatku VAT pod względem:

– stawki VAT (stawka zwolniona w przypadku usługi finansowania),

– momentu powstania obowiązku podatkowego (w przypadku usługi budowlanej).

Koncepcja mechanizmu wynagradzania przedstawiona została na poniższym schemacie:

Rysunek nr 2. Schemat modelu wynagradzania



- Płatności wynagrodzenia na rzecz partnera prywatnego rozpoczęte dopiero w momencie uruchomienia świadczenia usług (po zakończeniu fazy inwestycji)
- Wydzielenie z wynagrodzenia Partnera Prywatnego wydatków majątkowych (opłata – część inwestycyjna) oraz kosztów związanych ze sfinansowaniem inwestycji (opłata za usługę finansowania)
- Opłata za utrzymanie pokrywa koszty stałe i zmienne oraz zysk Partnera Prywatnego związane z utrzymaniem.
- W przypadku braku dostępności infrastruktury naliczane są kary dla Partnera Prywatnego

Źródło: opracowanie własne.

Zarówno umowa PPP, jak również sam mechanizm wynagradzania powinien przewidywać przypadki, w których konieczna będzie rekalkulacja wynagrodzenia. Rekalkulacja wynagrodzenia powinna nastąpić w oparciu o algorytmy matematyczne uwzględnione w umowie PPP, lub o przygotowany przez partnera prywatnego i złożony wraz z ofertą model finansowy przy zapewnieniu, że po jego aktualizacji zdefiniowana w umowie PPP stopa zwrotu partnera prywatnego nie ulegnie zmianie.

Przypadki te powinny być szczegółowo omówione na etapie dialogu konkurencyjnego, niemniej jednak można do nich potencjalnie zaliczyć w szczególności:

– przekazanie partnerowi prywatnemu dotacji ze środków UE jako wkład własny Miasta – w takim przypadku wszelkie korzyści wynikające z przekazania dotacji unijnej powinny zostać przeniesione na Miasto – fakt przekazania dotacji nie może wygenerować jakichkolwiek dodatkowych korzyści po stronie partnera prywatnego,

– istotna zmiana prawa,

– zmiana stopy procentowej wpływająca na koszt obsługi zadłużenia,

– wystąpienie zdefiniowanego w umowie PPP zdarzenia odszkodowawczego,

– zmiana stawki VAT.

8.6 Model finansowy

Biorąc pod uwagę, że istotnym celem niniejszej analizy jest porównanie obydwu wariantów (PPP oraz tradycyjnego), przygotowany model:

– przedstawia prognozę finansową i obejmuje okres realizacji inwestycji oraz wymagany okres prowadzenia działalności operacyjnej;
– charakteryzuje się strukturą modułową – poszczególne moduły prezentowane w osobnych arkuszach pliku Excel, przy czym jeden moduł będzie prezentowany w jednym lub w rozbiciu na kilka arkuszy pliku;
– kluczowym arkuszem w ramach modelu finansowego jest panel sterujący (zakładka z poziomu której można będzie sterować modelem i kalkulacjami).

Struktura modelu została podzielona funkcjonalnie na następujące grupy:

– sterowanie kluczowymi założeniami Projektu oraz rezultatami w postaci docelowej struktury finansowania Projektu, osiąganych poziomów wskaźnika DSCR oraz efektywności finansowej i ekonomicznej Projektu. Przedstawia również podstawowe wyniki obliczeń w podziale na wariant tradycyjny i wariant PPP,
– moduł zawierający analizę wrażliwości oraz alokację i wycenę ryzyka,
– moduł umożliwiający porównanie wariantu budowy COI w formule tradycyjnej oraz w formule PPP,
– moduł zawierający dane i wyniki analizy realizacji Przedsięwzięcia w modelu tradycyjnym,
– moduł zawierający dane i wyniki analizy realizacji Przedsięwzięcia w modelu PPP,
– obliczenia obejmujące kalkulację nakładów inwestycyjnych i odtworzeniowych, kosztów operacyjnych, zapotrzebowania na źródła finansowania, kapitału obrotowego, podatków (VAT+CIT), kaskadowego rachunku przepływów pieniężnych spółki projektowej partnera prywatnego.

Tak przygotowany model finansowy umożliwia kalkulację opłaty za dostępność w oparciu o przyjęte założenia, w tym oczekiwanie partnera prywatnego co do stopy zwrotu z kapitału własnego. Wewnętrzna stopa zwrotu z inwestycji dla partnera prywatnego została obliczona w oparciu o zdyskontowane przepływy pieniężne (DCF – discounted cash flow), tj. obliczono skumulowane, wolne przepływy pieniężne uwzględniające ograniczenia dystrybucji nadwyżki finansowej do sponsora Projektu, które następnie zostały zdyskontowane przy wykorzystaniu odpowiedniej stopy dyskontowej odzwierciedlającej oczekiwaną stopę zwrotu z kapitału własnego dla partnera prywatnego. Do kalkulacji wskaźników przyjęto całkowity okres umowy PPP, tzn. uwzględniając zarówno fazę budowy jak i fazę eksploatacji.

Model ustrukturyzowano w taki sposób, aby przy zastosowaniu stopy dyskontowej na poziomie oczekiwanego IRR przez partnera prywatnego, ustalić taki poziom opłaty za dostępność, aby wskaźnik NPV oparty o przepływy pieniężne wynikające z dystrybucji wyniósł zero.

8.7 Wyniki porównania wariantu tradycyjnego oraz wariantu PPP

Podstawowym kryterium porównania rozpatrywanych wariantów w celu wyboru wariantu optymalnego z punktu widzenia podmiotu publicznego, jest Model PSC. Punktem wyjścia było obliczenie teoretycznego wynagrodzenia partnera prywatnego w oparciu o założenia dotyczące kosztów inwestycyjnych w okresie budowy oraz kosztów operacyjnych w okresie utrzymania, a także wymogi podmiotów finansujących Przedsięwzięcie. Tak obliczone wynagrodzenie zestawione zostało z wynikami obliczeń dla wariantu tradycyjnego, które uwzględniają oszacowanie:

– kosztów inwestycyjnych oraz kosztów utrzymania w wariancie tradycyjnym,

– ryzyk zatrzymanych oraz ryzyk przenoszonych na partnera prywatnego,

– konkurencyjnej neutralności.

Dla rozpatrywanych wariantów uzyskano wartość dodaną (*tzw. value for money)* z realizacji projektu w wariancie PPP w stosunku do wariantu tradycyjnego, wynoszącą 42 mln zł.

Niezależnie od powyższego, realizacja Projektu w wariancie PPP niesie szereg korzyści dla Podmiotu Publicznego, które trudne są do kwantyfikacji w postaci pieniężnej. Podsumowanie przedstawione zostało w poniższej tabeli:

Tabela nr 2. Porównanie wariantu PPP oraz tradycyjnego

Korzyść	Wariant tradycyjny	Wariant PPP	Komentarz
Realizacja COI bez konieczności ponoszenia kosztów inwestycyjnych w okresie budowy	Nie	Tak	W wariancie PPP Miasto Kraków nie będzie ponosiło na rzecz partnera prywatnego żadnych kosztów związanych z realizacją Inwestycji. Jakiekolwiek płatności na rzecz partnera prywatnego będą realizowane w formie opłaty za dostępność po oddaniu Inwestycji do użytkowania.
Oszczędności wynikające z ograniczenia liczby przetargów na wybór wykonawców	Nie	Tak	W wariancie PPP oszczędności te będą dotyczyły ograniczenia liczby przetargów związanych z wyborem wykonawców prac projektowych i robót budowlanych. Partner prywatny będzie odpowiedzialny za zaprojektowanie i wybudowanie infrastruktury zgodnie z wymogami umowy PPP.
Motywacja do oddania Inwestycji w terminie	Tak	Tak	Motywacja do oddania inwestycji w terminie w wariancie tradycyjnym realizowana jest poprzez przewidziane w umowie z wykonawcą kary umowne. W wariancie PPP natomiast, motywacja ta realizowana jest poprzez brak jakichkolwiek płatności na rzecz partnera prywatnego przed oddaniem inwestycji do użytkowania. Niemniej jednak, na podstawie dotychczasowych doświadczeń w realizacji projektów w obydwu formułach, należy stwierdzić, że kary umowne w wariancie tradycyjnym stanowią mniejszą motywację do oddania inwestycji w terminie w stosunku do wariantu PPP, w którym partner prywatny

			odpowiedzialny jest za projekt w całym okresie funkcjonowania umowy[55].
Odpowiedzialność za Projekt w całym okresie jego funkcjonowania.	Nie	Tak	Odpowiedzialność za projekt w wariancie tradycyjnym ograniczona jest do okresu gwarancji na roboty budowlane, który standardowo przy tego typu projektach wynosi kilka lat. W przypadku wariantu PPP z uwagi na jego specyfikę, odpowiedzialność za jakość robót budowlanych jest ściśle skorelowana z okresem eksploatacji oraz przeniesieniem na partnera prywatnego ryzyka dostępności. Jakość prac budowlanych może bowiem mieć istotny wpływ na optymalizację kosztów związanych z późniejszym utrzymaniem powstałej infrastruktury. Dlatego należy przyjąć, że partner prywatny odpowiedzialny jest za projekt w całym okresie obowiązywania umowy PPP, który jest znacznie dłuższy niż standardowe gwarancje wykonawcy robót w wariancie tradycyjnym.
Optymalizacja kosztów wynikająca z podejścia w całym cyklu życia Projektu	Nie	Tak	
Możliwość alokacji środków finansowych przeznaczonych na budowę COI na inne przedsięwzięcia realizowane przez Miasto Kraków	Nie	Tak	W przypadku modelu PPP równomierne rozłożenie wydatków i kosztów związanych z Projektem, przekłada się na większy niż w przypadku modelu tradycyjnego bufor finansowy, przy którym możliwość realizacji innych przedsięwzięć jest większa niż w modelu tradycyjnym (brak wysokich wydatków inwestycyjnych w okresie budowy, które wystąpią w wariancie tradycyjnym). Nie bez znaczenia jest również możliwość planowania długookresowych wydatków związanych z realizacją i utrzymaniem Projektu w przypadku jego realizacji w formule PPP. Opłata za dostępność znana będzie na etapie wyboru partnera prywatnego, a jej wysokość w kolejnych latach warunkowana będzie jedynie wskaźnikami makroekonomicznymi (np. inflacja).
Stabilność długookresowych wydatków na Projekt	Nie	Tak	
Projekt bez wpływu na państwowy dług publiczny	Nie	Tak	Zgodnie z art. 72 UFP państwowy dług publiczny (PDP) obejmuje zobowiązania sektora finansów publicznych. Co oznacza, że na gruncie przepisów prawa polskiego zobowiązania gmin (JST) będą mieć znaczenie dla obliczenia PDP. W związku z faktem, iż Miasto Kraków nie posiada wystarczających środków własnych do przeprowadzenia Inwestycji, w celu wygospodarowania środków na realizację robót budowlano-montażowych niezbędna będzie z jednej strony rezygnacja z innych zaplanowanych inwestycji, z drugiej strony konieczne będzie zaciągnięcie dodatkowych zobowiązań w postaci kredytu. W przypadku wariantu PPP zobowiązania Podmiotu Publicznego wynikające z umowy PPP

[55] Por. *Review of Large Public Procurement in the UK*, Londyn 2002, s. 69, https://www.parliament.vic.gov.au/images/stories/committees/paec/2010-11_Budget_Estimates/Extra_bits/Mott_McDonald_Flyvberg_Blake_Dawson_Waldron_studies.pdf. Zgodnie z zawartymi w tym dokumencie danymi średnie przekroczenie czasu trwania inwestycji w wariancie tradycyjnym wynosi 17% w stosunku do wariantu PPP, w ramach którego nie notuje się takich przekroczeń.

			nie wpłyną na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych zgodnie z art. 18a ust. 1 Ustawy o PPP oraz rozporządzeniem wykonawczym, bowiem ryzyko budowy oraz dostępności zostanie przeniesione na partnera prywatnego, a żadne dodatkowe instrumenty o charakterze gwarancyjnym zmieniającym profil tego ryzyka nie są przewidziane. W związku z powyższym, przyjęty sposób podziału ryzyka powoduje że umowa PPP nie spełnia przesłanek umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, która ma wpływ na poziom długu publicznego, a więc nie ma podstaw do jej wykazywania w stosownych sprawozdaniach Rb-Z-PPP.
Zaangażowanie w Projekt środków z funduszy unijnych	Tak	Tak	W obydwu rozpatrywanych wariantach istnieje możliwość zaangażowania w Projekt funduszy unijnych. Niemniej jednak w wariancie PPP, niezależnie od stanu faktycznego co do możliwości pozyskania środków UE na etapie wyboru partnera prywatnego, taka możliwość powinna mieć swoje odzwierciedlenie w umowie PPP. W przypadku pozyskania dofinansowania, umowa PPP powinna przewidywać rekalkulację opłaty za dostępność, która w tym przypadku ulegnie obniżeniu dla Podmiotu Publicznego.

Źródło: opracowanie własne.

9. ANALIZA RYZYK

Analiza ryzyka jest ważną czynnością analiz przedrealizacyjnych z uwagi na brzmienie art. 6 ust. 2 pkt 1 Ustawy o PPP, który stanowi, że obligatoryjnym kryterium oceny ofert jest podział zadań i ryzyk związanych z projektem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Właściwy podział zadań i ryzyk, jest zatem kluczowy dla powodzenia realizacji Przedsięwzięcia, jego efektywności, a ponadto wpływa na klasyfikację Przedsięwzięcia poza długiem publicznym. W ninjeszym dokumencie przedstwiono metodologię przeprowadzonej analizy ryzyka oraz alokację ryzyk pomiędzy strony umowy PPP.

9.1 Metodologia analizy ryzyk

Wybór właściwej metodologii analizy ryzyk zależy w szczególności od:

- wartości projektu – przy projektach o dużej wartości rekomendowane jest przeprowadzenie pełnej analizy ryzyk, w tym także analizy Monte Carlo,
- złożoności projektu – przy złożonych i nietypowych projektach wskazane jest zastosowanie zaawansowanych metod statystycznych z uwagi na wzajemne powiązanie ze sobą niektórych ryzyk,
- kosztów przeprowadzenia analizy ryzyk uzależnionych od wielkości i wartości projektu,
- wymaganej precyzji analiz – jeżeli analiza ryzyk dotyczy kilku podobnych rozpatrywanych wariantów alternatywnych, wówczas niezbędne jest zastosowanie

odpowiednio szczegółowych metod analizy ryzyk, tak aby zapewnić możliwość rzetelnego porównania wariantów.

Każda analiza powinna obejmować co najmniej:

– identyfikację ryzyk,

– matrycę ryzyk,

– ryzyka kluczowe,

– sposoby zarządzania ryzykiem (mitygację).

Niniejsza Analiza w wersji przedstawionej MR oraz Promotorowi zawierała także wycenę ryzyk kluczowych, czyli przedstawienie wartości materializacji tych zdarzeń w przypadku ich wystąpienia w wartościach pieniężnych oraz nałożenie ich na model finansowy. Celem wyceny ryzyk jest zabezpieczenie w budżecie Projektu odpowiednich środków pieniężnych, które pokryją nieprzewidziane wydatki w okresie realizacji i eksploatacji Projektu.

Analizę ryzyk przeprowadzono wspólnie dla wariantu tradycyjnego i PPP. Matrycę ryzyk z uwagi na specyfikę projektów PPP sporządzono wyłącznie dla wariantu PPP.

9.2 Wyodrębnione kategorie ryzyk

(a) ryzyka etapu inwestycyjnego - występujące w fazie przygotowania Inwestycji oraz jej realizacji,

(b) ryzyka etapu utrzymania - występujące w fazie rozruchu oraz eksploatacji Inwestycji, związane z dostępnością infrastruktury,

(c) ryzyka ogólnorynkowe - występujące we wszystkich fazach Projektu.

9.3 Wyodrębnione ryzyka i ocena ich konsekwencji

Po zidentyfikowaniu głównych kategorii ryzyk związanych z Projektem, wyodrębniono konkretne ryzyka wraz z ich przyczynami, prawdopodobieństwem wystąpienia, konsekwencjami i wpływem na realizację całości Projektu dla każdej z kategorii ryzyk. W niniejszej Analizie przyjęto następujące stopnie konsekwencji ryzyk:

– konsekwencje niskie – występują, gdy zaistnienie danego ryzyka nie pociąga za sobą znaczącego wzrostu kosztów nakładów budowlanych lub kosztów eksploatacyjnych. Mogą one spowodować nieznaczne przesunięcia w harmonogramie Projektu. Zakłada się, że strony są w pełni przygotowane na pojawienie się danego ryzyka;

– konsekwencje średnie – występują, gdy zaistnienie danego ryzyka pociąga za sobą dość znaczny wzrost kosztów nakładów inwestycyjnych lub kosztów eksploatacyjnych. Powodują one przesunięcia w harmonogramie Projektu, przerwy w eksploatacji Inwestycji. Realizacja Przedsięwzięcia nie powinna być jednak zagrożona;

– konsekwencje wysokie – występują, gdy zaistnienie danego ryzyka zagraża realizacji całego Projektu. Wiążą się zazwyczaj z niekontrolowanym wzrostem nakładów

inwestycyjnych lub kosztów eksploatacyjnych. Skutkują także długimi przerwami w eksploatacji Inwestycji. W tej kategorii mieszczą się także inne konsekwencje, przed którymi strony nie mogą się zabezpieczyć lub ich wyeliminowanie jest zbyt kosztowne.

9.4 Prawdopodobieństwo wystąpienia ryzyk i sposoby zarządzania ryzykami

Analiza zawierała także informacje dotyczące szacowanego prawdopodobieństwa wystąpienia każdego z wyodrębnionych ryzyk. W tym celu podstawowym źródłem danych były dane historyczne dotyczące podobnych projektów, pomiary i analizy przeprowadzone na potrzeby analizowanego Projektu oraz wiedza i doświadczenie Doradcy. Rezultatem wyceny prawdopodobieństwa ryzyk w przypadku badanego Projektu są trzy jego poziomy:

– niskie – materializacja ryzyka jest mało prawdopodobna, istnieją skuteczne sposoby zarządzania ryzykiem pozwalające zabezpieczyć się przed wystąpieniem danego zdarzenia;

– średni – wystąpienie ryzyka jest dość prawdopodobne, przy pomocy sposobów zarządzania ryzykiem można jednak w znacznym stopniu ograniczyć prawdopodobieństwo jego wystąpienia;

– wysoki – istnieje duże prawdopodobieństwo materializacji ryzyka, przy pomocy sposobów zarządzania ryzykiem można jedynie w niewielkim zakresie ograniczyć jego poziom.

9.5 Rekomendowana wstępna alokacja ryzyk

9.5.1 Ryzyka etapu inwestycyjnego

RYZYKO	PODMIOT PUBLICZNY	PARTNER PRYWATNY	RYZYKO DZIELONE
1.Ryzyko niezgodności robót budowlanych z ustalonymi standardami ich wykonania		**X**	
2.Ryzyko wzrostu kosztów		**X**	
3.Ryzyko związane z warunkami geologicznymi, geotechnicznymi			**X**
4.Ryzyko związane z wystąpieniem odkryć archeologicznych			**X**
5.Ryzyko związane z warunkami			**X**

meteorologicznymi			
6.Ryzyko związane z prowadzeniem sporów			**X**
7.Ryzyko związane z przepisami BHP i przeciwpożarowymi oraz normami		**X**	
8.Ryzyko wystąpienia protestów organizacji społecznych lub strajków			**X**
9.Ryzyko związane z brakiem zasobów ludzkich i materialnych		**X**	
10.Ryzyko związane ze zmianą stanu środowiska naturalnego w związku z prowadzeniem robót budowlanych		**X**	
11.Ryzyko wystąpienia wad fizycznych lub prawnych zmniejszających wartość lub użyteczność środka trwałego		**X**	
12.Ryzyko zmiany prawa	**X**		
13.Ryzyko związane z odbiorem technicznym środka trwałego		**X.**	
14.Ryzyko związane z wystąpieniem wad w dokumentacji projektowej			**X**
15.Ryzyko związane z podwykonawcami		**X**	
16.Ryzyko niemożliwości uzyskania lub opóźnienia w uzyskaniu decyzji administracyjnych, pozwoleń, zezwoleń lub uzgodnień			**X**

17.Ryzyko związane ze zmianą celów politycznych	**X**		
18.Ryzyko związane z wystąpieniem zewnętrznych zdarzeń nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia			**X**
19.Ryzyko związane z brakiem środków finansowych ze strony wykonawcy		**X**	
20.Ryzyko stanu prawnego nieruchomości	**X**		
21.Ryzyko opóźnień w zakończeniu robót budowlanych w związku z wystąpieniem do trudnych przewidzenia zdarzeń		**X**	

9.5.2 Ryzyka etapu utrzymania

RYZYKO	PODMIOT PUBLICZNY	PARTNER PRYWATNY	RYZYKO DZIELONE
1.Ryzyko dostępności		X	
2.Ryzyko popytu na elementy komercyjne	X		
3.Ryzyko niewłaściwego utrzymania/zarządzania		X	
4.Ryzyko nieefektywnej współpracy z podwykonawcami		X	
5.Ryzyko deficytu zasobów ludzkich i materialnych w celu realizacji Projektu		X	
6.Ryzyko niemożliwości świadczenia odpowiedniej ilości usług niż przewidziana w umowie PPP		X	
7.Ryzyko niemożliwości świadczenia usług o odpowiedniej jakości i w odpowiednim standardzie przewidzianym w umowie PPP		X	
8.Ryzyko związane ze zmianą struktury właścicielskiej poszczególnych składników środka trwałego	X		
9.Ryzyko zmian w zakresie stosowanej technologii i rozwiązań			X
10.Ryzyko znacznego pogorszenia stanu środków trwałych lub ich wyposażenia			X

11.Ryzyko zwiększenia kosztów		**X**	
12.Ryzyko zmian prawnych	**X**		
13.Ryzyko braku zgodności z przepisami BHP i Polskimi Normami		**X**	
14.Ryzyko protestów społecznych i strajków			**X**
15.Ryzyko zmian meteorologicznych			**X**

9.5.3 Ryzyka ogólnorynkowe

RYZYKO	**PODMIOT PUBLICZNY**	**PARTNER PRYWATNY**	**RYZYKO DZIELONE**
1.Ryzyko nieotrzymania lub utraty finansowania		**X**	
2.Ryzyko zmiany podatków	**X**		
3.Ryzyko wystąpienia waloryzacji lub inflacji	**X**		
4.Ryzyko określenia niewłaściwego przedmiotu zamówienia	**X**		
5.Ryzyko związane ze sposobem i jakością prowadzenia postępowania	**X**		
6.Ryzyko zakończenia stosunku prawnego wynikającego z umowy PPP			**X**

10. HARMONOGRAM WDROŻENIA PROJEKTU – MODEL TRADYCYJNY I MODEL PPP

Wskazujemy, że poniższe harmonogramy nie uwzględniają przesunięcia terminów wynikającego z postępowań, które mogą toczyć się przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed właściwym sądem okręgowym.

WSTĘPNY HARMONOGRAM PRZYGOTOWANIA I PRZEPROWADZENIA POSTĘPOWANIA W FORMULE PPP		
	FAZA / CZYNNOŚĆ	CZAS
	FAZA I. PRZEPROWADZENIE ANALIZ PRZEDREALIZACYJNYCH	
1.	• badanie koncepcji Projektu przyjętej przez Promotora • model współpracy z partnerem prywatnym ○analiza dot. wprowadzenia elementów komercyjnych ○podział zadań i ryzyk między stroną prywatną i publiczną ○propozycje montażu finansowego na etap inwestycyjny ○wstępny mechanizm wynagradzania partnera prywatnego ○rekomendacje co do możliwości pozabilansowego ujęcia zobowiązań Podmiotu Publicznego ○korzyści z realizacji Projektu w formule PPP	150 dni
2.	• testowanie rynku ○akceptacja i zamieszczenie ogłoszenia o dialogu technicznym ○spotkania z potencjalnymi wykonawcami ○analiza zainteresowania podmiotów prywatnych Projektem oraz określenie warunków brzegowych inwestorów ○przygotowanie raportu z testowania rynku	
3.	• przygotowanie całościowego raportu z analiz przedrealizacyjnych • akceptacja raportu przez Zamawiającego i Promotora	
	FAZA II. PRZYGOTOWANIE DOKUMENTACJI POSTĘPOWANIA PPP	
1.	• projekt ogłoszenia o zamówieniu ○opis potrzeb i wymagań ○opis warunków udziału w postępowaniu ○opis sposobu oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ○kryteria oceny wniosków ○akceptacja ogłoszenia przez Zamawiającego • ogłoszenie postępowania na wybór partnera	45 dni
2.	• przygotowanie przez partnerów prywatnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu • metodyka oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu • projekty odpowiedzi na pytania wykonawców do opublikowanego ogłoszenia	55 dni
3.	• badanie i ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	35 dni
4.	• opracowanie pisemnych zapytań dotyczących uzupełnienia wniosków	30 dni

	• uzupełnienie wniosków i ponowna ocena	
5.	• przedstawienie rekomendacji wyboru partnerów prywatnych w celu zaproszenia do dialogu konkurencyjnego • akceptacja rekomendacji • rozstrzygnięcie prekwalifikacji	20 dni
FAZA IV. PRZYGOTOWANIE DOKUMENTACJI APLIKACYJNEJ KONIECZNEJ DO POZYSKANIA FINANSOWANIA Z FUNDUSZY UE		
1.	• przygotowanie wniosku o dofinansowanie wraz z wymaganymi załącznikami • uzupełnienie / poprawienie wniosków na etapie oceny	ok. 90 dni
FAZA V. PRZYGOTOWANIE I PRZEPROWADZENIE DIALOGU Z PARTNERAMI PRYWATNYMI ORAZ PRZYGOTOWANIE ZAPROSZENIA DO SKŁADANIA OFERT		
1.	• opracowanie dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia dialogu ○memorandum informacyjnego ○regulaminu prowadzenia dialogu ○harmonogramu ○projektu umowy PPP ○modelu finansowego ○metodyki oceny ofert	55 dni
2.	• akceptacja przez Zamawiającego i Promotora dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia dialogu ○uwzględnienie uwag Promotora i Zamawiającego	30 dni
3.	• I runda dialogu konkurencyjnego ○przygotowanie prezentacji, materiałów informacyjnych na I rundę dialogu ○przygotowanie zagadnień do I rundy dialogu ○przygotowanie projektu zaproszenia dla partnerów prywatnych ○akceptacja przez Zamawiającego i Promotora ○wysłanie zaproszenia wraz z materiałami do partnerów prywatnych ○termin na przygotowanie się partnerów do I rundy ○przeprowadzenie I rundy dialogu	30 dni
4.	• II runda dialogu konkurencyjnego ○rekomendacja ws. dalszego postępowania po I rundzie ○aktualizacja dokumentów (m.in. umowy PPP i modelu finansowego) ○akceptacja zaktualizowanych dokumentów ○przygotowanie prezentacji, materiałów informacyjnych na II rundę dialogu ○przygotowanie zagadnień do II rundy dialogu ○przygotowanie projektu zaproszenia dla partnerów prywatnych ○akceptacja materiałów na II turę ○wysłanie zaproszenia wraz z materiałami do partnerów prywatnych ○przeprowadzenie II rundy dialogu	45 dni
5.	• III runda dialogu konkurencyjnego ○rekomendacja ws. dalszego postępowania po II rundzie ○aktualizacja dokumentów (m.in. umowy PPP i modelu finansowego) ○akceptacja zaktualizowanych dokumentów ○przygotowanie prezentacji, materiałów informacyjnych na III rundę dialogu ○przygotowanie zagadnień do III rundy dialogu ○przygotowanie projektu zaproszenia dla partnerów prywatnych ○akceptacja materiałów na III rundę ○wysłanie zaproszenia wraz z materiałami do partnerów prywatnych • przeprowadzenie III rundy dialogu	45 dni
6.	• przygotowanie kompletnej dokumentacji na potrzeby zaproszenia do składania ofert, w tym: ○ostateczna wersja umowy ○SIWZ ○PFU	40 dni

	○formularz ofertowy • akceptacja ostatecznej wersji dokumentacji	
FAZA VI. SKŁADANIE, OCENA OFERT, ROZSTZYGNIĘCIE POSTĘPOWANIA, PRZYGOTOWANIE I ZAWARCIE UMOWY PPP		
1.	• zaproszenie do składania ofert • opracowanie projektów pisemnych odpowiedzi na pytania zgłaszane przez partnerów prywatnych do treści SIWZ • złożenie ofert	100 dni
2.	• badanie i ocena otrzymanych ofert • rekomendacja wyboru najkorzystniejszej oferty • akceptacja rekomendacji wyboru • przeprowadzenie porównania rekomendowanej oferty z tradycyjną teoretyczną metodą realizacji Projektu (analiza korzyści, niezbędnych przesłanek do zawarcia umowy PPP przez Podmiot Publiczny, skutków finansowych dla Promotora) • akceptacja PSC • wybór partnera prywatnego	70 dni
3.	• zawarcie umowy PPP	21 dni
FAZA VIII. ZAMKNIĘCIE FINANSOWE PROJEKTU		
1.	• wsparcie Promotora w zakresie zamknięcia finansowego Projektu	90 dni

Źródło: opracowanie własne.

WSTĘPNY HARMONOGRAM PRZYGOTOWANIA I PRZEPROWADZENIA POSTĘPOWANIA W FORMULE TRADYCYJNEJ		
	FAZA / CZYNNOŚĆ	CZAS
FAZA I. PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE		
1.	• opracowanie PFU realizacji części inwestycyjnej Przedsięwzięcia ○weryfikacja posiadanej przez Promotora dokumentacji koncepcyjnej (wielobranżowej) ○sporządzenie dodatkowych elementów PFU niewynikających z posiadanej dokumentacji • dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z PZP • oszacowanie wartości zamówienia • przygotowanie kompletnej dokumentacji na potrzeby zaproszenia do składania ofert, w tym: ○istotne postanowienia umowy o zamówienie publiczne ○SIWZ ○PFU ○formularz ofertowy	ok. 4-6 miesięcy
FAZA II. PRZEPROWADZENIE PROCEDURY WYBORU WYKONAWCY DLA REALIZACJI ETAPU INWESTYCYJNEGO PROJEKTU - PREKWALIFIKACJA		
1.	• publikacja ogłoszenia o zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym UE zgodnie z art. 11 PZP	ok. 30 dni
2.	• składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	min. 30 dn

3.	• badanie i ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	45 dni
4.	• wezwania do uzupełnienia wniosków	25 dni
5.	• rozstrzygnięcie prekwalifikacji	20 dni
FAZA III. SKŁADANIE, OCENA OFERT, ROZSTZYGNIĘCIE POSTĘPOWANIA, WYBÓR WYKONAWCY DLA REALIZACJI ETAPU INWESTYCYJNEGO PROJEKTU		
1.	• zaproszenie do składania ofert • opracowanie projektów pisemnych odpowiedzi na pytania zgłaszane przez wykonawców do treści SIWZ • złożenie ofert	100 dni
2.	• badanie i ocena otrzymanych ofert • wybór najkorzystniejszej oferty	60 dni
3.	• zabezpieczenie odpowiednich środków finansowych na realizację zamówienia • przygotowanie i zawarcie umowy o zamówienie publiczne	21 dni
FAZA IV. ETAP INWESTYCYJNY PROJEKTU		
1.	• zaprojektowanie Inwestycji • roboty budowlane • zakończenie etapu inwestycyjnego	ok. 3 lat
FAZA V. ETAP INWESTYCYJNY PROJEKTU – PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA, WYBÓR WYKONAWCY, ZAWARCIE UMOWY, ROZPOCZĘCIE UTRZYMANIA		
1.	• wybór wykonawcy nastąpi w ramach przetargu ograniczonego, zaś wszelkie etapy przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy dla realizacji etapu utrzymania będą tożsame z przeprowadzonym postępowaniem dla etapu inwestycyjnego	Jak wyżej.

Źródło: opracowanie własne.

Wydłużony okres etapu przygotowawczego w stosunku do modelu PPP spowodowany jest koniecznością samodzielnego opracowania dokumentów przez Promotora.

Ponadto przyjęto, że sporządzenie dokumentacji aplikacyjnej o ubieganie się o dotację UE dla każdego z etapów – inwestycyjnego i utrzymaniowego w harmonogramie dla modelu tradycyjnego zostanie wykonane najpóźniej do dnia zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

11. REKOMENDOWANY MODEL WSPÓŁPRACY

11.1 Optymalny zakres Przedsięwzięcia

Przedsięwzięcie dotyczy realizacji zadania publicznego realizowanego przez Miasto oraz ZIM jako jednostkę budżetową w zakresie jej zadań statutowych (realizator), a także zostało ujęte w WPF w wykazie przedsięwzięć (w rozumieniu UFP). Partner prywatny – zgodnie z umową PPP – zostanie zobowiązany do wybudowania (według projektu budowlanego przedstawionego przez Promotora z ewentualnymi jego optymalizacjami), a także do sfinansowania oraz utrzymania (w zakresie przewidzianym przez Promotora) wytworzonej infrastruktury (budynek COI).

Tak sformułowany zakres Przedsięwzięcia wpisuje się w definicję „umowy odpłatnej" w rozumieniu przepisów PZP oraz „przedsięwzięcia" w rozumieniu ustawy o PPP. W ramach realizowanego Przedsięwzięcia – zgodnie z wymogami ustawowymi – jego zakres będzie obejmować budowę lub remont danego obiektu oraz infrastruktury (por. art. 2 pkt 4 lit. a i d

Ustawy o PPP) wraz z przeniesieniem zadań z zakresu utrzymania wskazanej w umowie PPP infrastruktury (por. art. 2 Ustawy o PPP). W tym modelu, budowa obiektu (infrastruktury) jest w pewnym sensie środkiem służącym do osiągnięcia celu głównego, jakim jest świadczenie usług związanych z Inwestycją. W Przedsięwzięciu ryzyko sfinansowania Projektu PPP będzie przeniesione na stronę prywatną, co wpisuje się w dyrektywę wynikającą z art. 7 ust. 1 Ustawy o PPP. Co więcej, rekomendowany model wynagrodzenia partnera prywatnego w tym Przedsięwzięciu determinuje tryb wyboru partnera prywatnego (w modelu „zamówieniowym"), bowiem w naszej ocenie partner prywatny nie powinien ponosić znaczącego ryzyka operacyjnego transakcji (por. art. 4 ust. 2 Ustawy o PPP). Optymalną formułą realizacji zadania jest przeniesienie realizacji zadań związanych z zarządzaniem parkingiem na stronę prywatną (obowiązek świadczenia), przy jednoczesnym zastrzeżeniu że dochody z tej działalności staną się dochodem Podmiotu Publicznego.

Jakkolwiek przepisy Ustawy o PPP umożliwiają realizację partnerstwa publiczno-prywatnego także w formie spółki celowej (por. art. 14-16 Ustawy o PPP), to w naszej ocenie zawiązanie spółki kapitałowej nie jest rozwiązaniem korzystnym z perspektywy korzyści publicznej. Miasto nie będzie bowiem rozporządzać nieruchomością (wkładem własnym) jako wkładem niepieniężnym do SPV w zamian za udziały we wspólnej spółce, nie ma potrzeby, aby miasto wykonywało uprawnienia kontrolne jako wspólnik SPV, zwłaszcza jeśli np. poprzez mechanizm podwyższania kapitału zakładowego w SPV istniałoby ryzyko przejęcia kontroli przez Miasto nad SPV. Ponieważ programy wieloletnich podwyższeń kapitału zakładowego w SPV mogą budzić wątpliwości na gruncie reguł pomocy publicznej oraz finansów publicznych, w naszej ocenie można osiągnąć pozytywny skutek dla budżetu Krakowa, wyodrębniając w modelu wynagrodzenia partnera prywatnego element „wydatku majątkowego"[56].

Warto zwrócić uwagę, że Ustawa o PPP w art. 7 umożliwia wyodrębnienie w wynagrodzeniu partnera prywatnego wyodrębnienie „wydatku majątkowego" w rozumieniu przepisów UFP, jeśli warunki dotyczące własności składnika majątkowego (np. podmiot publiczny będzie właścicielem majątku oraz „nabywcą" robót lub inwestycji w okresie umowy) oraz prawidłowego wyodrębnienia świadczeń w modelu wynagrodzenia. Takie elementy zostały uwzględnione w rekomendowanym przez Doradcę modelu własnościowym Projektu oraz mechanizmie wynagrodzenia.

11.2 Sposób rozporządzenia nieruchomością w Przedsięwzięciu

Analizując sposób rozporządzenia nieruchomością w Przedsięwzięciu, w naszej ocenie wystarczającą podstawą dla udostępnienia nieruchomości w realizację Przedsięwzięcia (realizacji robót, następnie eksploatacji samego obiektu) będzie umowa PPP. Ze względu na fakt, że podstawowe relacje prawne i finansowe w tym Przedsięwzięciu będą regulowane umową o PPP, a także ze względu na charakter usług świadczonych na majątku w okresie eksploatacji (np. usługi „facility management", remonty, czy bieżąca konserwacja obiektu), nie

[56] Warto zwrócić uwagę, że podwyższenie kapitału zakładowego stanowi inny schemat pomocy publicznej, niż wynagrodzenie przekazywane w formie rekompensaty za świadczenie usługi publicznej, a co za tym idzie inne warunki powinny zostać spełnione dla dokonania dokapitalizowania, a inne dla wypłaty wynagrodzenia.

ma potrzeby, aby w tej transakcji sięgać do instrumentów, takich jak dzierżawa, najem, użyczenie. Nie ma potrzeby, aby ustanawiać odrębny tytuł prawny, który generowałby dodatkowe przepływy pomiędzy stronami, a także – ze względu na strukturę wynagrodzenia - i tak zostałby uwzględniony przez partnera prywatnego w koszcie wynagrodzenia płaconego z budżetu Podmiotu Publicznego – GMK. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby umowa PPP zawierała szczegółowy mechanizm rozliczeń (także w zakresie podziału ewentualnych dodatkowych dochodów uzyskiwanych przez partnera prywatnego – o ile takie przychody wystąpiłyby w Projekcie). Warto przy tym pamiętać, że w ramach Projektu zostało wydane pozwolenie na budowę. Umowa PPP może być tytułem prawnym potwierdzającym możliwość prawną prowadzenia robót na terenie nieruchomości należącej do Miasta (tytuł do korzystania z nieruchomości na cele prowadzenia robót).

11.3 Kwestia podatku od nieruchomości

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 Ustawy o podatkach i opłatach lokalnych podatnikami podatku od nieruchomości są osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne, w tym spółki nieposiadające osobowości prawnej, będące **posiadaczami nieruchomości lub ich części albo obiektów budowlanych lub ich części,** stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, jeżeli posiadanie wynika z umowy zawartej z właścicielem, Agencją Nieruchomości Rolnych lub z innego tytułu prawnego, z wyjątkiem posiadania przez osoby fizyczne lokali mieszkalnych niestanowiących odrębnych nieruchomości, albo jest bez tytułu prawnego, z zastrzeżeniem wskazanym w Ustawie o podatkach i opłatach lokalnych.

Jednocześnie, zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt. 15 Ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, zwalnia się z obowiązku podatkowego (w zakresie podatku od nieruchomości), grunty i budynki lub ich części, stanowiące własność gminy, z wyjątkiem zajętych na działalność gospodarczą lub będących w posiadaniu innych niż gmina jednostek sektora finansów publicznych oraz pozostałych podmiotów.

Jak wynika z informacji dot. nieruchomości, jej właścicielem jest Miasto Kraków. Jak rozumiemy, ZIM nie jest obecnie trwałym zarządcą obiektu. Stąd też, w naszej Analizie przyjęliśmy że to Miasto pozostanie właścicielem nieruchomości (a także głównym użytkownikiem posiadanych obiektów), a, co do zasady, obiekt nie służy wykonywaniu działalności gospodarczej, a jest obiektem przeznaczonym dla administracji publicznej.

Zwracamy uwagę, że zaproponowanej przez nas strukturze transakcji, partner prywatny nie dysponuje majątkiem na podstawie odrębnego tytułu prawnego (dzierżawy, użyczenia, najmu) partner prywatny wyłącznie świadczy określone usługi na majątku pozostającym własnością Promotora. Z tej perspektywy, partner prywatny nie będzie posiadaczem (ani samoistnym, ani zależnym) nieruchomości oraz obiektu w rozumieniu przepisów KC oraz Ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, a jego rola sprowadzi się do wykonywania określonych czynności na majątku miejskim. Z tej perspektywy w naszej ocenie partner prywatny nie będzie podatnikiem

w rozumieniu przepisów Ustawy o podatkach i opłatach lokalnych [57].Powyższe założenia uwzględniają zatem sytuację, w której pożytki z komercjalizacji powierzchni w ramach Obiektu czerpie w całości Partner Publiczny.

Na marginesie zwracamy uwagę, że w przypadku czerpania choćby częściowych korzyści z komercjalizacji przez partnera prywatnego, istnieje ryzyko uznania go za podatnika tj. posiadacza nieruchomości, wykorzystującego ją w prowadzonej działalności gospodarczej. W takim przypadku oraz w przypadku ustanowienia odrębnego tytułu prawnego (takiego jak dzierżawa nieruchomości) (tj. przeniesienia na partnera prywatnego ryzyka zapłaty podatku od nieruchomości w całym okresie umowy), ze względu na wybrany model wynagrodzenia - partner prywatny uwzględni równowartość uiszczonego podatku w swojej ofercie. Innymi słowy, partner prywatny przeniesie ekonomiczny skutek podatkowy na podmiot publiczny). Ponadto, ze względu na ryzyko wzrostu podatku w okresie długoletniej umowy, partnerzy prywatni oczekiwaliby wprowadzenia do umowy konstrukcji przenoszącej ryzyko wzrostu podatku od nieruchomości na stronę publiczną.

11.4 Rekomendowany model finansowo-ekonomiczny Projektu

Partner prywatny będzie zobowiązany do zapewnienia wymaganego finansowania w pełnej wysokości, obejmującego koszty budowy, wymogi kapitałowe wynikające z umów kredytowych oraz kwestii podatkowych (podatek dochodowy oraz podatek VAT od usługi budowlanej).

Ewentualna dotacja ze środków UE bądź jakiekolwiek inne preferencyjne finansowanie mają charakter wyłącznie dobrowolny i nie mogą stanowić warunku koniecznego do sfinansowania kosztów ponoszonych w związku z realizacją usługi budowlanej (partner prywatny będzie zobowiązany do zapewnienia finansowania w pełnej wymaganej wysokości). Ryzyko zapewnienia finansowania powinno być w całości przeniesione na partnera prywatnego.

Model wynagrodzenia partnera prywatnego powinien zostać wypracowany w oparciu o opłatę za dostępność, przy czym mechanizm wynagradzania powinien przewidywać:

– podział wynagrodzenia partnera prywatnego na 3 składowe: wydatki majątkowe (wydatki związane z usługą budowy) oraz wydatki bieżące dotyczące usługi utrzymaniowej oraz usługi finansowania (również wyraźnie wydzielone);

– pomniejszenia związane z jednej strony z naliczeniem kar określonych w umowie PPP, z drugiej strony wynikające z wygenerowania dodatkowych przychodów w związku z np. działalnością komercyjną (choć jak wskazano w raporcie Doradca nie rekomenduje, choć nie wyklucza, jej wprowadzenia jako części Przedsięwzięcia);

[57] Posiadacz zależny włada w swoim imieniu i interesie innym niż własność prawem, z którym łączy się władztwo nad cudzą rzeczą, o tyle dzierżyciel włada faktycznie rzeczą za i dla kogo innego. Różny element woli oddaje najlepiej rzymska paremia, która określa wolę dzierżyciela jako „animus possidendi pro alieno". Dzierżycielem jest pracownik w stosunku do narzędzi powierzonych mu przez pracodawcę, przechowawca czy *negotiorum gestor* w stosunku do rzeczy zastąpionego (tak: J. Gudowski, *Komentarz do art. 338 Kodeksu cywilnego, teza 1, Lex*).

– przypadki będące podstawą do rekalkulacji wynagrodzenia w oparciu o zaktualizowany model finansowy partnera prywatnego.

Płatność opłaty za dostępność będzie następowała w odstępach miesięcznych przez cały okres obowiązywania umowy PPP, a warunkiem jej rozpoczęcia jest wykonanie i odbiór przez Podmiot Publiczny usługi budowlanej, zrealizowanej zgodnie z wymaganiami umowy PPP. Z drugiej strony płatność opłaty za dostępność warunkowana będzie właściwym wywiązywaniem się z warunków umowy PPP w okresie eksploatacji, w tym przede wszystkich zapewnienie określonego w umowie PPP standardu świadczenia usług utrzymaniowych (w tym KPI).

12. TRYB WYBORU PARTNERA PRYWATNEGO (DIALOG KONKURENCYJNY)

12.1 Dialog konkurencyjny jako optymalna forma wyboru partnera prywatnego

Dialog konkurencyjny stanowi elastyczne i bezpieczne narzędzie prawne wyboru partnera prywatnego oraz ustalenia ostatecznego kształtu i struktury projektu. Co ważne, ryzyko kwestionowania ważności trybu i samej umowy PPP zawartej w wyniku przeprowadzenia dialogu konkurencyjnego jest niewielkie. Zgodnie z PZP, dialog może dotyczyć wszystkich aspektów zamówienia (m.in. prawnych, technicznych i ekonomiczno-finansowych). Dzięki temu, nie jest konieczne określenie precyzyjnych warunków zamówienia przed rozpoczęciem dialogu, a kryteria oceny ofert mogą zostać wskazane w sposób ogólny (także poprzez uszeregowanie ważności kryteriów bez wskazywania ich konkretnych wag). Po zakończeniu dialogu zamawiający zaprasza uczestników dialogu do składania ofert. Doradca zaznacza, iż tryb ten rekomendowany jest przez Komisję Europejską przy realizacji przedsięwzięć PPP.

12.2 Cechy ogólne

Skorzystanie z procedury dialogu konkurencyjnego możliwe jest w przypadku zamówień szczególnie złożonych. Zgodnie z art. 60b ust. 1 PZP przesłankami udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego jest zajście co najmniej jednej z okoliczności określonych w art. 55 ust. 1 PZP, tj.[58] **zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami.**

[58] Pozostałe przesłanki, to m.in. (i) sytuacja gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 4 lub 5 PZP lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione; (ii) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP; (iii) rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego; (iv) roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne; a także (v) jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP, wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. d PZP, lub referencji technicznej.

Dialog konkurencyjny został uregulowany na nowo w PZP na skutek implementacji postanowień Dyrektywy klasycznej[59], stąd zarówno warunki jego zastosowania jak również etapy procedury powinny być odczytywane w świetle jej postanowień. Jak wskazano w pkt 42 i 43 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE dialog konkurencyjny został wprowadzony z myślą o sytuacjach, „w których procedura otwarta lub ograniczona bez negocjacji prawdopodobnie nie przyniosą zadowalających wyników w zakresie zamówień. Należy pamiętać, że w ciągu ostatnich lat wykorzystanie dialogu konkurencyjnego znacznie się zwiększyło pod względem wartości zamówień. Dialog ten okazuje się użyteczny w przypadkach, w których instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych. Do takiej sytuacji może dojść w szczególności w przypadku projektów innowacyjnych, realizacji dużych projektów zintegrowanej infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów wymagających złożonego i ustrukturyzowanego finansowania. (…) Jeżeli chodzi o zamówienia na roboty budowlane, sytuacje takie obejmują roboty budowlane, których przedmiotem są niestandardowe budynki, lub przypadki, w których roboty budowlane obejmują projektowanie lub rozwiązania innowacyjne. Jeżeli chodzi o usługi lub dostawy wymagające prac dostosowawczych lub projektowych, wartościowym rozwiązaniem może być wykorzystanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego.”.

Nie ulega wątpliwości, że procedura ta została wprowadzona przede wszystkim w związku z realizowaniem projektów w formule PPP, ponieważ to właśnie w nich najczęściej będzie dochodziło do sytuacji, w których zamawiający nie będzie w stanie z góry określić szczegółów np. związanych z finansowaniem projektu. Cechą charakterystyczną dialogu konkurencyjnego jest możliwość ustalania i negocjowania warunków zamówienia z wybranymi w procesie kwalifikacji podmiotowej wykonawcami, co sprawia, że zawiera on w sobie elementy procedury ograniczonej (art. 47 i nast. PZP) oraz negocjacji z ogłoszeniem (art. 54 i nast. PZP). Zakres przedmiotowy przedsięwzięcia i wymaganych dokumentów na potrzeby przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który poddany jest pod dyskusję z potencjalnymi wykonawcami w przypadku dialogu nie musi być ściśle i konkretnie sformułowany. W praktyce oznacza to, że zamawiający nie musi na etapie przystępowania do niego, jeszcze przed jego rozpoczęciem, przygotować, np. specyfikacji istotnych warunków zamówienia[60]. Jeśli chodzi zaś o negocjacje z ogłoszeniem już na etapie ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający ma obowiązek dokładnego sporządzenia dokumentacji przetargowej[61] tak, by wykonawcy celem wzięcia udziału w tychże negocjacjach złożyli już wstępne oferty[62]. Sam zakres negocjacji jest węższy i ogranicza się wyłącznie do doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy[63]. Co

[59] Por. art. 30 Dyrektywy klasycznej.
[60] Por. art. 60d ust. 5 PZP określający, co obligatoryjnie zawiera zaproszenie do dialogu; dopiero w art. 60e ust. 3 PZP na etapie zaproszenia do składania ofert ustawodawca wskazuje, iż zamawiający powinien załączyć SIWZ.
[61] Por. art. 55a PZP.
[62] Por. art. 54 ust. 1 PZP.
[63] Por. art. 58 ust. 2 PZP.

więcej, z uwagi na szerszy zakres przedmiotowy dialogu, zgodnie z art. 60e ust. 1 PZP zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, które z nich najbardziej spełnia jego potrzeby. Zaś z czynnością składania ofert mamy do czynienia dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert po zakończeniu dialogu (bez składania ofert wstępnych).

12.3 Wymagania dotyczące ogłoszenia oraz dokumentu opisowego

Jak zostało wskazane, dialog konkurencyjny zawiera w sobie elementy procedury ograniczonej, które dotyczą przede wszystkim publikacji ogłoszenia oraz etapu tzw. kwalifikacji podmiotowej wykonawców.

Do treści ogłoszenia o zamówieniu zastosowanie znajdują odpowiednio wymagania zawarte w art. 48 ust. 2 PZP wraz z obowiązkiem wskazania tzw. dokumentu opisowego. Biorąc pod uwagę fakt, że Podmiot Publiczny jedynie na podstawie ogłoszenia będzie dokonywał kwalifikacji podmiotowej wykonawców, ogłoszenie powinno zawierać warunki udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, ich znaczenia – również dokumenty i oświadczenia, jakich przedłożenia żąda we wniosku w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków.

Istotnym elementem ogłoszenia są również kryteria oceny ofert. W przypadku dialogu konkurencyjnego nie może to być wyłącznie cena. W dialogu konkurencyjnym Miasto powinno określić wyczerpująco katalog kryteriów wraz z podaniem ich znaczenia. W tym przypadku nie jest jednak niezbędne podawanie konkretnych wag przypisywanych kryteriom a jedynie podanie kryteriów w kolejności przypisywanego im znaczenia[64]. Skoro bowiem nie jest na tym etapie znana dokładna struktura Przedsięwzięcia, trudno wymagać, aby Podmiot Publiczny wskazał precyzyjnie wszystkie elementy dotyczące oceny przyszłych ofert. Z drugiej strony jego obowiązkiem jest zapewnienie w możliwie pełnym zakresie realizacji zasady przejrzystości prowadzonego postępowania, a tym samym przekazania wszystkim potencjalnym wykonawcom możliwie pełnych informacji pozwalających im przygotować się na równych warunkach do udziału w postępowaniu. Wskazane kryteria oceny ofert i ich znaczenie (o ile znaczenie zostanie już określone na tym etapie postępowania) nie powinno ulec zmianie w trakcie postępowania.

W ogłoszeniu o zamówieniu należy również umieścić informacje pozwalające wykonawcom na przygotowanie się do dialogu. Tzw. opis potrzeb i wymagań Podmiotu Publicznego powinien zawierać podstawowe założenia, co do przyszłych warunków zamówienia wraz z określeniem obszarów, jakich dotyczyć będzie dialog. Podstawowym założeniem Promotora jest realizacja Przedsięwzięcia w modelu zaprojektuj, wybuduj, sfinansuj, utrzymaj przy jednoczesnym ograniczeniu do minimum gwarancji ze strony Podmiotu Publicznego.

[64] Por. art. 60c ust. 1a PZP.

Opis potrzeb i wymagań powinien zatem zawierać, poza aspektami technicznymi możliwymi do zdefiniowania na obecnym etapie, podstawowe założenia finansowo-prawne realizacji Przedsięwzięcia, do których należy w szczególności:

(a) wskazanie Miasta \ Promotora jako zamawiającego;

(b) określenie zakresu zadań, które zostaną powierzone partnerowi prywatnemu;

(c) wskazanie lokalizacji Przedsięwzięcia;

(d) wskazanie dopuszczalnych i rozważanych na wstępnym etapie rozwiązań instytucjonalnych realizacji Przedsięwzięcia, w tym np. dopuszczenie lub brak utworzenia spółki wspólnie przez Promotora i partnera prywatnego;

(e) określenie przewidywanych zasad finansowania Przedsięwzięcia;

(f) wskazanie ryzyk oraz ich przewidywanego podziału;

(g) wskazanie potencjalnych źródeł przychodów partnera prywatnego, w tym np. ewentualnego wykorzystania części komercyjnej.

W celu lepszego przygotowania zainteresowanych przedsiębiorców wydaje się właściwym wskazanie celów, które zamierza osiągnąć Promotor w wyniku dialogu. Nie ulega wątpliwości, że jednym z nich jest realizacja Przedsięwzięcia w sposób, który w najmniejszym możliwym zakresie, a najlepiej w ogóle, nie wpłynie negatywnie na poziom jego wskaźników finansowych.

Dokument będący opisem potrzeb i wymagań stanowi punkt wyjścia do dalszych dyskusji z zakwalifikowanymi przedsiębiorcami. Jego zasadnicze założenia nie powinny ulec zmianie w trakcie procedury, jednak zakres możliwych do wprowadzenia zmian leży w gestii Podmiotu Publicznego. Istotne jest to, aby wprowadzane zmiany (i) nie dotyczyły podstawowych założeń Przedsięwzięcia oraz (ii) stanowiły przedmiot dialogu.

12.4 Kryteria prekwalifikacji

Doradca przedstawił wstępną propozycję katalogu kryteriów prekwalifikacji potencjalnych partnerów prywatnych do dialogu konkurencyjnego, która stanowi podstawę (punkt wyjścia) dla formułowania ogłoszenia o zamówieniu. Rekomendujemy ograniczenie liczby uczestników dialogu konkurencyjnego do 3 podmiotów. Jest to liczba dopuszczalna przepisami PZP, a umożliwi sprawne przeprowadzenie dialogu, przy zachowaniu konkurencyjności wyboru oferentów, co jest celem zarówno Promotora, jak i Doradcy. Kryteria kwalifikacji a także obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów w zakresie zdolności technicznej powinny naszym zdaniem pozwolić na wybór wykonawców doświadczonych nie tylko w budownictwie kubaturowym, ale także w realizacji projektów PPP (należy także rozstrzygnąć jakie wymogi zostaną poddane ocenie, np. niezbędne zasoby ludzkie i techniczne, doświadczenia umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości). Konieczne jest zatem stosowne sformułowanie ogłoszenia w tym zakresie, jednocześnie pamiętając o tym, by nie narazić się na zarzut zawężenia rynku i ograniczenia konkurencji. Finansowe kryteria kwalifikacji (warunki udziału) powinny pozwolić na wybór stabilnego finansowo wykonawcy i powinny być także propocjonalne do wielkości Przedsięwzięcia.

12.5 Dopuszczalny zakres zmian i modyfikacji

Na podstawie informacji uzyskanych w trakcie dialogu, w tym przede wszystkim dotyczących oczekiwań przedsiębiorców oraz po ich skonfrontowaniu z założeniami i celami, Promotor dokona ostatecznego opisu warunków zamówienia. Należy podkreślić, że Podmiot Publiczny jako zamawiający nie ma obowiązku ukształtowania tych warunków zgodnie z przekazanymi przez przedsiębiorców postulatami. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby poza warunkami brzegowymi również przyjęte na wstępie założenia pozostały niezmienione. Jednak w takim przypadku należy liczyć się z ograniczonym zainteresowaniem na etapie składania ofert.

Istotne jest, aby na etapie dialogu wypracować rozwiązanie, które przyczyni się do stworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na podstawie której przedsiębiorcy będą składali wiążące oferty. Co prawda możliwe jest jeszcze doprecyzowanie i wyjaśnienie treści zawartych w ofertach w toku ich badania i oceny, jednak nie może to prowadzić do istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warto podkreślić, iż także po wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z nowowprowadzonym art. 60f PZP zamawiający w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w wybranej ofercie może negocjować ostateczne warunki umowy, jeśli również – podobnie jak na etapie badania i oceny ofert – nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty, zmianami potrzeb i wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub dyskryminacji pozostałych wykonawców.

12.6 Proponowany zarys trybu

Dialog konkurencyjny rozpocznie się publikacją publicznego ogłoszenia o zamówieniu. Następnie zamawiający przeprowadza z wybranymi przez siebie wykonawcami w kliku rundach negocjacje - dialog.

Przewidujemy, iż zostanie on poprzedzony zidentyfikowaniem aspektów Projektu, które z punktu widzenia ustalenia jego optymalnej struktury przede wszystkim dla Promotora, ale także partnerów prywatnych, powinny zostać omówione w trakcie dialogu, a w rezultacie odzwierciedlone w umowie PPP. W tym celu, przed przystąpieniem do dialogu, Doradca przygotuje memorandum informacyjne.

Dialog będzie przeprowadzany przy zachowaniu najlepszych standardów postępowania określonych w PZP, zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji, zasadę przejrzystości/transparentności i identycznego traktowania wykonawców (między innymi przez przedstawienie takiej samy agendy spotkań każdemu z uczestników oraz jednakowy przepływ informacji na temat stanu dialogu pomiędzy Promotorem oraz każdym uczestnikiem). Żaden z partnerów prywatnych nie będzie dyskryminowany, każdy będzie posiadał uprawnienia do zgłaszania dodatkowych kwestii do dyskusji, co może być korzystne dla Promotora.

Należy prowadzić go nie tylko z założeniem zebrania stanowiska partnerów prywatnych na temat preferowanych modeli Projektu, ale także w celu otrzymania szczegółowego stanowiska uczestników co do potrzeb i wymagań określonych przed rozpoczęciem dialogu przez

Promotora. W ramach formowania optymalnego SIWZ, Doradca będzie gromadził i analizował na bieżąco informacje otrzymywane od uczestników.

Kluczowe jest właściwe przygotowanie spotkań z partnerami prywatnymi - podzielenie tematyki na zagadnienia prawne, finansowe, techniczne – dobór na spotkaniach odpowiednich osób. Zaplanowanie nie tylko najbliższego spotkania, ale również następnych - komunikacja z partnerami prywatnymi ws. ich oczekiwań co do następnych spotkań – tak, aby mogli zacząć przygotowywać się i nawet przed spotkaniem przesłać swoje propozycje, które omówione zostałyby już na spotkaniu. Możliwe jest również jednoczesne prowadzenie dyskusji, np. w zakresie technicznym i finansowym. Celem przyjętych rozwiązań powinno być otrzymanie przez Promotora możliwie najlepszej oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym zapewnieniu bezpieczeństwa prawnego, technicznego oraz ekonomiczno-finansowego.

Przepisy prawa nie określają maksymalnego czasu trwania dialogu – wskazując przy tym, iż dialog powinien zakończyć się, gdy zamawiający uzyska informacje, które pozwolą mu określić rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby i będzie on w stanie sporządzić SIWZ. Biorąc pod uwagę nasze doświadczenie w dużych projektach PPP, przewidujemy przeprowadzenie 3 tur dialogu oraz ich uzupełnienia – ewentualnie – o czwartą turę pisemną, w której uczestnicy przedstawią swoje finalne stanowiska, do dokumentacji i informacji zaprezentowanych w trakcie dialogu. Tym niemniej, w celu usprawnienia procesu, Doradca będzie rekomendował Promotorowi stopniowe ograniczanie liczby rozwiązań podlegających rozmowom oraz uznawania kolejnych aspektów za uzgodnione.

Przedmiotem dialogu powinny być także oczekiwania instytucji finansowej, a także ocena kluczowych projektowanych postanowień umownych. W ocenie Doradców, zaangażowanie instytucji finansujących partnera prywatnego do etapu dialogu konkurencyjnego pozwoli lepiej zrozumieć podstawowe oczekiwania strony finansującej i umożliwi ich analizę i ewentualne wprowadzenie zmian do dokumentacji na etapie dialogu konkurencyjnego.

Po przeprowadzonych negocjacjach, Wykonawca dokona opracowania wymagań Promotora, które zostaną określone w SIWZ dla opisania przedmiotu zamówienia. W tym celu, możliwe będzie skorzystanie z jednego lub kilku rozwiązań proponowanych w toku dialogu przez uczestników, oczywiście przy zachowaniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Kolejnym krokiem będzie zaproszenie uczestników dialogu do składania ofert.

12.7 Kryteria oceny ofert

Najkorzystniejszą będzie oferta, która przedstawi najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do Przedsięwzięcia. Poniżej przedstawiamy propozycję wstępnego katalogu kryteriów oceny ofert:

(a) Wynagrodzenie,

(b) Podział zadań i ryzyk,

(c) Wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń Podmiotu Publicznego.