

UZASADNIENIE

projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym oraz niektórych innych ustaw

Spis treści

Wstęp.....	1
I. Procedura wyboru partnera prywatnego	6
II. Partnerstwo publiczno- prywatne w formie spółki	10
III. Wykonywanie umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym.....	15
IV. Zadania organu właściwego w sprawach partnerstwa publiczno- prywatnego	21
V. Inne zmiany w ustawie PPP	27
VI. Zmiany w innych ustawach.....	31
VII. Przepisy przejściowe i wejście w życie	40
VIII. Informacje dodatkowe o projekcie ustawy.....	40

Wstęp

Zadania publiczne mogą być wykonywane w różny sposób. Jedynym ze sposobów jest partnerstwo publiczno- prywatne (PPP), w którym do realizacji tych zadań w szerokim zakresie, zwłaszcza w zakresie mobilizacji środków finansowych na inwestycje, zaangażowane są podmioty prywatne. Ich zaangażowanie nie tylko pozwala kierować uwolnione w ten sposób środki publiczne na inne zadania, ale także – dzięki przejmowaniu wiedzy i doświadczeń sektora prywatnego – pozytywnie wpływa na efektywność zarządzania innymi zadaniami jednostek publicznych. Wyzwolenie potencjału kapitału prywatnego zależy m.in. od usunięcia ograniczeń prawnych oraz wprowadzenia przepisów *expressis verbis* dopuszczających powszechnie przyjęte na świecie rozwiązania z zakresu PPP.

Podstawowym aktem prawnym regulującym partnerstwo publiczno- prywatne w Polsce jest ustawa z dnia z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno- prywatnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 696 i 1777, z 2016 r. poz. 1920, dalej: ustawa PPP). Po ośmiu latach

od uchwalenia tego aktu możliwe i celowe jest podsumowanie doświadczeń z jej obowiązywania i sformułowanie propozycji zmian.

Projektowana ustawa jest wynikiem, zapowiedzianego w „Strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju” przeglądu prawa w dziedzinie partnerstwa publiczno-prywatnego i jest jednym z elementów „Polityki rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego” (obydwa dokumenty są w końcowej fazie zatwierdzania). Należy jednak podkreślić, że przedłożony projekt ustawy w żadnym wypadku nie kończy prac nad otoczeniem prawnym PPP, wręcz przeciwnie, ewolucja prawa regulującego realizację inwestycji publicznych i wykonywanie zadań publicznych oznacza, że minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, jako organ właściwy w sprawach PPP, będzie stale monitorował otoczenie prawne PPP.

Przedłożony projekt ustawy uwzględnia prace grupy roboczej, powołanej w ramach Zespołu do spraw partnerstwa publiczno-prywatnego, który jest ciałem doradczym Ministra Rozwoju i Finansów. W skład grupy roboczej weszli praktycy, przedstawiciele organów administracji rządowej, zrzeszeń jednostek samorządu terytorialnego, przedsiębiorców, instytucji finansowych oraz świata nauki.

Projektowana ustawa ma na celu poprawę otoczenia prawnego partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce. Najważniejsze zmiany przepisów służą wprowadzeniu takich rozwiązań, które – z poszanowaniem istotnych interesów publicznych – umożliwią efektywne przygotowanie i realizację projektów PPP. Przepisy ustawowe nie powinny bowiem ograniczać stosowania tych modeli PPP, które sprawdzają się w realizacji inwestycji prywatnych. Przepisy projektowanej ustawy ułatwią w stosowanie rozwiązań znanych z praktyki międzynarodowej, co powinno podnieść atrakcyjność rynku PPP w Polsce.

Ważnym aspektem zmian jest dostosowanie ustawy PPP do ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 1020) oraz nowej ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 1920, dalej: ustawa o umowie koncesji), które wprowadziły do polskiego porządku prawnego rozwiązania zwiększające elastyczność kontraktowania przez sektor publiczny.

Generalnie zmiany można podzielić na następujących siedem grup przepisów. Poszczególne grupy przepisów projektu dotyczą:

- 1) procedur wyboru partnera prywatnego,
- 2) partnerstwa publiczno-prywatnego w formie spółki,
- 3) wykonywania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym,
- 4) zadań organu właściwego w sprawach partnerstwa publiczno-prywatnego,
- 5) innych zmian w ustawie PPP,
- 6) zmian w innych ustawach,
- 7) rozwiązań przejściowych i wejścia w życie projektowanej ustawy.

Na projekt składają się propozycje zmiany 14 ustaw z różnych gałęzi prawa. Najwięcej zmian dotyczy ustawy PPP. Inne zmieniane ustawy to:

- 8) ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1440, z późn. zm.¹⁾),
- 1) ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716, 1579 i 1923),
- 2) ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2016 r. poz. 2032 i 2048 i z 2017 r. poz. 60) ,
- 3) ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. 2016 r. poz. 1888²⁾),
- 4) ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2015 r. poz. 641, z późn. zm.³⁾),
- 5) ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r. poz. 250⁴⁾),

¹ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2016 r. poz. 1920, 1948 i 2255 oraz Dz U. z 2017 r. poz. 191.

² Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2016 r. poz. 1926, 1933 i 1948, z 2017 r. poz. 60.

³ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2015 r., 901, z 2016 r. poz. 615, 770, 1020, 1250, 1920, 1948 i 2260.

⁴ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2016 r. poz. 1020, 1250 i 1920.

- 6) ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2016 r. poz. 573, 960, 1920 i 2260),
- 7) ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2016 r. poz. 2147 i 2260),
- 8) ustawa z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2016 r. poz. 543, z późn. zm.⁵⁾)
- 9) ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164⁶⁾),
- 10) ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 930 z późn. zm.⁷⁾)),
- 11) ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168, z późn. zm.⁸⁾),
- 12) ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. z 2016 r. poz. 1842, z późn. zm.⁹⁾),
- 13) ustawa z dnia 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2013 r. 2016 r. poz. 1870, z późn. zm.¹⁰⁾).

Poniżej, w ujęciu problemowym, przedstawione zostanie uzasadnienie poszczególnych propozycji legislacyjnych.

⁵ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2016 r., poz. 749, 1020, 1250, 1579, 1954, 1923, 1961, 2003 i 2260).

⁶ Dz. U. z 2016 r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260.

⁷ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2016 r. poz. 1583, 1948 i 2174, z 2017 r. poz. 38 i 60.

⁸ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2016 r. poz. 1020, 1250, 1920 i 2260.

⁹ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2016 r. poz. 1933, 2169 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 60.

¹⁰ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2016 r. poz. 1948, 1984 i 2260 oraz z 2017r. poz. 60 i 191.

I. Procedura wyboru partnera prywatnego

a) dobór trybu wyboru partnera prywatnego (art. 1 pkt 5 projektowanej ustawy)

Na wstępie należy wskazać, że ustawa PPP nie określa w sposób kompleksowy procedur wyboru partnera prywatnego. Te procedury, w zdecydowanej większości przypadków, określone są w dwóch ustawach proceduralnych: w PZP oraz w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Projektowane brzmienie art. 4 ust. 1, 2 i 2a ustawy PPP zmierza do osiągnięcia dwóch celów. Po pierwsze, przepisy ustawy nie powinny powtarzać, ani modyfikować, przesłanek zastosowania PZP albo ustawy o umowie koncesji. Zastosowanie odesłań do PZP i ustawy o umowie koncesji poprawi przejrzystość relacji między tymi ustawami a ustawą PPP.

Po drugie, należy wyeliminować ryzyko doboru nieprawidłowej procedury wyboru partnera prywatnego. Obecne brzmienie przepisów art. 4 ust. 1 i 2 ustawy PPP odróżnia sytuacje, w których mają zastosowanie przepisy PZP i ustawy koncesyjnej. Jeżeli podmiot publiczny prowadzi postępowanie w trybie ustawy koncesyjnej, to jego zwieńczeniem musi być umowa koncesji. Z kolei, jeżeli prowadzi postępowanie zgodnie z PZP, to uprawniony jest do zawarcia wyłącznie umowy o zamówienie publiczne. W kontekście PPP takie ścisłe rozdzielanie zakresów zastosowania ustaw proceduralnych rodzi istotne trudności praktyczne. W chwili wszczęcia postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego często nie jest bowiem pewne, czy umowa PPP będzie umową koncesji. Konkretny kształt umowy zależy bowiem od wyniku negocjacji. Tymczasem, zawarcie umowy, która nie przenosi ryzyka ekonomicznego na partnera prywatnego, a więc nie jest umową koncesji, w trybie ustawy koncesyjnej narusza przepisy tej ustawy i może być zakwalifikowane jako nieuprawnione pominięcie bardziej rygorystycznych przepisów PZP.

W związku z powyższym, zgodnie z projektowanym art. 4 ust. 1 ustawy PPP, podmiot publiczny może w każdym przypadku dokonać wyboru partnera prywatnego w trybie PZP, także wówczas, gdy umowa będzie umową koncesji. Stosowanie ustawy o umowie koncesji do wyboru partnera prywatnego będzie zatem fakultatywne. Dzięki

temu podmiot publiczny, który dopuszcza różne modele partnerstwa, wszczynając postępowanie w trybie PZP nie będzie miał powodów do obaw, że zastosował nieprawidłowy tryb wyboru partnera prywatnego, jeżeli negocjacje zakończą się zawarciem umowy koncesji.

Dopuszczenie w każdym przypadku stosowania PZP uchroni podmioty publiczne i partnerów prywatnych przed niepotrzebnym powtarzaniem postępowania, gdy podmiot publiczny (niewłaściwie oceniając perspektywy zawarcia umowy) wszczął postępowanie w trybie ustawy o umowie koncesji, a faktycznie wynegocjowana umowa nie może być uznana za umowę koncesji.

Ponieważ przepisy PZP są bardziej rygorystyczne niż przepisy ustawy o umowie koncesji, z uwagi na konieczność zachowania zgodności z prawem Unii Europejskiej, pierwszeństwo należy przyznać stosowaniu PZP. Zawarcie umowy zamówienia publicznego w trybie ustawy o umowie koncesji będzie bowiem niewątpliwie sprzeczne z tym prawem. Natomiast, gdy umowa koncesji zostanie zawarta w trybie PZP, nie sposób skutecznie postawić zarzutu naruszenia prawa unijnego.

Projektowany art. 4 ust. 2a ustawy PPP uzupełnia powyższą regulację wprost potwierdzając, że wszczęcie postępowania w trybie PZP zapewnia zgodność z prawem wyboru partnera prywatnego, z którym została zawarta umowa koncesji.

b) kryteria oceny ofert (art. 1 pkt 7 projektowanej ustawy)

Celem dotychczasowego art. 6 ust. 1 ustawy PPP jest wykluczenie wyboru oferty wyłącznie na podstawie wysokości wynagrodzenia partnera prywatnego, które na gruncie ustawy PPP odpowiada kryterium ceny z ustawy PZP. To *ratio legis* pozostaje aktualne. Jednocześnie, na obecnym etapie rozwoju rynku PPP w Polsce, nadal celowe jest utrzymanie przepisów wskazujących możliwe kryteria oceny ofert. Takie przepisy stanowią bowiem ważne wsparcie organizatorów partnerstw, ponieważ wskazują kryteria, które są odpowiednio dostosowane do charakteru PPP, a nie mają wyraźnego odpowiednika w ustawach proceduralnych.

Utrzymanie katalogu przykładowych kryteriów oceny ofert w ustawie PPP jest uzasadnione także tym, że przepisy o kryteriach oceny ofert w PZP (art. 91 i n.) zostały

znacznie rozbudowane, z kolei odpowiednia regulacja w ustawie o umowie koncesji– w ślad za dyrektywą 2014/23/UE¹¹ nie reguluje szczegółowo tego zagadnienia (art. 37).

W związku z powyższym, proponuje się uchylenie art. 6 ust. 2 ustawy PPP, który określa obecnie obligatoryjne kryteria oceny ofert, oraz przeniesienie wymienionych w nim kryteriów do katalogu fakultatywnych kryteriów w art. 6 ust. 3. Taka zmiana przepisów przyczyni się do większej elastyczności w wyborze partnerów prywatnych.

Jednocześnie, w projektowanym art. 6 ust. 3 pkt 1 ustawy PPP, proponuje się dodanie przepisu, który wskazuje jako możliwe kryterium oceny ofert także „dochód w postaci udziału w zysku” spółki realizującej przedsięwzięcie PPP.

c) zawarcie umowy przez spółkę-córkę partnera prywatnego (art. 1 pkt 8 projektowanej ustawy, w zakresie projektowanego art. 7b)

Projekty inwestycyjne najczęściej są realizowane w odpowiednio zbudowanych strukturach korporacyjnych. Niekiedy powoływane są odrębne podmioty do realizacji jednego projektu. Owe tzw. spółki specjalnego przeznaczenia (ang. *special purpose vehicles*) w międzynarodowej praktyce stosowane są także w partnerstwach publiczno-prywatnych. W polskim prawie przewidziane są nawet szczególne uregulowania poświęcone spółkom specjalnego przeznaczenia, jak np. ustawa z dnia 12 stycznia 2007 r. o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia¹². Tymczasem, ani obowiązujące przepisy ustawy PPP, ani przepisy PZP oraz ustawy o umowie koncesji, nie przewidują wprost możliwości powierzenia wykonywania umowy PPP spółce specjalnie powołanej do tego celu przez partnera prywatnego, np. po wyborze jego oferty. Jest to odczuwalny brak uregulowań, ponieważ na rynku partnerstwa publiczno-prywatnego umowy zwykle zawierane są na wiele lat, co oznacza, że realizacja przedsięwzięcia jest często oddzielona od pozostałych obszarów bieżącej działalności partnera prywatnego.

Wobec braku odpowiednich przepisów w ustawie PPP, niekiedy kwestionuje się możliwość podpisania umowy przez spółkę celową utworzoną przez przedsiębiorcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu w sprawie wyboru partnera prywatnego. W praktyce przedsiębiorcy powołują do życia takie spółki przed

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. U. L 94 z 28.3.2014, str. 1–64).

¹² Dz. U. z 2015 r., poz. 1502.

przystąpieniem do postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, ponosząc oczywiście dodatkowe koszty takiej operacji. Wyższe koszty uczestnictwa w postępowaniu są zniechęcające dla potencjalnych partnerów prywatnych, co oznacza, że postępowania nie są tak konkurencyjne jak mogłyby być, gdyby koszt uczestnictwa były niższe.

Z tych względów w projektowanym art. 7b ust. 1 ustawy PPP przewidziano możliwość zawarcia umowy przez jednoosobową spółkę partnera prywatnego, która została zawiązana w celu realizacji przedsięwzięcia. W takim przypadku na miejsce partnera prywatnego do zawarcia umowy przystępuje jego spółka-córka. Z chwilą zawarcia umowy, z wyjątkiem art. 7a ust. 2 oraz art. 7b ust. 3 ustawy PPP, będą miały zastosowanie przepisy dotyczące partnera prywatnego. Wyłączenie przepisów art. 7a ust. 2 i art. 7b ust. 3 ustawy PPP służy przypisaniu odpowiedzialności za wybrane aspekty realizacji umowy spółce-matce (tj. "właściwemu" partnerowi prywatnemu), mimo że formalnie stroną umowy jest spółka-córka.

W myśl projektowanego art. 7b ust. 2 ustawy PPP podmiot publiczny będzie mógł wyrazić zgodę na zawarcie umowy przez spółkę-córkę partnera prywatnego, i określić jej warunki w specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo dokumentach koncesji. Dodatkowo, o wyrażeniu zgody podmiot publiczny zobowiązany jest poinformować w ogłoszeniu o zamówieniu albo w ogłoszeniu o koncesji.

Zawarcie umowy przez spółkę-córkę niejako w miejsce partnera prywatnego oznacza, że zgodnie z zasadami ogólnymi prawa cywilnego, to spółka-córka jest odpowiedzialna za wykonanie umowy. Projektowane zmiany ustawowe nie powinny jednak prowadzić do całkowitego zwolnienia partnera prywatnego z odpowiedzialności za wykonanie umowy. Ochrona istotnych interesów publicznych wymaga, aby partner prywatny ponosił jednak w pewnym zakresie odpowiedzialność, nawet jeżeli podmiot publiczny wyrazi zgodę na zawarcie umowy przez spółkę-córkę. Zgodnie z przepisami PZP i ustawy o umowie koncesji wykonawca ubiegający się o zawarcie umowy z zamawiającym zobowiązany jest do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które dotyczą kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej i zdolności technicznej lub zawodowej (art. 22 ust. 1b PZP). Spełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi dla zamawiającego przesłankę do uznania, że umowa zostanie wykonana

prawidłowo. Z naturalnych względów, spółka-córka zwykle nie będzie dysponowała wszystkimi zasobami koniecznymi do wykonania umowy PPP. Te zasoby będzie wykazywał partner prywatny, niekiedy posiłkując się tzw. podmiotami trzecimi (zob. art. 22a PZP, art. 35 ust. 3 ustawy o umowie koncesji). W związku z tym celowe jest nałożenie na partnera prywatnego odpowiedzialności za wyrządzenie szkody wynikłej z nieudostępnienia zasobów spółce-córce (projektowany art. 7b ust. 3 ustawy PPP).

Odpowiedzialność podmiotów trzecich za nieudostępnienie zasobów spółce-córce przewidziana została w projektowanym art. 7b ust. 4 ustawy PPP.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 PZP i art. 15 ustawy o umowie koncesji, wykonawcy mogą wspólnie (tj. w ramach tzw. konsorcjum) ubiegać się o zawarcie umowy z wykonawcą. W celu uniknięcia wątpliwości co do zastosowania przepisów o konsorcjum do spółki specjalnego przeznaczenia, w projektowanym art. 7b ust. 5 znajduje się norma, zgodnie z którą przepisy dotyczące tej spółki mają mieć zastosowanie także do spółek, których jedynymi wspólnikami są członkowie konsorcjum.

II. Partnerstwo publiczno-prywatne w formie spółki

Zgodnie z art. 14 obowiązującej ustawy, umowa PPP może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę. Niewątpliwie chodzi zatem o nową spółkę.

Przepisy rozdziału IV ustawy PPP pt. "Partnerstwo publiczno-prywatne w formie spółki" okazały się zbyt rygorystyczne i nie uwzględniają obecnych potrzeb praktyki. Tym samym wymagają szeregu zmian, które przedstawiono poniżej.

a) partnerstwo publiczno-prywatne na bazie istniejącej spółki (art. 1 pkt 15 lit. b projektu ustawy)

Obowiązująca ustawa PPP przewiduje w art. 14 ust. 1 możliwość realizacji przedsięwzięcia PPP w formie spółki zawiązanej w tym celu przez podmiot publiczny i partnera prywatnego. Takie uregulowanie oznacza, że nie jest możliwa realizacja projektu PPP przez podmiot publiczny przez dopuszczenie partnera prywatnego do istniejącej spółki podmiotu publicznego. Chociaż to ograniczenie nie wyklucza realizacji projektu PPP, to podnosi jego koszt. Utrudnia także wykorzystanie zasobów

istniejącej spółki na potrzeby projektu, a to może prowadzić do ich niegospodarnego dublowania w istniejącej i nowej spółce z udziałem podmiotu publicznego.

Uwzględniając powyższe, celowe jest dopuszczenie wprost do utworzenia partnerstwa na bazie istniejącej spółki podmiotu publicznego (dodawany art. 14 ust. 1a. ustawy PPP). Projektowany przepis art. 14 ust. 1a to jedna z najpoważniejszych zmian ustawy. Konsekwencją tego przepisu jest wprowadzenie szeregu rozwiązań, których celem jest zapewnienie trwałości działania spółki oraz ochrony interesu publicznego.

Projektowany przepis art. 14a ust. 1a zd. 2 ustawy PPP ma na celu wyraźne dopuszczenie przystąpienia partnera prywatnego do spółki także w drodze objęcia akcji albo udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym. Wprowadzenie przepisu art. 14a ust. 1a pociąga za sobą przeniesienie zdania drugiego w ust. 1 do odrębnego ust. 1b. Dzięki temu zabiegowi legislacyjnemu, zakaz przyjmowania przez podmiot publiczny statusu komplementariusza w spółce z partnerem publicznym będzie dotyczył zarówno spółki powołanej do realizacji PPP (ust. 1), jak i istniejącej spółki wykorzystywanej do tego celu (ust. 1a).

Dalszymi konsekwencjami dopuszczenia do wykorzystania do realizacji PPP istniejącej spółki są zmiany, które uzupełniają obowiązujące i projektowane przepisy o odesłania do art. 14 ust. 1a ustawy PPP (zob. art. 1 pkt 6, art. 1 pkt 7 lit. c tiret 2, pkt 8 lit. b, pkt 10, pkt 12 lit. d, pkt 13, pkt 18 lit. a, art. 5 pkt 1 lit. c, art. 5 pkt 3 lit. a, art. 8 pkt 2, art. 9, art. 11 pkt 1 projektowanej ustawy).

b) wyłączenie stosowania przepisów ustawy o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników (art. 1 pkt 15 lit. d projektowanej ustawy)

Zgodnie z art. 4 ustawy PPP (tak w obowiązującym, jak i w projektowanym brzmieniu) wybór partnera prywatnego następuje w trybie PZP albo ustawy o umowie koncesji. Jednocześnie, tryb wyboru inwestora, któremu zbywane są akcje albo udziały w spółce z udziałem Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego, jest jedynie ogólnie uregulowana w art. 11-15 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym¹³ (przepisy tej ustawy mają zastosowania także do

¹³ Dz. U. z 2016, poz. 2259.

jednostek samorządu terytorialnego na mocy odesłania w art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹⁴).

Mając na uwadze, że zbycie udziałów albo akcji partnerowi prywatnemu jest pochodną jego wyboru na partnera prywatnego i służy jedynie realizacji przedsięwzięcia w ramach PPP i, utrzymane w mocy przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników¹⁵ nie powinny mieć zastosowania. Przewidziane w art. 4 ust. 1 ustawy PPP wyłączenie stosowania ustawy o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników jest niezbędne, gdyż stosowania przepisów tej ustawy nie można pogodzić z czasowym charakterem PPP. Jest to podstawowa cecha odróżniająca PPP od prywatyzacji, która stanowi definitywne zbycie udziałów albo akcji, czyli „na zawsze”.

c) odpowiedzialność podmiotów trzecich za udostępnienie zasobów zaoferowanych przez partnera prywatnego (art. 1 pkt 15 lit. e projektu ustawy)

Projektowany art. 14 ust. 4 przewiduje, że do odpowiedzialności podmiotów trzecich za nieudostępnienie zasobów spółce będzie miał zastosowanie art. 7b ust. 4 ustawy PPP.

Zgodnie z tym przepisem, jeżeli partner prywatny w toku postępowania powoła się na zasoby podmiotów trzecich, to te podmioty będą odpowiadały za nieudostępnienie tych zasobów spółce projektowej na takich samych zasadach, na jakich odpowiadałyby za nieudostępnienie zasobów partnerowi prywatnemu, tj. zgodnie z zasadami określonymi w art. 22a ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych albo art. 36 ust. 3 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

d) czasowy charakter spółki i uczestnictwa partnera prywatnego w spółce (art. 1 pkt 16 projektu ustawy)

Partnerstwo publiczno-prywatne może być realizowane w formie spółki. Docelowo, uwzględniając projektowaną ustawę, partnerstwo będzie mogło być realizowane przez spółkę zawiązaną przez podmiot publiczny (obowiązujący art. 14 ust. 1 ustawy PPP) i partnera prywatnego albo na bazie istniejącej spółki (projektowany art. 14 ust. 1a

¹⁴ Dz. U. z 2016 r. poz. 573, 960 i 1920

ustawy PPP). W obu przypadkach udział partnera prywatnego, wybranego do realizacji PPP, powinien mieć charakter czasowy, co do zasady nie przekraczający czasu trwania samego partnerstwa. Z powyższego względu w przedłożonym projekcie przewidziane są przepisy art. 14a i 14b.

Zgodnie z projektowanym art. 14a ustawy PPP, spółkę, o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy PPP, zawiązuje się na czas oznaczony, nie dłuższy niż czas trwania umowy PPP, przedłużony maksymalnie o rok. Wydłużenie czasu trwania spółki o rok podyktowane jest względami praktycznymi. Spółka powinna działać w sposób niezakłócony do ostatniego dnia realizacji przedsięwzięcia, a kwestie związane z jej likwidacją albo organizacją dalszego istnienia powinny być załatwiane po zakończeniu realizacji przedsięwzięcia.

Projektowany art. 14a ust. 2 ustawy PPP przewiduje, że spółka zawiązana w celu realizacji przedsięwzięcia PPP może być wyjątkowo przedłużona na czas nieoznaczony, jeżeli w gronie jej wspólników nie ma już podmiotów spoza sektora finansów publicznych, które przystąpiły do spółki w celu realizacji przedsięwzięcia (a więc w tym gronie mogłyby pozostać inne podmioty, które były wspólnikami wcześniej, np. pracownicy). To ograniczenie kręgu podmiotowego wspólników po zakończeniu wykonywania umowy PPP wynika z konieczności ochrony warunków równej konkurencji dla podmiotów prywatnych i otwarciem rynków na konkurencję po zakończeniu projektu PPP. Nieograniczone w czasie uczestnictwo partnera prywatnego w spółce wykonującej zwykle zadania publiczne oznaczałoby bowiem jego nieuprawnione uprzywilejowanie względem innych przedsiębiorców.

W myśl projektowanego art. 14b ust. 1 ustawy PPP, ograniczeniu w czasie powinno podlegać tylko uczestnictwo partnera prywatnego i innych osób nienależących do sektora finansów publicznych. W związku z tym, w okresie roku od upływu czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, partner prywatny i inne osoby nie należące do sektora finansów publicznych, które przystąpiły do spółki w celu realizacji przedsięwzięcia, powinny być zobowiązane do zbycia akcji albo udziałów na rzecz podmiotu publicznego. Alternatywnie, w tym samym okresie akcje albo udziały takich podmiotów mogłyby podlegać umorzeniu. Zgodnie z projektowanym art. 14b ust. 1 zdanie drugie, w takich okolicznościach nie będzie miał zastosowania art. 361 § 1

ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych¹⁶. To oznacza, że w zamian za umorzone akcje nie będą wydawane świadectwa użytkowe.

Zgodnie z projektowanym art. 14a ust. 3 ustawy PPP, zbycie akcji albo udziałów należących do partnera prywatnego i innych wyżej wymienionych osób będzie mogło być nieodpłatne. Ten przepis stanowi wyjątek od zasady, że zbycie albo umorzenie akcji albo udziałów następuje odpłatnie.

Kolejny przepis art. 14a ust. 3 ustawy PPP służyć będzie zapewnieniu czasowego charakteru uczestnictwa w spółce partnera prywatnego i innych osób nienależących do sektora finansów publicznych, które przystąpiły do spółki w celu realizacji przedsięwzięcia. Zgodnie z tym przepisem, w razie bezskutecznego upływu rocznego terminu od zakończenia obowiązywania umowy PPP, akcje albo udziały partnera prywatnego i osób trzecich, z wyjątkiem akcji albo udziałów należących do jednostek sektora finansów publicznych i spółek zależnych od podmiotu publicznego, będą podległy umorzeniu automatycznie, i bez wynagrodzenia. W związku z tym, w takim przypadku będą miały zastosowania przepisy art. 359 § 6 albo art. 199 § 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych.

e) podejmowanie kluczowych decyzji przez spółkę (art. 1 pkt 17 projektowanej ustawy)

W celu wzmocnienia pozycji podmiotu publicznego w spółce, w odniesieniu do niektórych kluczowych decyzji spółki powinna być przewidziana zgoda wszystkich wspólników albo akcjonariuszy. Poza obecnie wymienionymi w ustawie przypadkami, taka zgoda będzie wymagana także w odniesieniu do zawiązania innej spółki oraz objęcia albo nabycia udziałów lub akcji innej spółki.

Docelowo, wymóg jednomyślności dotyczyłby zbycia lub obciążenia nieruchomości albo przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ Kodeksu cywilnego, zawiązania innej spółki, objęcia albo nabycia udziałów lub akcji innej spółki. Katalog tych czynności jest ograniczony i niewątpliwie – w kontekście PPP – są to czynności nadzwyczajne.¹⁷ Tego

¹⁶ Dz.U z 2016 r., poz. 1578 i 1579.

¹⁷ Należy także zwrócić uwagę na art. 5a ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (Dz. U. z 2016 r. poz. 154), który ogranicza swobodę dysponowania mieniem państwowym.

typu transakcje nie należą bowiem do typowych działań, które są niezbędne do wykonania umowy PPP. Dlatego należy spodziewać się, że takie sytuacje będą zdarzały się wyjątkowo, a jeżeli do nich dojdzie, to zapewne nie z inicjatywy podmiotu publicznego. Ograniczenia te mają na celu wyeliminowanie nieuprawnionego wyprowadzania aktywów ze spółki PPP bez zgody podmiotu publicznego, niezależnie jaką pozycję będzie miał w spółce.

III. Wykonywanie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

a) zmiany umowy PPP (art. 1 pkt 14 projektowanej ustawy)

Zgodnie z obowiązującym art. 13 ust. 1 ustawy PPP zakazane są istotne zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego. Jedynym wyjątkiem od tego zakazu jest przypadek, gdy podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany. W myśl art. 13 ust. 2 ustawy PPP zmiany dokonane z naruszeniem ust. 1 tego artykułu są nieważne.

Po wejściu w życie nowelizacji PZP z 22 czerwca 2016 r., przepis art. 144 PZP znacznie lepiej od wcześniejszego brzmienia oddaje realia rynkowe wykonywania umów, a w szczególności wydatnie ułatwia wykonywanie umów wieloletnich. W dłuższym okresie może przecież wystąpić szereg zdarzeń uzasadniających zmianę umowy, które hipotetycznie były do przewidzenia.

Utrzymanie w mocy obecnego brzmienia art. 13 ustawy PPP w istocie oznaczałoby, że zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego były by dopuszczalne w szerszym zakresie, niż zmiany umów PPP. To w sposób nieuzasadniony pogarszało by warunki realizacji PPP. Byłoby to także niezrozumiałe ze względów systemowych. Podsumowując, takie zróżnicowanie zakresu dopuszczalnych zmian umów o zamówienie publicznego i umów PPP nie ma obecnie już żadnego uzasadnienia.

Należy także dodać, że ustawa o umowie koncesji w art. 46 przewiduje analogiczne przepisy do nowego brzmienia art. 144 PZP.

Z powyższych względów uzasadnione jest uchylenie art. 13 ustawy PPP. Dzięki takiemu zabiegowi zastosowanie będą miały przepisy art. 144 PZP i art. 46 ustawy o umowie koncesji.

b) odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 1 pkt 7 lit. c projektowanej ustawy)

Zgodnie z obowiązującym art. 7 ust. 4 ustawy PPP, do odpowiedzialności za wykonanie umowy PPP i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie stosuje się przepisu art. 141 PZP. Zastosowanie mają natomiast m.in. przepisy art. 150 i 151 PZP, dotyczące należytego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W myśl obowiązującego przepisu art. 150 ust. 2 PZP "zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy". Tak sformułowany limit wysokości zabezpieczeń nie jest dostosowany do formuły partnerstwa publiczno-prywatnego, w którym całkowite wynagrodzenie jest nieporównywalnie wyższe od wynagrodzenia w typowym zamówieniu publicznym, może bowiem obejmować wynagrodzenie za okres dochodzący do, a nawet przekraczający, 50 lat. W projektach PPP wysokość zabezpieczenia powinna więc uwzględniać strukturę projektu, wymagania podmiotu publicznego, a także przedmiot oraz specyfikę danego przedsięwzięcia. Z tego względu w projektowanym art. 7 ust. 4 ustawy PPP zostaje wyłączone stosowanie art. 150 PZP.

Przepis art. 151 PZP reguluje termin zwrotu zabezpieczenia wykonawcy. W myśl art. 150 ust. 1 PZP zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania zamówienia za należycie wykonane. Zamawiający może przy tym pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady do 30 % zabezpieczenia, które jest zobowiązany zwrócić nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

PZP nie przewiduje szczególnego terminu zwrotu zabezpieczenia w odniesieniu do umów wieloletnich, którymi bez wątpienia są umowy PPP. W szczególności należy zwrócić uwagę, że wartość świadczeń partnera prywatnego znacząco zmienia się w czasie. Inna jest na etapie budowy albo remontu obiektu infrastruktury a inna w okresach utrzymania tego obiektu. Przepisy PZP nie uwzględniają takiej sytuacji.

Zastosowanie w pełnym zakresie przepisu art. 151 PZP *in fine* do umowy PPP możliwe jest jedynie w odniesieniu do robót budowlanych lub wykonania dzieła. Przepisy PZP nie przewidują jednak takiej możliwości. Dzięki tej zmianie podmiot publiczny będzie mógł ustalić zabezpieczenie należytego wykonania umowy w ramach swobody umów, zgodnie z potrzebami konkretnego projektu, w szczególności biorąc pod uwagę jego etapy: budowę, eksploatację, remonty itd.

Podsumowując, w PPP nie powinien mieć zastosowania nie tylko art. 141 PZP, ale także 150 i 151 PZP.

c) ochrona podwykonawców (art. 1 pkt 9 8 projektowanej ustawy, w zakresie projektowanego art. 7a)

Realizacja projektu PPP w formie spółki stwarza sytuację, w której zastosowanie wprost przepisów Kodeksu cywilnego o ochronie zapłaty podwykonawcy może być istotnie utrudnione. W takim bowiem przypadku może pojawić się uzasadniona wątpliwość, który podmiot uczestniczący w partnerstwie jest investorem w rozumieniu art. 647 Kodeksu cywilnego. "Rzeczywistym" investorem jest podmiot publiczny. Równocześnie, ważną cechą projektów PPP jest przeniesienie ryzyka budowy na partnera prywatnego. Co więcej, zapewnienie finansowania projektu najczęściej również należy do zadań partnera prywatnego. Gdyby podmiot publiczny dysponował odpowiednimi zasobami finansowymi na wykonanie robót budowlanych, najczęściej nie sięgałby po formułę PPP, a w każdym razie projekt PPP najpewniej nie obejmowałby tych robót. Wskazanie inwestora w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego jest szczególnie doniosła, gdy projekt jest realizowany przez spółkę projektową.

W projektach PPP obejmujących roboty budowlane, umowy z wykonawcą zwykle zawiera spółka projektowa. W związku z tym, w celu uniknięcia ewentualnych rozbieżności interpretacyjnych, należy przesądzić w ustawie, że investorem w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego jest właśnie ta spółka. Takie rozstrzygnięcie ustawowe odpowiada także sensowi i istocie powołania spółki projektowej, jako wyodrębnionego podmiotu, na którym spoczywa realizacja przedsięwzięcia.

Z powyższych względów, zgodnie z projektowanym art. 7a ust. 1 ustawy PPP, przepisy art. 647¹ i 649¹- 649⁵ Kodeksu cywilnego dotyczące inwestora, będą miały

zastosowanie do spółki, o której mowa w obowiązującym przepisie art. 14 ust. 1 albo projektowanym art. 14 ust. 1a ustawy PPP.

Jeżeli projekt PPP jest realizowany przez spółkę a nie bezpośrednio przez partnera prywatnego, uznanie spółki za inwestora w rozumieniu art. 647 Kodeksu cywilnego nie zapewnia jednak należytej ochrony interesom podwykonawców. Spółka projektowa nie stanowi bowiem samodzielnego bytu gospodarczego, ale jedynie instrument prawny umożliwiający dogodne wykonanie zadań w partnerstwie przez partnera prywatnego. Z tego względu zasadne jest przyznanie podwykonawcom wzmocnionej ochrony w zakresie zapłaty wynagrodzenia. W związku z tym, w myśl projektowanego art. 7a ust. 2 ustawy PPP, podwykonawca będzie uprawniony do prowadzenia egzekucji należnego mu wynagrodzenia z majątku partnera prywatnego (na którym powinno ma spoczywać ryzyko budowy). Odpowiedzialność partnera prywatnego miałyby charakter subsydiarny, i aktualizowałyby się w razie bezskuteczności egzekucji wobec spółki projektowej. Partner prywatny byłby jednak zwolniony z odpowiedzialności, jeżeli podwykonawcy zostanie udzielona gwarancja zapłaty, o której mowa w art. 649¹ §1 Kodeksu cywilnego (projektowany art. 7a ust. 3 ustawy PPP).

d) prawo interwencji podmiotu finansującego (art. 1 pkt 11 projektowanej ustawy)

Praktycznie realizacja wszystkich projektów PPP wymaga finansowania zewnętrznego, najczęściej pochodzącego od instytucji finansowych. Instytucje finansowe, w szczególności banki, zainteresowane są wykonaniem projektu bez zakłóceń, bowiem spłata ich wierzytelności zależy od powodzenia przedsięwzięcia. W tym celu instytucje finansowe wymagają zawarcia umów, które pozwalają im kontrolować przebieg realizacji projektu. Praktyka realizacji projektów finansowanych długiem wykształciła szczególny rodzaj umów, tzw. umów bezpośrednich (ang. *direct agreement*), zawieranych pomiędzy finansującym projekt (np. bankiem) a podmiotem publicznym.

Umowy bezpośrednie mają na celu zabezpieczenie interesów instytucji finansujących, które angażują się w realizację przedsięwzięcia, a nie są stroną umowy PPP. Z uwagi na brak przepisów regulujących tę kwestię w sposób wyraźny, czasami wyrażane są obawy, co do możliwości zawierania umów bezpośrednich. Z tego względu, przede wszystkim z myślą o podmiotach publicznych, w projekcie znalazł się przepis art. 10a

ust. 1 ustawy PPP, który będzie stanowił jednoznaczną podstawę prawną do zawierania umów bezpośrednich.

Przedmiotem umów bezpośrednich jest uprawnienie instytucji finansującej do czasowego przejęcia wykonywania całości lub części umowy PPP, jeżeli zagrożona jest prawidłowa realizacja przedsięwzięcia (projektowany art. 10a ust. 1 ustawy PPP). Wykonanie dyspozycji tego przepisu będzie możliwe tylko za zgodą podmiotu publicznego wyrażoną w umowie PPP (projektowany art. 10a ust. 3 ustawy PPP).

Oczywiście instytucje finansujące najczęściej samodzielnie nie prowadzą działalności polegającej na realizacji projektu, np. remontach, zarządzaniu nieruchomościami, czy zarządzaniu infrastrukturą. W praktyce instytucje finansujące zlecają czynności z zakresu realizacji projektu wyspecjalizowanym podmiotom trzecim.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z projektowanym art. 10a ust. 3, umowa PPP ma określać warunki powierzenia. W myśl projektowanego art. 10a ust. 4, postanowienia umów zawartych z osobą trzecią przez podmiot publiczny, partnera prywatnego lub spółkę, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a, sprzeczne z umową o partnerstwie publiczno-prywatnym są nieważne. Ten przepis ma na celu wprowadzenie jednoznacznego pierwszeństwa podstawowemu dokumentowi określającemu warunki realizacji partnerstwa, czyli umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Inne umowy zawierane przez podmioty zaangażowane w partnerstwo nie będą mogły zawierać postanowień sprzecznych z umową PPP. Przyjęte rozwiązanie ułatwi rozstrzygnięcie potencjalnych konfliktów pomiędzy postanowieniami umów zawieranych przez podmioty finansujące z różnymi uczestnikami partnerstwa (podmiotem publicznym, spółką projektową i partnerem prywatnym).

e) przekazanie składnika majątkowego po zakończeniu partnerstwa (art. 1 pkt 12 projektowanej ustawy)

Przepis art. 11 ust. 1 zd. 1 ustawy PPP w obowiązującym brzmieniu wskazuje, że „po zakończeniu czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny lub spółka, o której mowa w art. 14 ust. 1, przekazuje podmiotowi publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia, w stanie niepogorszonego, z uwzględnieniem jego zużycia wskutek prawidłowego używania, chyba że umowa o PPP stanowi inaczej.”. Z tego brzmienia

przepisu można wnioskować, że umowa PPP może stanowić, że po zakończeniu czasu trwania umowy o PPP partner prywatny nie przekaze podmiotowi publicznemu składnika majątkowego. Taka wykładnia byłaby zgodna z regułami wykładni gramatycznej. Sformułowanie „chyba że umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym stanowi inaczej” można bowiem odnosić zarówno do pierwszej części zdania (dotyczącej przekazania składnika majątkowego), jak i drugiej części zdania (dotyczącej stanu, w jakim stanie ma być przekazany składnik majątkowy). Równie uprawniona jest jednak wykładnia, że sformułowanie „chyba że umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym stanowi inaczej” odnosi się tylko do stanu składnika majątkowego w chwili jego przekazania podmiotowi publicznemu po zakończeniu czasu trwania umowy o PPP. Taka wykładnia *de facto* oznaczałaby, że wszelkie składniki majątkowe wykorzystywane do realizacji przedsięwzięcia, w tym również nieruchomości sprzedane partnerowi prywatnemu i zagospodarowane komercyjnie, po zakończeniu czasu trwania umowy o PPP podlegałyby zwrotowi podmiotowi publicznemu.

Tymczasem, przepisy ustawy PPP nie powinny pozostawiać wątpliwości, że umowa PPP może regulować zarówno stan składnika majątkowego, jak i to, czy podlega on przekazaniu podmiotowi publicznemu po zakończeniu czasu trwania umowy PPP. Z tego powodu przepis art. 11 ust. 1 ustawy PPP w przedłożonym projekcie został podzielony na ust. 1, który dotyczy tylko zwrotu składnika majątkowego, oraz ust. 1b, który dotyczy stanu, w jakim składnik ma być przekazywany.

Ponieważ przepis art. 9 ust. 3, do którego odsyła obecnie art. 11 ust. 1 ustawy PPP, dotyczy rozliczeń pomiędzy partnerem prywatnym i podmiotem publicznym w razie przekazania składnika majątkowego podmiotowi publicznemu, odesłanie do tego przepisu w przedłożonym projekcie zostało przeniesione do nowego ust. 1b.

W projektowanym art. 9 ust. 4 niedookreślone pojęcie „umowy” zastępuje się pojęciem „umowa spółki”. Ta zmiana ma na celu wyeliminowanie wątpliwości, której umowy dotyczy ten przepis.

Projekt ustawy przewiduje także dodanie do art. 11 ustawy PPP nowego ustępu 2a, który wyłącza przepis ust. 1 w przypadku, gdy podmiot publiczny postanowi o pozostawieniu składnika majątkowego w majątku spółki po zakończeniu czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Dodanie tego przepisu uzasadnione jest tym, że w projektowanym brzmieniu przepis art. 11 ust. 1 dotyczy nie tylko spółki

związanej w celu realizacji projektu PPP, ale także spółki wykorzystanej do realizacji projektu, o której mowa w projektowanym art. 14 ust. 1a ustawy PPP. W razie milczenia umowy PPP, brak takiego przepisu skutkowałby obowiązkiem przekazania składnika podmiotowi publicznemu, nawet jeżeli ten podmiot postanowi o pozostawieniu składnika w spółce, co będzie regułą w przypadku spółek uczestniczących w realizacji projektu na podstawie art. 14 ust. 1a. Przekazanie składnika majątkowego podmiotowi publicznemu przez spółkę, która istniała przed powołaniem partnerstwa, i będzie istniała po zakończeniu projektu, byłoby najczęściej nieracjonalne. Nie można również wykluczyć, że spółka powołana do realizacji projektu, po opuszczeniu jej przez partnera prywatnego, będzie dalej istniała. Pozbawienie składnika majątkowego tej spółki także nie będzie miało uzasadnienia. Stąd projektowany art. 11 ust. 2a ustawy PPP ogólnie stanowi o "spółce", obejmując tym samym oba rodzaje spółek projektowych.

IV. Zadania organu właściwego w sprawach partnerstwa publiczno-prywatnego

W myśl obowiązującego art. 3 ustawy PPP do zadań ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego w zakresie ustawy należy w szczególności upowszechnianie i promowanie partnerstwa publiczno-prywatnego, dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego, w tym stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego.

Powyższy przepis nie daje wystarczających podstaw do efektywnego pełnienia przez ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego (obecnie Ministra Rozwoju i Finansów) roli centralnej jednostki PPP w Polsce. Jak pokazują doświadczenia innych państw z dojrzałymi rynkami PPP, stabilny rozwój tego rynku wymaga funkcjonowania silnie umocowanej jednostki w ramach administracji publicznej. Wyspecjalizowane publiczne jednostki PPP funkcjonują w wielu państwach Unii Europejskiej¹⁸. Nie ma jednak jednego dominującego modelu i każde państwo wyposaża centralną jednostkę PPP w takie narzędzia, jakie są niezbędne dla skutecznego funkcjonowania krajowego rynku PPP.

¹⁸ European PPP Expertise Centre Establishing and Reforming PPP Units, sierpień 2014.

PPP znalazło umocowanie prawne w przepisach rozporządzenia (UE) nr 1303/2013¹⁹ ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące funduszy unijnych w perspektywie 2014-2020 r. Stąd, w polskich realiach, szczególną rolę w prowadzeniu programów inwestycyjnych odgrywa minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, który powinien być ministrem właściwym w sprawach partnerstwa publiczno-prywatnego.

Z tych względów zasadne jest uchylenie art. 3 ustawy PPP i dodanie nowego rozdziału 4a, który bardziej szczegółowo określi kluczowe kompetencje organu właściwego w sprawach PPP.

a) zadania ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego (art. 1 pkt 19 projektowanej ustawy w zakresie art. 16a ustawy PPP)

W projektowanym przepisie art. 16 ust. 1 ustawy PPP minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego został wskazany jako organ właściwy w sprawach partnerstwa publiczno-prywatnego.

Zadania organu właściwego zostały przykładowo wymienione w projektowanym art. 16a ust. 2 ustawy PPP. Najważniejszymi zadaniami ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego w obszarze PPP będą:

- 1) upowszechnianie i promowanie dobrych praktyk z zakresu PPP, w szczególności będących projektami hybrydowymi, o których mowa w art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2016 r. poz. 217 i 1579);
- 2) przygotowywanie i upowszechnianie przykładowych wzorów umów PPP, wytycznych oraz innych dokumentów stosowanych przy planowaniu i realizacji PPP;
- 3) prowadzenie bazy partnerstw publiczno-prywatnych;

¹⁹ 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 347 z 10.12.2013 r., str. 320).

- 4) dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania PPP, w tym stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego.

b) monitorowanie rynku partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 1 pkt 19 projektowanej ustawy w zakresie art. 16b ustawy PPP)

Wywiązywanie się przez ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego z obowiązku dokonywania analiz i ocen funkcjonowania PPP, wymaga zobowiązania podmiotów publicznych do wyczerpującego informowania ministra o najważniejszych danych dotyczących planowanych i realizowanych projektów PPP.

W związku z tym, w myśl projektowanego art. 16b ust. 1 ustawy PPP podmioty publiczne będą zobowiązane do przekazywania ministrowi informacji dotyczących co najmniej:

- 1) zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, w tym informacji obejmujących:
 - a) nazwę projektu,
 - b) tryb wyboru partnera prywatnego,
 - c) datę podpisania umowy i okres jej obowiązywania,
 - d) datę rozpoczęcia, zawieszenia i zakończenia realizacji przedsięwzięcia,
 - e) wartość inwestycji, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, rozumianej jako nakłady inwestycyjne, które mają być poniesione na realizację przedsięwzięcia,
 - f) wartości usług, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, które mają być świadczone w ramach przedsięwzięcia,
 - g) wartość umowy, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, rozumianą jako sumę przewidywanych wszystkich wydatków koniecznych do poniesienia przy realizacji przedsięwzięcia, z uwzględnieniem ust. 3;
- 2) zawiązania i wpisu do rejestru przedsiębiorców spółki projektowej i spółki-córki partnera prywatnego, a także jej rozwiązania.

Projektowane przepisy art. 16a ust. 2-3 ustawy PPP przewidują obowiązki aktualizacji danych przekazywanych ministrowi. Minister będzie również uprawniony do żądania dodatkowych informacji o projekcie (projektowany art. 16a ust. 5 ustawy PPP).

Projektowane obowiązki przekazywania informacji dotyczących partnerstwa przez podmiot publiczny należy odróżnić od obowiązku sporządzania sprawozdania Rb-Z-PPP o stanie zobowiązań wynikających z umów partnerstwa publiczno-prywatnego, które jest przewidziane w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej²⁰. Obowiązki przewidziane w projektowanym art. 16e dotyczą ogólnych informacji dotyczących projektu, bez względu na to, który podmiot ma sfinansować inwestycje, usługi i wydatki w ramach partnerstwa. Tymczasem, obowiązki statystyczne określone w rozporządzeniu Ministra Finansów, które dotyczą wyłącznie zobowiązań i wydatków jednostek finansów publicznych.

W myśl projektowanego art. 16a ust. 4 ustawy PPP, minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego będzie prowadził i publikował bazę projektów PPP. W celu ujednolicenia przekazywanych danych, minister opracuje wzór informacji o projekcie PPP (projektowany art. 16a ust. 6 ustawy PPP).

c) tzw. negatywny test PPP (art. 1 pkt 19 projektowanej ustawy w zakresie art. 16c-16d oraz art. 16f ustawy PPP)

Projektowane przepisy przewidują zmianę roli ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego w procesie przygotowania dużych inwestycji, które angażują znaczne środki publiczne. Procedura negatywnego testu PPP będzie nastawiona na wybór formuły, w jakiej ma być realizowana inwestycja, a więc będzie skoncentrowana na badaniu efektywności przyszłej inwestycji. Należy przy tym zauważyć, że negatywny test PPP ma dotyczyć inwestycji, jeżeli próg 300 mln. zł. przekracza zakładana kwota wydatków z budżetu państwa, a nie ich wartość kosztorysowa.

Projektowany przepis art. 16c ustawy PPP przewiduje obowiązek uzyskiwania zgody ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego na realizację inwestycji i zakupów inwestycyjnych w formule innej niż PPP, jeżeli planowana kwota wydatków z budżetu

²⁰ Dz.U. z 2016 r., poz.1015.

państwa na te inwestycje i zakupy inwestycyjne jest równa lub przekracza 300 mln zł. Procedura udzielenia zgody, czyli tzw. negatywny test PPP, ma na celu ocenę zasadności realizacji projektu poza formułą PPP. Obowiązek uzyskiwania zgody nie dotyczyłby inwestycji i zakupów współfinansowanych z funduszy unijnych oraz projektów w dziedzinie obronności (projektowany art. 16b ust. 2 ustawy PPP).

Negatywny test PPP powinien obejmować także inwestycje objęte programami rozwoju, o których mowa w art. 15 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju²¹.

W obecnym stanie prawnym inwestycje objęte programami wieloletnimi, o których mowa w przepisach o finansach publicznych także podlegają opinii ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego (art. 19 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju). Wykaz programów wieloletnich stanowi załącznik do ustawy budżetowej. Opinia ministra wydawana jest w terminie 30 dni, według kryterium zgodności przewidywanej inwestycji z odpowiednimi strategiami rozwoju, o których mowa w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Następnie programy rozwoju przedkładane są do rozpatrzenia przez Radę Ministrów. Dodatkowo zgodnie z art. 15 ust. 6 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, dla każdego programu rozwoju o wartości powyżej 300 mln zł, a także zmiany programu rozwoju o wartości powyżej 300 mln zł, instytucja opracowująca program przygotowuje, przed jego przyjęciem lub zmianą, raport ewaluacyjny, zawierający uprzednią ewaluację realizacji programu.

Ponadto, proponuje się uchylenie art. 135 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym zaplanowanie wydatków na inwestycje budowlane państwowych jednostek budżetowych oraz dotacji, o których mowa w art. 132 ust. 2, o wartości kosztorysowej przekraczającej 300 mln zł wymaga uzyskania opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego o zgodności przewidywanej inwestycji z odpowiednimi strategiami rozwoju, o których mowa w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. W związku z wprowadzeniem procedury negatywnego testu PPP, proponuje się rezygnację z tej procedury przewidzianej w art. 135 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Dzięki uchyleniu tych przepisów inwestycje nie będą podlegały

²¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 383 i 1250

większej liczbie procedur niż obecnie. Dodatkowo pomimo obowiązywania art. 135 ust. 2 przez kilka lat żaden projekt nie został poddany tej procedurze.

Minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego udzieli zgody na realizację inwestycji w formule tradycyjnej, jeżeli realizacja przedsięwzięcia w innej formule niż partnerstwo publiczno- prywatne jest korzystniejsza dla interesu publicznego od realizacji w formule partnerstwa publiczno- prywatnego (projektowany art. 16d ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PPP).

W udzielanie zgody zaangażowany będzie minister właściwy do spraw finansów publicznych (projektowany art. 16a ust. 5 i n. ustawy PPP). Jeżeli minister właściwy do spraw finansów publicznych wyda negatywną opinię o realizacji projektu w formule PPP, wówczas minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego udzieli zgody na jego realizację w formule tradycyjnej (projektowany art. 16d ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy PPP). Jeżeli będą zachodziły uzasadnione podstawy, żeby przypuszczać, że nie będzie możliwości finansowania przedsięwzięcia ze środków budżetu państwa albo finansowania z tych środków w wysokości określonej we wniosku, minister właściwy do spraw finansów publicznych odmówi wydania opinii. W takim przypadku minister zwróci wniosek. Wniosek będzie podlegał zwrotowi także w przypadku, gdy będzie zawierał braki albo nie będzie, wraz z towarzyszącą dokumentacją, zawierał niezbędnych danych do wydania merytorycznego stanowiska (projektowany art. 16d ust. 1 pkt 3 ustawy PPP).

W myśl projektowanego art. 16d ust. 5 ustawy PPP, zgoda i odmowa zgody nie będą decyzją administracyjną oraz nie będą zabezpieczeniem finansowania z budżetu państwa.

Projekt przewiduje mechanizm odwoławczy w razie odmowy udzielania zgody przez ministra do spraw rozwoju regionalnego. Jeżeli minister do spraw rozwoju regionalnego odmówi zgody, podmiot publiczny może zwrócić się do Rady Ministrów o udzielenie zgody realizację inwestycji i zakupów inwestycyjnych, o których mowa w art. 16c, w formule innej niż partnerstwo publiczno- prywatne.

Wniosek do Rady Ministrów podmiot publiczny składa za pośrednictwem ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego. Minister, w ramach autokontroli, będzie mógł wycofać odmowę udzielenia zgody i udzielić zgody, bez przekazywania wniosku

Radzie Ministrów. Jeżeli Rada Ministrów udzieli zgody podmiot publiczny może realizować inwestycję w innej formule niż PPP

Jeżeli minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego odmówi wyrażenia zgody, a więc projekt powinien być realizowany w formule PPP, nie będzie miał zastosowania art. 18 ustawy PPP. W takim bowiem przypadku, w ramach testu negatywnego, minister właściwy do spraw finansów publicznych pozytywnie zaopiniował już możliwość sfinansowania projektu w PPP.

Minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego będzie zobowiązany do zachowania poufności danych przekazanych przez podmioty publiczne, jeżeli dane te podlegają ochronie prawnej (projektowany art. 16f ustawy PPP).

Schemat testu negatywnego zamieszczony jest w Załączniku do niniejszego uzasadnienia.

d) fakultatywne opiniowanie planowanych PPP (art. 1 pkt 19 projektowanej ustawy w zakresie art. 16e i art. 16f ustawy PPP)

Jeżeli dany projekt nie podlega testowi negatywnemu, podmiot publiczny powinien mieć możliwość uzyskania o nim niewiążącej opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego. Pozytywna opinia o projekcie może wesprzeć decyzje o podjęciu realizacji projektu w formule PPP. Brak wyraźnego wsparcia organu centralnego jest niekiedy wskazywany jako jedna z przyczyn zbyt zachowawczego podejścia do PPP w sektorze publicznym.

W związku z tym, w projektowanym art. 16e ust. 1 ustawy PPP, przewiduje się możliwość zwrócenia się do ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego o wydanie opinii o zasadności realizacji projektu w formule PPP.

Wydawanie tej niewiążącej opinii powinno także zmniejszyć koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez potencjalnych partnerów prywatnych. Obecnie stosunek liczby wszystkich zawartych umów do wszystkich opublikowanych ogłoszeń wskazuje, że tylko, co czwarte postępowanie zakończone jest zawarciem umowy. Partnerzy prywatni dokonując selekcji postępowań o wybór partnera prywatnego będą wybierali lepiej przygotowane projekty tj. projekty rokujące zawarciem umowy. Pozytywna opinia z centralnej jednostki PPP będzie wskazywała takie właśnie inwestycje.

Zgodnie z projektowanym art. 16e ust. 4 ustawy PPP, do czasu wszczęcia postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego lub odstąpienia od realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, opinia nie będzie podlegała ujawnieniu. To rozwiązanie ma na celu pozostawienie procesu decyzyjnego podmiotu publicznego w sferze wewnętrznych analiz. Upowszechnienie informacji o rozważanym projekcie, zanim dojdzie on do skutku, może powstrzymywać podmiot publiczny przed rozważaniem PPP jako opcji wykonywania jego zadań.

Minister będzie zobowiązany do zachowania poufności danych przekazanych przez podmioty publiczne, jeżeli dane te podlegają ochronie prawnej (projektowany art. 16f ustawy PPP).

V. Inne zmiany w ustawie PPP

Projektowana ustawa zawiera szereg propozycji zmiany brzmienia przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które wywoływały wątpliwości interpretacyjne, oraz propozycji dostosowujących przepisy ustawy do nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r.

a) definicja partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 1 pkt 1 i pkt 8 lit. a projektowanej ustawy)

Projektowana zmiana art. 1 ust. 2 ustawy PPP ma na celu wprowadzenie bardziej przejrzystej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego. Obowiązujący przepis art. 1 ust. 2 posługuje się pojęciem „przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego”, co rodzi wątpliwości interpretacyjne w zestawieniu z brzmieniem art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 2 ustawy PPP, które także posługują się tym pojęciem.

Brzmienie przepisów nie powinno budzić wątpliwości, że przepisy art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 2 ustawy PPP dotyczą obiektów budowlanych, urządzeń i innych składników materialnych służących wykonywaniu umowy, względnie usług wykonywanych w ramach partnerstwa. Tymczasem, ogólny przepis art. 1 ust. 2 ustawy PPP ma charakter ogólny i definiuje partnerstwo publiczno-prywatne jako pewną formę działania szeroko pojętego sektora publicznego. W projektowanym brzmieniu tego przepisu podkreśla się podstawową cechę wyróżniającą partnerstwo publiczno-prywatne, czyli wspólną

realizację przedsięwzięcia opartą na podziale zadań i ryzyk, pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

Temu samemu celowi, tj. wyraźnemu rozróżnieniu definicji partnerstwa od określenia przedmiotu umowy PPP służy zmiana w art. 7 ust. 2 ustawy PPP (w projektowanym brzmieniu art. 4 ust. 1 pojęcie przedmiotu „partnerstwa” już nie występuje). W projektowanym brzmieniu, w miejsce sformułowania "przedmiot partnerstwa publiczno-prywatnego" użyte jest sformułowanie "przedmiot przedsięwzięcia", które bardziej precyzyjnie określa źródło wynagrodzenia partnera prywatnego.

b) ujednoczenie zakresu podmiotowego stosowania ustawy PPP z ustawą PZP i ustawą o umowie koncesji (art. 1 pkt 2 projektowanej ustawy)

Zmiana przepisu art. 2 pkt 1 ustawy PPP ma na celu dostosowanie definicji podmiotu publicznego do definicji zamawiającego przewidzianej w art. 3 ust. 1 PZP. Przepis dodawanej lit. aa dotyczy „związków” podmiotów publicznych i stanowi odpowiednik przepisu art. 3 ust. 1 pkt 3a PZP. Dzięki tej zmianie zakres podmiotowy ustawy PPP zostanie rozszerzony o podmioty, co do których mogły powstać wątpliwości, czy mogą angażować się w projekty PPP. Zmiana ta ma szczególne znaczenie wobec rosnącej popularności różnych form współpracy między podmiotami publicznymi.

Konsekwencją dodania przepisu art. 2 pkt 1 lit. aa jest zmiana w art. 2 pkt 1 lit c ustawy PPP.

Z kolei dodanie części wspólnej w art. 2 pkt 1 lit. b ustawy PPP dostosowuje definicję podmiotu publicznego do art. 3 ust. 1 pkt 3 PZP w brzmieniu nadanym nowelizacją z 22 czerwca 2016 r.

c) ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 1 pkt 3 projektowanej ustawy)

W myśl projektowanego art. 2a ustawy PPP, podmiot publiczny ma być zobowiązany do sporządzenia oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób. Taka ocena ma być przeprowadzona przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego (z tego względu przepis został umiejscowiony w rozdziale I ustawy – Przepisy ogólne).

Proponowany przepis służy podniesieniu jakości przygotowywanych projektów, tak aby budziły większe zainteresowanie sektora prywatnego. Dotąd zdarzało się, że postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego nie były wieńczone zawarciem umowy. Przyczyną takiego stanu rzeczy często jest niewystarczające przygotowanie projektu.

Nie przewiduje się uszczegółowienia zakresu i przedmiotu oceny, które samodzielnie będzie każdorazowo określał podmiot publiczny. To oznacza, że proponowany przepis nie wprowadzi nadmiernego obowiązku administracyjnego, ale zmobilizuje partnerów do gruntownego przygotowania partnerstwa.

Należy także podkreślić, że proponowany przepis nie musi być obwarowany sankcją. Wystarczające sankcje są przewidziane w innych przepisach (karnych, finansowych, pragmatykach służbowych etc.).

d) uwzględnienie PPP w ogłoszeniach w Biuletynie Zamówień Publicznych i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 1 pkt 6 lit. b, art. 11 lit. a i art. 16 projektu ustawy)

W projektowanej ustawie proponuje się wprowadzenie przepisów, zgodnie z którymi w ogłoszeniach w Biuletynie Zamówień Publicznych i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, podmiot publiczny będzie zobowiązany zamieszczać informację, że prowadzone przez niego postępowanie ma na celu zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, oraz zawarta umowa jest umową o partnerstwie publiczno-prywatnym (projektowany art. 5 ust. 2 ustawy PPP).

Równocześnie proponuje się, aby delegacje dla ministra właściwego do spraw gospodarki w ustawie – Prawo zamówień publicznych i ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, uzupełnić o wytyczną uwzględnienia we wzorach ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych okoliczności, czy postępowanie ma na celu zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 11 i 16 projektu ustawy).

e) wydłużenie terminu na wykonania prawa pierwokupu przez podmiot publiczny (art. 1 pkt 18 lit. b projektowanej ustawy)

W projektowanym art. 16 ust. 2 ustawy PPP proponuje się wydłużenie terminu na wykonanie przez podmiot publiczny prawa pierwokupu akcji albo udziałów w spółce projektowej z dwóch do trzech miesięcy. Wydłużenie terminu podyktowane jest względami praktycznymi, w szczególności zapewnieniem odpowiednio długiego czasu na przygotowanie wykonania tego prawa przez podmioty publiczne.

f) Możliwość unieważnienia umowy w razie nieuzyskania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych przez podmiot publiczny na realizację przedsięwzięcia w ramach PPP (art. 1 pkt 20 projektowanej ustawy)

W myśl projektowanego art. 18 ust. 5 ustawy PPP, podmiot publiczny byłby uprawniony do unieważnienia postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, gdy nie uzyska zgody ministra finansów publicznych na realizację przedsięwzięcia w formule PPP z wykorzystaniem środków budżetowych w kwocie powyżej 100 mln. zł.

Projektowany przepis pozwoli na rozpoczęcie procedury wyboru partnera prywatnego przed zakończeniem postępowania w sprawie uzyskania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych, o której mowa w art. 18 ustawy PPP.

VI. Zmiany w innych ustawach

W przedłożonym projekcie ustawy, zmianom w ustawie PPP, towarzyszą zmiany innych ustaw. Celem tych zmian jest wprowadzenie takich uregulowań, które uwolnią potencjał rozwoju PPP, w szczególności poprzez dostosowanie przepisów do charakteru i struktury projektów partnerstwa.

a) ustawa o drogach publicznych (art. 2 projektowanej ustawy)

Projektowane zmiany w ustawie z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych polegają na zniesieniu limitu opłat za parkowanie w parkingach urządzonych w ścisłych centrach miast i dzielnic dużych miast. Zagospodarowanie dzielnic centralnych w dużych miastach wymaga uwolnienia przestrzeni na rzecz ruchu pieszego i rowerowego oraz jednoczesnego wygospodarowania miejsc postojowych poza ciągami ulic i placami miejskimi. Zniesienie limitu opłat pozwoli także na zmniejszenie ruchu kołowego, który negatywnie wpływa na poziom zanieczyszczenia powietrza w strefach obciążonych największym ruchem kołowym.

W tym celu w przepisie art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy o drogach publicznych należy wyróżnić dwa typy stref płatnego parkowania: zwykle strefy płatnego parkowania (lit. a), wobec których regulacja nie zmieni się, oraz strefy płatnego parkowania na obszarach zabudowy śródmiejskiej (lit. b).

Za obszar zabudowy śródmiejskiej należy uznać „obszar funkcjonalnego śródmieścia, który stanowi faktyczne lub przewidziane w planie miejscowym centrum miasta lub dzielnicy w mieście o liczbie ludności powyżej 200.000 mieszkańców” (projektowany art. 4 pkt 13a ustawy o drogach publicznych). Takie ujęcie jest zapożyczeniem z przepisu § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie²², z tą modyfikacją, że dzielnicowe strefy płatnego parkowania o podwyższonej opłacie byłyby dopuszczalne jedynie w miastach o liczbie ludności powyżej 200.000 mieszkańców. W dużych miastach występują bowiem dzielnice, które faktycznie wypełniają niemal samodzielne funkcje miejskie.

Strefy płatnego parkowania na obszarach zabudowy śródmiejskiej ustalać będzie rada gminy (rada miasta) na wniosek wójta (burmistrza, prezydenta miasta), zaopiniowany przez zarządzającego ruchem na drogach (projektowany art. 13ca ust. 2 ustawy o drogach publicznych). Z kolei, w myśl projektowanego art. 13ca stawki opłaty mogłyby być ustalane dla jednego lub więcej parkingów i mogłyby być zróżnicowane w zależności od jego zlokalizowania (projektowany art. 13ca ust. 4 i 5 ustawy o drogach publicznych). Do pobierania opłat za parkowanie na obszarze zabudowy śródmiejskiej uprawniony byłby nie tylko zarządca drogi, ale także zarządca parkingu (projektowany art. 13ca ust. 6 ustawy o drogach publicznych).

Zgodnie z projektowanym art. 13ca ustawy o drogach publicznych na obszarach zabudowy śródmiejskiej opłaty parkingowe będą mogły być ustalane za parkowanie w ciągu całego tygodnia, a nie tylko w dni robocze. W myśl projektowanego art. 13ca ust. 3, stawki opłat w obszarze zabudowy śródmiejskiej nie będą mogły przekraczać trzykrotności stawek opłat w „zwykłej” strefie płatnego parkowania.

Proponuje się także uzupełnienie przepisów ustawy przez wskazanie, że miejsca postojowe w strefach płatnego parkowania mają być wyznaczone znakami poziomymi

²² Dz. U. z 2015 r., poz. 1422

(projektowany art. 2 pkt 3 lit. b ustawy, zmiana brzmienia art. 13b ust. 1 ustawy o drogach publicznych).

b) ustawa o podatkach i opłatach lokalnych (art. 3 projektowanej ustawy)

Zgodnie z art. 2 ust. 3 ustawy z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości nie podlegają” grunty zajęte pod pasy drogowe dróg publicznych w rozumieniu przepisów o drogach publicznych oraz zlokalizowane w nich budowle – z wyjątkiem związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej innej niż eksploatacja autostrad płatnych”. Przepis ten zwalnia z podatku od nieruchomości grunty wykorzystywane na działalność gospodarczą polegającą jedynie na eksploatacji autostrad płatnych, ale już nie dotyczy działalności gospodarczej polegającej na utrzymaniu pozostałych kategorii dróg publicznych.

W rezultacie takiego kształtu opodatkowania, zgodnie z obowiązującym brzmieniem omawianego przepisu, w projektach drogowych PPP, partner prywatny, bądź podmiot publiczny, może być opodatkowany podatkiem od nieruchomości, co znacząco wpływa na koszty realizacji projektu.

Proponowany przepis spowoduje, że niezależnie od stanu prawnego konkretnej nieruchomości na której położona jest droga publiczna, projekty PPP związane z budową i utrzymaniem drogi publicznej, innej niż autostrady płatne, nie będą obciążone podatkiem od nieruchomości za grunt w pasie tej drogi. Nadal opodatkowane pozostaną grunty i budowle w pasie drogi publicznej wykorzystywane do innych rodzajów działalności gospodarczej np. do prowadzenia stacji paliw lub moteli.

Biorąc pod uwagę, że obecnie nie są realizowane żadne projekty polegające na utrzymaniu dróg publicznych, gminy nie pobierają podatku z tytułu wykonywania takiej działalności. Wyłączenie opodatkowania nie będzie zatem powodowało utraty dotychczasowych dochodów. Projektowana zmiana może natomiast zachęcić sektor prywatny do inwestycji w projekty drogowe, co może być odciążyc budżety gmin, zwłaszcza w części inwestycyjnej.

c) ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych i ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych (art. 4 i art. 5)

W projektach PPP typowym rozwiązaniem jest zlecenie budowy (remontu, modernizacji) obiektu budowlanego partnerowi prywatnemu, któremu następnie powierza się utrzymanie i zarządzanie tym obiektem przez określony czas, najczęściej liczony w wielu latach. Partner prywatny nie otrzymuje zapłaty za budowę (remont, modernizację) bezpośrednio po oddaniu obiektu do użytkowania, ale zapłata za te roboty budowlane jest uiszczana stopniowo przez okres realizacji projektu, często wraz z tzw. opłatą za dostępność (zob. obowiązujący art. 7 ust. 2 ustawy PPP).

W myśl obowiązujących przepisów, wraz z wystawieniem faktury za roboty budowlane, u partnera prywatnego rozpoznawany jest przychód do opodatkowania podatkiem dochodowym, choćby nie otrzymał jeszcze faktycznie zapłaty (zob. art. 14 ust. 1c pkt 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych). Tymczasem, jak wskazano powyżej, w projektowych PPP przesunięcie w czasie zapłaty za roboty budowlane jest regułą. Obowiązujące przepisy nie są dostosowane do struktury projektów PPP i wymagają zaciągnięcia długu na spłatę należności podatkowej, co podnosi koszty przedsięwzięcia. Należy przy tym zwrócić uwagę, że koszt długu *per saldo* ponoszony jest przez podmiot publiczny albo odbiorców usług świadczonych w ramach PPP, np. użytkowników obiektu sportowego lub innej infrastruktury. Z tego względu zasadne jest dostosowanie przepisów o podatkach dochodowych do struktury projektów PPP.

Projektowane przepisy o podatku dochodowym od osób prawnych mają na celu ustalenie na potrzeby podatku dochodowego daty powstania (rozpoznania) przychodu z tytułu zapłaty za roboty budowlane (usług budowy lub remontu obiektu budowlanego). W myśl projektowanych przepisów, za datę powstania przychodu będzie uznany dzień otrzymania całości lub części wynagrodzenia, w tym w ramach opłaty z tytułu zapewnienia dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego (projektowany art. 12 ust. 3m ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych).

Projektowany przepis art. 15ł ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych zmierza do umożliwienia rozłożenia kosztów budowy lub remontu obiektu budowlanego na okres, w którym partner prywatny jest zobowiązany do zapewnienia dostępności obiektu budowlanego. To rozwiązanie również służy dostosowaniu przepisów podatkowych do struktury typowego projektu PPP. Dzięki niemu nie będą powstawały wątpliwości interpretacyjne, czy koszty budowy należy rozliczać w pierwszym roku po jej zakończeniu (jako koszty bezpośrednie w rozumieniu art. 22 ust.

5b ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych), czy też można je potrącać proporcjonalnie do okresu, którego dotyczą (jako koszty pośrednie w rozumieniu art. 22 ust. 5c ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych).

Pozostałe zmiany ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych są konsekwencją dodania w projekcie przepisu art. 14 ust. 1a ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Projektowane zmiany w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych są analogiczne do zmian w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych. Dotyczą one chwili rozpoznania przychodu z tytułu zapłaty za roboty budowlane (projektowany art. 14 ust. 1c oraz ust. 1r ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych) oraz sposobu rozliczania kosztów uzyskania przychodu (projektowany art. 22 ust. 7f ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych).

d) ustawa o gospodarce komunalnej (art. 8 projektowanej ustawy)

Zmiana dotycząca przepisu art. 22 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej polega na dopuszczeniu do wniesienia mienia pozostałego po likwidacji samorządowego zakładu budżetowego do spółki, o której mowa w dodawanym art. 14 ust. 1a ustawy PPP.

e) ustawa o gospodarce nieruchomościami (art. 9 projektowanej ustawy)

Stosownie do obowiązującego art. 9 ust. 1 ustawy PPP, nieruchomość, jako wkład własny podmiotu publicznego, może być w szczególności użyczona, oddana w najem, dzierżawę, lub użytkowanie (a także sprzedana). Jednocześnie, obowiązujący art. 37 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami przewiduje, że zawarcie umów użytkowania, najmu lub dzierżawy na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata lub na czas nieoznaczony następuje w drodze przetargu. W rezultacie, w obecnym stanie prawnym, podmiot publiczny może nieruchomość sprzedać partnerowi prywatnemu bez przetargu, ale już nie może, na okres dłuższy niż 3 lata, jej bezprzetargowo wynająć, wydzierżawić lub oddać w użytkowanie partnerowi prywatnemu.

W celu usunięcia powyższej luki w przepisach, w projektowanym art. 37 ust. 4a ustawy o gospodarce nieruchomościami przewiduje się, że umowę użytkowania, najmu albo dzierżawy będzie można zawrzeć z partnerem prywatnym bez przetargu. Czas

obowiązania takiej umowy będzie mógł przekraczać 3 lata, ale nie będzie mógł wykraczać poza czas trwania umowy PPP.

f) ustawa o działach administracji rządowej (art. 10)

Projektowana zmiana ustawy z 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2016 r. poz. 543, z późn. zm.) polega na uzupełnieniu zakresu działania administracji rządowej „rozwój regionalny” o sprawy partnerstwa publiczno-prywatnego.

g) ustawa – Prawo zamówień publicznych (art. 11 projektowanej ustawy)

Projektowana zmiana ustawy – Prawo zamówień publicznych ma na celu umożliwienie prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, gdy zamawiającemu nie zostały przyznane środki na jego sfinansowanie. Obecnie taka możliwość jest przewidziana jedynie w przypadku finansowania zamówienia ze środków unijnych albo środków EFTA (art. 93 ust. 1a PZP) albo w przypadku finansowania ze środków na badania naukowe lub prace rozwojowe (art. 93 ust. 1a PZP). W obowiązującym stanie prawnym, jeżeli zamówienie jest finansowane z tych środków, w razie ich niezyskania zamawiający może unieważnić postępowanie. Taka możliwość obowiązuje w przypadku znacznej części inwestycji, tj. inwestycji współfinansowanych ze środków unijnych, i nie budzi kontrowersji.

W przypadku finansowania zamówienia z innych środków niż wymienione powyżej, zamawiający przed wszczęciem postępowania musi mieć w każdym przypadku środki na jego sfinansowanie. W rezultacie, rytm ogłaszania przetargów jest uzależniony od cyklu gospodarki finansowej zamawiającego. Takie ścisłe uzależnienie skutkuje nie tylko spiętrzeniem przetargów, ale także presją na wyznaczanie bardzo krótkich terminów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wpływa na obniżenie jakości dokumentacji przetargowej.

Projektowane rozwiązanie nie stanowi zatem nowości w polskim systemie zamówień publicznych. Polega ono na umożliwieniu unieważnienia postępowania we wszystkich przypadkach niezyskania środków na sfinansowanie zamówienia, pozwoli na lepsze przygotowanie dokumentacji przetargowych, a także bardziej racjonalne zaplanowanie realizacji zamówień w ciągu roku budżetowego.

Tak samo, jak to jest na gruncie obowiązujących przepisów PZP, zamawiający będzie zobowiązany uprzedzić zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, że w chwili wszczęcia postępowania nie posiada jeszcze środków na jego sfinansowanie. Informacja o tym fakcie będzie musiała być zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji w trybie z wolnej ręki albo negocjacji bez ogłoszenia albo w zaproszeniu do składani ofert w trybie zapytania o cenę oraz o unieważnieniu postępowania.

W związku z powyższym proponuje się zmienić brzmienie art. 93 ust. 1a PZP i uchylić art. 93 ust. 1b PZP, który po zmianie ust. 1a stanie się zbędny.

h) ustawa o pomocy społecznej (art. 12 projektowanej ustawy)

Zgodnie z obowiązującym art. 25 ust. 1 ustawy o pomocy społecznej organy administracji udzielając dotacji mogą zlecać zadania z zakresu pomocy społecznej organizacjom pozarządowym w rozumieniu w art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie²³ oraz podmiotom wymienionym w art. 3 ust. 3 tej ustawy, prowadzącym działalność w zakresie pomocy społecznej. Takiego statusu nie posiadają partnerzy prywatni. To ograniczenie nie ma uzasadnienia w odniesieniu do realizacji inwestycji w zakresie pomocy społecznej, które wymagają znacznych nakładów kapitałowych.

Z tego powodu, w projektowanym art. 25 ust. 1a ustawy o pomocy społecznej proponuje się umożliwić zlecenie partnerom prywatnym i spółkom projektowym PPP zadań z zakresu prowadzenia i rozwoju infrastruktury ośrodków wsparcia, mieszkań chronionych i domów pomocy społecznej o zasięgu gminnym albo ponadgminnym. Możliwość zlecenia takich zadań dotyczyłaby zatem tylko sfery wymagającej nakładów inwestycyjnych, do których predysponowani są partnerzy prywatni (przedsiębiorcy).

Konsekwencją projektowanego art. 25 ust. 1a ustawy o pomocy społecznej jest zmiana ust. 5 tego artykułu, który określa tryb zlecenia zadań z zakresu pomocy społecznej.

i) ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 13 projektowanej ustawy)

²³ Dz. U. z 2014 r. poz. 1118, 1138, 1146, z 2015 r. poz. 1255, 1333 i 1339.

Projektowany przepis art. 18d ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi uzupełnienie projektowanego art. 4 ust. 2a ustawy PPP. Zgodnie z tym przepisem ustawy PPP, dopuszczalne będzie zawarcie umowy PPP będącej umową koncesji zawartej w trybie PZP. Konsekwencją uelastycznienia wyboru trybu zawarcia umowy PPP jest propozycja zmian ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający, i ich pracownicy, nie powinni ponosić odpowiedzialności za pominięcie trybu ustawy o umowie koncesji, jeżeli umowa została zawarta w trybie PZP. W takim przypadku ocena zgodności z prawem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego powinna następować w świetle przepisów o zamówieniach publicznych (tj. art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych).

j) ustawa – Prawo o szkolnictwie wyższym (art. 14 projektowanej ustawy)

Większość planowanych projektów PPP w sektorze domów studenckich obejmuje budowę akademika a następnie jego utrzymanie i zarządzanie. Jednym z kluczowych elementów wdrożenia projektów PPP w sektorze domów studenckich jest finansowanie wynagrodzenia partnera prywatnego.

Źródła finansowania uczelni oraz ich przeznaczenie regulowane są obecnie m.in. w art. 103 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym. Zgodnie ze wskazanym przepisem fundusz pomocy materialnej może być przeznaczony wyłącznie na remonty i modernizację domów studenckich. Literalna wykładnia art. 103 ust. 5 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym wyłącza zatem możliwość finansowania wynagrodzenia partnera prywatnego w projektach polegających na budowie a następnie utrzymaniu i zarządzaniu domami studenckimi.

Projektowana zmiana art. 103 ust. 5 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym ma na celu wprowadzenie możliwości wykorzystania środków z funduszu pomocy materialnej na wynagrodzenie partnera prywatnego.

k) ustawa o finansach publicznych (art. 15 projektowanej ustawy)

Zgodnie z obowiązującym art. 221 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, jednostka samorządu terytorialnego może udzielać dotacji celowych na cele publiczne, związane z realizacją zadań tej jednostki, a także na dofinansowanie inwestycji związanych z

realizacją tych zadań. Podmioty nienależące do sektora finansów publicznych mogą otrzymywać takie dotacje pod warunkiem, że nie działają dla zysku. Zakaz udzielania dotacji podmiotom działającym dla zysku wyklucza przyznawanie dotacji partnerom prywatnym.

Wykluczenie partnerów prywatnych z możliwości otrzymania dotacji powoduje ograniczenie realizacji inwestycji, np. inwestycje w domach pomocy społecznej. Podmioty *non-profit* najczęściej nie mają bowiem kapitału na inwestycje w infrastrukturę, czym dysponują partnerzy prywatni. Z tego względu uzasadnione jest dodanie projektowanego przepisu art. 221a ustawy o finansach publicznych, który umożliwiłby udzielanie dotacji na inwestycje publiczne także podmiotom działającym dla zysku w ramach PPP.

Proponowany przepis nie zwiększy wysokości sum udzielanych dotacji na poszczególne zadania, które wynikają z budżetów gmin. Nie rodzi tym samym wzrostu wydatków, a jedynie rozszerza wachlarz możliwości finansowania inwestycji samorządowych. W istocie chodzi zatem o zrównanie możliwości dotowania wykonywania zadań inwestycyjnych na podstawie ustawy o wolontariacie i działalności pożytku publicznego i ustawy PPP.

W myśl projektowanego przepisu art. 221a ust. 2 ustawy o finansach publicznych, udzielenie dotacji następowałoby na podstawie umowy PPP, z uwzględnieniem przepisów o pomocy publicznej.

Ponadto, proponuje się uchylenie art. 135 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym zaplanowanie wydatków na inwestycje budowlane państwowych jednostek budżetowych oraz dotacji, o których mowa w art. 132 ust. 2, o wartości kosztorysowej przekraczającej 300 mln zł wymaga uzyskania opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego o zgodności przewidywanej inwestycji z odpowiednimi strategiami rozwoju, o których mowa w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. W związku z wprowadzeniem procedury negatywnego testu PPP, proponuje się rezygnację z tej procedury przewidzianej w art. 135 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Dzięki uchyleniu tych przepisów inwestycje nie będą podlegały większej liczbie procedur niż obecnie. Dodatkowo pomimo obowiązywania art. 135 ust. 2 przez kilka lat żaden projekt nie został poddany tej procedurze.

W konsekwencji uchylone zostaną także art. 135 ust. 3 i 4 ustawy o finansach publicznych.

l) ustawa o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym i ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 6 i 7 projektu ustawy)

Projektowana zmiana w ustawie o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym polega na dodaniu PPP jako trybu wyboru spółki budowlanej albo eksploatacyjnej.

Zmiany w ustawie o utrzymaniu porządku i czystości w gminach uzupełniają przepisy tej ustawy o odesłania do ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920).

VII. Przepisy przejściowe i wejście w życie

Zgodnie z projektowanym art. 17 ust. 1 ustawy, do postępowań w sprawie wyboru partnera prywatnego i postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wszczętych przed wejściem w życie niniejszej ustawy będą miały zastosowanie przepisy dotychczasowe.

Nowe przepisy dotyczące właściwego trybu wyboru partnera prywatnego, w odniesieniu do postępowań toczących się w dniu wejścia w życie ustawy, będą natomiast obowiązywały bezpośrednio (projektowany art. 17 ust. 2 ustawy). Taka sama zasada będzie dotyczyła oceny na gruncie przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych postępowania prowadzonego w trybie PZP, które zakończy się zawarciem umowy koncesji (projektowany art. 17 ust. 3). W tych bowiem przypadkach nie ma przesłanek do odsuwania w czasie wejścia w życie tych przepisów.

Ustawa, z wyjątkiem przepisów z zakresu podatków dochodowych, powinna wejść w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia. Przepisy o podatkach dochodowych powinny wejść w życie 1 stycznia 2018 r.

VIII. Informacje dodatkowe o projekcie ustawy

Zgodność z prawem Unii Europejskiej

Projekt zostanie skierowany do Ministerstwa Spraw Zagranicznych z prośbą o wydanie

opinii o jego zgodności z prawem UE.

Notyfikacja

Projekt ustawy nie zawiera przepisów technicznych w rozumieniu przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. poz. 2039, z późn. zm.) i w związku z tym nie podlega w tym zakresie notyfikacji Komisji Europejskiej.

Załącznik – schemat „negatywnego testu PPP” (art. 1 pkt 19 projektowanej ustawy)

