

Rozdział 11

Uwarunkowania formalno – prawne dla projektów realizowanych w ramach Partnerstwa Publiczno – Prywatnego (PPP)

Partnerstwo publiczno-prywatne jest w Polsce cały czas nową metodą realizacji zadań publicznych z udziałem prywatnych inwestorów. Od lat 90. samorządy zakładają spółki z podmiotami prywatnymi oraz dysponują mieniem publicznym w ramach gospodarowania nieruchomościami, jednak do chwili obecnej podstawową formą współpracy sektora publicznego i prywatnego jest zlecanie zamówień publicznych przez administrację. Szersze formuły współpracy, tj. zaangażowanie prywatnego kapitału do złożonych przedsięwzięć, włączenie go w kilka etapów realizacji projektu oraz umożliwienie mu w dalszej kolejności korzystania z powstałej infrastruktury w celu uzyskania zysku - pozostają cały czas w sferze zainteresowań pionierów. Po części jest to spowodowane brakiem wytycznych oraz doświadczeń jak budować współpracę na zasadach PPP, po części nieufnością wobec konsekwencji otwarcia się na szerokie działania inwestorów prywatnych w sferze publicznej.

11.1 Ramy prawne PPP (koncesji) w Polsce

PPP to, w ujęciu potocznym, oparta na umowie współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, polegająca na wspólnej realizacji zadania publicznego, przy założeniu, że strona prywatna umowy, przynajmniej częściowo, finansuje jego realizację oraz przejmuje na siebie część ryzyk związanych z wykonywaniem zadania publicznego - w zamian za wynagrodzenie. Tego typu międzysektorowa współpraca pozwala najczęściej podmiotowi publicznemu uzyskać dodatkowy kapitał inwestycyjny, techniczny know-how, a także poprawić jakość świadczonych usług.

Kierunek współpracy publiczno-prywatnej wytycza nowa ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 19 grudnia 2008 r., która weszła w życie wraz z ustawą o koncesji na roboty budowlane lub usługi. **Ustawa o PPP ma charakter ramowy i stanowi wytyczne odnośnie sposobu nawiązywania oraz wykonywania partnerstwa, wpisując się w narzędzia już funkcjonujące w polskim systemie prawnym i stanowiąc spójną całość z innymi ustawami.** Jakkolwiek praktyka pokaże, w jakim zakresie przyczyni się do rozwoju partnerstwa w Polsce, niewątpliwie, wraz z już funkcjonującym instrumentarium, umożliwia nawiązywanie różnych form współpracy podmiotów publicznych z partnerami prywatnymi.

11.1.1 Regulacje prawne

Akty prawne, które umożliwiają współpracę pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym:

- ✓ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997, Nr 9, poz. 43) - podstawa do nawiązywania współpracy publiczno-prywatnej;
- ✓ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, (Dz. U. z 1997, Nr 115, poz. 741);

- ✓ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008, Nr 10, poz. 24);
- ✓ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, (Dz. U. z 2003, Nr 96, poz. 873);
- ✓ **Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno - prywatnym** (Dz. U. z 2009, Nr 19, poz. 100);
- ✓ **Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi** (Dz. U. z 2009, Nr 19, poz. 101).

11.1.1.1 Regulacje krajowe

- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ustawa z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym określa zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, którego przedmiotem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.
- Ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi określa zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej.
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.
- Ustawa z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej. Ustawa określa zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, polegające na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej.
- Ustawa z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym. Ustawa określa warunki przygotowania budowy, finansowania budowy, zasady przeprowadzania postępowania przetargowego na budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrad płatnych, zwanych dalej "autostradami", zasady zawierania umów o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrad, a także organy właściwe w tych sprawach.
- Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami. Ustawa określa zasady: gospodarowania nieruchomościami stanowiącymi własność Skarbu Państwa oraz własność jednostek samorządu terytorialnego, podziału nieruchomości, scalania i podziału nieruchomości; pierwokupu nieruchomości; wywłaszczania nieruchomości i zwrotu wywłaszczonych nieruchomości; udziału w kosztach budowy urządzeń infrastruktury technicznej; wyceny nieruchomości oraz działalności zawodowej, której przedmiotem jest gospodarowanie nieruchomościami.
- Zapytanie Francuskiej Izby Przemysłowo-Handlowej dotyczące interpretacji przepisów ustawy o PPP oraz ustawy o koncesji. Zapytanie CCIFP (Francuskiej Izby Przemysłowo-Handlowej) odnośnie istotnych zagadnień dotyczących interpretacji i stosowania ustawy o PPP oraz ustawy o koncesji, wraz z odpowiedzią Urzędu Zamówień Publicznych.

W związku z potrzebami rynku polskiego z końcem lutego 2009 r. weszły w życie dwie ustawy regulujące współpracę podmiotów publicznych i partnerów prywatnych w ramach PPP: Ustawa o PPP (Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno -prywatnym; Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.) oraz Ustawa o Koncesjach (Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi; Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.).

Obydwa akty prawne adresowane są do podmiotów publicznych i mają ułatwiać wykonywanie zadań publicznych na zasadzie kooperacji sektorów publicznego oraz prywatnego, regulując niezbędne do tego prawne ramy współpracy. Zakres przedmiotowy Ustawy o PPP obejmuje zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach PPP, przy czym treścią tej współpracy jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym, a partnerem prywatnym. Przedsięwzięcie leżące u podstawy PPP będzie mogło polegać na budowie obiektu budowlanego, świadczeniu usług, wykonaniu dzieła lub innych świadczeniach. Każdorazowo będzie musiało być jednak połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym (np. przedsiębiorstwem, nieruchomością). Choć zakres świadczeń stron w ramach PPP może przybrać różne kształty, najczęściej partner prywatny zobowiązany będzie sfinansować i zrealizować przedsięwzięcie (z jego dalszym utrzymaniem lub zarządzaniem), a podmiot publiczny zobowiązany będzie do wniesienia wkładu własnego. Za wykonanie przedsięwzięcia partnerowi prywatnemu przysługiwać będzie wynagrodzenie, które pochodzić będzie mogło zarówno z prowadzonej przez partnera prywatnego działalności gospodarczej, jak i z zapłaty sumy pieniężnej przez podmiot publiczny. Ustawę o PPP uzupełnia Ustawa o Koncesjach, regulująca dwa modele współpracy międzysektorowej: koncesję na roboty budowlane oraz koncesję na usługi oraz procedurę zawarcia umowy koncesji. Przez pojęcie „koncesji” rozumieć należy zamówienie publiczne (na roboty budowlane lub usługi), w którym wynagrodzeniem wykonawcy (koncesjonariusza) jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub prawo do wykonywania usługi, przyznane za wzniesienie obiektu budowlanego lub świadczenie usługi. Powyższej formie wynagrodzenia towarzyszyć może zapłata ze strony zamawiającego (koncesjodawcy). Od zwykłych zamówień publicznych koncesję odróżniać będzie forma zapłaty należnej wykonawcy, polegająca na tym, że w okresie trwania umowy pobiera on opłaty od użytkowników (osób trzecich) korzystających z przedmiotu koncesji.

Specyfiką koncesji będzie również ryzyko gospodarcze, w zasadniczej części spoczywające na wykonawcy. Nowe ramy prawne współpracy międzysektorowej spowodowały wzrost zainteresowania podmiotów publicznych, a w szczególności jednostek samorządu terytorialnego partnerstwem publiczno-prywatnym. Wiele podmiotów publicznych podjęło przygotowania do realizacji przedsięwzięć partnerskich, wybierając odpowiednie do tego projekty inwestycyjne, opracowując niezbędne analizy, jak i zatrudniając fachowych doradców. W końcu, wiele podmiotów publicznych podjęło kroki celem wyboru partnera prywatnego. Na tym gruncie zaczął rozwijać się polski rynek PPP.

Należy zaznaczyć, że na gruncie przepisów polskiego prawa wszelkiego rodzaju współpraca podmiotów publicznych i prywatnych wiążąca się z kapitałowym zaangażowaniem strony publicznej będzie albo zamówieniem publicznym, albo koncesją, chyba że przepisy prawa w danym przypadku wyłączają zastosowanie Prawa Zamówień Publicznych (dalej „PZP”) lub Ustawy o Koncesjach (wyjątek taki uregulowany został w art. 4 ust. 3 Ustawy o PPP). Skutkiem takiej regulacji jest obowiązek publikacji każdego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy o PPP lub umowy koncesji w jednym z urzędowych publikatorów. W przypadku koncesji na roboty budowlane, niezależnie od wartości przedmiotu koncesji, ogłoszenie o koncesji musi być obligatoryjnie przesłane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, celem opublikowania ogłoszenia w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (TED - Tenders Electronic Daily, seria „S”). Każde ogłoszenie o koncesji na usługi natomiast musi zostać zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych. Jeżeli chodzi o PPP, obowiązek publikacji ogłoszenia o determinowany będzie trybem wyboru partnera prywatnego (PZP lub Ustawa o Koncesjach). Obie ustawy w konkretnym przypadku odsyłać będą do Biuletynu Zamówień Publicznych lub do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej.

11.1.1.2 Regulacje unijne i łączenie PPP z funduszami UE

- Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Niniejsza dyrektywa oparta jest na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności na orzecznictwie dotyczącym kryteriów udzielania zamówień, wyjaśniającym możliwości zaspokajania przez instytucje zamawiające potrzeb zainteresowanych odbiorców publicznych.
- Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji z 15 listopada 2005 r. - niniejszy komunikat prezentuje opcje dotyczące polityki w omawianej dziedzinie, w celu zapewnienia PPP skutecznej konkurencji, unikając niepotrzebnego ograniczania elastyczności niezbędnej do opracowania nowatorskich i często złożonych projektów.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów z dnia 19 listopada 2009 r. w sprawie zwiększania znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych.
- Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP) z dnia 5 lutego 2008 r. W niniejszym komunikacie wyjaśniono, w jaki sposób należy (w opinii Komisji) stosować przepisy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do tworzenia ZPPP i jego działalności.
- Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 29 kwietnia 2000 r. w sprawie interpretacji przepisów dotyczących udzielenia koncesji na podstawie prawa wspólnotowego.
- Wytyczne Komisji w sprawie udanego Partnerstwa Publiczno-Prywatnego. Wytyczne dotyczące udanego Partnerstwa Publiczno-Prywatnego opublikowane przez Komisję Europejską, Dyrektoriat Generalny ds. Polityki Regionalnej, w styczniu 2003 r.
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji (2006/2043 (INI)) z dnia 26 października 2006 r. Rezolucja wyraża stanowisko Parlamentu Europejskiego w kwestii możliwości wyboru i zatrudniania prywatnych partnerów przy udzielaniu publicznych zamówień budowlanych lub usługowych w formie PPP jako zamówienie publiczne lub jako koncesję.
- Zielona Księga Partnerstw Publiczno Prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Komisja Wspólnot Europejskich Bruksela, 30.04.2004 r., COM (2004), 327 finał.

Ustawa wprost upoważnia do dofinansowywania ze środków budżetowych Unii Europejskiej projektów realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Brak takiego przepisu w poprzedniej ustawie powodował wątpliwości co do możliwości realizacji hybrydowego (łączy finansowanie prywatne i ze środków dotacyjnych) PPP. Jakkolwiek, kwestię tę starają się wyjaśnić Wytyczne Komisji Europejskiej, to polski ustawodawca uznał, że konieczny będzie odrębny zapis (zob. art. 32 ustawy o partnerstwie publiczno - prywatnym).

Większość polskich samorządów uważa, że współpraca z partnerem prywatnym ma wspomagać finansowo i organizacyjnie proces pozyskiwania środków UE, a także uzupełniać proces inwestycyjny poprzez PPP, tam gdzie nie udało się pozyskać środków UE. W ocenie j.s.t. PPP staje się zatem całkowicie samodzielnym sposobem finansowania inwestycji publicznych. W takiej sytuacji wartym rozważenia jest również przekwalifikowywanie tych projektów które nie uzyskały dofinansowania ze środków UE, na projekty współfinansowane z kapitału prywatnego - a więc w modelu PPP.

Jednostki samorządu terytorialnego wskazują, że co do zasady PPP oraz środki UE stanowią dwie różne drogi pozyskiwania dodatkowego kapitału dla miasta, co nie wyklucza możliwości ich łącznego stosowania zwłaszcza przy dużych inwestycjach.

Należy jednak przy tym pamiętać, iż wprowadzenie PPP obniża automatycznie wysokość dofinansowania UE dla j.s.t. Partner PPP jest z reguły przedsiębiorstwem przynoszącym zyski – więc dofinansowanie projektu z UE będzie wiązać się z koniecznością wyliczenia luki finansowej, co z kolei przekłada się na uzyskanie mniejszego dofinansowania inwestycji.

Nie zostały również do końca wypracowane standardy dotyczące realizacji inwestycji łączonych UE-PPP. Struktura PPP jest strukturą złożoną, która w połączeniu z systemem rozliczeń projektów współfinansowanych ze środków UE, bywa trudna do implementacji. Obydwa sposoby finansowania inwestycji są co prawda równoważnie dobre, jednak często różni je charakter samych inwestycji, przez co trudno je ze sobą porównywać.

To, że łączenie finansowania typu PPP z dofinansowaniem ze środków UE jest możliwe pokazała już praktyka. Spośród zawartych w latach 2009-2010 łącznie 12 umów o PPP i umów koncesji w Polsce możemy wyróżnić dwa tzw. kontrakty „hybrydowe” tj. łączące PPP z dofinansowaniem pochodzącym z funduszy UE. Stanowią one 17% wszystkich zawartych dotychczas w Polsce umów typu PPP. Do „hybrydowych” umów należą Centralny Park Rekreacji, Balneologii, Turystyki i Wypoczynku „Termy Gostyńskie” (łączna wartość kontraktu netto: 285 mln PLN, wartość dofinansowania z UE: 72 mln PLN), jak również kompleks mineralnych basenów w Solcu-Zdroju (łączna wartość kontraktu netto: 16 mln PLN, wartość dofinansowania z UE: 8 mln PLN). Zainteresowanie samorządów „hybrydowym” PPP potwierdza również ogłoszone już w 2011 r. przez Miasto Poznań postępowanie na wybór partnera prywatnego do budowy i eksploatacji spalarni odpadów. W ramach tego projektu partner prywatny ma sfinansować wkład własny podmiotu publicznego do projektu współfinansowanego przez UE.

11.1.1.3 Rozróżnienie między PPP, a koncesją

Przepisy regulujące w polskim prawie materię PPP w szerokim znaczeniu tego pojęcia dopuszczają kilka podstawowych modeli współpracy podmiotów sektora publicznego i prywatnego. Modele te wynikają zarówno z Ustawy o PPP, jak i Ustawy o Koncesjach. W ten sposób wyróżnić można dwa modele: PPP w rozumieniu ścisłym i Koncesji. Pierwszy obejmuje takie rodzaje współpracy, którym towarzyszyć będzie podział ryzyk między stronami przedsięwzięcia, a także wniesienie wkładów własnych oraz utrzymanie i zarządzanie związanym z przedsięwzięciem składnikiem majątkowym. Podstawą umowy będzie w takim przypadku Ustawa o PPP.

Model Koncesji występować będzie wówczas, gdy większa część ryzyk związanych z przedsięwzięciem, w tym przede wszystkim ryzyko ekonomiczne, ciążyć będzie na stronie prywatnej (koncesjonariuszu). W Modelu Koncesji zawsze wynagrodzenie koncesjonariusza pochodzić w przeważającej mierze z prowadzonej działalności gospodarczej. Omawiany model nie przewiduje wnoszenia wkładów własnych przez strony umowy. Podstawą umowy będzie w takim przypadku Ustawa o Koncesjach.

W zależności od wynagrodzenia partnera prywatnego, PPP będzie zwykłym zamówieniem publicznym lub koncesją. Jeżeli większa część wynagrodzenia partnera prywatnego pochodzić ma z prowadzonej działalności gospodarczej przy, ewentualnej i mniejszościowej zapłacie sumy pieniężnej przez podmiot publiczny, wówczas trybem wyboru partnera prywatnego będzie Ustawa o Koncesjach. Jeżeli większa część jego wynagrodzenia będzie miała pochodzić z zapłaty sumy pieniężnej, wówczas trybem wyboru partnera będzie PZP. Jeżeli przedsięwzięcie partnerskie będzie działalnością, ze względu na jej przedmiot, wykluczającą zastosowanie Ustawy o Koncesjach lub PZP, wówczas trybem wyboru partnera prywatnego będzie procedura ustalona przez podmiot publiczny zgodnie z art. 4 ust. 3 Ustawy o PPP.

Z punktu widzenia specyfiki umowy o PPP istotnego znaczenia nabiera przedmiot umowy, tj. wykonanie: robót budowlanych, usług, dostaw. Koncesja będzie mogła polegać w przeważającej mierze na obowiązku wykonania obiektu budowlanego i jego późniejszej eksploatacji (koncesja na roboty budowlane), lub na obowiązku świadczenia usług w oparciu o istniejącą infrastrukturę wraz z prawem do ich ekonomicznego wykorzystania (koncesja na usługi). Również umowa o PPP zawarta w trybie Ustawy o Koncesjach przybierać będzie kształt umowy koncesji na roboty budowlane lub koncesji na usługi.

11.1.2 PPP a różne aspekty prawno-finansowe

W praktyce stosowania prawa okoliczność wpływu PPP na dług publiczny stanowi główne kryterium ewentualnej atrakcyjności modelu PPP w stosunku do innych pozabudżetowych metod finansowania zadań publicznych (np. w formie kredytu lub emisji obligacji). Na tle analizowanego zagadnienia w ostatnich miesiącach powstało wiele niejasności, wynikających z błędnej interpretacji wydanego w dniu 23 grudnia 2010 r. rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie „tytułów dłużnych”¹.

Zgodnie z postanowieniami przedmiotowego Rozporządzenia, do tytułów dłużnych zaliczanych do długu sektora finansów publicznych zalicza m.in. kredyty i pożyczki, przy czym w tej kategorii mieszczą się również „umowy o PPP, które mają wpływ na poziom długu publicznego”. Rozporządzenie nie rozstrzyga, kiedy zobowiązania z tytułu umów o PPP mają wpływ na poziom długu publicznego oraz brak w jego postanowieniach stosownych odniesień do innych przepisów, które miałyby to zagadnienie regulować. Od momentu wejścia w życie nowe przepisy wywoływały szereg nieporozumień, wynikających z ich wykładni w oderwaniu od całego systemu prawa. Skutkiem błędnej interpretacji przepisów kierownicy niektórych jednostek samorządu terytorialnego twierdzili wręcz, że zawieranie umów o PPP zawsze będzie wpływać na dług publiczny. Głębsza analiza zagadnienia wpływu umów o PPP na dług publiczny pozwala jednak na odmienne wnioski.

Dokonując przeglądu literatury fachowej bezpośrednio dotyczącej omawianego zagadnienia, zwrócić uwagę należy na zupełnie nieadekwatną do rangi problemu niewielką liczbę publikacji. Bodaj najbardziej wszechstronnej analizy kwestii wpływu umów o PPP na dług publiczny dokonał Michał Bitner². Dalsze rozważania stanowią próbę oceny poruszanego zagadnienia przy jak najszerszym uwzględnieniu różnych poglądów pojawiających się w toku publicznej dyskusji.

11.1.2.1 PPP a dług publiczny

Jeszcze przed wejściem 1 stycznia 2011 r. w życie rozporządzenia w sprawie „tytułów dłużnych” zagadnienie zobowiązań z umów o PPP na dług publiczny uregulowane zostało w przepisach dotyczących zasad sprawozdawczości budżetowej jednostek sektora finansów publicznych³. Zgodnie z tymi regułami jednostki sektora finansów publicznych są zobowiązane do sporządzania i przekazywania Ministrowi Finansów sprawozdań w zakresie własnych zobowiązań wynikających z umów o PPP. Szczegółowe zasady sporządzania sprawozdań budżetowych, określone w Rozporządzeniu z 3 lutego 2010 r., w zakresie zobowiązań wynikających z umów o PPP⁴ stanowią, że kwartalne sprawozdanie ma obejmować m.in. wartość zobowiązań z tytułu umów o PPP, wynikających z obowiązku wniesienia tzw. wkładu własnego do przedsięwzięcia PPP, jak i wypłaty wynagrodzenia dla partnera prywatnego, których termin realizacji jeszcze nie upłynął, zaliczanych do długu sektora finansów publicznych.

Odnosnie sposobu zaliczania przez jednostki sektora finansów publicznych zobowiązań z tytułu umów o PPP do długu sektora finansów publicznych, zastosowanie znajdzie Decyzja EUROSTAT nr 18/2004 z dnia 11 lutego 2004 r.⁵

Zgodnie z decyzją EUROSTAT zobowiązania z tytułu umów o PPP nie są zaliczane do długu sektora finansów publicznych, jeżeli partner prywatny przejmie na siebie „ryzyko związane z budową” oraz co najmniej jedno z następujących ryzyk: „ryzyko popytu” lub „ryzyko dostępności” związane z projektem.

1 Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym do długu Skarbu Państwa (Dz. U. z 2010 r. Nr 252, poz. 1692).

2 Zob. M. Bitner, Wpływ transakcji partnerstwa publiczno-prywatnego na dług i deficyt jednostki samorządu terytorialnego. Samorząd Terytorialny 1-2/2011, s. 60-75.

3 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. z 2010 r. Nr 20, poz. 103).

4 Określonymi w instrukcji stanowiąca załącznik nr 41 do Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej.

5 Źródło: <http://www.epp.eurostat.ec.europa.eu>

W świetle Decyzji 18/2004 „ryzyko związane z budową” dotyczyć będzie takich okoliczności, jak spóźnione dostawy, defekty techniczne, nieprzestrzeganie określonych standardów i negatywne wpływy zewnętrzne na proces budowlany prowadzony przez partnera prywatnego. Natomiast „ryzyko związane z dostępnością” obejmować będzie takie okoliczności, jak brak dostarczania zakontraktowanej ilości usług, w tym usług o określonej jakości, brak zgodności z normami bezpieczeństwa lub innymi normami branżowymi, itp. „Ryzyka związane z popytem” dotyczyć będą wahań popytu na świadczone przez partnera prywatnego usługi z powodów niezależnych od niego, takich jak pojawienie się konkurencji, zmiana koniunktury, pojawienie się nowych trendów rynkowych, zastosowanie przestarzałych technologii. Wyraźnie zaznaczyć należy, że EUROSTAT tworzy szereg domniemań dotyczących poszczególnych kategorii ryzyka:

- ryzyko budowlane - jeśli podmiot publiczny zobowiązany jest do regularnych płatności na rzecz partnera prywatnego bez względu na zaistnienie przesłanek wystąpienia ryzyka, świadczy to o tym, że podmiot publiczny ponosi większą część ryzyka budowlanego;
- ryzyko dostępności - jeśli w przypadku zaistnienia okoliczności, aktualizujących ryzyko (np. zachwiania dostępności infrastruktury objętej projektem) podmiot publiczny jest uprawniony do znaczącego obniżenia wysokości okresowych płatności na rzecz partnera prywatnego, należy uznać, że większą część ryzyka dostępności ponosi partner prywatny;
- ryzyko popytu - podmiot publiczny ponosi ryzyko popytu, jeśli jego zobowiązanie do płatności okresowych jest niezależne od poziomu zapotrzebowania na usługi oraz od wpływu wahań popytu na rentowność partnera prywatnego przy założeniu, że wahania te są następstwem działań partnera prywatnego, a nie okoliczności zewnętrznych albo działań podmiotu publicznego.

W przypadkach, gdy analiza ryzyka nie prowadzi do jednoznacznych konkluzji, EUROSTAT zaleca stosowanie dodatkowych kryteriów, na przykład: statusu partnera prywatnego, znaczenia środków finansowych zapewnianych przez podmiot publiczny, zakresu gwarancji publicznych, statusu własnościowego aktywów po zakończeniu realizacji PPP. Zgodnie z Decyzją EUROSTAT, jeżeli ryzyka w umowie PPP odpowiadać będą wyrażonej w Decyzji zasadzie neutralności zobowiązań z tytułu umów o PPP (odpowiedni podział ryzyk), to wytworzone w ramach takiej umowy aktywa i pasywa zaliczać się będą do bilansu partnera prywatnego i będą neutralne dla bilansu podmiotu publicznego.

Zastosowanie reguł określonych w decyzji EUROSTAT z 11 lutego 2004 r. do oceny wpływu zobowiązań z umów o PPP na dług publiczny w ramach polskiego systemu prawa stanowi zagadnienie kontrowersyjne. Zdaniem Michała Bitnera, reguł wynikających z instrukcji nr 41, stanowiącej załącznik do rozporządzenia z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej, nie można stosować na zasadzie analogii do wyjaśnienia zagadnienia wpływu umów o PPP na dług publiczny, o którym mowa w §3 Rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu kwalifikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym do długu Skarbu Państwa⁶. W ocenie eksperta, rozporządzenia z dnia 3 lutego 2010 r. i 23 grudnia 2010 r. regulują odmienne zagadnienia, a wytyczne określone w decyzji 18/2004 EUROSTAT znajdują zastosowanie jedynie w zakresie wykonywania obowiązków sprawozdawczych jednostek sektora finansów publicznych. W tym świetle zwrócić uwagę należy na stanowisko zaprezentowane przez Ministerstwo Finansów w piśmie MRB 345/11 z dnia 10 marca 2011 r., będącym odpowiedzią na zapytanie Ministerstwa Gospodarki w sprawie wpływu zobowiązań z umów o PPP na dług publiczny. Zdaniem resortu finansów, sposób zaliczania zobowiązań z tytułu umów partnerstwa publiczno-prywatnego do długu sektora finansów publicznych określa decyzja EUROSTAT z 11 lutego 2004 r. Pismo Ministerstwa Finansów nie wskazuje jednak podstaw do zastosowania decyzji EUROSTAT w prawie polskim. Uprawnione jest, zatem, przypuszczenie, że stanowisko resortu finansów opiera się na cytowanych przepisach dotyczących sprawozdawczości budżetowej, które odsyłają do decyzji EUROSTAT 18/2004. Samorząd w przypadku zawarcia umowy na zasadach określonych powyżej będzie zobowiązany do składania kwartalnych sprawozdań Rb-Z-PPP, z tym, że w zakresie informacji o wartości zobowiązań z tytułu umów partnerstwa publiczno-prywatnego zaliczanych do długu sektora finansów publicznych wskazywać

⁶ Zob. M. Bitner, op. cit., s. 62.

będzie na brak takich zobowiązań. Zaangażowane i wytworzone w ramach umowy o PPP aktywa i pasywa wliczane będą do bilansu partnera prywatnego, a nie bilansu j.s.t.

11.1.2.2 PPP a ustawowe limity zadłużenia j.s.t. i jego obsługi

Na samorządy terytorialne nałożone są ustawowe limity zadłużenia oraz limity wydatków na jego obsługę, określone w art. 169 i 170 Ustawy o Finansach Publicznych z 2005 r. Zawarcie umowy o PPP w świetle powyższych zasad wiązać się będzie z zaciągnięciem zobowiązania do płatności na rzecz partnera prywatnego, wobec czego łączna wartość tej płatności, jak również wielkość płatności wymagalnych w poszczególnych latach oceniana będzie z punktu widzenia wpływu na ustawowe limity zadłużenia i jego obsługi. W świetle oceny rodzaju zobowiązań z tytułu umów o PPP wpływających na limit zadłużenia j.s.t., o którym mowa w art. 170 UFP z 2005 r. oraz limit obsługi zadłużenia, o którym mowa w art. 169 UFP z 2005 r., zwrócić należy uwagę na przepisy dotyczące sprawozdawczości budżetowej, które dostarczają w tym zakresie częściowej odpowiedzi⁷.

Na tym tle wskazać należy przepisy Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych (Dz. U. z 2010 r. Nr 43, poz. 247), określającego rodzaje, formy, terminy i sposoby sporządzania przez jednostki sektora finansów publicznych sprawozdań w zakresie ogółu operacji finansowych, w szczególności w zakresie należności i zobowiązań, w tym państwowego długu publicznego, udzielonych poręczeń i gwarancji, oraz odbiorców sprawozdań. Zgodnie z §10 ust. 9 przedmiotowego Rozporządzenia szczegółowe informacje dotyczące sporządzania sprawozdań określa instrukcja sporządzania sprawozdań stanowiąca załącznik nr 9 do Rozporządzenia.

W świetle załącznika nr 9 zobowiązania związane z umowami o PPP j.s.t., jako jednostka sektora finansów publicznych, sprawozdawać będzie na kwartalnym sprawozdaniu Rb-Z o stanie zobowiązań według tytułów dłużnych oraz poręczeń i gwarancji, prezentując w układzie przedmiotowym zobowiązania wynikające z tytułów dłużnych wymienionych §2.1 załącznika nr 9. Decyzją Ministra Finansów zobowiązania z tytułu umów o PPP zaliczone zostały do kategorii kredytów i pożyczek w przypadku, gdy umowa ta ma wpływ na poziom długu publicznego, zgodnie z odrębnymi przepisami. Rozporządzenie nie wskazuje jednak, w świetle jakich przepisów odrębnych należy oceniać wpływ zobowiązań z umowy o PPP na poziom długu publicznego.

Dopuszczalna w tym zakresie będzie ostrożna interpretacja, zgodnie z którą podstawą do oceny wpływu zobowiązań z tytułu umów o PPP na poziom długu i deficytu j.s.t. będzie Decyzja EUROSTAT nr 18/2004. Decyzja EUROSTAT z dnia 11 lutego 2004 r. stanowi jedyne usankcjonowane w prawie europejskim źródło oceny wpływu zobowiązań z tytułu umów o PPP na zobowiązania sektora finansów publicznych. Wadliwe, a przynajmniej kontrowersyjne, odesłanie w prawie polskim do decyzji EUROSTAT 18/2004 (właściwszym miejscem odesłania wydaje się być cytowane rozporządzenie z 23 grudnia 2010 r.) nie wyłącza możliwości jej bezpośredniego zastosowania przez samorządy. W świetle powyższej wykładni, zobowiązania j.s.t. z umowy o PPP nie będą wliczać się do ustawowych limitów zadłużenia (60%) i kosztów jego obsługi (15% lub 12%), jeżeli sposób podziału ryzyk określony w umowie o PPP odpowiadał będzie regułom zawartym w Decyzji EUROSTAT 18/2004.

Z tego względu w uchwale budżetowej j.s.t. ukazywane będą jedynie wydatki bieżące i majątkowe ponoszone w danym roku realizacji umowy o PPP, a nie suma potencjalnych zobowiązań wynikających z zaciągniętego zobowiązania (np. 20 lat). Suma wydatków w wykonaniu umowy o PPP będzie musiała zostać ujęta jedynie w wieloletniej prognozie finansowej, zgodnie z art. 226 ust. 4 pkt. 1 lit. b Ustawy o Finansach Publicznych, gdzie określone będą limity wydatków na wykonanie umowy o PPP

⁷ Przy czym dopuszczalność stosowania tych przepisów na zasadzie analogii do zasad kwalifikacji tytułów dłużnych do długu publicznego, jak to zostało wyżej w wskazane, jest zagadnieniem kontrowersyjnym.

w poszczególnych latach jej obowiązywania, przy czym poszczególne wydatki będą musiały zostać odrębnie sklasyfikowane, jako wydatki majątkowe i wydatki bieżące. Dopuszczyć do głosu należy jednak również odmienne stanowisko prezentowane przez M. Bitnera, w ocenie którego decyzja nr 18/2004 EUROSTAT w kontekście finansów samorządowych znajdzie jedynie zastosowanie do wykonywania obowiązków planistycznych, tj. w szczególności opracowania Programu Konwergencji) oraz informacyjnych (w szczególności notyfikacji fiskalnej) państwa polskiego wobec Rady i Komisji Europejskiej, zgodnie z Paktem Stabilności i Rozwoju. Jak zauważa dr Bitner, samorządy terytorialne nie są adresatami norm Paktu⁸. Przyjęcie przedstawionego wyżej stanowiska pozostawiłoby jednak trudną do wyjaśnienia wątpliwość dotyczącą wpływu zobowiązań z umów o PPP na deficyt i dług samorządów.

11.1.2.3 PPP a dług publiczny w kontekście zmian od 2014 roku

W 2014 r. wejdą w życie nowe zasady ustalania dopuszczalnego limitu zadłużenia j.s.t. Nowe zasady w tym zakresie reguluje art. 242 i 243 Ustawy o Finansach Publicznych⁹. Z punktu widzenia transakcji PPP, istotnego znaczenia od 2014 r. nabierze kategoria nadwyżki operacyjnej. Im mniejsza będzie nadwyżka operacyjna w ostatnich trzech latach poprzedzających rok budżetowy, tym mniejszy będzie limit długu j.s.t. O wpływie wydatków wynikających z umowy o PPP na limit zadłużenia j.s.t., w ocenie Instytutu PPP, decydować będzie ich charakter.

Wydatki majątkowe¹⁰, wynikające z umowy o PPP będą dla limitu zadłużenia neutralne, natomiast wydatki bieżące¹¹ wpływać będą na ten limit. W odniesieniu do PPP wydatkiem majątkowym będzie wniesienie wkładu własnego przez podmiot publiczny. Wydatkami majątkowymi w ramach kontraktu PPP będą również wydatki j.s.t. poniesione tytułem zakupu akcji i udziałów w przedsięwzięciu partnerskim (realizowanym w formie spółki - SPV), lub wydatki związane z wnoszeniem wkładów własnych do spółek prawa handlowego (zarówno spółki partnera prywatnego powołanej do realizacji przedsięwzięcia, jak i spółki celowej o kapitale mieszanym, utworzonej przez strony umowy o PPP). Wydatki majątkowe w ramach umowy o PPP j.s.t. będzie mogła finansować z dochodów majątkowych, jak i z nadwyżki operacyjnej. W tym celu j.s.t. będzie mogła zaciągać kredyty i pożyczki, jak również emitować papiery wartościowe.

Odnosnie klasyfikacji wydatków na wynagrodzenie partnera prywatnego wypłacane bezpośrednio z budżetu podmiotu publicznego w praktyce stosowania prawa zagadnienie to budzi wiele kontrowersji.

⁸ Zob. M. Bitner, op. cit., s. 64.

⁹ Zgodnie z przepisami intertemporalnymi, nowe reguły znajdą zastosowanie do uchwał budżetowych j.s.t. na rok 2014. Oznacza to, że od 2014 r. dług j.s.t. liczony będzie według algorytmu z art. 243 Ustawy o Finansach Publicznych. Od 2014 r. średnia relacja nadwyżki operacyjnej powiększonej o dochody z majątku do dochodów ogółem z trzech lat poprzedzających rok budżetowy stanowić będzie górne ograniczenie relacji obsługi zadłużenia (spłaty części kapitałowej i odsetkowej) do dochodów ogółem. Zastosowanie indywidualnego wskaźnika zadłużenia dla każdej j.s.t., opartego o wysokość nadwyżki operacyjnej, spowoduje konieczność ograniczenia absorpcji zadłużenia lub też jego rozkładanie na dłuższy okres (by płatności w jednym roku budżetowym były możliwie niskie). Do roku 2013 samorządy zobowiązane są do informacyjnego obliczania i publikowania indywidualnego wskaźnika zadłużenia.

¹⁰ Wydatki majątkowe budżetu j.s.t., w świetle art. 236 ust. 4 Ustawy o Finansach Publicznych, to wydatki 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, w części związanej z realizacją zadań jednostki samorządu terytorialnego;
- zakup i objęcie akcji i udziałów;
- wniesienie wkładów do spółek prawa handlowego.

¹¹ Wydatki bieżące budżetu j.s.t., w świetle art. 236 ust. 2 Ustawy o Finansach Publicznych, to wydatki budżetowe niebędące wydatkami majątkowymi. Wydatki bieżące będą, zatem wszystkimi innymi wydatkami, niż, zgodnie z art. 236 ust. 2 Ustawy o Finansach Publicznych ujęte w planie wydatków majątkowych wydatki na: inwestycje i zakupy inwestycyjne w części związanej z realizacją zadań jednostki samorządu terytorialnego; zakup i objęcie akcji i udziałów; wniesienie wkładów do spółek prawa handlowego. Wydatki bieżące, obejmować zatem będą takie tytuły, jak:

- 6.3.1. wydatki jednostek budżetowych, w tym wynagrodzenia i składki od nich naliczane, wydatki związane z realizacją ich statutowych zadań;
- 6.3.2. dotacje na zadania bieżące;
- 6.3.3. świadczenia na rzecz osób fizycznych;
- 6.3.4. wypłaty z tytułu poręczeń i gwarancji udzielonych przez jednostkę samorządu terytorialnego, przypadające do spłaty w danym roku budżetowym;
- 6.3.5. obsługa długu jednostki samorządu terytorialnego.

Wskazać należy na brak jakichkolwiek regulacji w tym zakresie. W literaturze przedmiotu podnosi się, że wydatki takie będą wydatkami bieżącymi¹².

Przyjęcie takiego stanowiska za wiążące oznaczałoby jednak utratę przez transakcje PPP atrakcyjności z punktu widzenia finansów samorządowych. Wydatki na umowę o PPP klasyfikowane, jako wydatki bieżące, istotnie ograniczałyby możliwość finansowania takich wydatków z budżetu j.s.t. Zaproponowana w literaturze linia wykładnicza, jakkolwiek uzasadniona merytorycznie, jest w znacznej mierze sprzeczna z naturą kontraktów PPP, służących najczęściej pozyskiwaniu przez podmiot publiczny majątku, lub podnoszeniu wartości majątku już istniejącego.

Jeżeli odrębnie oceniać składowe wynagrodzenia partnera prywatnego wypłacane bezpośrednio z budżetu podmiotu publicznego, to ta część wynagrodzenia partnera prywatnego, która odpowiada zapłacie za wykonane roboty budowlane¹³, wymagalna w danym roku budżetowym, może się mieścić w kategorii wydatków majątkowych. Wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane jest, bowiem, immanentnie związane z zakupem inwestycji, czyli pozyskaniem majątku, który po rozwiązaniu umowy o PPP zostanie oddany j.s.t. Zdaniem dr M. Bitnera, natomiast, część wynagrodzenia partnera prywatnego związana z zapłatą za wykonane roboty budowlane powinna zostać zakwalifikowana raczej jako pieniężny wkład własny podmiotu publicznego. W ocenie autora tej opinii, na gruncie Ustawy o PPP pojęcia wynagrodzenia partnera prywatnego i wkładu własnego należy wyraźnie rozdzielić, przy czym zgodnie z art. 2 pkt 5 lit. a) Ustawy o PPP, wkład własny polegać będzie na poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia¹⁴. W ten sposób przedmiotowy transfer ze środków podmiotu publicznego kwalifikowany będzie, jako wydatek majątkowy.

Wynagrodzenie partnera prywatnego w praktyce obejmować będzie także zapłatę za utrzymanie inwestycji w stanie niepogorszonym oraz zarządzanie inwestycją. W tym zakresie opłata należna partnerowi prywatnemu obejmować będzie wymagalne w danym roku kwoty spłat za zachowanie dostępności i ciągłości usług świadczonych przez partnera prywatnego. W ocenie Instytutu Partnerstwa Publiczno-Prywatnego ta część wynagrodzenia partnera prywatnego będzie kwalifikowana jako wydatek bieżący.

Umowy o PPP, to nowe w prawie polskim umowy nazwane. Nie można utożsamiać ich z umowami na roboty budowlane i umowami o zarządzanie. Świadczeniem partnera prywatnego jest wykonanie robót, finansowanie oraz eksploatacja infrastruktury i za to świadczenie partner prywatny otrzymuje jedno, specyficzne tj. rozłożone w czasie, wynagrodzenie (tzw. wynagrodzenie z umowy o PPP). Ponieważ wynikiem realizacji umowy o PPP jest, co do zasady, składnik majątkowy przekazywany podmiotowi publicznemu po zakończeniu współpracy, a całe wynagrodzenie partnera prywatnego związane jest z nabyciem przez podmiot publiczny składnika majątkowego, to wynagrodzenie partnera prywatnego w całości powinno być kwalifikowane, jako wydatek majątkowy.

11.1.2.4 PPP a spółki celowe

Niezależnie od powyższych zasad ustalania wpływu zobowiązań z umów o PPP na dług sektora finansów publicznych oraz limity zadłużenia j.s.t. zauważyć należy, że sposobem na całkowite wyeliminowanie ryzyka prawnego jest utworzenie przez podmiot publiczny spółki projektowej. Spółki z udziałem podmiotów publicznych (nawet ze 100% udziałem) nie są podmiotami sektora finansów publicznych i generowane przez nie zobowiązania będą dla tego sektora obojętne. Ponadto, dla j.s.t. wydatki na objęcie akcji i udziałów w spółce będą wydatkami majątkowymi.

12 Zob. M. Bitner, op. cit., s. 71-72.

13 Wynagrodzenie za roboty budowlane obejmować będzie najczęściej wartość poniesionych nakładów, koszty kapitału i marżę partnera prywatnego.

14 Zob. M. Bitner, op. cit., s. 71 i 73.

Dlatego podmiot publiczny, w tym j.s.t. może albo uprzednio utworzyć spółkę komunalną i wyposażyć ją w niezbędne aktywa, a następnie spółka ta podpisze z partnerem prywatnym umowę o PPP, albo samodzielnie, w wyniku umowy o PPP, utworzyć z partnerem prywatnym spółkę celową. Zobowiązania obu spółek, komunalnej oraz SPV, będą neutralne dla długu publicznego.

11.1.3 Prawno-podatkowe aspekty umów PPP

Okoliczność nieodpłatnego przenoszenia składników majątkowych między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym, a także cała gama różnego rodzaju przepływów pieniężnych w ramach skomplikowanych przedsięwzięć partnerskich wymaga odpowiedniej regulacji na gruncie ustawodawstwa podatkowego.

11.1.3.1 PPP a podatek dochodowy od osób fizycznych (PIT)

W celu zapewnienia maksymalnej neutralności podatkowej świadczeń, które wynikają z umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, utrzymuje ona preferencyjne zasady opodatkowania uczestników tego typu przedsięwzięć. W świetle tych przepisów wkład własny podmiotu publicznego w realizację przedsięwzięcia, otrzymany przez partnera prywatnego i przeznaczony na cele określone w umowie o PPP, będzie **wolny od podatku** dochodowego.

Zwolnieniu nie podlegają jednak środki stanowiące zwrot wydatków poniesionych na realizację zadania publicznego lub przedsięwzięcia będącego przedmiotem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym przez partnera prywatnego lub za jego pośrednictwem oraz środki przeznaczone na nabycie udziałów lub akcji w spółce handlowej. Dla partnera prywatnego określonego w umowie o PPP, w przypadku nieodpłatnego przeniesienia na rzecz podmiotu publicznego lub państwowej lub samorządowej osoby prawnej lub spółki handlowej, z co najmniej większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa, własności środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych w terminie określonym w tej umowie, **kosztem uzyskania przychodu** jest wartość początkowa tych środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych, pomniejszona o sumę odpisów amortyzacyjnych, o których mowa w art. 22h ust. 1 pkt. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

11.1.3.2 PPP a podatek dochodowy od osób prawnych (CIT)

Przychodem, w rozumieniu przepisów ustawy o CIT, nie będą: wartości nieodpłatnie otrzymanych rzeczy lub praw, będących przedmiotem umowy o PPP, przekazanych podmiotowi publicznemu lub państwowej lub samorządowej osobie prawnej lub spółce handlowej, z co najmniej większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa, przez partnera prywatnego lub spółkę celową; nominalna wartości udziałów (akcji) objętych w zamian za wkład niepieniężny, którego przedmiotem są środki trwałe lub wartości niematerialne i prawne, o których mowa w art. 16a–16c ustawy o CIT, wniesiony przez podmiot publiczny do spółki celowej.

Dla partnera prywatnego lub spółki celowej, określonych w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym, w przypadku *nieodpłatnego* przeniesienia na rzecz podmiotu publicznego lub państwowej lub samorządowej osoby prawnej lub spółce handlowej, z co najmniej większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa, własności środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych w terminie określonym w tej umowie, **kosztem uzyskania przychodu** jest wartość początkowa tych środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych, pomniejszona o sumę odpisów amortyzacyjnych, o których mowa w art. 16h ust. 1 pkt 1 Ustawy o CIT.

Wolny od podatku CIT będzie wkład własny, otrzymany przez partnera prywatnego lub spółkę celową i przeznaczony na cele określone w umowie o PPP. Jednakże **nie będą podlegać zwolnieniu** środki

stanowiące zwrot wydatków poniesionych na realizację zadania publicznego lub przedsięwzięcia będącego przedmiotem umowy o PPP przez partnera prywatnego lub za jego pośrednictwem oraz środki przeznaczone na nabycie udziałów lub akcji w spółce handlowej. Niestety, przepisy prawa podatkowego **uniemożliwiają partnerowi prywatnemu rozliczenie straty podatkowej w okresie dłuższym niż 5 lat od jej wykazania**. Specyfika przedsięwzięć inwestycyjnych w ramach PPP polega często na wysokich nakładach na pierwszym etapie realizacji przedsięwzięcia. Przychody odpowiadające powyższym kosztom pojawiać się będą często dopiero po wielu latach. Oznacza to, że w znacznej liczbie przypadków nie będzie możliwe rozliczenie przez partnera prywatnego kosztów poniesionych w fazie konstrukcyjnej jako kosztów podatkowych.

11.1.3.3 PPP a podatek od towarów i usług (VAT)

Wbrew oczekiwaniom rynku i doktryny przedmiotu, **przedsięwzięcia PPP co do zasady nie będą neutralne w zakresie podatku VAT**. Wniesienie wkładu własnego przez podmiot publiczny, jak również przekazanie wkładu własnego podmiotowi publicznemu po zakończeniu współpracy w ramach PPP podlegać będzie opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. W procesie przygotowywania przedsięwzięcia partnerskiego podmioty publiczne będą zwykle ponosić wydatki z przygotowaniem analiz wewnętrznych, dokumentacji transakcji oraz procedury wyboru wykonawcy. Czynności świadczone przez usługodawców na rzecz podmiotu publicznego na tym etapie podlegać będą opodatkowaniu podatkiem VAT. Jako że przeważająca część podmiotów publicznych nie jest podatnikami VAT oraz świadczy usługi z VAT zwolnione, nie będzie przysługiwała im możliwość odliczenia podatku VAT naliczonego związanego z realizacją przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego. Możliwość taka będzie mogła zaistnieć w sytuacji inwestycji za pośrednictwem spółki komunalnej. W przypadku, gdy wkład własny podmiotu publicznego przyjmie postać wydatków na realizację przedsięwzięcia, to wydatki te mogą zostać potraktowane, jako wynagrodzenie za usługi świadczone przez partnera prywatnego. Wówczas podatek naliczony często nie będzie mógł zostać odliczony przez podmiot publiczny.

11.2 Obecne instrumenty prawne

Polski rynek PPP, działający w oparciu o dwa podstawowe akty prawne z początku 2009 r. Ustawę o PPP i Ustawę o Koncesjach, jest co prawda rynkiem młodym, ale już funkcjonującym w praktyce. Można więc z całą pewnością stwierdzić, że są odpowiednie i działające w praktyce narzędzia prawne do realizacji inwestycji publicznych typu PPP.

11.2.1 Doskonalenie prawa – postulaty de lege ferenda

Ponad dwa lata obowiązywania Ustawy o PPP i Ustawy o Koncesjach pozwalają na sformułowanie ocen przepisów regulujących nawiązywanie współpracy międzysektorowej na podstawie praktyki ich stosowania. Poniższa tabela przedstawia postulaty dotyczące obowiązującego ustawodawstwa zgłaszane przez samorządy.

Tabela 11.1. Postulaty de lege ferenda względem ustaw o PPP i Koncesjach

Lp.	Obecne regulacje	Problemy z aktualną regulacją	Postulat
1.	Zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem art. 4 ust. 1 i 2 Ustawy o PPP w zależności od planowanego przez podmiot publiczny modelu wynagrodzenia partnera prywatnego, do wyboru partnera stosuje się Ustawy o Koncesjach, lub przepisy PZP. Wskazać należy, że niekiedy podział ryzyk w umowie i ostateczny kształt wynagrodzenia partnera prywatnego nie jest ewidentny. Podmiot publiczny często nie będzie w stanie ustalić, czy przedsięwzięcie leżące u podstaw PPP może być realizowane na zasadach komercyjnych, gwarantujących zwrot poniesionych nakładów z korzyści ze świadczenia usług. Wiedzą taką będzie natomiast dysponował prywatny przedsiębiorca, biorący udział w postępowaniu. Dychotomiczny podział procedur wyboru partnera prywatnego wymusza jednak każdorazowe ustalenie przez podmiot publiczny z góry modelu wynagrodzenia kontrahenta i zastosowanie właściwej ustawy proceduralnej.	W świetle obowiązującego prawa zmiana źródeł wynagrodzenia partnera prywatnego w toku procedury zmierzającej do zawarcia umowy o PPP, prowadzonej w oparciu o PZP, w ten sposób, że większa część wynagrodzenia strony prywatnej miałaby pochodzić z korzyści z przedmiotu partnerstwa, wiąże się z koniecznością unieważnienia postępowania. W praktyce może się zdarzyć, że w toku negocjacji kandydaci do zawarcia umowy o PPP zaproponują przejęcie na siebie większej części ryzyka ekonomicznego wykonywania przedsięwzięcia, pomimo tego, że postępowanie jest prowadzone w oparciu o PZP. Zawarcie umowy na warunkach „koncesyjnych” w takiej sytuacji oznaczałoby narażenie się podmiotu publicznego na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie bowiem, z art. 17a pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.), naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest „zawarcie umowy koncesji z koncesjonariuszem, który nie został wybrany zgodnie z przepisami o koncesji na roboty budowlane lub usługi”. Unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy z ofert wynikać będzie wola oferentów do „koncesyjnego” ukształtowania wynagrodzenia partnera prywatnego byłoby bezzasadne ze względów ekonomicznych.	Umożliwienie kontynuowania postępowania prowadzonego w trybie PZP, jeśli z negocjacji lub ofert wynika, że ostateczny model wynagrodzenia partnera prywatnego przybierze charakter koncesyjny. Zmiana w rozważanym kształcie wymagałaby stosownej nowelizacji art. 17a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.
2.	Umowa o PPP jest zazwyczaj umową długookresową. Odpowiednie stosowanie PZP do umowy o PPP zawartej w trybie art. 4 ust. 2 Ustawy o PPP oznacza natomiast m.in., że uczestników konsorcjum obowiązuje tzw. odpowiedzialność solidarna (art. 141 PZP).	Rozciągnięcie solidtarnej odpowiedzialności za wykonanie całości umowy o PPP na wszystkich konsorcjantów, wykonujących umowę o PPP oznacza, że np. firma budowlana, nie będąca operatorem eksploatującym przedmiot przedsięwzięcia PPP, będzie współodpowiedzialna za realizację przedsięwzięcia przez cały okres trwania umowy o PPP. Tymczasem odpowiedzialność ta powinna ograniczać się wyłącznie do etapu udowy obiektu.	Obowiązek stosowania art. 141 PZP, dotyczącego solidtarnej odpowiedzialności konsorcjantów w odniesieniu do umowy o PPP zawartej w trybie PZP należy wprost wyłączyć. Odpowiedzialność podmiotów wspólnie wykonujących umowę o PPP powinna być kształtowana na zasadach ogólnych, zgodnie z przepisami Kodeksu Cywilnego.

**Ekspertyza dotycząca możliwości realizacji inwestycji pn.
„BUDOWA OCZYSZCZALNI ŚCIEKÓW I SIECI KANALIZACJI SANITARNEJ W MIEJSCOWOŚCI WIELOPOLE SKRZYŃSKIE W RAMACH PARTNERSTWA PUBLICZNO - PRYWATNEGO (PPP)”**

3.	Stosowanie PZP do wyboru partnera prywatnego zgodnie z art. 4 ust. 2 Ustawy o PPP oznacza konieczność stosowania art. 142 ust. 3 PZP, nakazującego zawiadamiać Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania. Podmiot publiczny będzie musiał w powyższym zawiadomieniu uzasadnić, że zachodzi przynajmniej jedna z przesłanek, określonych wust. 2 art. 142 PZP.	Wymóg zawiadamiania Prezesa UZP o zamiarze zawarcia Umowy o PPP na okres dłuższy niż 4 lata należy uznać za uciążliwy i sprzeczny z naturą PPP. O ile jego zastosowanie do zamówień publicznych, jako umów krótkoterminowych jest uzasadnione (umowy zawierane na czas dłuższy niż 4 lata stanowią wyjątek od reguły), o tyle stosowanie art. 142 ust. 3 PZP do umów o PPP, a więc co do istoty umów długoterminowych nie znajduje uzasadnienia.	Zasadne jest wyłączenie stosowania art. 142 PZP w zakresie wyboru partnera prywatnego w trybie PZP. Proponuje się w art. 142 ust. 4 PZP, obejmującym zestawienie rodzajów umów wyłączonych spod obowiązku wynikającego z art. 142 ust. 3 oraz dodanie punktu 6 o treści „o partnerstwie publiczno-prywatnym”.
4.	Ze względu na specyfikę przedsięwzięcia PPP strony umowy mogą utworzyć spółkę celową o kapitale mieszanym, która realizować będzie przedsięwzięcie. Redakcja art. 14 ust. 1 Ustawy o PPP sugeruje, że spółką celową PPP może być jedynie spółka utworzona w wyniku wcześniej zawartej umowy o PPP.	Tymczasem w praktyce często podmiotem publicznym będzie spółka komunalna. Ponadto, często usługi publiczne, które w drodze umowy o PPP mają zostać powierzone partnerowi prywatnemu, świadczone będą przez już istniejące spółki komunalne. Nierzadko również już istniejąca spółka partnera prywatnego będzie podmiotem świadczącym usługi w branży związanej z przedmiotem umowy o PPP. Tworzenie nowych spółek celowych PPP w takiej sytuacji stanowić może niepotrzebne utrudnienie i komplikowanie struktury podmiotowej przedsięwzięcia.	Za spółkę celową PPP, o której mowa w art. 14 ust. 1 Ustawy o PPP, powinny być również uznawane spółka komunalna, lub spółka partnera prywatnego, których współnikami, w wyniku zawarcia umowy o PPP, stanie się odpowiednio partner prywatny, lub podmiot publiczny. Przystąpienie do już istniejącej spółki, jako spółki celowej PPP, uczestniczącej w postępowaniu, powinno być wynikiem wcześniej zawartej umowy o PPP, a cel i przedmiot działania spółki nie powinien wykraczać poza zakres określony umową o PPP. W konkretnych przypadkach oznaczałoby to konieczność dostosowania umowy lub statutu spółki do umowy o PPP.
5.	Zgodnie z Ustawą o Koncesjach, wynagrodzenie koncesjonariusza, obok prawa do eksploatacji przedmiotu koncesji, pochodzić może z płatności koncesjodawcy. W myśl art. 1 ust. 3 zd. 1 Ustawy o Koncesjach „ <i>płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza.</i> ” Koncesjonariusz, ponadto,	W świetle powyższej wykładni zd. 1 i 2 art. 1 ust. 3 Ustawy o Koncesjach są ze sobą częściowo sprzeczne, tj. zakres przepisu ze zd. 1 wykracza poza dyspozycję zd. 2 i obejmuje takie sytuacje, których nie można zakwalifikować, jako koncesje.	Celowe jest wyjaśnienie pojęcia „ryzyka ekonomicznego” na gruncie Ustawy o Koncesjach oraz wykreślenie w art. 1 ust. 3 Ustawy o Koncesjach sformułowania, że „Płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza.” Ze względu na konsekwencje prawne nieprawidłowej

	<p>ponosi „w zasadnej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji”. Zagadnienia płatności koncesjodawcy oraz ryzyka ekonomicznego mają kluczowe znaczenie ze względu na odróżnienie koncesji od zwykłych zamówień publicznych. Wykładnia logiczna tego przepisu pozwala przyjąć że płatność koncesjodawcy może pokrywać nawet większość nakładów poniesionych przez koncesjonariusza (np. 99%), jednak nigdy nie może równoważyć całości wydatków koncesjonariusza.</p> <p>Wobec takiej interpretacji dozwolona byłaby sytuacja, w której koncesjonariusz mógłby mieć zapewniony zwrot niemal wszystkich poniesionych zakładów związanych z wykonywaniem działalności gospodarczej objętej koncesją. Powyższa interpretacja nie jest uprawniona w świetle prawa europejskiego. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE wskazuje że <i>„wynagrodzenie koncesjonariusza nie pochodzi (co do zasady) od danego organu władzy publicznej, lecz z kwot pieniężnych wpłaconych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z danej usługi. Ten sposób wynagrodzenia oznacza, że koncesjonariusz bierze na siebie ryzyko związane z korzystaniem z usług.”</i></p> <p>Wobec powyższego stwierdzić należy, że art. 1 ust. 3 zd.1 w zakresie, w jakim pozwala uznać za koncesję umowę, w której płatność koncesjodawcy znacznie przekracza 50% nakładów związanych z wykonywaniem koncesji, jest niezgodny z prawem UE.</p>		<p>kwalifikacji umowy, jako koncesji, lub zamówienie publiczne (m.in. odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych) celowe jest:</p> <p>a) zdefiniowanie pojęcia „ryzyka ekonomicznego” w Ustawie o Koncesjach w sposób zgodny z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE, tj. zrelatywizowanie go do pojęcia „nakładów związanych z wykonywaniem koncesji”, obejmujących nakłady inwestycyjne, eksploatacyjne oraz finansowe;</p> <p>b) pozostawienia wymogu przeniesienia w umowie koncesji na koncesjonariusza zasadniczej części ryzyka ekonomicznego, związanego z wykonywaniem koncesji;</p> <p>c) zdefiniowanie „zasadniczej części” ryzyka ekonomicznego, jako większej części nakładów (inwestycyjnych, eksploatacyjnych i finansowych) na przedmiot koncesji ujętych w jednostkach pieniężnych;</p> <p>d) usunięcie z art. 1 ust. 3 zd. 1, że „Płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza.”</p>
6.	Wdrożenie do polskiego prawa reguł określonych w Decyzji nr 18/2004 EUROSTAT należy uznać za rozwiązanie prawidłowe.	Jednocześnie wskazać należy, że przedmiotowa linia została niewłaściwie implementowana do polskiego prawa, co utrudnia jej stosowanie. Po pierwsze, przedmiot regulacji Decyzji nr 18/2004 stanowi materię ustawową i powinien zostać uregulowany w ustawie,	W świetle powyższego staje się konieczne wdrożenie modelu przyjętego w Decyzji 18/2004 EUROSTAT do polskiego prawa w formie ustawy, przy czym ze względu na spójność systemu prawa, właściwym

		<p>a nie w rozporządzeniu. Zgodnie z art. 216 ust. 4 Konstytucji RP zaciąganie pożyczek oraz udzielanie gwarancji i poręczeń finansowych przez państwo następuje na zasadach i w trybie określonym w ustawie.</p> <p>Umowy o PPP zaliczone zostały, bowiem, do pożyczek, jeżeli wpływają na poziom długu publicznego, co określane ma być wg reguł EUROSTAT. Stosowne postanowienia powinny być zostać uregulowane w ustawie, a nie w rozporządzeniu. Ponadto, implementacja przepisów EUROSTAT w rozporządzeniu dotyczącym sprawozdawczości budżetowej, a nie w rozporządzeniu określającym tytuły dłużne mające wpływ na dług publiczny, stanowi uchybienie regułom prawidłowej legislacji. Niewłaściwy jest również sposób implementacji Decyzji 18/2004, bowiem nie zostało wskazane miejsce publikacji tego dokumentu i nie ma on żadnego urzędowego tłumaczenia na język polski.</p> <p>Wszystkie te okoliczności utrudniają jej stosowanie. Zauważyć należy, że z obowiązkiem obliczania przez jednostki sektora finansów publicznych wpływu transakcji PPP na dług publiczny na potrzeby sprawozdania Rb-Z-PPP brak w tym zakresie szczegółowej metodologii oceny stopnia obciążenia stron umowy o PPP ryzykiem.</p> <p>W tym świetle przypomnieć należy, że jednym z zadań Głównego Urzędu Statystycznego jest opracowywanie zasad metodologicznych oraz prowadzenie i koordynacja opracowań i analiz w zakresie notyfikacji fiskalnej długu i deficytu sektora finansów publicznych, jak również współpraca z organizacjami międzynarodowymi w sprawach dotyczących przygotowania i wdrażania standardów metodologicznych w obszarze notyfikacji procedur nadmiernego deficytu.</p> <p>Oдноśnie kwalifikacji wydatków z budżetu j.s.t. na umowy o PPP, niezależnie od wykładni przepisów Ustawy o Finansach Publicznych, wskazać należy, że przepisy dotyczące wydatków bieżących i majątkowych j.s.t. w kontekście PPP stanowią przedmiot często skrajnie odmiennych opinii w doktrynie, co negatywnie wpływa na możliwość rozwoju instytucji PPP.</p>	<p>miejszem implementacji wydają się przepisy Ustawy o Finansach Publicznych.</p> <p>Prawidłowe stosowanie Decyzji 18/2004 EUROSTAT wymaga wydania odpowiednich zasad metodologicznych obliczania ryzyk w umowie o PPP, co powinno zostać zrealizowane przez GUS.</p> <p>Zasadne jest przyjęcie rozwiązania, w świetle którego również sposób klasyfikacji wydatków budżetów samorządowych na umowy o PPP dokonywany będzie według reguł, określonych w Decyzji nr 18/2004, zarówno w stosunku do stanu prawnego przed 2014 r., jak i stanu prawnego, który nastąpi po 2014 r. pojęcia „wydatków bieżących” oraz „wydatków majątkowych” powinny zostać uzupełnione o ich ustawową wykładnię w zakresie dotyczącym PPP.</p>
--	--	---	---

