

UZASADNIENIE

I. Założenia ogólne

Ustawa o partnerstwie publiczno- prywatnym, uchwalona dnia 28 lipca 2005 r. stworzyła podstawy prawne do realizacji przez podmioty publiczne zadań publicznych we współpracy z partnerami prywatnymi. Ustawa ta miała przede wszystkim poszerzyć możliwości wykonywania zadań publicznych przez wykorzystanie kapitału prywatnego oraz poprawić jakość wykonywania tych zadań. Ponieważ był to pierwszy w Polsce akt prawny poświęcony problematyce takiego partnerstwa, ustawa miała spełniać także zadania informacyjne i edukacyjne, toteż jej przepisy powinny przybliżyć potencjalnym użytkownikom problematykę partnerstwa publiczno- prywatnego, sugerować, w jakim zakresie partnerstwo takie może zostać wykorzystane oraz wskazywać niektóre pożądane rozwiązania.

W okresie prac nad tą ustawą zainteresowanie partnerstwem publiczno- prywatnym, zwłaszcza przedstawiciele jednostek samorządu terytorialnego, wydawało się dość duże. Jednakże po prawie dwóch latach jej obowiązywania nie obserwuje się żadnych efektów jej funkcjonowania. Nie zawarto ani jednej umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym, ani nawet nie odnotowano żadnych działań zmierzających do podpisania takiej umowy w postaci choćby wszczęcia postępowania zmierzającego do wyłonienia partnera prywatnego. Co więcej, informacje o przystępowaniu niektórych podmiotów do wykonywania analiz mających prowadzić do podjęcia decyzji o zastosowaniu takiego partnerstwa, wskazują, że znaczna część tych analiz może dotyczyć przedsięwzięć o takim zakresie, którego ustawa z 2005 r. nie przewiduje (np. zadań o charakterze użyteczności publicznej). Korzysta się w praktyce z innych typów umów, a nawet rozpowszechnia się taka swoista forma partnerstwa publiczno- prywatnego, jak koncesja na roboty budowlane, która nie mieści się w definicji partnerstwa zamieszczonej w obowiązującej ustawie o partnerstwie publiczno- prywatnym.

Należy wobec tego zadać pytanie, dlaczego tak się dzieje i dlaczego podmioty publiczne i prywatne, które przecież każdego roku podpisują ze sobą wiele rozmaitych umów, korzystają przy ich zawieraniu najczęściej z ogólnych przepisów Kodeksu cywilnego, a unikają formy partnerstwa publiczno-prywatnego.

Podstawową przyczyną podjęcia prac legislacyjnych nad nową ustawą był zatem całkowity brak efektów funkcjonowania ustawy obowiązującej.

Analiza dotychczasowych przepisów wskazuje, że sporo przyczyn braku zainteresowania realizacją partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce wynika z mankamentów obowiązującej ustawy. Inne związane są z brakiem regulacji zabezpieczających interesy stron umowy. Jeszcze inne z obawami podmiotów publicznych, czy w sytuacji, gdy brak takich regulacji, ich działania nie spotkają się z nadmierną krytyką, a podpisanie umowy zabezpieczającej interesy partnera prywatnego nie zostanie ocenione źle.

Nowa ustawa ma służyć przede wszystkim usunięciu tych mankamentów obecnych przepisów, które stwarzają bariery w stosowaniu partnerstwa w praktyce oraz ma znacznie poszerzyć możliwości stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego w stosunku do tego, na co pozwala ustawa obowiązująca. Można jednak dodać, że po wejściu w życie ustawy z 2005 r. możliwości kształtowania przepisów dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego znacznie się w praktyce zawęziły. Zarówno dlatego, że trzeba liczyć się z konsekwencjami ewentualnego podjęcia przez różne podmioty różnych czynności w oparciu o przepisy tej ustawy, jak i ze względu na potrzebę utrzymywania stabilizacji rozwiązań prawnych, a także dlatego, że realną alternatywą proponowanych zmian nie jest najczęściej uchylenie ustawy obowiązującej, lecz jej dalsze obowiązywanie w niezmienionym kształcie. Mało realne stają się więc propozycje zastąpienia ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, jakimiś innymi przepisami, np. wprowadzającymi partnerstwo publiczno-prywatne do systemu prawnego tylko w postaci odrębnego typu umowy, albo w postaci kolejnego (nowego) trybu zamówienia publicznego. Opisana sytuacja skłania do podejmowania prób zmiany obowiązującej obecnie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym

albo do zastąpienia jej nową ustawą poświęconą tej samej problematyce. Ze względu na liczbę i zakres przepisów obowiązującej ustawy, jakie mogą przeszkadzać w rozpowszechnieniu się omawianego partnerstwa, albo z różnych względów powinny być zmienione, bardziej właściwe wydaje się opracowanie nowej ustawy, która jednak zachowywałaby przydatne elementy starej.

Poniżej opisano najważniejsze założenia prac nad nową ustawą.

1. Pojęcie partnerstwa

U podstaw partnerstwa publiczno- prywatnego leży przekonanie, że zaangażowanie środków prywatnych i wykorzystanie potencjału prywatnych podmiotów mogłoby znacznie poszerzyć możliwości wykonywania zadań publicznych oraz wpływać na poprawę dostępności i jakości usług publicznych. Z takim przekonaniem przystępowano też do prac nad ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno- prywatnym.

W ustawie obowiązującej zdefiniowano partnerstwo publiczno- prywatne jako opartą na umowie współpracę podmiotu publicznego z partnerem prywatnym służącą realizacji zadania publicznego. Jednakże, jak wynika z kolejnych przepisów ustawy, definicja ta nie wyczerpuje w pełni cech partnerstwa, gdyż dalej mowa jest o tym, że partner prywatny ponosi nakłady na realizację przedsięwzięcia służącego wykonaniu zadania publicznego oraz o tym, że ma otrzymać wynagrodzenie. Jak to wynika z jeszcze innych przepisów, kolejną ważną cechą partnerstwa jest to, że strony dzielą się ryzykiem.

Poza tym określono, że partnerstwo publiczno- prywatne może stanowić sposób realizacji przedsięwzięcia tylko wtedy, gdy przynosi większe korzyści dla interesu publicznego niż inne sposoby jego realizacji.

Proponuje się utrzymać dotychczasowe znaczenie samego pojęcia partnerstwa publiczno- prywatnego i założenie, że ma ono służyć wykonywaniu zadania publicznego. Jak również zasadę, że należy je stosować wówczas, gdy przynosi to korzyści dla interesu publicznego.

Proponuje się jednak, aby wszystkie ważne dla partnerstwa publiczno-prywatnego cechy opisane były w jednej definicji, w której proponuje się ująć także podział ryzyka, jako jedną z immanentnych cech partnerstwa.

Niezależnie od tego, można zauważyć pewien brak konsekwencji w traktowaniu przez ustawodawcę wymogu, aby partnerstwo stosować wówczas, gdy przynosi ono więcej korzyści dla interesu publicznego od innych sposobów realizacji przedsięwzięcia. Objawia się to m.in. przyjmowaniem innych kryteriów podczas wykonywania analiz, a innych podczas podejmowania decyzji o wyborze partnerstwa. Zatem, wskazane byłoby bardziej konsekwentne uzależnianie wyboru wykonania przedsięwzięcia w formie partnerstwa publiczno-prywatnego od korzyści dla interesu publicznego niż ma to miejsce w aktualnie obowiązującej ustawie.

2. Poszerzenie zakresu stosowania partnerstwa

Rodzaje przedsięwzięć i związane z nimi definicje

W ustawie obowiązującej określono, że przedmiotem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, dalej zwanym partnerstwem, jest realizacja przez partnera prywatnego przedsięwzięcia za wynagrodzeniem na rzecz podmiotu publicznego. Wobec tego, o zakresie stosowania ustawy decyduje to, jak zdefiniowano samo przedsięwzięcie. Wprowadzono zamknięty katalog przedsięwzięć obejmujący cztery typy działań. Są to:

- 1) zaprojektowanie lub realizacja inwestycji w wykonaniu zadania publicznego,
- 2) świadczenie usług publicznych przez okres powyżej 3 lat, jeżeli obejmuje eksploatację, utrzymanie lub zarządzanie niezbędnym do tego składnikiem majątkowym,
- 3) działanie na rzecz rozwoju gospodarczego i społecznego, w tym rewitalizacji albo zagospodarowania miasta lub jego części albo innego obszaru, przeprowadzone na podstawie projektu przedłożonego przez podmiot publiczny lub połączone z jego zapro-

jektowaniem przez partnera prywatnego, jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego nie będzie mieć formy zapłaty sumy pieniężnej przez podmiot publiczny,

- 4) przedsięwzięcie pilotażowe, promocyjne, naukowe, edukacyjne lub kulturalne, wspomagające realizację zadań publicznych, jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego będzie pochodziło w przeważającej części ze źródeł innych niż środki podmiotu publicznego.

Samą inwestycję zdefiniowano natomiast jako budowę, rozbudowę, przebudowę połączoną z eksploatacją, utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, będącym przedmiotem tej inwestycji albo z nią związanym, lub ze świadczeniem powiązanych z nim usług publicznych.

Zatem, możliwe jest wykonanie w ramach partnerstwa jedynie inwestycji w powiązaniu z eksploatacją, utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, będącym przedmiotem tej inwestycji albo z nią związanym, lub świadczenie powiązanych z nim usług publicznych. Możliwe jest też zaprojektowanie takiej właśnie inwestycji. Nie jest natomiast możliwe, aby partnerzy umówili się, że w ramach partnerstwa zostanie wykonany np. tylko remont czegoś, co następnie służyć będzie wykonaniu zadania publicznego. I nie jest możliwe, aby partner prywatny wykonał samą tylko inwestycję, która ma służyć wykonaniu zadania publicznego, po czym powstałych w jej wyniku składników majątkowych nie używał (eksploatował, utrzymywał, zarządzał nimi etc., np. wybudował mieszkania komunalne, w tym lokale socjalne, albo urząd). Zatem, dopuszczenie, aby przedmiotem przedsięwzięcia mogła być budowa etc. niezwiązana z późniejszym używaniem wybudowanego obiektu przez partnera prywatnego (i dopuszczenie, aby wynagrodzenie partnera prywatnego nie musiało być albo związane z tym używaniem, albo być zapłatą sumy pieniężnej) spowoduje wyraźne poszerzenie zakresu partnerstwa.

Potrzebna wydaje się także zmiana definicji inwestycji w tej części, która odnosi się do budowy, rozbudowy i przebudowy. Te terminy są używane w prawie budowlanym i, mimo że nie odwołano się do stosowania

przepisów prawa budowlanego, w praktyce będą przyjmowane w takim znaczeniu, jakie nadały im przepisy tego prawa. Powoduje to, że nie można stosować partnerstwa publiczno-prywatnego np. do przedsięwzięć polegających na instalacji różnych urządzeń (np. na komputeryzacji) lub na instalacji oprogramowania albo na wyposażeniu już istniejących budynków, linii produkcyjnych itp. Można też zauważyć, że nie jest jasne, czy wymienione w definicji inwestycji terminy budowa, rozbudowa lub przebudowa odnoszą się tylko do obiektów budowlanych, czy także do urządzeń budowlanych. Stosowany w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym termin „inwestycja” powinien wobec tego mieć znaczenie szersze niż to, w jakim jest stosowany w ustawie obowiązującej.

Zgodnie z przytoczonym wcześniej przepisem ustawy obowiązującej, można w ramach partnerstwa świadczyć usługi publiczne, ale tylko wtedy, jeżeli świadczenie to obejmuje eksploatację, utrzymanie lub zarządzanie niezbędnym do tego składnikiem majątkowym. Nawet zakładając, że jest jasne, w jaki sposób świadczenie usług publicznych ma zawsze obejmować eksploatację itd. składnika majątkowego (bo ta eksploatacja do zakresu samego świadczenia usługi publicznej najczęściej nie należy), to trzeba stwierdzić, że przepisy ustawy uniemożliwiają świadczenie usług, które nie są związane z eksploatacją jakichś składników majątkowych. Gdyby więc np. opracować koncepcję wykonywania zadania polegającego wyłącznie na nauczaniu, to koncepcja taka nie mogłaby zostać zrealizowana w oparciu o obowiązujące dziś przepisy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Dlatego w przypadku usług publicznych zerwanie wprowadzonej obowiązującą ustawą więzi między świadczeniem usługi a eksploatacją składnika majątkowego wydaje się nie tylko wskazane, ale i konieczne, aby partnerstwo mogło być stosowane do części usług publicznych.

Termin „usługi publiczne” nie został w ustawie zdefiniowany, toteż mogą powstać wątpliwości, o jakie usługi chodzi. Zwłaszcza, że z opisu nie wynika, aby usługi te obejmowały także, opisane w innych ustawach

(o samorządzie gminnym i o gospodarce komunalnej) zadania o charakterze użyteczności publicznej. Tymczasem, tradycyjne rozumienie usług publicznych, jako tych, które są w całości lub części finansowane ze środków publicznych i należą się obywatelowi niezależnie od tego, czy z nich korzysta, wyklucza możliwość zastosowania partnerstwa tam, gdzie wydaje się ono bardzo potrzebne – tj. do dostarczania ludności wody, oczyszczania ścieków, dostarczania ciepła, publicznego transportu zbiorowego itp. Są to bowiem zadania o charakterze użyteczności publicznej, które są wykonywane w formie odpłatnego świadczenia usług, z których klient korzysta, gdy zawrze stosowną umowę, więc mogą nie być finansowane ze środków publicznych, a klient może z nich korzystać w różnym stopniu lub nie korzystać w ogóle.

Należy więc przyjąć, że jednym z celów nowej ustawy powinno być umożliwienie stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego do wykonywania zadań o charakterze użyteczności publicznej.

Na odrębną uwagę zasługuje też umieszczenie w katalogu przedsięwzięć działań na rzecz rozwoju gospodarczego i społecznego, w tym rewitalizacji albo zagospodarowania miasta lub jego części albo innego obszaru. Niezależnie od tego, że rewitalizacja pozostaje dziś terminem, który nie został zdefiniowany w żadnym akcie prawnym, to działania na rzecz rozwoju gospodarczego wykraczają poza samo pojęcie przedsięwzięcia, które ma służyć wykonaniu jakiegoś zadania publicznego (są raczej działaniami, które mogłyby stanowić zadanie publiczne powierzone do wykonania jakiemuś podmiotowi publicznemu). Działania te powinny więc zostać z definicji przedsięwzięcia usunięte.

Czwarty typ działań możliwych do wykonania w formie partnerstwa budzi liczne wątpliwości. Należą bowiem do niego przedsięwzięcie pilotażowe, promocyjne, naukowe, edukacyjne lub kulturalne, wspomagające realizację zadań publicznych, jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego będzie pochodzić w przeważającej części ze źródeł innych niż środki podmiotu publicznego. Zatem, nie tylko przedsięwzięciem są tu różne przedsięwzięcia, ale także – jak wynika z opisu – zakłada się, że edu-

kacja, nauka, kultura nie należą do sfery zadań publicznych, a jedynie mogą być przedmiotem jakichś przedsięwzięć, które wspomagają wykonywanie zadań publicznych. Nowa ustawa powinna zatem zawierać definicje wskazujące, co jest zadaniem publicznym, co usługą publiczną, a co przedsięwzięciem.

Powyższe spostrzeżenia prowadzą do wniosku, że zakres możliwości zastosowania partnerstwa został w ustawie obowiązującej znacznie zawężony, a ponadto nie jest on do końca jasny, gdyż opisując przedsięwzięcie użyto niezdefiniowanych pojęć. Nie określono, co jest zadaniem publicznym, a co usługą publiczną i wprowadzono opisy dotyczące edukacji, nauki i kultury, które sugerują, że ustawodawcy chodziło o nieco inne rozumienie tych terminów niż to, które jest najbardziej rozpowszechnione. Należy dążyć do usunięcia tych mankamentów w nowej ustawie.

Oprócz tego, należy wziąć pod uwagę, że w praktyce (gdyby nie ograniczające przepisy) umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym mogłyby dotyczyć bardzo różnych przedsięwzięć. Różnice te mogą dotyczyć zarówno specyfiki różnych zadań publicznych, jak i rodzaju przedsięwzięcia oraz czasu realizacji przedsięwzięcia i jego rozmiarów finansowych.

Korzyści dla interesu publicznego

Inny problem, jaki jest związany z zakresem stosowania ustawy wynika z faktu, że formułując zasadę, że partnerstwo ma przynieść większe korzyści dla interesu publicznego od innych sposobów wykonania danego przedsięwzięcia, mimo że określono, co rozumie się przez korzyści dla interesu publicznego, to nie bardzo wiadomo czy słusznie tak to określono, bo nie wiadomo, co to jest ów interes publiczny.

Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której partnerstwo ma służyć wykonywaniu zadań publicznych, ale nie mówi się co to są te zadania. Można w jego ramach świadczyć usługi publiczne, ale nie do końca wiadomo, co to są za usługi. Można je stosować tylko wtedy, gdy

przynosi większe korzyści dla interesu publicznego, ale nie wiadomo, co należy rozumieć przez ten interes. Wiadomo natomiast, co należy uważać za korzyści dla interesu publicznego, tylko nie wiadomo, dlaczego mają one być akurat takie, a nie inne.

Ważnym dla nowej ustawy założeniem jest, w tej sytuacji, stworzenie pewnej matrycy logicznej, pozwalającej powiązać zadania publiczne z interesem publicznym, a ten z korzyściami dla interesu publicznego. Skoro jednak partnerstwo publiczno-prywatne ma służyć wykonywaniu zadań publicznych, to sformułowana na potrzeby ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym definicja interesu publicznego nie może być definicją uniwersalną, przesądzającą, co powinno być zaliczone do zadań publicznych, a co nie. Definicja ta musi zakładać, że istnieje już zbiór zadań publicznych, którym partnerstwo może służyć, a interes publiczny zdefiniowany na potrzeby ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym powinien jakoś wynikać z faktu, że należy wykonywać te zadania. Proponuje się zatem, aby na potrzeby nowej ustawy (przede wszystkim dla potrzeb opisanego korzyści dla interesu publicznego) przyjąć, że interes publiczny polega na wykonywaniu zadań publicznych w określony sposób. Zgodnie z utrwalonym poglądem na temat, jak władze powinny wykonywać swoje zadania, byłoby to wykonywanie zadań publicznych z zachowaniem zasady gospodarności, w sposób maksymalnie efektywny oraz zapewniający jak najlepszą jakość i dostępność.

Wynagrodzenie partnera prywatnego

Jeszcze inne problemy mogą wynikać z definicji wynagrodzenia partnera prywatnego (także zamkniętej). Ustawa mówi, że jest to prawo partnera prywatnego do pobierania pożytków lub uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia lub zapłata sumy pieniężnej przez podmiot publiczny. Zatem, biorąc pod uwagę dwa pierwsze punkty składające się na definicję przedsięwzięcia, wykluczono możliwość ustalenia wynagrodzenia w innej formie niż przychody z zaprojektowania i realizacji inwestycji połączonej z późniejszą eksploatacją powstałych w ten sposób

składników majątkowych, a także przychody ze świadczenia usług publicznych niepołączonych z eksploatacją składnika majątkowego. Wynagrodzeniem nie może być np. prawo do uzyskiwania pożytków z nieruchomości, które nie są przedmiotem przedsięwzięcia.

Aby poszerzyć możliwości stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego, należałoby wprowadzić także inne formy wynagrodzenia, przy tym powinny one odpowiadać rodzajom przedsięwzięć, jakie będą mogły być realizowane w formie partnerstwa publiczno-prywatnego, tak, aby usuwając ograniczenia dotyczące zakresu przedsięwzięć, nie wprowadzić (lub nie pozostawić) ograniczeń dotyczących wynagrodzenia, które mogłyby spowodować, że rzeczywiste poszerzenie zakresu przedsięwzięć jest niemożliwe z powodu zbyt wąsko rozumianego wynagrodzenia.

Partnerzy prywatni i podmioty publiczne

Obowiązująca ustawa zalicza do grona partnerów prywatnych następujące podmioty:

- przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,
- organizację pozarządową,
- kościół lub inny związek wyznaniowy,
- podmiot zagraniczny, jeżeli jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa kraju rejestracji i spełnia warunki do wykonywania w Rzeczypospolitej Polskiej działalności gospodarczej.

A do grona podmiotów publicznych:

- organy administracji rządowej,
- jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki,
- fundusze celowe,
- państwowe szkoły wyższe,

- jednostki badawczo-rozwojowe,
- samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,
- państwowe lub samorządowe instytucje kultury,
- Polską Akademię Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne,
- państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, banków i spółek handlowych;

Jak z tego wynika, grono partnerów zagranicznych ograniczone zostało do przedsiębiorców, a partnerzy krajowi traktowani są inaczej niż zagraniczni, co jest niezgodne z obowiązującymi obecnie zasadami, przynajmniej jeżeli chodzi o podmioty z krajów Unii Europejskiej. Zatem, należy dążyć, aby nowa ustawa zapewniała równe traktowanie podmiotów zagranicznych i krajowych.

Do grona partnerów prywatnych zaliczono natomiast państwowe i samorządowe spółki kapitałowe, banki i przedsiębiorstwa. Wobec tego, podmiot publiczny może obecnie zawrzeć umowę partnerstwa np. z należąca do siebie spółką. Wydaje się to sprzeczne z ideą partnerstwa, w którym chodzi o zaangażowanie do wykonywania zadań publicznych kapitału prywatnego. Wątpliwy jest też pozytywny skutek takiego partnerstwa. Bo jeżeli zarówno podmiot publiczny, jak i jego spółka wykonują obecnie zadanie publiczne tak, jak na to pozwalają ich możliwości, to z powodu zawarcia przez nich umowy o partnerstwie, możliwości te nie wzrastają. Aby zwiększyć możliwości wykonywania zadań publicznych należałoby zaliczyć ww. państwowe i samorządowe przedsiębiorstwa, banki i spółki do kategorii podmiotów publicznych. Wówczas będą one mogły poszerzyć możliwości wykonywania przypisanych im zadań publicznych nawiązując umowę z partnerem prywatnym.

Ustawa z 2005 r. nie dopuszcza, aby partnerem prywatnym była osoba fizyczna. Właściwie nie wiadomo dlaczego, skoro przewiduje możliwość

utworzenia w celu realizacji umowy o partnerstwie nowej spółki kapitałowej, której osoba fizyczna mogłaby być współwłaścicielem.

Nie wydaje się też, aby osoby fizyczne wykluczono przez wzgląd na konieczność zapewnienia pewnego profesjonalizmu wykonywania umów, bo np. zaliczono do grona partnerów prywatnych także kościoły i związki wyznaniowe.

Podmioty publiczne zostały opisane za pomocą terminów używanych w ustawie o finansach publicznych właściwych dla podmiotów tworzących sektor publiczny; z zamieszczonego tam spisu podmiotów niektóre zostały wykluczone.

Wskazane wydaje się więc zmodyfikowanie definicji podmiotu publicznego i partnera prywatnego w sposób uwzględniający spostrzeżenia, o których była mowa wcześniej.

Udział obu partnerów i ich prawo do składników majątkowych

Przepisy ustawy z 2005 r., wydają się nie brać poważnie pod uwagę możliwości takiego partnerstwa, w którym to partner prywatny wnosi składniki majątkowe lub przedsiębiorstwo albo też wnoszą je obie strony umowy.

Ustawa ta przewiduje bowiem wnoszenie wkładu własnego tylko przez podmiot publiczny (art. 4 pkt 6, art. 6 ust. 1 i 2, art. 9 ust. 1 i inne). Partner prywatny jest przez przepisy ustawy zobowiązany do ponoszenia nakładów na realizację przedsięwzięcia. Mowa jest w art. 25 o tym, że po zakończeniu wykonywania umowy partner prywatny lub utworzona w celu wykonania umowy spółka kapitałowa, przekazuje podmiotowi publicznemu (albo państwowej lub samorządowej osobie prawnej utworzonej w celu wykonywania zadań publicznych, lub spółce handlowej z większościovym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa), składnik majątkowy będący przedmiotem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, w stanie niepogorszonym, z uwzględnieniem jego zużycia wskutek prawidłowego używania. Regulacja ta ma charakter obligatoryjny i wobec tego wydaje

się dotyczyć także składników wniesionych przez partnera prywatnego. Także takich, które nieprzerwanie stanowią własność partnera prywatnego oraz takich, które powstały w wyniku wykonania umowy nakładem obu stron umowy. Składniki te, w świetle obowiązujących przepisów, powinny być po zakończeniu umowy przekazane podmiotowi publicznemu lub innemu spośród wyżej wymienionych podmiotów wskazanych przez podmiot publiczny, a ich wartość (lub wartość nakładów) powinna zostać zapłacona partnerowi prywatnemu w formie wynagrodzenia.

Cel tej regulacji wydaje się wątpliwy, bo trudno powiedzieć, dlaczego podmiot publiczny miałby koniecznie i zawsze zabierać partnerowi prywatnemu to, co wniósł w celu wykonania przedsięwzięcia, albo dlaczego koniecznie ma za to płacić (ponosząc zbędnie wyższe wydatki). Co więcej, jeśli umowa trwa wiele lat, to przekazanie podmiotowi publicznemu składników majątkowych służących wykonaniu przedsięwzięcia może nie mieć po jej zakończeniu sensu (ze względu na zmiany technologii, stan składników lub zmiany zakresu zadań publicznych) albo może być w ogóle niemożliwe z powodu całkowitego zużycia składników. Zatem, w nowej ustawie należy umożliwić partnerowi prywatnemu wnoszenie w celu wykonania umowy składników majątkowych stanowiących jego własność oraz zachowanie własności tych składników po zakończeniu umowy. Nie należy zmuszać podmiotu publicznego, aby za odpłatnością przejął własność takich składników albo innych składników powstałych nakładem obu stron w wyniku wykonywania umowy. Kwestie te powinny zostać uregulowane w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym, która powinna określać, które składniki majątkowe służące wykonaniu umowy powinny być po jej zakończeniu przekazane podmiotowi publicznemu (lub innej, wskazanej przez ten podmiot osobie).

Kolejne trudności wiążą się z treścią art. 9 ust. 1 ustawy. Przewidziano tam, że jeżeli przekazanie wkładu własnego przez podmiot publiczny następuje w drodze sprzedaży, to sprzedaż ta musi się odbyć

z zastrzeżeniem odkupu. Przepis ten ignoruje fakt, że po wielu latach trwania umowy składniki majątkowe zużywają się (i niektóre mogą nie przetrwać do zakończenia umowy), ale przede wszystkim nakazuje stosować zastrzeżenie odkupu zawsze, nawet wtedy, gdy nie jest to korzystne dla podmiotu publicznego i nie jest to potrzebne (bo np. na skutek różnych przewidywanych zmian nie ma potrzeby wykorzystywać określonych składników do wykonywania zadań publicznych po zakończeniu umowy).

Zastrzeżenie odkupu składników majątkowych, jakie podmiot publiczny sprzedał partnerowi prywatnemu w celu wykonania umowy, nie powinno wynikać z narzuconego ustawą obowiązku, lecz wynikać z decyzji stron umowy, zgodnych z interesem stron i w razie potrzeby znajdować odzwierciedlenie w odpowiednich postanowieniach umowy.

Dopłaty do usług

Obecnie, pojęcie wkładu własnego (wnoszonego przez podmiot publiczny) obejmuje także dopłaty do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia. Jest przy tym możliwe, że dopłaty te będą uiszczane dopiero za jakiś czas (np. po zrealizowaniu inwestycji) i będą stanowić jakąś (np. określoną procentowo) część ceny lub część przychodu z usług. W takim przypadku nie jest możliwe podanie konkretnej wysokości wkładu własnego przed zawarciem umowy. Ponadto, dopłaty do usług powinny zostać zaliczone do wynagrodzenia, bo powiększają pożytki i korzyści uzyskiwane z przedsięwzięcia przez partnera prywatnego, które zaliczono do wynagrodzenia.

3. Procedury

Wybór partnerstwa publiczno-prywatnego jako formy wykonania przedsięwzięcia

Z ustawy obowiązującej wynika, że chcąc doprowadzić do zawarcia umowy o partnerstwie trzeba stosować dwa typy procedur. Jedną, która

ma prowadzić do podjęcia decyzji, czy wykonywać określone przedsięwzięcie w formie partnerstwa, czy inaczej. I drugą, mającą na celu wyłonienie partnera prywatnego.

Pierwsza obejmuje wykonanie skomplikowanych analiz, a w drugiej przewidziano zastosowanie przepisów prawa zamówień publicznych (z nielicznymi wyjątkami).

Ta pierwsza stała się przedmiotem powszechnej krytyki ze względu na wymogi, które trudno spełnić, albo których spełnić wręcz się nie da. Bo przewidziano, że przed podjęciem decyzji o wyborze partnerstwa podmiot publiczny musi dokonać analizy:

- 1) rodzajów ryzyka związanego z realizacją projektowanego przedsięwzięcia, z uwzględnieniem różnych sposobów ich podziału między podmiot publiczny a partnera prywatnego oraz wpływu na poziom państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych;
- 2) porównania kosztów realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego z kosztami jego realizacji w inny sposób;
- 3) porównania korzyści związanych z realizacją przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego z korzyściami i zagrożeniami społecznymi związanymi z realizacją przedsięwzięcia w inny sposób;
- 4) stanu prawnego składników majątkowych, jeżeli prawo do składników majątkowych ma być przeniesione lub ustanowione przez podmiot publiczny na rzecz partnera prywatnego lub spółki, utworzonej w celu wykonania umowy o partnerstwie.

Pominięto w tym wykazie korzyści dla interesu publicznego, które według art. 3 ust. 1, miały być decydujące dla wyboru, czy w danym przypadku partnerstwo może mieć miejsce. Ich ocenę zastąpiono porównaniem korzyści związanych z realizacją przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego do korzyści i zagrożeń społecznych związanych

z realizacją przedsięwzięcia w inny sposób. Nie wiadomo przy tym, czy korzyści związane z realizacją przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego to korzyści społeczne, o których mowa dalej, czy jakieś inne.

Rozwinięciem tych obowiązków są przepisy dwóch rozporządzeń, które przewidują wykonanie analiz dość skomplikowanych. Niektórych w taki sposób, jakby opracowane już zostały szczegółowe wykonawcze projekty realizacji przedsięwzięcia. I to nie tylko w formie partnerstwa, ale także w inny sposób. Nie mówi się przy tym, w jaki.

Tymczasem, większość podmiotów publicznych, na etapie decydowania, czy w ogóle zastosować partnerstwo, nie ma jeszcze tak szczegółowej wiedzy. Co więcej, nie jest w stanie jej uzyskać, bo nie orientuje się dokładnie, jak będzie wyglądał możliwy do zrealizowania wariant partnerstwa (czy i w jakim stopniu zainteresowani są partnerzy prywatni, jakie są ich rzeczywiste możliwości). Co więcej, gdy przedsięwzięcie ma się składać także z zaprojektowania inwestycji lub zaprojektowania części miasta itp., to wiedza taka z natury rzeczy ma się pojawić dopiero po zawarciu umowy o partnerstwie.

Na etapie podejmowania pierwszej decyzji, czy do wykonania określonego przedsięwzięcia wybrać formę partnerstwa publiczno-prywatnego, należałoby raczej wymagać przedstawienia pewnych założeń, obliczeń szacunkowych lub orientacyjnych, określania przybliżonego, przewidywanego (albo pożądanego) poziomu pewnych wskaźników itp., a nie szczegółowych analiz i obliczeń wymagających posiadania wiedzy niedostępnej na tym etapie postępowania (oraz posiadania opartych na tej wiedzy dokumentacji lub projektów).

Nie zawsze też wymagane obecnie analizy (nawet, jeżeli da się je wykonać) są potrzebne. Na przykład konieczność pokrycia kosztów wykonania takich analiz dla niewielkich przedsięwzięć, już na wstępie może zniwelować wszelkie korzyści, jakie mógłby mieć podmiot publiczny z realizacji takiego przedsięwzięcia w formie partnerstwa.

Wydaje się zatem, że potrzebne są w tym zakresie zmiany. Na przykład zakres analiz wymaganych dla przedsięwzięć o niewielkich rozmiarach finansowych powinien być mniejszy niż dla przedsięwzięć większych. Dla takich przedsięwzięć powinny być wykonywane analizy uproszczone.

Na fali narzekań na zbyt skomplikowane procedury wstępne, jakie ustawa przewiduje, pojawiały się też postulaty, aby w ogóle zrezygnować z wszelkich analiz dokonywanych przed wyborem formy partnerstwa. To jednak wydaje się postulatem zbyt daleko idącym, gdyż wówczas nie można byłoby ustalić nawet tego, czy partnerstwo w ogóle może być w danym przypadku zastosowane, bo nie wiadomo byłoby, czy przynosi ono większą korzyść dla interesu publicznego niż inne sposoby realizacji danego zadania.

Jeśli dodatkowo weźmie się pod uwagę, że partnerstwo może dotyczyć także przedsięwzięć realizowanych przez wiele lat i pochłaniających ogromne środki, to trudno wyobrazić sobie, aby decyzja o realizacji takich przedsięwzięć w formie partnerstwa była całkiem nieprzygotowana (czy słabo umotywowana) i nie opierała się na odpowiednich analizach. W tej sytuacji potrzebne wydaje się z jednej strony wyeliminowanie tych elementów analiz, które nie są niezbędne i zrezygnowanie z wymagań, których nie da się zrealizować na etapie rozważania, czy w ogóle zastosować partnerstwo dla realizacji określonego zadania publicznego, a z drugiej, potrzebne jest ograniczenie zakresu analiz, gdy mają być realizowane przedsięwzięcia o mniejszych rozmiarach finansowych.

Wybór partnera prywatnego

Jeżeli chodzi o stosowanie prawa zamówień publicznych do wyłaniania partnera publicznego, to brak na razie jakichkolwiek doświadczeń na ten temat, gdyż już te bariery, które opisano wcześniej powodują, że nie dochodzi w praktyce do etapu wyboru partnera prywatnego.

Wydaje się jednak, że warto zastanowić się także nad tym, czy zastosowanie prawa zamówień publicznych w pełnym zakresie jest tu rzeczywiście najlepszym rozwiązaniem. Wszak nie ma takiego

obowiązku (a stosowanie to ma miejsce z woli twórców obowiązującej ustawy o partnerstwie).

Ponadto, niektóre procedury przewidziane w prawie zamówień publicznych, które w świetle postanowień obowiązującej ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym mają mieć zastosowanie do wyboru partnera prywatnego, ewidentnie do takiego partnerstwa nie pasują (np. tryb przetargu nieograniczonego dopuszczający zastosowanie tylko kryterium ceny, albo konkurs) i byłyby trudności z ich zastosowaniem.

Barierą w stosowaniu obowiązującej ustawy może też być pewna niejasność w kwestii, jak pogodzić specyfikę wykonywania zadań publicznych w formie partnerstwa publiczno-privatnego i procedury mające na celu podjęcie decyzji, że w ogóle należy stosować formę partnerstwa publiczno-privatnego z procedurami właściwymi dla zamówień publicznych, mającymi wyłonić partnera prywatnego (trudności te dotyczą m.in. sporządzania odpowiedniej specyfikacji warunków zamówienia).

Stosowanie prawa zamówień publicznych do wyboru partnera prywatnego wymaga więc ponownej analizy. Można założyć, że konieczne będą korekty zmierzające do wskazania przepisów prawa zamówień publicznych, które należy stosować do wyboru partnera prywatnego, zamiast odwoływania się do całej ustawy prawo zamówień publicznych (z wyłączeniem nielicznych artykułów). Powinno to usunąć wątpliwości, jak stosować te przepisy prawa zamówień publicznych, które są zupełnie obce specyfice partnerstwa publiczno-privatnego oraz wyeliminować konieczność stosowania tych przepisów, które komplikują postępowanie, a których stosowanie wcale nie jest konieczne.

Wadą ustawy obowiązującej wydaje się brak jasności w kwestii, jak ostatecznie odnosić się do konkretnych propozycji realizowania przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Czy najważniejsze mają tu być korzyści dla interesu publicznego, na co kładzie nacisk art. 3 ustawy (gdyż jest to główny cel stosowania omawianego partnerstwa), czy ważniejsze też są kryteria służące ocenie ofert, o których mowa

w art. 15 ust. 1 pkt 1 i 2, sformułowane w sposób dość oderwany od korzyści dla interesu publicznego, o których mowa w art. 3 ust. 2 ustawy.

W nowej ustawie – zgodnie z podstawowymi założeniami, że partnerstwo powinno przynosić większe korzyści dla interesu publicznego niż inne sposoby wykonania przedsięwzięcia – kryterium przesądzającym o wyborze tej formy wykonania przedsięwzięcia powinny być korzyści dla interesu publicznego.

4. Podział ryzyka i państwowy dług publiczny oraz deficyt sektora finansów publicznych

Podczas prac nad ustawą z 2005 r. i nad przepisami wykonawczymi do tej ustawy okazało się, że podział ryzyka to immanentna cecha partnerstwa publiczno- prywatnego. Jednak sama ustawa nie zawiera wielu przepisów na ten temat. Prawdziwe rozwinięcie problematyki ryzyka następuje dopiero w akcie wykonawczym do ustawy.

Podział zadań i ryzyka między strony umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym może mieć wpływ zarówno na poziom państwowego długu publicznego, jak i na wielkość deficytu sektora finansów publicznych i z tego względu powinno być jasno określone w ustawie, jak szacuje się wpływ zobowiązań wynikających z poszczególnych umów o partnerstwie publiczno- prywatnym, zawartych przez podmioty należące do sektora finansów publicznych na wzrost państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych.

Jednocześnie, zbyt skomplikowane przepisy na temat wpływu podziału ryzyka na państwowy dług publiczny i deficyt sektora finansów publicznych (np. rozbudowane przepisy wykonawcze, jak to ma miejsce obecnie) sprawiają, że niezbyt czytelna jest ważna zaleta omawianego partnerstwa, jaką jest możliwość realizacji różnych zadań publicznych bez zwiększania państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych (oraz bez przekraczania ustawowo określonych limitów zadłużenia).

Można też zauważyć brak właściwej korelacji między charakterystyką partnerstwa, zawartą w art. 1 ust. 2 oraz w art. 2 ust. 1 i 2 ustawy (z których wynika, że służyć ma ono wykonaniu zadania publicznego, a polegać na tym, że partner prywatny ponosi całość lub część nakładów na przedsięwzięcie służące wykonaniu takiego zadania) a wymaganiami w zakresie analizy i oceny rodzajów ryzyka, jakie zawarte są w art. 11 ust. 1 pkt 1 ustawy i w obu rozporządzeniach wykonawczych. Jeżeli więc intencją ustawy miało być zdefiniowanie partnerstwa również jako współpracy, w której ramach strony dzielą się ryzykiem, to z jednej strony powinno to znajdować odzwierciedlenie w definicji partnerstwa, ale z drugiej nie może prowadzić do obciążania podmiotu publicznego wymaganiami, których nie da się zrealizować.

Kontrola państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych

Skoro różne warianty realizacji przedsięwzięć związane z podziałem różnych rodzajów ryzyka albo wpływają na wzrost państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych, albo nie wpływają, pojawia się potrzeba kontrolowania tego wpływu. Zwłaszcza, że zobowiązania podmiotów publicznych wynikające z umów o partnerstwie publiczno-prywatnym mogą dotyczyć wielu lat. Z tego względu umieszczono w ustawie z 2005 r. przepisy przewidujące różne obowiązki. Art. 7 stanowi, że łączną kwotę, do wysokości której organy administracji rządowej mogą w danym roku zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, określa ustawa budżetowa. Zgodnie z art. 8, właściwy organ, uchwalając budżet, uwzględnia:

- 1) wydatki na spłatę zobowiązań wynikających z umów o partnerstwie publiczno-prywatnym;
- 2) skutki zaniechania, okresowego wstrzymania lub ograniczenia zakresu przedsięwzięcia realizowanego w ramach umów o partnerstwie publiczno-prywatnym;

- 3) wydatki na odszkodowania dla partnerów prywatnych wynikające z umów o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Art. 20 mówi, że podmiot publiczny przekazuje do ministra właściwego do spraw gospodarki, w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, w szczególności następujące informacje dotyczące tej umowy:

- 1) łączną kwotę wydatków na wykonanie umowy, w tym łączną kwotę wydatków budżetu;
- 2) łączne kwoty wydatków na wykonanie umowy w poszczególnych latach, w tym łączną kwotę wydatków budżetu w poszczególnych latach;
- 3) podział ryzyk, związanych z realizacją przedsięwzięcia, między partnera prywatnego a podmiot publiczny.

Ponadto, podmiot publiczny przekazuje ministrowi właściwemu do spraw gospodarki, w terminie 14 dni od dnia zmiany umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, informacje o każdej zmianie tej umowy powodującej zmianę ww. danych.

Należy też uzyskiwać zgodę ministra właściwego do spraw finansów publicznych na realizację przedsięwzięć, które mają być w całości lub części finansowane z budżetu państwa. Na podstawie ustawy o finansach publicznych wydane zostało rozporządzenie dotyczące sprawozdawczości na temat przedsięwzięć realizowanych przez podmioty tworzące sektor finansów publicznych.

Obowiązkom przekazywania określonych danych ministrowi właściwemu do spraw gospodarki nie towarzyszy jakiś określony cel, bowiem zgodnie z art. 28, do zadań ministra właściwego do spraw gospodarki w zakresie ustawy należy w szczególności:

- 1) dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem stanu i perspektyw zaangażowania finansowego sektora prywatnego;

- 2) opracowywanie i upowszechnianie przykładowych wzorów umów o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Zatem, przekazywanie temu ministrowi informacji o podziale ryzyka nie prowadzi do kontrolowania wpływu partnerstwa (czy też partnerstw) na poziom państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych.

W związku z niemożnością wykonania niektórych analiz, mogą też wystąpić pewne trudności w przekazaniu ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych informacji wymaganych do uzyskania jego zgody na zastosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego, w przypadku gdy przedsięwzięcie ma być finansowane z budżetu państwa, zanim jeszcze rozstrzygnięty zostanie przetarg mający wyłonić partnera prywatnego.

Wskazane wydaje się więc powiązanie obowiązków przewidzianych w ustawie z 2005 r. z potrzebą kontrolowania wpływu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym na poziom państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych. Proponuje się zatem, aby minister właściwy do spraw gospodarki przekazywał odpowiednie informacje na ten temat ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych. Ponadto, w związku z ewentualną rezygnacją z przepisów wykonawczych na temat wpływu podziału rodzajów ryzyka na państwowy dług publiczny (i deficyt sektora finansów publicznych) i w związku z propozycją wprowadzenia do ustawy przepisów pozwalających określić przewidywany w kolejnych latach poziom zobowiązań mających wpływ na państwowy dług publiczny i deficyt sektora finansów publicznych, zakłada się, że podmioty publiczne będą w stanie przekazać ministrowi właściwemu do spraw gospodarki informację o wysokości zobowiązań wynikających z umowy, jakie mają wpływ na poziom państwowego długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych (zamiast informacji o podziale rodzajów ryzyka).

5. Interesy stron

Chociaż obowiązująca ustawa przewiduje wniesienie wkładu własnego przez podmiot publiczny, ponoszenie nakładów przez partnera prywatnego i wynagrodzenie uzyskiwane przez tego partnera, o czym była mowa wcześniej, to obecnie brak jest regulacji, które byłyby poświęcone równoważeniu interesów stron.

Tymczasem powinno być jasne, że strona publiczna osiąga określone korzyści dla interesu publicznego, a strona prywatna wynagrodzenie. Można natomiast oczekiwać, że prawo w jakimś zakresie będzie zabezpieczać przed zawieraniem i realizowaniem umów rażąco niekorzystnych dla jednej ze stron.

W tym zakresie na osobną uwagę zasługuje kwestia zabezpieczenia interesu partnera prywatnego, w tym ustalenia jego wynagrodzenia. Dotychczas ustawa nie poświęca wiele miejsca tej kwestii, ograniczając się do definicji, że wynagrodzenie to należy rozumieć jako „prawo partnera prywatnego do pobierania pożytków lub uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia lub zapłatę sumy pieniężnej przez podmiot publiczny”. Dodatkowo w art. 2 ust. 1 mówi się, że „przedmiotem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest realizacja przez partnera prywatnego przedsięwzięcia za wynagrodzeniem”.

Takie regulacje nie zapobiegają spychaniu partnera prywatnego przez podmiot publiczny na pozycję strony poszkodowanej, od której oczekiwać się będzie rezygnacji z dochodu lub wręcz ponoszenia strat. Ani też nie rozwiewają obaw reprezentantów podmiotów publicznych o to, że odpowiednie zabezpieczenie interesu partnera prywatnego w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym (np. ustalenie wynagrodzenia zapewniającego zysk) może być poczytane za działanie na niekorzyść podmiotu publicznego albo spowodować inne negatywne oceny. Tymczasem, jeżeli partnerstwo publiczno-prywatne nie będzie korzystne dla obu stron umowy i nie będzie jasno zdefiniowane, na czym te korzyści obu stron polegają, to nie ma powodu, aby spodziewać się, że będzie ono stosowane w szerszym zakresie, a działający w celu

osiągania zysku przedsiębiorcy prywatni nagle zmieniają swoją naturę i zaczną dążyć do uprawiania działalności deficytowej pro publico bono.

Z tego względu, powinny się w ustawie pojawić pewne zapisy zabezpieczające interesy obu stron, przynajmniej w chwili zawierania umowy. Jasne powinno być, że strona publiczna osiąga określone korzyści dla interesu publicznego, a strona prywatna możliwość uzyskania określonego dochodu lub określone pożytki. Proponuje się też określić, w jakich granicach podmiot publiczny może bezpiecznie, bez narażenia się na negatywną ocenę swojej działalności, zabezpieczyć w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym interes partnera prywatnego.

Ta, zabezpieczona ustawowymi przepisami równowaga interesów obu stron umowy może okazać się kluczowa dla możliwości zawierania w RP umów o partnerstwie publiczno-prywatnym.

6. Umowa

Z ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 r. wynika, że partnerstwo takie, to nie tylko rodzaj współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego, ale także nowy rodzaj umowy (nazwanej), która powinna w odpowiedni sposób charakteryzować tę współpracę. Z tego względu pojawiły się w ustawie przepisy formułujące najważniejsze cechy takiej umowy. Spełniają one zarówno pewne funkcje edukacyjno-informacyjne, jak i funkcje regulacyjne, bo określają zakres spraw, które powinny zostać w takiej umowie ujęte. Zatem, nie negując potrzeby umieszczenia w umowie także innych przepisów, a nawet zakładając, że faktycznie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym będą dużo szersze, należy stwierdzić, że z oczywistych powodów, w zawartym w ustawie katalogu spraw, jakie powinny zostać uwzględnione w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym, powinny się znaleźć wszystkie kwestie, które odróżniają partnerstwo publiczno-prywatne od innych rodzajów umów oraz te, które z punktu widzenia innych przepisów

ustawy są ważne dla funkcjonowania takiego partnerstwa i powinny zostać w umowie uregulowane.

Jeżeli chodzi o cechy umowy o partnerstwie (a nie o jej treść), ustawa z 2005 r. generalnie odsyła do przepisów Kodeksu cywilnego, ograniczając się jedynie do regulacji wskazujących, że ma to być umowa na czas oznaczony. W art. 21 napisano dodatkowo, że umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest nieważna w przypadku nieprzeprowadzenia wymaganych analiz i nieogłoszenia informacji o planowanej realizacji określonego przedsięwzięcia na zasadach właściwych dla partnerstwa publiczno-prywatnego w Biuletynie Zamówień Publicznych i Biuletynie Informacji Publicznej. Skutki prawne wydają się nieproporcjonalne do sankcji i dotyczą partnera prywatnego, który o powstaniu takich przyczyn nieważności umowy może nic nie wiedzieć.

Brak natomiast w ustawie przepisu o skutkach prawnych za zawarcie umowy bez wymaganej zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych.

7. Spółka kapitałowa

Ustawa przewiduje możliwość powołania w celu realizacji umowy o partnerstwie nowej spółki kapitałowej. Proponuje się utrzymanie tej możliwości w nowej ustawie, przynajmniej do czasu, gdy doświadczenia praktyczne nie wykażą potrzeby jakichś konkretnych zmian.

Jednakże należy zauważyć, że próba powołania takiej spółki może w praktyce nastroczać wiele problemów. Zarówno dlatego, że mamy tu do czynienia z koniecznością pogodzenia dwóch różnych rodzajów umów i różnych zasad funkcjonowania. Jak i dlatego, że ze względu na brak odpowiednich regulacji prawnych powstaną wówczas różne dodatkowe problemy, np. podatkowe (dotyczące np. podatku VAT lub podatku od czynności cywilno-prawnych). Ponadto, dlatego, że inne przepisy szczególnie ograniczają możliwości zakładania takich spółek przez podmioty należące do sektora finansów publicznych.

Z tych względów, mimo że w innych krajach spółki realizujące umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym mogą być rozpowszechnione, w RP mogą się one obecnie cieszyć dużo mniejszym zainteresowaniem.

8. Wykorzystanie innych źródeł finansowania

W art. 2 ust. 2 ustawy z 2005 r. umieszczono przepis, że partner prywatny ma ponieść w całości albo w części nakłady na realizację przedsięwzięcia lub zapewnić ich poniesienie przez inne podmioty. Odpowiednio do tego, w art. 18 pkt 3 napisano, że w umowie należy określić zobowiązanie partnera prywatnego do poniesienia w całości albo w części nakładów na realizację przedsięwzięcia lub zapewnienia poniesienia tych nakładów przez osoby trzecie.

Żadnych innych przepisów na ten temat ustawa z 2005 r. nie zawiera. Powstaje wobec tego pytanie, czy to ponoszenie nakładów przez osoby trzecie może się wiązać z nabywaniem przez te osoby rozmaitych praw do składników majątkowych używanych do wykonywania przedsięwzięcia lub do przedsięwzięcia w ogóle oraz jakie mogłyby być ewentualne tego skutki dla wykonywania zadania publicznego. Kwestie te, choć art. 18 ustawy (dotyczący umowy) o tym nie wspomina, powinny znaleźć odzwierciedlenie w umowie.

Na osobną uwagę zasługuje kwestia wykorzystania funduszy Unii Europejskiej lub innych środków zagranicznych do finansowania przedsięwzięć realizowanych w formie partnerstwa publiczno-prywatnego. Choć wydaje się, że obecnie obowiązujące przepisy tego nie zabraniają, to jednocześnie nie stwarzają ku temu odpowiednich możliwości, pozostawiając wiele wątpliwości (i duże pole do interpretacji) na temat czy i w jaki sposób miałyby dochodzić do wykorzystania takich środków w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Potrzebne wydaje się zatem jakieś powiązanie regulacji na temat partnerstwa publiczno-prywatnego z regulacjami dotyczącymi korzystania ze środków UE.

9. Regulacje wykonawcze

Obowiązująca ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym przewiduje wydanie kilku rozporządzeń.

Na podstawie art. 11 ust. 2 minister właściwy do spraw finansów publicznych w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw gospodarki określa, w drodze rozporządzenia, niezbędne elementy analizy (dokonywanej przed wyborem wykonania przedsięwzięcia w formie partnerstwa). Lecz w samej ustawie także umieszczono regulacje dotyczące analiz, więc obecnie część przepisów na ten temat znajduje się w ustawie, a część w rozporządzeniu wykonawczym.

Na podstawie art. 11 ust. 3 minister właściwy do spraw gospodarki w porozumieniu z Prezesem Głównego Urzędu Statystycznego oraz ministrem właściwym do spraw finansów publicznych określa, w drodze rozporządzenia, rodzaje ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, ich podział oraz wpływ na poziom państwowego długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych.

Na podstawie art. 20 ust. 3 minister właściwy do spraw gospodarki określa, w uzgodnieniu z Prezesem Głównego Urzędu Statystycznego, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres, formy i zasady sporządzania informacji, jakie podmiot publiczny przekazuje do ministra właściwego do spraw gospodarki, w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Gdyby zrealizować postulowane wcześniej zmiany przepisów dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego, to utrzymanie wszystkich tych delegacji w ich obecnym kształcie stałoby się zbędne.

Jeżeli ograniczy się zakres analiz i je uprości, to wszystkie przepisy dotyczące tych analiz będzie można umieścić w samej ustawie. Dlatego proponuje się zrezygnować z rozporządzenia, o którym mowa w art. 11 ust. 2 obowiązującej obecnie ustawy.

Jeżeli przepisy mówiące, jak obliczać przewidywany wpływ zobowiązań wynikających z umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym na państwowy dług publiczny i deficyt sektora finansów publicznych umieści się w ustawie, to nie ma potrzeby regulować tej kwestii w rozporządzeniu. Rozporządzenie, o którym mowa w art. 11 ust. 3 ustawy z 2005 r., mogłoby wówczas dotyczyć tylko rodzajów ryzyka. Ze względu na informacyjny i techniczny (a stosunkowo mało regulacyjny) charakter przepisów na ten temat, niecelowe wydaje się wprowadzanie tych przepisów do ustawy. Zwłaszcza, że są one bardzo obszerne. Ograniczenie rozporządzenia do charakterystyki różnych rodzajów ryzyka, jakie należy brać pod uwagę dokonując analizy rodzajów ryzyka, powoduje, że wymóg by przy wydaniu tego rozporządzenia minister właściwy do spraw gospodarki działał w porozumieniu z Prezesem Głównego Urzędu Statystycznego oraz ministrem właściwym do spraw finansów publicznych staje się zbędny. Dlatego proponuje się ograniczyć zakres rozporządzenia, o którym mowa w art. 11 ust. 3 ustawy obowiązującej, do określenia rodzajów ryzyka związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego i zadanie to powierzyć wyłącznie ministrowi właściwemu do spraw gospodarki.

Ze względu na utrzymanie obowiązku dostarczania ministrowi właściwemu do spraw gospodarki informacji dotyczących zawartych umów o partnerstwie publiczno-prywatnym (także z powodu potrzeby monitorowania ich wpływu na poziom państwowego długu publicznego etc.), proponuje się utrzymać zakres rozporządzenia, o którym mowa w art. 20 ust. 3. Wydaje się jednak zbędne uzgadnianie tego rozporządzenia (dotyczącego zakresu, formy i sposobu sporządzania informacji o niektórych postanowieniach umów i ich skutkach) z Prezesem Głównego Urzędu Statystycznego.

II. Przepisy szczegółowe

Art. 1.

W art. 1 zmodyfikowano (w porównaniu z ustawą z 2005 r.) zarówno opis zakresu regulacji ustawy (który już obecnie, jak to wynika z kolejnych przepisów ustawy, jest szerszy niż wskazuje na to art. 1 ust. 1 obowiązującej ustawy), jak i definicję partnerstwa publiczno-privatnego, zawartą w art. 1 ust. 2 ustawy obecnie obowiązującej. Definicja ta nie odpowiada obecnie temu, co wynika z dalszych przepisów ustawy w brzmieniu dotychczasowym, a w szczególności nie odzwierciedla wagi podziału różnych rodzajów ryzyka między podmiot publiczny a partnera prywatnego. Tymczasem, podział ten, w świetle obowiązujących przepisów, dotyczących podstaw wyboru sposobu wykonywania zadania publicznego w formie partnerstwa publiczno-privatnego, wydaje się mieć kluczowe znaczenie dla odróżnienia partnerstwa publiczno-privatnego od innych rodzajów współpracy podmiotów publicznych z sektorem prywatnym i od innych rodzajów umów (zwłaszcza od zamówień publicznych, o których mowa w Prawie zamówień publicznych).

Z opisanych względów proponuje się dodać (w ust. 1) przepis regulujący także zasady i tryb wyłaniania partnera prywatnego oraz zawierania i zmiany umów o partnerstwie publiczno-privatnym, co wydaje się ważne także z tego powodu, że ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym wprowadza także nowy typ umowy – umowę o partnerstwie publiczno-privatnym, która wymaga scharakteryzowania. Proponuje się także dodać przepisy pozwalające w pełni scharakteryzować, czym partnerstwo publiczno-privatne różni się od innych działań i form współpracy podmiotów publicznych z prywatnymi. Dzięki proponowanym zmianom przepisy charakteryzujące partnerstwo publiczno-privatne, znajdujące się obecnie w trzech artykułach, zebrane zostaną w jednym miejscu, a art. 1 ust. 2 ustawy zawierał będzie pełną definicję pojęcia partnerstwa publiczno-privatnego, z którą będą też następnie zharmonizowane kolejne przepisy ustawy. Proponuje się, aby partnerstwo to nie tylko służyło wykonaniu zadania publicznego i związane

było z tym, że partner prywatny poniesie całość lub część nakładów na wykonanie określonego przedsięwzięcia służącego wykonaniu takiego zadania, ale także, aby było związane z podziałem ryzyka między podmiot publiczny i partnera prywatnego i z prawem partnera prywatnego do uzyskania wynagrodzenia.

Wiele wątpliwości budziły dotychczas definicje zawarte w ustawie, a szczególnie brak niektórych definicji. Bowiem, skoro np. partnerstwo publiczno-prywatne służy wykonywaniu zadań publicznych, to trudno wyobrazić sobie funkcjonowanie takiego partnerstwa bez określenia, czym jest zadanie publiczne. Tymczasem, termin ten nie został zdefiniowany w żadnej z ustaw (także w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym) i wciąż pojawiają się postulaty, aby na potrzeby tej ustawy został on zdefiniowany. Co więcej, w innych ustawach spotyka się takie terminy jak „zadania o charakterze użyteczności publicznej” lub nigdzie niezdefiniowane „usługi publiczne” i nie wiadomo, jaki dokładnie jest ich związek z terminem „zadania publiczne”. Termin „usługi publiczne” stosowany jest bez bliższego określenia także w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Brak odpowiednich definicji powoduje, że zakres stosowania ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest niejasny i mogą wystąpić różnice zdań dotyczące interpretacji tego zakresu oraz stosowania pojęć i definicji zawartych w różnych ustawach. Mogą np. pojawić się, jak wspomniano wcześniej, wątpliwości, czy/lub w jakim zakresie dotyczy ona wykonywania zadań o charakterze użyteczności publicznych.

Ponadto, w obowiązującej ustawie słowniczek umieszczony został w art. 4, po przepisach używających niektórych pojęć zawartych w tym słowniczku (co zmniejsza czytelność ustawy). W słowniczku tym umieszczono też pojęcia, które nie są wyłącznie objaśnieniami znaczenia używanych terminów, lecz zawierają regulacje, które należą do istoty ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, takie jak określenie, kto może być podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, co to jest przedsięwzięcie (stanowiące kluczowy element partnerstwa publiczno-prywatnego) lub czym jest wynagrodzenie partnera prywatnego. Z tych względów proponuje się

umieszczenie w art. 1 (w ust. 3) słowniczka objaśniającego terminy używane w kolejnych przepisach, a jednocześnie dodanie definicji, których dotychczas brakowało i pozostawienie w art. 4 ustawy przepisów określających kim są podmiot publiczny i partner prywatny. Przepisy dotyczące przedsięwzięć realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, regulujące jedną z ważniejszych dla funkcjonowania partnerstwa kwestii, umieszczono w odrębnym artykule.

W art. 1 w ust. 3 w pkt 1 i 2 zdefiniowano m.in. pojęcia zadania publicznego, usług publicznych i zadań o charakterze użyteczności publicznej (w sposób pozwalający powiązać regulacje nowelizowanej ustawy z regulacjami innych ustaw).

Jak wspomniano wcześniej, zakłada się, że istnieje pewien zbiór zadań publicznych, które podmioty publiczne mają wykonywać i których wykonaniu ma służyć partnerstwo publiczno-prywatne i nie było, ani nie jest zadaniem ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym dokonywanie zmian w zakresie tych zadań. Dlatego przyjęta definicja zadania publicznego, oprócz pewnych wątków merytorycznych („służące zaspokajaniu potrzeb powszechnych”) odwołuje się także do ustaw tzw. kompetencyjnych, sankcjonując w ten sposób istniejące obowiązki podmiotów publicznych w zakresie wykonywania określonych zadań publicznych. Ze względu na pewne wątpliwości, jakie może nastroić ocena, czy zadania związane z bezpieczeństwem i obronnością państwa należy w świetle przytoczonej definicji zaliczyć do zadań publicznych, postanowiono uzupełnić tę definicję o takie zadania (wymienione literalnie).

W świetle proponowanych definicji, usługi publiczne są świadczone w ramach wykonywania zadań publicznych i mogą istnieć takie zadania publiczne, których wykonywanie nie polega na świadczeniu usług publicznych (np. budowa dróg, zadania z zakresu ochrony przeciwpowodziowej, bezpieczeństwa państwa itp.). Do usług publicznych zaliczono takie, które są świadczone ludności bezumownie i są przy tym w całości lub w części finansowane ze środków publicznych (będą to np. usługi z zakresu oświaty lub ochrony zdrowia) oraz zadania o charakterze użyteczności

publicznej, które są rozumiane tak, jak je opisano w ustawie o gospodarce komunalnej. Można dodać, że analogiczna, jak w ustawie o gospodarce komunalnej definicja zadań o charakterze użyteczności publicznej znajduje się w ustawie o samorządzie gminnym. Charakteryzuje się tam zadania użyteczności publicznej przez ich cechy. Te cechy to służeńie zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności, powszechna dostępność, a także to, że są one świadczone w formie usług (tj. w ramach działalności gospodarczej i na podstawie umowy) oraz świadczone nieprzerwanie. Zatem, do zbioru zadań o charakterze użyteczności publicznej będą należały np. usługi w zakresie dostarczania wody, odprowadzania ścieków, dostarczania energii (w tym ciepła), publicznego transportu zbiorowego, świadczone ludności odpłatnie na podstawie umów.

W pkt 3 omawianego ustępu zaproponowana została definicja interesu publicznego, także kluczowa dla partnerstwa publiczno- prywatnego, które – zgodnie z art. 3 ust. 1 obowiązującej ustawy – może mieć miejsce tylko wtedy, gdy przynosi korzyści dla interesu publicznego przeważające w stosunku do korzyści wynikających z innych sposobów realizacji przedsięwzięcia. Dlatego prawidłowe określenie, co jest korzyścią dla interesu publicznego wymaga najpierw zdefiniowania, czym jest w rozumieniu ustawy interes publiczny. Jak napisano w założeniach ogólnych, definicja ta nie ma służyć określeniu, co należy zaliczyć do zadań publicznych, a czego nie. Ma jedynie powiązać pojęcie zadania publicznego z kryteriami przesądzającymi, kiedy partnerstwo publiczno- prywatne może mieć miejsce. Dlatego, nawiązując do regulacji zawartych w innych aktach prawnych zaproponowano, aby (zdefiniowany wyłącznie dla potrzeb ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym) interes publiczny polegał na wykonywaniu zadań publicznych w określony sposób – gospodarnie, efektywnie i w sposób zapewniający jak najlepszą jakość i dostępność.

W pkt 4 umieszczono definicję jednostek sektora finansów publicznych, gdyż proponowana obecnie definicja podmiotu publicznego ma szerszy zakres pojęciowy i obejmuje także niektóre podmioty, które (w ustawie o finansach publicznych) nie zostały zaliczone do sektora finansów

publicznych, a niektóre przepisy ustawy dotyczyć będą tylko tych podmiotów publicznych, które należą do sektora finansów publicznych. Definicja ta jest głównie przydatna ze względów redakcyjnych, bo pozwala skrócić tekst przepisów dotyczących takich podmiotów publicznych, które należą do sektora finansów publicznych.

W pkt 5 zaproponowano modyfikację definicji inwestycji. Przede wszystkim dlatego, że definicja obowiązująca obecnie łącząc budowę, rozbudowę i przebudowę z eksploatacją, utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, będącym przedmiotem tej inwestycji albo z nią związanym, lub ze świadczeniem powiązanych z nim usług publicznych, zbyt ogranicza zakres stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego (co szerzej omówione zostało w założeniach ogólnych).

Zaproponowana w niniejszym projekcie definicja inwestycji nie ogranicza inwestycji tylko do inwestycji budowlanych, nie zawiera też ograniczeń inwestycji przez powiązanie jej z późniejszą eksploatacją, świadczeniem usług itp. oraz nawiązuje do przepisów o rachunkowości i dzięki temu pozwala na objęcie partnerstwem publiczno-prywatnym także przedsięwzięć dotyczących maszyn, urządzeń, środków transportu i innych rzeczy (także inwentarza żywego) i jest spójna z przepisami podatkowymi.

Zaproponowane w art. 1 ust. 3 pkt 6-7 definicje są konsekwencją umożliwienia realizacji przedsięwzięć, których przedmiotem są nieruchomości, budynki i inne obiekty budowlane, w tym zabytki, i to nie tylko przedsięwzięć ograniczających się do inwestycji, lecz także remontów i modernizacji.

Proponując zawartą w pkt 8 definicję składnika majątkowego, także nawiązano do ustawy o rachunkowości, ale oprócz środków trwałych i środków trwałych w budowie w rozumieniu tej ustawy, definicja ta zalicza do składników majątkowych także przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ Kodeksu cywilnego lub jego zorganizowaną część, jak to jest ujęte w obowiązującej ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. A także wartości niematerialne i prawne.

W pkt 9 zdefiniowano pojęcie nakładów podmiotu publicznego i partnera prywatnego, dążąc do stanu, w którym obie strony umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym będą traktowane jak strony równe, a samo partnerstwo będzie się wiązać m.in. z podziałem nakładów na realizację przedsięwzięcia pomiędzy podmiot publiczny a partnera prywatnego. Określenie nakładów obu stron (a nie tylko wkładu własnego podmiotu publicznego) jest ważne także dla możliwości oceny racjonalności ekonomicznej całego przedsięwzięcia i korzyści dla interesu publicznego. Pozwala na konstruowanie przedsięwzięć, dla wykonania których obie strony wnoszą składniki majątkowe, a składniki wniesione przez partnera prywatnego wcale nie muszą zostać po zakończeniu umowy przejęte przez podmiot publiczny. Pozwoli to zmniejszyć wydatki podmiotu publicznego na wykonywanie niektórych zadań publicznych, może zwiększyć udział sektora prywatnego (przez umożliwienie wnoszenia nie tylko środków finansowych) i – jak wynika też z dalszych przepisów ustawy – pozwoli podmiotowi publicznemu zdecydować, czy i jakie składniki majątkowe chce on zatrzymać (lub otrzymać na własność) po zakończeniu realizacji umowy, a jakich nie. Takie (równoważące pozycję obu stron umowy) podejście do współpracy podmiotu publicznego z partnerem prywatnym wymaga rezygnacji z definiowania wkładu własnego, odnoszącego się do udziału w przedsięwzięciu jednej tylko strony – podmiotu publicznego.

Zaproponowana definicja umożliwia także dokonywanie nakładów przez osoby, które nie są stronami umowy oraz szersze wykorzystanie do finansowania przedsięwzięć realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego środków Unii Europejskiej, środków z innych państw i z instytucji międzynarodowych – pozyskiwanych zarówno przez partnera prywatnego, jak i przez podmiot publiczny. A także środków uzyskanych z kredytów, pożyczek i emisji papierów wartościowych.

Z ww. przyczyn proponowany, nowy zestaw definicji ustawy nie zawiera definicji wkładu własnego (jej rolę ma pełnić definicja nakładów). Rezygnacja z tej definicji jest tym bardziej uzasadniona, że definicja ta może wprowadzać w błąd, gdyż wkład własny w rozumieniu przepisów ustawy

o partnerstwie publiczno-prywatnym może być mylony z wkładem własnym, jaki jest wymagany do realizacji projektów dofinansowywanych ze środków Unii Europejskiej. Poza tym, wkład własny podmiotu publicznego został w ustawie z 2005 r. określony w ten sposób, że zaliczono do niego także „dopłaty do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia”. Powoduje to, że gdy planuje się stosowanie takich dopłat (co następuje jakiś czas po zawarciu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym i uzależnione jest od efektów prowadzonej później działalności gospodarczej), to nie da się obliczyć wkładu własnego w chwili zawierania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, a tym bardziej wcześniej. Dopłaty takie powinny więc zostać zaliczone do kategorii wynagrodzenia partnera prywatnego, bo stanowią część przychodu, jaki partner prywatny może uzyskać ze świadczonych przez siebie usług. Takie właśnie podejście zostało zaproponowane w niniejszym projekcie ustawy. Umożliwia ono obliczenie nakładów obu stron przed zawarciem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz umożliwia spełnienie różnych wymogów zawartych w ustawie, dotyczących obliczenia całkowitych kosztów lub całkowitych wydatków na realizację przedsięwzięcia.

Pkt 10 określa, na podstawie jakich czynności prawnych może się odbyć przekazanie składnika majątkowego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Przepis ten zastępuje regulację zawartą obecnie w art. 9 ust. 1 ustawy (dotyczącą przekazywania wkładu własnego przez podmiot publiczny).

W ust. 4 wskazano, jakie są relacje między przepisami ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, dotyczącymi przekazywania przez podmiot publiczny partnerowi prywatnemu przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części w formie sprzedaży lub oddania do odpłatnego korzystania, a przepisami ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji. Bez takiej regulacji istniałyby wątpliwości, które przepisy i w jakich przypadkach należy stosować. Przepis ten jest związany z pozostawieniem w nowej ustawie tych regulacji ustawy obowiązującej, które dotyczą zakładania spółek kapitałowych do wykonywania umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, oraz

przekazywania w celu wykonania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym przedsiębiorstw publicznych w różnych formach, także w formie ich sprzedaży lub oddania do odpłatnego korzystania.

Z proponowanej treści art. 1 ust. 4 wynika, że w przypadku sprzedaży przedsiębiorstwa albo oddania przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania partnerowi prywatnemu przez podmiot publiczny (w celu wykonania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym) zastosowanie będą miały te przepisy ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, które dotyczą sprzedaży i oddania przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania. Kwestii tych dotyczą głównie przepisy działu V, rozdziału 2 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji „Sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki oraz oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania” – w szczególności art. 48, 51, 52, 52a, 53 i 54.

Art. 2.

Dotychczasowa treść art. 2 ustawy, choć z pozoru odnosiła się do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, w rzeczywistości określała w ust. 1 i 2 niektóre cechy tego partnerstwa, które proponuje się w pełni określić w art. 1 ust. 2 ustawy. Dlatego obecnie proponuje się w tym artykule umieścić w ust. 1 regulacje precyzujące, czym jest (lub może być) przedsięwzięcie stanowiące przedmiot umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Należy zwrócić uwagę, że „przedsięwzięcie” to nie tylko jeden z kluczowych terminów ustawy, ale także termin, którego zakres znaczeniowy określa też zakres stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego, dlatego też ważne jest takie określenie zakresu przedsięwzięcia, aby partnerstwo to mogło być stosowane w możliwie szerokim zakresie. Brak wyobrażeń o tym, czego właściwie partnerstwo takie może dotyczyć, może być też jedną z przyczyn niewykorzystywania w praktyce możliwości związanych z tym partnerstwem. Dlatego, jak się wydaje, przepis definiujący zakres takiego partnerstwa powinien mieć też znaczenie informacyjno-instrukcyjne.

Z tych względów proponuje się w zmienionym art. 2 ustawy poszerzenie, w stosunku do stanu obecnego, możliwości stosowania partnerstwa, tak

aby mogło ono dotyczyć zarówno inwestycji, których produkty następnie będą używane przez partnera prywatnego (do wykonywania zadań publicznych), jak i takich, których produkty niekoniecznie będą później używane przez partnera prywatnego (w tym np. budowy mieszkań komunalnych, także lokali socjalnych, albo budowy ratusza itp.). Przewiduje się także przedsięwzięcia polegające na wykonywaniu remontów, konserwacji i restauracji zabytków, a także dotyczące badań naukowych, programów edukacyjnych i kulturalnych.

Proponuje się pozostawić możliwości zastosowania partnerstwa publiczno-prywatnego do realizacji rewitalizacji i realizacji działań w zakresie zagospodarowania miasta, jednak przepisy na ten temat proponuje się umieścić w odrębnych jednostkach redakcyjnych i przereklamować tak, aby usunąć działanie na rzecz rozwoju gospodarczego i społecznego, którego zakres pojęciowy jest szerszy niż zakres pojęciowy przedsięwzięcia, o którym mowa w omawianym przepisie. Nie oznacza to, że nie będzie można wykorzystywać partnerstwa publicznego do działań na rzecz rozwoju gospodarczego i społecznego. Będzie to możliwe wtedy, gdy takie działania na rzecz rozwoju należą do zadań publicznych wykonywanych przez określony podmiot publiczny.

W ramach poszerzania możliwości stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego, w katalogu przedsięwzięć, jakie mogą być realizowane w formie tego partnerstwa proponuje się umieścić także wyposażenie składników majątkowych w niezbędne elementy oraz używanie składników majątkowych przez partnera prywatnego w celu świadczenia usług lub wytwarzania produktów, połączone z eksploatacją, zarządzaniem oraz obowiązkiem remontowania i ulepszania tych składników. Umożliwi to m.in. przekazywanie partnerowi prywatnemu sieci i urządzeń służących wykonywaniu zadań o charakterze użyteczności publicznej, po to aby nie tylko świadczył on usługi na określonych warunkach, ale także remontował i rozbudowywał te sieci.

Eliminuje się natomiast regulacje, które teoretycznie umożliwiają dziś realizację przedsięwzięć pilotażowych, promocyjnych itp. wspomagających realizację zadań publicznych, a które są niespójne z innymi regulacjami ustawy, domagającymi się, aby partnerstwo publiczno-prywatne służyło realizacji zadań publicznych, a nie realizacji bliżej nieokreślonych działań wspomagających, związanych z zadaniami publicznymi. Dodatkowo, powodem pominięcia tych regulacji w nowej ustawie jest to, że do takich działań wspomagających ustawa z 2005 r. zalicza to, co zwykle uznaje się za zadania publiczne, a nie za działania wspomagające zadania publiczne.

Uwzględniając powtarzające się postulaty, aby nie ograniczać możliwości realizowania partnerstwa publiczno-prywatnego tylko do przedsięwzięć wymienionych w ustawie, wprowadzono otwarty katalog, umożliwiający zastosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego także do innych rodzajów przedsięwzięć – byleby tylko służyły one wykonywaniu zadań publicznych.

Art. 2 ust. 2 ma na celu umożliwienie realizacji różnych rodzajów przedsięwzięć w ramach jednej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Należy zwrócić uwagę, że katalog przedsięwzięć umieszczony w art. 2 ust. 1 został sporządzony w sposób, który nie nawiązuje do rodzaju zadań publicznych, ale określa rodzaje prac, jakie mogą być wykonywane w ramach wykonywania różnych zadań publicznych. A przy tym w ramach jednej umowy mogą być wykonywane różne rodzaje prac.

Trzeba podkreślić, że każdy z wymienionych rodzajów prac, nie tylko ma służyć wykonywaniu zadania publicznego (jak napisano w art. 2 ust. 1), ale też ma spełniać inne wymogi dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego (określone w art. 1 ust. 2).

Dlatego np. remont wykonywany w ramach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym różni się od remontu wykonywanego w ramach zwykłego zamówienia publicznego tym, że partner prywatny czyni nakłady na jego wykonanie i przejmuje na siebie jakieś ryzyko (na skutek czego jego wynagrodzenie może zmaleć albo w wyniku wzrostu kosztów, albo w wyniku

konieczności pokrycia kosztów nieprzewidzianych, albo w wyniku spadku przychodów mających stanowić jego wynagrodzenie). A także, że wynagrodzenie partnera prywatnego nie może mu być wypłacone w całości jako zapłata sumy pieniężnej (zapłata za roboty budowlane), ale musi w części pochodzić z innych źródeł (z przychodów ze świadczenia usług, z dochodów z najmu lub z dzierżawy, ze wzrostu wartości nieruchomości etc.). Te cechy partnerstwa powodują m.in., że wykonywanie zadania publicznego kosztuje podmiot publiczny mniej. Jeżeli te cechy nie występują, to mamy do czynienia ze zwykłym zamówieniem publicznym, a nie z partnerstwem publiczno-prywatnym.

Zatem, partnerstwem będzie wykonanie remontu obiektu zabytkowego nakładem partnera prywatnego, który przejmie na siebie ryzyko prowadzenia robót budowlanych (więc będzie w razie potrzeby wykonywał roboty nieprzewidziane i opłacał nieprzewidziane koszty remontu), a w ramach wynagrodzenia otrzyma dochód z biletów wstępu do muzeum, jakie będzie prowadził w wyremontowanym obiekcie. Nie będzie partnerstwem publiczno-prywatnym remont obiektu zabytkowego, dla którego podmiot publiczny określi zakres prac budowlanych i po ich wykonaniu zapłaci wykonawcy pełny koszt tych robót (według wcześniej ustalonej specyfikacji), przy czym w razie niespodziewanego zwiększenia się zakresu robót wykonawca będzie mógł żądać dodatkowej zapłaty.

Podobnie, partnerstwem publiczno-prywatnym będzie przekazanie przez partnera prywatnego w celu realizacji transportu zbiorowego przedsiębiorstwa przewozowego oraz przejęcie obowiązku świadczenia usług w zakresie transportu zbiorowego wraz z przejęciem obowiązku ponoszenia nakładów związanych ze świadczeniem usług, dbania o przystanki, ustalania tras itp., jeżeli część wynagrodzenia będzie otrzymywać w formie przychodu ze sprzedaży biletów, których cena ustalona zostanie w sposób określony w umowie o partnerstwie i przejmie na siebie ryzyko popytu (co sprawia, że gdy przychód z biletów spada, to spada też wynagrodzenie partnera prywatnego). Nie będą partnerstwem publiczno-prywatnym usługi transportowe świadczone na zlecenie podmiotu publicznego na określonej

trasie (lub trasach) przez wykonawcę, który otrzyma zapłatę za każdy przejechany kilometr lub za każdego pasażera albo za ilość przewiezionych rzeczy, jeżeli tylko wykona zamówienia na czas, a jego usługa będzie odpowiedniej jakości (określonej w zleceniu).

Partnerstwem publiczno-prywatnym będzie też np. modernizacja przez partnera prywatnego własnego budynku na więzienie i świadczenie w tym budynku usług więzienniczych, pod warunkiem, że partner prywatny przejmie na siebie jakieś ryzyko – albo ryzyko budowy (pokryje zwiększone koszty związane z ewentualnymi nieprzewidzianymi trudnościami i wzrostem cen), albo ryzyko popytu (np. suma, którą podmiot publiczny płaci mu za jednego więźnia pozostaje taka sama niezależnie od spadku liczby więźniów), albo inne ryzyko lub kilka rodzajów ryzyka, a także pod warunkiem, że całość wynagrodzenia nie jest zapłatą sumy pieniężnej przez podmiot publiczny, a więc część wynagrodzenia partnera publicznego pochodzi z innych źródeł (np. wynagrodzeniem jest wzrost wartości zmodernizowanej nieruchomości, którą przekazał w celu realizacji umowy partner prywatny, a która po zakończeniu realizacji umowy nadal pozostaje jego własnością). Nie jest partnerstwem publiczno-prywatnym zamówienie przez podmiot publiczny u podmiotu prywatnego świadczenia usług przetrzymywania więźniów w określonych warunkach, jeżeli podmiot publiczny zobowiązany jest pokryć wszystkie koszty związane z pobytom każdego więźnia i zapłacić za utrzymywanie obiektu w gotowości do przyjęcia określonej liczby więźniów (większej niż liczba więźniów aktualnie przebywających).

Art. 3.

Art. 3 obecnie obowiązującej ustawy wprowadza inną, kluczową dla partnerstwa publiczno-prywatnego regulację. Informuje ona, że partnerstwo to ma rację bytu tylko wówczas, gdy służy interesowi publicznemu. Ponieważ interes ten wcześniej nie został w żadnej ustawie zdefiniowany, to w ust. 2 tego artykułu określono przynajmniej, na czym polegają korzyści dla interesu publicznego. Można zauważyć, że

fundamentalna dla ustawy zasada, że partnerstwo to ma służyć interesowi publicznemu jest trudna do realizacji, gdy brak definicji interesu publicznego (dlatego taką definicję umieszczono w słowniczku ustawy), a także, że kolejne przepisy ustawy wydają się ignorować zasadę zawartą w art. 3 i podporządkowują partnerstwo publiczno-prywatne innym kryteriom niż interes publiczny i korzyści dla interesu publicznego.

Aby wobec tego umożliwić realizację pierwotnych intencji, proponuje się wprowadzić w kolejnych przepisach regulacje konsekwentnie podporządkowujące partnerstwo publiczno-prywatne interesowi publicznemu.

Podobnie jak przepis ustawy obowiązującej, nowa regulacja określa korzyści dla interesu publicznego przez podanie katalogu takich przykładowych korzyści. Pozostawiając w art. 3 nowej ustawy dotychczasowe regulacje art. 3 obowiązującej ustawy, proponuje się jednocześnie do treści art. 3 ust. 2 dodać elementy charakteryzujące korzyści dla interesu publicznego, takie jak zwiększenie dostępności usług, a także stworzenie możliwości wykonania zadania publicznego, które bez partnerstwa publiczno-prywatnego nie mogłoby zostać wykonane (co wydaje się ważną przesłanką oceny sensu podejmowania realizacji zadania publicznego w formie omawianego partnerstwa). Należy podkreślić, że nie chodzi tu o stworzenie możliwości realizacji przedsięwzięcia (np. o możliwość wybudowania czegoś lub wykonania określonych prac), ale o możliwość wykonania zadania publicznego. Zgodnie z zaproponowaną definicją zadania publicznego, zadanie takie służy zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym. Zatem, jeżeli istnieją takie potrzeby, to istnieją zadania, które należy wykonywać i w interesie publicznym będzie leżało np. umożliwienie edukowania dzieci, gdy są dzieci, których nie ma jak uczyć, a powinny one być nauczane (wówczas budowa szkoły może stworzyć możliwość wykonania zadania publicznego). Lecz jeżeli np. gdzieś jest mało dzieci a nadmiar szkół, to wybudowanie szkoły nie stwarza możliwości wykonania zadania publicznego (bo istnieje nadmiar takich możliwości).

Ocena umieszczonych w tym ustępie aspektów korzyści dla interesu publicznego decydować będzie o wyborze realizacji zadania publicznego w formie partnerstwa publiczno-prywatnego.

Art. 4.

Proponowane zmiany art. 4 ustawy (w stosunku do treści ustawy obowiązującej) zmierzają do tego, aby w tym artykule znalazły się tylko regulacje dotyczące partnera prywatnego i podmiotu publicznego (dotychczas także znajdujące się w tym artykule, lecz obok innych definicji). Proponowane definicje podmiotu publicznego i partnera prywatnego mają na celu zmianę przepisów dotychczasowych, polegających na tym, że jeżeli uznaje się, że partnerem prywatnym są m.in. przedsiębiorcy, to obejmuje to także niektóre podmioty zaliczone przez ustawę do podmiotów publicznych. Jeżeli nie zalicza się do podmiotów publicznych państwowych i samorządowych przedsiębiorstw, banków i spółek handlowych, to tym samym są one w rozumieniu ustawy (jako przedsiębiorcy) partnerami prywatnymi. Zatem, podmiot publiczny może zawrzeć umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym z własną spółką lub przedsiębiorstwem, które występować w niej będą jako partner prywatny (i to nawet wtedy gdy spółka ta lub przedsiębiorstwo wykonuje jakieś własne zadania publiczne). Wydaje się to sprzeczne z ideą partnerstwa publiczno-prywatnego i niecelowe. Bo większy skutek dla wykonywania zadań publicznych przyniosłoby współdziałanie takiego przedsiębiorstwa publicznego wykonującego zadania publiczne z partnerem prywatnym.

Poza tym proponuje się do grona partnerów prywatnych zaliczyć także osoby fizyczne. Bo skoro dopuszcza się możliwość utworzenia spółki kapitałowej w celu wykonania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, to nie ma uzasadnienia dla pozbawienia osób fizycznych możliwości stania się współwłaścicielami takiej spółki. Można też zakładać, że partnerami prywatnymi mogą być osoby, które dotychczas prowadziły działalność gospodarczą w innej formie (i dysponują odpowiednimi środkami), a które pragną rozpocząć działalność gospodarczą jako osoby fizyczne w związku

w możliwością wykonywania zadania publicznego z wykorzystaniem formy partnerstwa publiczno- prywatnego.

Poza tym, przepis art. 4 pkt 2 lit. d obowiązującej ustawy nie daje możliwości uczestniczenia w partnerstwie publiczno- prywatnym podmiotom zagranicznym, które nie są przedsiębiorcami (choć krajowymi partnerami mogą być nie tylko przedsiębiorcy), co wydaje się naruszać zasadę równego traktowania podmiotów będących w takiej samej lub podobnej sytuacji (i naruszać zasadę równego traktowania podmiotów krajowych i zagranicznych). Ponadto, istniejące przepisy wymieniają wśród podmiotów publicznych określone jednostki należące do sektora finansów publicznych, wymienione w przepisach ustawy o finansach publicznych, lecz się do tych przepisów wprost nie odwołują. Wobec tego powstaje niepewność, czy użyte w nich terminy (w ustawie o partnerstwie publiczno- prywatnym niezdefiniowane) odpowiadają ściśle terminom stosowanym w ustawie o finansach publicznych.

Z tego względu proponuje się powiązanie definicji podmiotu publicznego z terminologią stosowaną w ustawie o finansach publicznych i modyfikację zawartych w art. 4 ustawy definicji tak, aby wykluczyć nakładanie się pojęć „partner prywatny” i „podmiot publiczny”. Proponuje się także taką modyfikację zapisów dotyczących podmiotu zagranicznego, która ma na celu eliminację ww. wad obowiązujących przepisów ustawy, a także sprawia, że podmiot ten nie będzie mógł stanowić własności publicznej (co w obecnym stanie prawnym jest możliwe).

Art. 5.

Zmiany art. 5 ustawy (w porównaniu do brzmienia tego artykułu w obecnie obowiązującej ustawie) mają charakter głównie redakcyjny. Zamiast dwóch ustępów proponuje się wprowadzić jeden dotyczący i podmiotów publicznych, i partnerów prywatnych. Proponowane zmiany zmierzają też do pokazania, że te same reguły dotyczą obu stron umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym.

Art. 6.

Regulacje zawarte w art. 6 ust. 1 i 2 ustawy obecnie obowiązującej wydają się zbędne, gdyż dotyczą uregulowania w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym kwestii wkładu własnego podmiotu publicznego. Tymczasem proponuje się zrezygnować z używania terminu „wkład własny”, jako niewłaściwie ograniczającego zakres ingerencji ustawy tylko do jednej strony umowy o partnerstwie publiczno-privatnym. Ponadto uważa się, że dotychczasowa regulacja może utrudniać korzystanie ze środków UE i z innych środków zagranicznych do finansowania realizacji przedsięwzięć objętych umowami o partnerstwie publiczno-privatnym. A także proponuje się uregulować kwestie zawartości umowy w innym (w jednym) miejscu. Dlatego w ust. 1 art. 6 proponuje się obecnie umieścić postanowienia dotyczące odpowiedzialności podmiotu publicznego i partnera prywatnego za wykonywanie zadań publicznych i przestrzeganie standardów usług wykonywanych w ramach partnerstwa publiczno-privatnego. Proponowane przepisy mają uniemożliwić zwolnienie podmiotu publicznego z odpowiedzialności za wykonywanie zadania publicznego w ramach partnerstwa publiczno-privatnego i zobligować go do reagowania, gdy partner prywatny nie wykonuje tego zadania lub wykonuje je źle (także obligować do ewentualnego wypowiedzenia umowy o partnerstwie publiczno-privatnym) oraz – odpowiednio – mają uniemożliwić zwolnienie partnera prywatnego (przez podmiot publiczny) z odpowiedzialności za standardy świadczonych usług i z odpowiedzialności za niewłaściwe używanie składników majątkowych w ramach tego partnerstwa.

W ust. 2 dodatkowo przyznano podmiotowi publicznemu prawo kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego, gdyż wydaje się to konieczne, aby podmiot publiczny mógł w pełni odpowiadać za to, czy zadania publiczne są w ramach partnerstwa publiczno-privatnego dobrze wykonywane. Zatem, nie można tej kwestii pozostawić do uregulowania w umowie.

Obecnie może w umowie pojawić się zapis, z którego wynika, że podmiot publiczny nie ma takich uprawnień albo zapis bardzo ograniczający prawo podmiotu publicznego do kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego (co w odniesieniu do niektórych zadań publicznych lub niektórych usług nie powinno mieć miejsca ze względu na potrzebę ochrony mieszkańców lub konieczność ochrony konsumentów itp.). To prawo podmiotu publicznego do kontroli realizacji umowy powinno więc mu zostać wprost przyznane w ustawie, a następnie powinno być skonkretyzowane w umowie (zgodnie z przepisami dotyczącymi zawartości umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym). Obecnie brak jest regulacji określających w ustawie prawo podmiotu publicznego do takiej kontroli, za to w przepisach dotyczących zawartości umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym przewidziano określanie uprawnień podmiotu publicznego do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego w tej umowie. Jak się wydaje, kontrola bieżąca nie zawsze jest najbardziej właściwym rozwiązaniem, a w niektórych przypadkach bez potrzeby może utrudniać realizację przedsięwzięcia. Lepiej więc, aby strony określały w umowie, jaki ma być w danym przypadku zakres kontroli, jaka ustawowo przysługuje podmiotowi publicznemu.

Zgodnie z dotychczasowymi przepisami art. 18 pkt 6, w umowie mają też być umieszczone postanowienia określające zasady przeprowadzania przez strony wspólnej oceny realizacji przedsięwzięcia wraz z ustaleniami realizacyjnymi. Jednak stawianie takich wymogów w ustawie wydaje się zbędne, gdyż ocena taka nie należy do kategorii spraw kluczowych dla partnerstwa publiczno-prywatnego. Dlatego proponowana treść nowego przepisu nie zawiera tego rodzaju postanowień.

Kolejne ustępy art. 6 ustawy proponuje się poświęcić problematyce, o której mowa obecnie w art. 6 ust. 3 ustawy obowiązującej, czyli wynagrodzeniu partnera prywatnego. Kwestie związane z tym wynagrodzeniem wymagają szerszych niż dotychczas regulacji, gdyż w istotny sposób wpływają na równowagę interesów stron umowy, a brak regulacji zabezpieczających interes partnera prywatnego może zniechęcać do podejmowania współpracy

w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. I to zarówno partnerów prywatnych, jak i podmioty publiczne.

W ust. 3 proponuje się zabezpieczyć interes partnera prywatnego w ten sposób, aby jego wynagrodzenie ustalane (szacowane) w chwili zawierania umowy umożliwiałoby mu uzyskanie zwrotu nakładów i pokrycie kosztów świadczonych usług lub wykonywanych zadań. Chodzi tu o wysokość wynagrodzenia odzwierciedlającą stan wiedzy stron w dniu zawierania umowy, a więc proponowana regulacja nie wpływa na fakt, że po rozpoczęciu realizacji umowy partner prywatny będzie ponosić określone w umowie obowiązki i rodzaje ryzyka i w związku z tym jego wynagrodzenie ustalone w umowie może się zmniejszyć w wyniku wystąpienia tych rodzajów ryzyka. Dlatego w zdaniu trzecim ust. 3 zawarto zasadę, że jeżeli faktyczne wynagrodzenie partnera prywatnego podczas realizacji umowy spadnie z powodu przejęcia przez niego określonych w umowie obowiązków lub określonego ryzyka, to fakt ten nie stanowi powodu żądania podwyższenia wynagrodzenia.

Drugie zdanie ust. 3 ma umożliwić ustalenie w umowie wynagrodzenia zapewniającego partnerowi prywatnemu także uzyskanie odpowiedniego zysku. Jednocześnie uregulowano w ust. 7, jaki zysk uważa się za odpowiedni.

Należy zaznaczyć, że nie jest możliwe nakazanie, aby wynagrodzenie ustalone w umowie zawsze uwzględniało zysk. Po pierwsze dlatego, że procedury przetargowe, mające wyłonić partnera prywatnego mogą (a nawet powinny) w wielu przypadkach powodować, że wstępnie ustalone wynagrodzenie ulegnie obniżeniu i może spaść do poziomu, w którym wyłoniony w tym postępowaniu partner wykonuje usługi bez zysku. Po drugie dlatego, że partnerami prywatnymi mogą być także organizacje z zasady działające nie dla zysku, których zamiarem może być właśnie wykonywanie określonych usług bez zysku.

W ust. 4 proponuje się zamieścić katalog różnych form wynagrodzenia partnera prywatnego, zharmonizowany z różnymi rodzajami przedsięwzięć wymienionych w art. 2 ust. 1. Różne formy wynagrodzenia zostały tu

wymienione w szczególności, możliwe jest zatem także ustalenie wynagrodzenia w innej formie. Możliwa jest też kompilacja różnych form wynagrodzenia partnera prywatnego z tytułu realizacji jednego przedsięwzięcia.

Należy jednak zwrócić uwagę, że formułując ww. katalog wprowadzono też pewne ograniczenia dotyczące niektórych form wynagrodzenia. Są one związane z dążeniem, aby partnerstwo nie polegało na tym, że ostatecznie podmiot publiczny ponosi wszystkie koszty realizacji przedsięwzięcia. Zachowano więc zasadę (wprowadzoną do ustawy z 2005 r.), że chociaż jedną z form wynagrodzenia może być zapłata sumy pieniężnej przez podmiot publiczny, ale nie należy zawierać umów, z których wynika, że całe wynagrodzenie, to zapłata sumy pieniężnej przez podmiot publiczny. Wynagrodzenie, które w całości jest zapłatą sumy pieniężnej przez podmiot publiczny dopuszcza się wyjątkowo – tylko wtedy gdy inne ustawy na to zezwalają. Podobnym celom służą ograniczenia wynagrodzenia w postaci zapłaty sumy pieniężnej stanowiącej równowartość części wzrostu wartości tej części nieruchomości, która stanowi własność partnera publicznego.

W ust. 5 wprowadza się regulację związaną z faktem, że nie zawsze wynagrodzenie partnera prywatnego ustalane w chwili zawierania umowy może obejmować zwrot poniesionych przez niego nakładów. Jeśli bowiem nakłady te powodują powstanie składników majątkowych, które stanowią własność partnera prywatnego w okresie wykonywania umowy, a także później mają stanowić jego własność, to wynagrodzenie z oczywistych powodów nie może obejmować zwrotu partnerowi prywatnemu nakładów, których efekt cały czas faktycznie do niego należy. Poza tym, do nakładów (zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 3 pkt 9) należą też nakłady rzeczowe, a więc nakład partnera prywatnego może polegać m.in. na tym, że przekazał on w celu realizacji przedsięwzięcia jakiś składnik majątkowy stanowiący jego własność. Jeżeli składnik ten ma po zakończeniu realizacji pozostać jego własnością, to z oczywistych względów wynagrodzenie nie może obejmować zapłaty za ten składnik.

W ust. 6 uzupełniono (w stosunku do obecnego stanu prawnego) regulacje dotyczące wynagrodzenia o przepis uniemożliwiający prowadzenie dwóch procedur przetargowych – odrębnej w sprawie wyłonienia partnera prywatnego i odrębnej w sprawie zawarcia z nim, w ramach jego wynagrodzenia, umowy najmu, dzierżawy, użyczenia lub innej umowy o oddaniu nieruchomości do korzystania. Bo konieczność prowadzenia dwóch procedur przetargowych uniemożliwiłaby realizację części przedsięwzięć lub negowałaby możliwość stosowania wynagrodzenia w tej formie. Ze względu na to, że wymogi dotyczące przetargowej formy oddawania różnych nieruchomości stanowiących własność publiczną w najem, dzierżawę etc. są zawarte w różnych ustawach, a nie tylko w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, nie wskazuje się konkretnych przepisów, których obowiązywanie się wyłącza, ograniczając się do podania samej zasady.

W ust. 7 proponuje się określić, jaki zysk uważa się za odpowiedni – ma to być średni poziom zysku uzyskiwany przez podmioty prowadzące taką samą lub zbliżoną działalność. Jeżeli ich działalność nie przynosi zysku, proponuje się ustalać wynagrodzenie w wysokości pokrywającej przynajmniej zwrot poniesionych nakładów i koszty świadczenia usług przez partnera prywatnego. Wprowadzenie tych przepisów ma także na celu umożliwienie partnerowi prywatnemu wywiązania się z obowiązku przestrzegania standardów usług oraz świadczenie usług o wysokiej jakości.

Proponowany przepis ust. 8 przyznaje partnerowi prywatnemu prawo żądania podwyższenia wynagrodzenia, gdy na skutek okoliczności, za które żadna ze stron umowy nie ponosi odpowiedzialności, jego wynagrodzenie spadnie do poziomu uniemożliwiającego pokrywanie kosztów działalności i poniesionych nakładów. Nie dotyczy to spadku wynagrodzenia w wyniku wystąpienia ryzyka obciążającego partnera prywatnego, bowiem za to ryzyko odpowiada on zgodnie z zawartą umową. Zmiana warunków umowy w wyniku realizacji słusznego żądania podwyższenia wynagrodzenia partnera prywatnego nie będzie w tym przypadku wymagała powtarzania procedur stosowanych przy wyłanianiu partnera prywatnego.

Regulacje zamieszczone w ust. 9 uniemożliwić mają dowolne kształtowanie cen usług przez partnera prywatnego (np. w celu osiągnięcia większego dochodu lub pozyskania środków na inwestycje, które powinien sfinansować z własnych nakładów). Regulacje te mają też umożliwić ochronę konsumentów przed nadmiernym wzrostem cen usług i zapewniać stosowanie przepisów regulujących różne ceny, zapewniać odpowiednie stosowanie obowiązujących przepisów dotyczących ustalania taryf itp. Dlatego, według proponowanych regulacji umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym ma określać zasady, według których ustalana będzie później cena usług. Wśród tych zasad należy uwzględnić zasadę, że po zakończeniu pierwszego roku działalności cena ustalana będzie na podstawie przychodów, jakie są potrzebne (powinny zostać uzyskane), aby pokryć koszty prowadzenia działalności. Jak wynika z przepisów ust. 10 przychody te powinny wystarczać na pokrycie kosztów działalności i planowanych inwestycji.

Odpowiednio do postanowień ust. 9, w ust. 10 proponuje się zamieścić regulacje dotyczące przesłanek, służących ustaleniu potrzebnych przychodów.

Art. 7.

Art. 7 ustawy obecnie obowiązującej zawiera jedynie regulację przewidującą, że łączną kwotę, do wysokości której organy administracji rządowej mogą w danym roku zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, określa ustawa budżetowa. Ale w przepisach wykonawczych do ustawy umieszczono dodatkowe regulacje dotyczące wpływu postanowień umowy i podziału określonych rodzajów ryzyka na poziom państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych. Skoro zaś jednym z celów nowelizacji jest uproszczenie procedur prowadzących do zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, m.in. przez rezygnację z części rozporządzeń wykonawczych, to niektóre regulacje zawarte dotychczas w przepisach wykonawczych powinny znaleźć się w ustawie.

Rezygnacja z regulowania w rozporządzeniu kwestii wpływu podziału rodzajów ryzyka na państwowy dług publiczny i deficyt sektora finansów publicznych, pozwala ograniczyć materię rozporządzenia wykonawczego do samego określenia rodzajów ryzyka. Zatem, rezygnując z rozporządzenia dotyczącego samych analiz, proponuje się pozostawić w ustawie delegację do wydania rozporządzenia w sprawie rodzajów ryzyka (w art. 11 ust. 8).

W kolejnych ustępach artykułu siódmego (od 1 do 4) proponuje się umieścić przepisy doprecyzowujące, co zalicza się do zobowiązań mających wpływ na poziom państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych oraz jak z punktu widzenia wydatków publicznych i zobowiązań publicznych należy traktować dopłaty do usług oraz wynagrodzenie partnera prywatnego wypłacane w innej formie niż zapłata sumy pieniężnej lub dopłaty do usług. Przepisy te powinny pomóc jednostkom samorządu terytorialnego i innym podmiotom publicznym zawierającym umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w odpowiednim sformułowaniu założeń i warunków umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Powinny też umożliwić spełnienie wymogów, o których mowa w art. 20 ust. 1 pkt 3, dotyczących informowania ministra właściwego do spraw gospodarki o wysokości zobowiązań wynikających z umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, jakie mają wpływ na poziom państwowego długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych – przez to, że zawierają wskazówki, jak obliczać przewidywane zobowiązania przypadające na lata następne. Przepis ten służy wyłącznie przewidywaniu, jakie skutki może przynieść umowa w latach następnych i nie zmienia tego, że faktycznie zalicza się do długu publicznego zobowiązania wymagalne (zgodnie z regulacjami art. 11 ustawy o finansach publicznych).

W ust. 4 umieszczono regulacje potrzebne w przypadku konieczności zaniechania, okresowego wstrzymania lub ograniczenia zakresu przedsięwzięcia, których brak nie pozwalał na odpowiednie wywiązanie się z obowiązku nałożonego przez art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W związku z rezygnacją z używania pojęcia wkładu własnego, rezygnuje się też z regulacji zawartych dotychczas w art. 9 ust. 1 ustawy z 2005 r., dotyczących tego wkładu (których cel realizują inne proponowane przepisy). Dotychczasowy ust. 2 art. 9 proponuje się pozostawić w art. 9 i przeredagować w taki sposób, aby dotyczył on (zamiast wkładu własnego) nakładów ponoszonych na realizację przedsięwzięcia. Jest to uzasadnione także z tego względu, że jeżeli po którejs z stron umowy występuje kilka podmiotów, to mogą one czynić różne nakłady podlegające zwrotowi na różnych zasadach albo niepodlegające zwrotowi. Należy też założyć, że zwrotowi podlegać mogą także nakłady poniesione przez partnera prywatnego.

Art. 8.

Art. 8 ustawy obowiązującej zawiera regulacje dotyczące uwzględniania w budżetach wydatków na spłatę zobowiązań wynikających z umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, skutków zaniechania, okresowego wstrzymania lub ograniczenia zakresu przedsięwzięcia realizowanego w ramach umów o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz wydatków na odszkodowania dla partnerów prywatnych wynikające z umów o partnerstwie publiczno-prywatnym. Przepisy art. 8 obowiązującej ustawy proponuje się pozostawić bez zmian w art. 8 nowej ustawy.

Art. 9.

W art. 9 nowej ustawy proponuje się umieścić – w formie zmodyfikowanej – regulację, której jest poświęcony obecnie art. 9 ust. 2 ustawy obowiązującej. Dotyczy ona obowiązku zwrotu nakładów finansowych i składników majątkowych wykorzystanych niezgodnie z przeznaczeniem. Ponieważ umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest umową cywilnoprawną, której strony powinny być równo traktowane, to po modyfikacjach obowiązek ten dotyczy obu stron umowy (a nie tylko zwrotu wkładu własnego wniesionego przez podmiot publiczny). Zachowano natomiast dotychczasową zasadę, że te nakłady finansowe i składniki majątkowe podlegają zwrotowi na zasadach określonych w umowie o partnerstwie

publiczno-prywatnym oraz zasadę, że w przypadku niewłaściwego wykorzystania nakładów finansowych należą się również odsetki od dnia przekazania tych środków. Zgodnie z projektem, wysokość odsetek strony powinny ustalić w umowie.

Art. 10.

Art. 10 ustawy, pierwszy w rozdziale dotyczącym przygotowania partnerstwa publiczno-prywatnego, proponuje się w stosunku do brzmienia art. 10 ustawy z 2005 r., przeredagować tak, by propozycje realizacji zadań publicznych w formie partnerstwa publiczno-prywatnego mogły być składane podmiotowi publicznemu nie tylko przez podmioty zainteresowane realizacją przedsięwzięcia, ale także przez inne podmioty lub osoby. Ponadto, ze względu na to, że bez odpowiedniej wiedzy podmiot publiczny nie jest w stanie podjąć racjonalnej decyzji, czy w ogóle rozważać realizację określonego zadania w formie partnerstwa publiczno-prywatnego, proponuje się (w ust. 2) wprowadzenie przepisu umożliwiającego podmiotowi publicznemu kierowanie do różnych podmiotów (także do potencjalnych partnerów prywatnych) odpowiednich zapytań. I jednocześnie nakazującego mu opublikowanie (w prasie ogólnopolskiej lub lokalnej), że rozważa zasadność realizacji określonego zadania publicznego w formie partnerstwa publiczno-prywatnego i jest zainteresowany uzyskaniem od potencjalnych partnerów prywatnych informacji o ich zainteresowaniu realizacją określonego przedsięwzięcia w tej formie. Przepis ten ma na celu doprowadzenie do stanu, w którym podmiot publiczny zanim podejmie analizy, o których mowa w art. 11 ustawy, postara się zebrać możliwie największy zasób informacji o referencjach potencjalnych partnerów prywatnych.

Art. 11.

Art. 11 ustawy obowiązującej zawiera w ust. 1 regulacje nakładające na podmiot publiczny obowiązek wykonania określonych analiz, a w ust. 2 i 3 dwie delegacje do wydania przepisów wykonawczych. W związku z tym, że rezygnacja z części analiz wykonywanych na etapie decydowania, czy w ogóle zainteresować się realizacją przedsięwzięcia w formie partnerstwa

publiczno-prywatnego, jest powszechnie uważana za podstawowy warunek umożliwiający funkcjonowanie takiego partnerstwa, proponuje się zarówno uprościć analizy, jak i zrezygnować z przepisów wykonawczych, które tych analiz dotyczą. Zwłaszcza, że przepisy te nie w pełni odpowiadają intencjom ustawy i generują dodatkowe, nieujęte w ustawie obowiązki, których część ma na celu rozwiązanie problemu ustalania wpływu partnerstwa publiczno-prywatnego na poziom państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych.

Proponuje się natomiast, jak wspomniano wcześniej, pozostawienie w ustawie delegacji do wydania przepisów wykonawczych dotyczących rodzajów ryzyka (w ust. 8), jednak w innym niż dotychczas (węższym) zakresie.

Proponowana, nowa treść art. 11 ustawy powoduje, że analizy będą mogły obejmować tylko jeden sposób realizacji przedsięwzięcia. Możliwe będzie także przeprowadzenie analiz dla innych wariantów realizacji przedsięwzięcia, w tym dla kilku sposobów jego realizacji w formie partnerstwa publiczno-prywatnego.

Określenie zakresu przedsięwzięcia (w świetle propozycji przepisu ust. 1) przestaje być traktowane w ustawie jako część analizy, której zresztą i tak w praktyce miało nie być, bo w przepisach wykonawczych ustalono, że podmiot publiczny określa zakres przedsięwzięcia oraz harmonogram jego realizacji.

Proponuje się też (w ust. 2) rezygnację z analizy prawnej (która według przepisów dotychczasowych miała dotyczyć tylko analizy stanu prawnego składników majątkowych), a wprowadzenie w zamian analizy korzyści dla interesu publicznego, jako podstawowej dla zadecydowania o wyborze formy partnerstwa publiczno-prywatnego. Można dodać, że jeżeli w jakimś przypadku okaże się potrzebne wykonanie analizy prawnej dotyczącej stanu prawnego składników majątkowych, to nie ma przeszkód, aby taką analizę wykonać (tyle, że nie jest to obowiązkowe). Nie wydaje się zatem potrzebne, aby ustawa narzucała obowiązek wykonywania takich analiz za każdym razem, gdy podmiot publiczny ma zadecydować, czy wybrać formę

partnerstwa publiczno- prywatnego (także, gdy realizacja przedsięwzięcia nie obejmuje przekazywania składników majątkowych lub, gdy przedsięwzięcie ma niewielkie rozmiary finansowe). Skoro zaś opis przedsięwzięcia i charakterystyka rozważanego wariantu partnerstwa – zgodnie z treścią innych proponowanych przepisów – obejmować mają określenie nakładów ponoszonych przez obie strony umowy, to wiedza o tym, co się będzie działo z poszczególnymi składnikami majątkowymi i tak nie zostanie na etapie przygotowania partnerstwa i umowy pominięta.

W kolejnych ustępach art. 11 (od 3 do 6) proponuje się umieszczenie regulacji obrazujących zakres poszczególnych rodzajów analiz, co dotychczas było przedmiotem aktów wykonawczych. Proponuje się także rezygnację z części szczegółowych obliczeń, których nie sposób wykonać na tym etapie przygotowania partnerstwa w ramach aktualnie wymaganych analiz. Dotychczasowy obowiązek dokonywania precyzyjnych obliczeń proponuje się zamienić na obowiązek dokonywania obliczeń szacunkowych i orientacyjnych. A gdy brak szczegółowych informacji o sposobie realizacji przedsięwzięcia w formie partnerstwa publiczno- prywatnego, umożliwia się zastąpienie niektórych obliczeń założeniami formułowanymi przez podmiot publiczny, przedstawiającymi oczekiwania wobec partnera prywatnego.

Postanowienia, jakie mają być elementy analizy rodzajów ryzyka, proponuje się umieścić w ustawie, a rozporządzenie wykonawcze, zgodnie z propozycją delegacji zawartej w ust. 8, poświęcić tylko określeniu rodzajów ryzyka związanych z realizacją przedsięwzięć.

W ust. 7 przewiduje się, że wynikami analizy rodzajów ryzyka powinny być: ocena potencjalnego wpływu przyszłych zobowiązań umownych na poziom długu danego podmiotu publicznego oraz jego deficyt, stratę lub nieprzewidziane wydatki oraz wybór określonego, preferowanego przez podmiot publiczny wariantu podziału rodzajów ryzyka, do uzyskania którego dążyć się będzie w postępowaniu mającym wyłonić partnera prywatnego. Oprócz roli regulacyjnej, przepis ten, podobnie jak kilka innych zawartych w projekcie, ma na celu uzyskanie większej jasności na temat, jakie powinny być kolejne kroki zmierzające do przygotowania i realizacji

partnerstwa publiczno-prywatnego i czemu one służą. Przepis ten plasuje zatem wspomniane czynności w określonym miejscu procedury.

Proponowany ust. 9 umożliwia przeprowadzenie analiz w formie uproszczonej, w przypadku gdy przedsięwzięcie ma stosunkowo niewielkie rozmiary finansowe. Przepis ten jest kolejnym, który prowadzi do upraszczania procedur wstępnych i rezygnacji ze zbędnych analiz na etapie podejmowania decyzji, czy w ogóle skorzystać z możliwości zastosowania partnerstwa publiczno-prywatnego. Przyjęto progi stosowane w zamówieniach publicznych i zaproponowano, aby analizy uproszczone można było przeprowadzać, gdy przedsięwzięcie wymaga nakładów nie wyższych niż równowartość 211 000 euro, w przypadku gdy dotyczy ono robót budowlanych, nakładów nie wyższych niż równowartość kwoty 5 278 000 euro.

Art. 12.

Art. 12 obowiązującej ustawy dotyczy obowiązku uzyskiwania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych na realizację przedsięwzięć wymagających finansowania z budżetu państwa. Przepisy zawarte w tym artykule proponuje się zmodyfikować i uzupełnić. W treści art. 12 ust. 1 proponuje się dodać regulacje ułatwiające wykorzystanie środków z funduszy Unii Europejskiej do finansowania przedsięwzięć realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Jednocześnie, aby nie mnożyć koniecznych zgód, proponuje się umieścić regulację powodującą, że jeżeli przedsięwzięcie wymagające finansowania z budżetu państwa będzie realizowane w ramach programu operacyjnego, to na jego realizację wymagana będzie tylko jedna zgoda – zgoda instytucji zarządzającej, o której mowa w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Zakłada się bowiem, że ogólna zgoda ministra właściwego do spraw finansów publicznych na realizację poszczególnych programów operacyjnych została już wydana wcześniej, na etapie przygotowywania tych programów.

W ust. 2 proponuje się wskazać, że postanowienia tego przepisu dotyczą uzyskiwania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych

(i nie stosuje się ich do uzyskiwania zgody instytucji zarządzającej). Proponuje się też dodać, że podmiot ubiegający się o wydanie takiej zgody przedstawia także analizę, o której mowa w art. 11, na podstawie której dokonał wyboru realizacji przedsięwzięcia w formie partnerstwa publiczno-prywatnego. Bowiem informacje, które obecnie mają być przedstawiane ministrowi nie dają wystarczających podstaw do oceny, czy należy udzielić zgody na realizację danego przedsięwzięcia w formie partnerstwa publiczno-prywatnego, czy takiej zgody odmówić. Gdyby jednak informacje dostarczone przez podmiot publiczny okazały się niewystarczające, minister – zgodnie z treścią ust. 5 – żądać może uzupełnienia wniosku w określonym terminie 30 dni.

W przepisach ust. 3, 4 i 5 określono też termin wydania zgody albo odmowy zgody przez ministra, a także terminy, w przypadku gdy minister zażąda informacji uzupełniających.

Formułując przepisy dotyczące omawianej zgody, przewidziano jej uzyskiwanie zanim rozpoczęta zostanie procedura mająca wyłonić partnera prywatnego. Zatem, odmowa udzielenia zgody powinna spowodować, że postępowanie takie nie zostanie wszczęte.

W ust. 3 usunięto wątpliwość, że zgoda taka nie jest decyzją administracyjną. Nie będzie się można odwoływać w razie odmowy udzielenia zgody.

Jednakże na wypadek, gdyby podmiot publiczny nie wystąpił o uzyskanie ww. zgody, mimo że jest ona wymagana i zawarł umowę bez jej uzyskania, wprowadza się dodatkowo w ust. 6 przepis, że umowa taka jest nieważna. Dotychczas przepisy nie przewidywały z tego tytułu żadnej sankcji. Przewiduje się przy tym bezwzględną nieważność takiej umowy.

Regulacje dotyczące umów o partnerstwie publiczno-prywatnym realizowanych przez jednostki sektora finansów publicznych proponuje się uzupełnić o przepis ust. 7 przewidujący, że ich realizacja podlega sprawozdawczości na zasadach określonych przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych w odrębnych przepisach. Obecnie funkcjonują

bowiem przepisy dotyczące takiej sprawozdawczości, które wydane zostały na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, jednakże podstawa do ich wydania jest całkowicie oderwana od regulacji ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym.

Art. 13.

Obowiązująca obecnie ustawa w art. 13 przewiduje obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o planowanej realizacji określonego przedsięwzięcia w formie partnerstwa publiczno- prywatnego w Biuletynie Zamówień Publicznych i Biuletynie Informacji Publicznej. Proponuje się pominąć w tym artykule kwestie dotyczące tego rodzaju obowiązków, gdyż przewidując (w kolejnym rozdziale) stosowanie prawa zamówień publicznych do wyłaniania partnera prywatnego, przewiduje się także obowiązek zamieszczania odpowiednich ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wprowadzanie w tym zakresie innych obowiązków może tylko zmniejszyć przejrzystość stosowanych procedur.

W celu lepszego powiązania procesu przygotowania partnerstwa z procedurami wyłaniania partnera prywatnego, proponuje się poszerzyć regulacje zawarte w art. 13 ustawy. W ust. 1 proponuje się umieścić regulację przesądzającą, że wyboru formy partnerstwa publiczno- prywatnego podmiot publiczny dokonuje po przeprowadzeniu analiz (przed rozpoczęciem procedury wyboru partnera prywatnego) i po dokonaniu oceny, że partnerstwo takie jest w danym przypadku możliwe. Głównymi przesłankami tej decyzji mają być konsekwentnie korzyści dla interesu publicznego.

Kolejne kroki, opisane w ust. 2, polegałyby na tym, że podmiot publiczny występuje o zgodę ministra właściwego do spraw finansów publicznych, jeżeli zgoda taka jest wymagana, a następnie (po podjęciu decyzji o wyborze formy partnerstwa publiczno- prywatnego) przystępuje do opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która będzie niezbędna w procedurze wyłaniania partnera prywatnego, zgodnie z prawem zamówień publicznych. Proponowane przepisy ust. 2 powinny

zapewnić nie tylko przejrzystość postępowania, ale także jasność w kwestii kolejności poszczególnych czynności wykonywanych w ramach przygotowania partnerstwa publiczno-prywatnego.

Jako uzupełnienie tych przepisów proponuje się w ust. 3 zamieścić regulacje dotyczące sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierające pewne wytyczne wynikające z innych regulacji ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (które powodują, że partnerstwo publiczno-prywatne różni się od innych zamówień publicznych). Regulacje te powinny ułatwiać podmiotom publicznym pogodzenie wymogów dotyczących tego partnerstwa z procedurami dotyczącymi zamówień publicznych. Należy jednak zaznaczyć, że omawiany przepis ust. 3 nie stanowi, co ma zostać ujęte w specyfikacji, ale wskazuje, na czym należy się opierać przygotowując specyfikację. Do zakresu specyfikacji odnosi się natomiast kolejny przepis ust. 4 wskazujący konkretne przepisy prawa zamówień publicznych, które należy stosować.

Zatem, aby lepiej pogodzić wynikające ze specyfiki partnerstwa podstawy, na których należy się opierać przy sporządzaniu specyfikacji (opisane w ust. 3), z zasadami sporządzania specyfikacji, o których mowa w prawie zamówień publicznych, wskazano dodatkowo w ust. 4, które spośród dotyczących specyfikacji przepisów tego prawa stosuje się do sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla potrzeb partnerstwa publiczno-prywatnego (a tym samym, których się nie stosuje). W ten sposób wyeliminowano stosowanie tych przepisów prawa zamówień publicznych, które do omawianego partnerstwa nie pasują.

Art. 14.

W art. 14, który jest pierwszym przepisem rozdziału dotyczącego wyłaniania partnera prywatnego, proponuje się w ust. 1 umieścić – jak w ustawie obecnie obowiązującej – regulacje dotyczące stosowania prawa zamówień publicznych do wyłaniania tego partnera. Proponuje się jednak całkowicie zmodyfikować podejście do zakresu stosowania przepisów prawa zamówień publicznych do wyłaniania partnera prywatnego – przez wskazanie, które

przepisy się odpowiednio stosuje, a które ewentualnie stosuje się w ograniczonym zakresie. Dlatego w ust. 1, zamiast stwierdzenia, że stosuje się prawo zamówień publicznych (z wyjątkiem nielicznych przepisów), w tym także te przepisy, których ze specyfiką partnerstwa nie da się pogodzić, wymienia się te przepisy, które rzeczywiście mogą być stosowane (bez popadania w sprzeczność z przepisami ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym lub generowania nadmiernych problemów interpretacyjnych). Generalnie, oprócz części przepisów o charakterze ogólnym i proceduralnym przewidziano stosowanie dwóch trybów udzielania zamówienia publicznego – negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego. Przewidziano też stosowanie jednego spośród środków ochrony prawnej, jakie przewiduje prawo zamówień publicznych – protestu.

Należy zaznaczyć, że – jak wspomniano wcześniej – w świetle zasad obowiązujących w Unii Europejskiej nie ma obowiązku stosowania do partnerstwa publiczno-prywatnego przepisów prawa zamówień publicznych. Należy jedynie zadbać o zapewnienie przejrzystości (i jawności) stosowanych procedur, w tym procedur stosowanych do wyboru partnera prywatnego, a także o zachowanie prawidłowych zasad konkurencji.

Ponieważ zapewnia to każdy z trybów udzielania zamówienia ujętych w prawie zamówień publicznych, to dochowanie tych wymogów nie jest zależne od liczby trybów, jakie mogą być stosowane do wyboru partnera prywatnego, ale od rzetelności zastosowania wybranego trybu w praktyce. Dlatego wybierając jako odpowiednie dla partnerstwa publiczno-prywatnego dwa ww. tryby, wybrano te, które najbardziej odpowiadają specyfice partnerstwa. Pominięto więc tryby, które w oczywisty sposób do partnerstwa nie pasują, takie jak przetarg nieograniczony, zamówienie z wolnej ręki, zapytania o cenę, licytację elektroniczną i konkurs, i skoncentrowano się na pozostałych. Przyjęto, że należy zastosować takie tryby, w których cena nie może być jedynym kryterium wyboru oferty, w tym takie, które umożliwią przeprowadzenie postępowania, w przypadku gdy cena usług w chwili rozpoczynania postępowania nie jest znana. Bardzo istotną, być może najistotniejszą kwestią jest w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego

możliwość negocjowania (dialogowania) warunków umowy. Zważywszy na złożoność niektórych przedsięwzięć i stopień skomplikowania umów, które takich złożonych przedsięwzięć dotyczą, negocjacje te mogą dotyczyć wielu spraw jednocześnie.

Duży stopień złożoności przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego powoduje, że otwarte procedury przetargowe nie odpowiadają naturze tych przedsięwzięć.

Za zastosowaniem procedur negocjacyjnych przemawiają między innymi następujące okoliczności, charakterystyczne dla różnych przedsięwzięć realizowanych w formie partnerstwa publiczno-prywatnego:

- brak możliwości określenia ceny przed rozpoczęciem procedur zamówień publicznych do wyboru partnera prywatnego, ze względu na charakter robót budowlanych lub usług, albo ryzyko z nimi związane,
- specyfikacja zamówienia publicznego nie może być określona z wystarczającą precyzją, która umożliwiłaby udzielenie zamówienia w drodze otwartej czy ograniczonej procedury przetargowej,
- stosowanie zasady finansowania przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego przez partnera prywatnego,
- przejmowanie określonych rodzajów ryzyka, np. ryzyka budowy, dostępności i popytu przez partnera prywatnego (co eliminuje powstanie długu publicznego).

Także doświadczenia światowe wskazują, że za zastosowaniem procedur negocjacyjnych przy realizacji przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego przemawia zabezpieczenie jak najwyższego poziomu korzyści wynikających z zaangażowania w partnerstwo publiczno-prywatne (value for money), optymalizacja rozdziału ryzyka, wdrożenie innowacyjnych rozwiązań oraz redukcja kosztów postępowania przetargowego, w tym kosztów składania ofert. Zdaniem Komisji Europejskiej podmioty publiczne wykorzystujące procedury negocjacyjne powinny zapewnić taki zakres negocjacji, jaki jest niezbędny dla interesu publicznego, uznając je

jednocześnie jako najlepsze dla wykorzystania w partnerstwie publiczno-prywatnym.

Biorąc pod uwagę opisane kryteria wyboru trybów odpowiednich dla partnerstwa publiczno-prywatnego, zrezygnowano ze stosowania trybu przetargu ograniczonego ze względu na to, że nie zapewnia on pożądanej możliwości negocjowania warunków umowy, jak i dlatego, że pomimo, iż wybór oferty może się w tym trybie opierać na różnych kryteriach, to nie jest wykluczone zastosowanie wyłącznie kryterium ceny. Pozostały zatem dwa tryby odpowiednie do wyboru partnera prywatnego – negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny.

Za względu na to, iż wydaje się, że wzór ogłoszenia określony przez Prezesa Rady Ministrów w rozporządzeniu wydawanym na podstawie art. 11 ust. 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie może być wykorzystywane w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego, w art. 14 ust. 2 umieszczono delegację do wydania przez Prezesa Rady Ministrów rozporządzenia zawierającego wzór ogłoszenia dla postępowań mających na celu wybór partnera prywatnego, jakie mają być zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zatem, podstawą do określenia wzoru ogłoszenia stosowanego dla partnerstwa publiczno-prywatnego byłaby delegacja zawarta w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, ale ogłoszenia te zamieszczane byłyby w Biuletynie Zamówień Publicznych. Z tą tylko różnicą, że w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego umieszczano by w tym Biuletynie wszystkie ogłoszenia, niezależnie od tego, jak duża byłaby kwota zamówienia, czy też wartość przedsięwzięcia – także ogłoszenia dotyczące przedsięwzięć, których rozmiary finansowe przekraczają kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przyjęcie takiego rozwiązania wynika z faktu, że prawo wspólnotowe nie przewiduje odrębnych formularzy do publikacji ogłoszeń z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Art. 15.

Art. 15 ustawy obowiązującej zawiera kryteria wyboru najlepszej oferty. Postanowienia na ten temat proponuje się obecnie umieścić w ust. 2 tego artykułu. W ust. 1 proponuje się umieścić regulację ogólną, że wybór partnera prywatnego dokonywany jest na podstawie najkorzystniejszej oferty.

Mimo że proponowana treść ust. 1 może wydawać się zbędna jako powtarzająca rozwiązania zawarte w prawie zamówień publicznych, jednak ze względu na potrzebę uzyskania jasności w sprawie, czy oferty oceniane będą wyłącznie na podstawie kryteriów określonych w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych (a nie np. również w oparciu o korzyści dla interesu publicznego, które nie zostały wymienione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albo w oparciu o wpływ na poziom państwowego długu publicznego, lub inne kryteria stosowane do oceny racjonalności wyboru partnerstwa publiczno-prywatnego) wprowadzenie tej regulacji do ustawy wydaje się zasadne.

Katalog kryteriów oceny najkorzystniejszej oferty proponuje się poszerzyć wprowadzając do niego całkowitą kwotę wydatków na realizację przedsięwzięcia oraz elementy charakterystyczne dla partnerstwa publiczno-prywatnego, takie jak podział nakładów, jakość, ilość i standardy usług lub zadań (jakie mają być świadczone przez partnera publicznego) oraz określone korzyści dla interesu publicznego. Rezygnuje się natomiast ze sformułowań zawartych dotychczas w ust. 1 pkt 2 art. 15 ustawy z 2005 r., bo zawierają określenia niestosowane w innych przepisach ustawy, takie jak „inne świadczenia podmiotu publicznego”, a pomijają kwestie związane z wynagrodzeniem partnera prywatnego (istotne dla wyboru najkorzystniejszej oferty).

Art. 16

W art. 16 wprowadza się zasadę, że jednostki samorządu terytorialnego, dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty powinny brać pod uwagę ograniczenia określone w art. 169 i 170 ustawy o finansach publicznych

(dotyczące możliwości zadłużania się). Spowoduje to często konieczność uwzględniania tych ograniczeń w specyfikacji. I sprowadza się też do tego, że przekroczenie przez oferenta warunków określonych w specyfikacji spowoduje konieczność odrzucenia oferty.

Art. 17

W art. 17 proponuje się pozostawić bez zmian przepisy obecnego art. 17 ust. 1 ustawy, umożliwiające w przypadku przedsięwzięć szczególnie skomplikowanych lub wymagających zastosowania innowacyjnych rozwiązań, pokrycie przez podmiot publiczny wszystkim oferentom na równych warunkach, części kosztów przygotowania oferty – pod warunkiem, że informacja o tym zostanie podana w specyfikacji wyboru partnera prywatnego.

Zadaniem tych przepisów jest zwiększenie szans na zastosowanie partnerstwa i doprowadzenie do większej konkurencji partnerów prywatnych w sytuacji, gdy już samo uczestnictwo w konkursie lub przetargu wymaga poniesienia znacznych wydatków na przygotowanie odpowiedniej dokumentacji.

Przepis ust. 2 proponuje się natomiast zmodyfikować w ten sposób, aby informacja o warunkach pokrycia części tych kosztów była umieszczana w ogłoszeniu o zamówieniu, a nie dopiero w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby potencjalni oferenci mogli się z nią zapoznać zanim zdecydują się na podjęcie czynności zmierzających do złożenia oferty.

Art. 18.

Art. 18 obowiązującej ustawy zawiera katalog spraw, jakie powinny zostać ujęte w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Katalog ten proponuje się poszerzyć tak, aby znalazły się w nim wszystkie kwestie, jakie są charakterystyczne dla partnerstwa publiczno-prywatnego w świetle przepisów ustawy. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że skoro ustawa wprowadza nowy typ umowy – umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym

– to cechy odróżniające ten typ umowy od innych powinny zostać w ustawie dostatecznie jasno określone. Z tego samego względu proponuje się uzupełnić art. 18 o kolejne ustępy, także zawierające regulacje dotyczące omawianej umowy.

Proponuje się wobec tego, aby w katalogu spraw, jakie muszą zostać uwzględnione w umowie, znalazły się także: zobowiązania partnera prywatnego i podmiotu publicznego do ponoszenia nakładów na realizację przedsięwzięcia (w tym zasady i terminy ich ponoszenia); informacja o wysokości i terminach ponoszenia nakładów przez osoby trzecie (jeżeli partner prywatny zapewnia poniesienie części nakładów przez osoby trzecie), a także informacja o konsekwencjach ponoszenia nakładów przez osoby trzecie; przeznaczenie nakładów; zasady wyboru podwykonawców i innych osób, które świadczyć będą na rzecz partnera prywatnego (lub spółki kapitałowej związanej w celu realizacji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym) usługi, dostawy lub roboty budowlane związane z realizacją umowy; wykaz zgód, zezwoleń, licencji, koncesji lub innych decyzji administracyjnych, jakie poszczególne strony umowy są obowiązane uzyskać lub dostarczyć w celu realizacji umowy wraz z podaniem terminów, w jakich powinno to nastąpić; określenie formy przekazania składników majątkowych (jeżeli mają one być przekazane); określenie składników majątkowych, które po zakończeniu wykonywania umowy partner prywatny (lub spółka) jest obowiązany przekazać podmiotowi publicznemu albo innym, wskazanym przez podmiot publiczny osobom oraz zasady określania cen usług (jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest w całości lub w części przychód lub dochód ze świadczenia tych usług). W umowie będą się mogły znaleźć także inne postanowienia.

Formułując nowy katalog spraw, jakie powinny zostać uwzględnione w umowie dokonano ponadto – w porównaniu z brzmieniem art. 18 ustawy obecnie obowiązującej – pewnych zmian redakcyjnych i terminologicznych mających na celu ujednolicenie terminów stosowanych w całej ustawie.

Kolejne ustępy regulują inne ważne kwestie dotyczące umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym – to, że ma być ona w formie pisemnej, a także to, że jest ona zawierana na czas określony.

Wprowadza się też regulacje na temat zmian umowy i rozwiązania umowy, których obecnie brak, co w przypadku długiego okresu trwania umowy wydaje się szczególnie potrzebne, aby z jednej strony nie dochodziło do dowolnych zmian umowy, a z drugiej nie pojawiały się nadmierne opory przed zmianą umowy wówczas, gdy jej kontynuowanie na skutek zmiany okoliczności zewnętrznych przestaje mieć sens. Jest to potrzebne także po to, aby ograniczyć dowolność interpretacji w sprawie dopuszczalności różnych zmian umowy i ich skutków (także w sprawie, czy i jakie skutki powoduje niepowiadomienie o zmianie umowy ministra właściwego do spraw gospodarki).

W ust. 6 określono, kiedy zmniejszenia nakładów (których obowiązek poniesienia przez strony został określony w umowie) nie uważa się za nienależyte wykonanie umowy – wtedy gdy wynika to z okoliczności, na które strony nie mają wpływu, albo jest uzasadnione spadkiem kosztów lub cen na rynku, pozwalającym wykonać przedsięwzięcie taniej bez uszczerbku dla jego zakresu i jakości.

W ust. 7 uregulowana została kwestia wygasania umowy z powodu nieuzyskania przez partnera prywatnego zgód, zezwoleń, licencji, koncesji lub innych decyzji administracyjnych niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia. Ma to na celu umożliwienie podmiotowi publicznemu rozpoczęcia nowego postępowania o wyłonienie partnera prywatnego bez zbędnej straty czasu. Jednocześnie skłania do realnego przewidywania w umowie terminów uzyskiwania ww. zgód etc.

Należy zauważyć, że nie chodzi tu o wszystkie zgody, zezwolenia, licencje, jakie mają zostać uzyskane, ale o najważniejsze – te, które są niezbędne do realizacji przedsięwzięcia i – jako takie – zostaną wskazane w umowie.

W ust. 8 proponuje się uregulować kwestię odpowiedzialności podmiotów występujących wspólnie jako jedna strona umowy o partnerstwie publiczno-

prywatnym. Skoro bowiem dopuszcza się, aby partner publiczny lub podmiot prywatny był „wieloosobowy”, to należy przesądzić kwestię odpowiedzialności wszystkich uczestników, na wypadek gdy nie zostanie ona uregulowana w umowie. Proponowane zapisy sugerują by strony określiły tę odpowiedzialność w umowie, a dopiero w przypadku, gdy to nie zostanie określone przewidują, że ich odpowiedzialność będzie solidarna. Można dodać, że przepisy ustawy z 2005 r., poprzez wprowadzenie zasady stosowania prawa zamówień publicznych do wyłaniania partnera prywatnego i do umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, powodują, że odpowiedzialność zbiorowych partnerów prywatnych jest zawsze solidarna.

Art. 19

W art. 19 ustawy obowiązującej obecnie są zawarte przepisy dotyczące zawiązywania spółki kapitałowej w celu realizacji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Mimo różnych problemów praktycznych, jakie mogą wystąpić podczas tworzenia i funkcjonowania takiej spółki, proponuje się, aby nie ograniczać możliwości stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego i zachować możliwość zawiązania omawianej spółki kapitałowej. Z tego względu, w art. 19 proponuje się pozostawić bez zmian regulacje zawarte obecnie w art. 19 ustawy obowiązującej.

Art. 20.

Art. 20 ust. 1 ustawy nakłada na podmiot publiczny obowiązki w zakresie przekazywania określonych tam informacji dotyczących zawartych umów o partnerstwie publiczno-prywatnym ministrowi właściwemu do spraw gospodarki. W porównaniu z treścią art. 20 ustawy obecnie obowiązującej, proponuje się w ust. 1 dokonać pewnych zmian redakcyjnych, mających, przede wszystkim na celu ujednoczenie terminologii stosowanej w całej ustawie. Poza tym, proponuje się informację, o której mowa w pkt 3 dotyczącą podziału rodzajów ryzyka, związanych z realizacją przedsięwzięcia, zastąpić informacją o zobowiązaniach wynikających z umowy, jakie mają wpływ na poziom państwowego długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych. Z tego względu, że przekazywane ministrowi

właściwemu do spraw gospodarki informacje, które obecnie w zasadzie nie służą jakiemuś określonemu celowi, służyć powinny sprawowaniu kontroli nad poziomem państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych.

Aby tak było proponuje się także dodać kolejne przepisy, zawarte w nowej treści przepisów art. 21 ustawy.

W art. 20 ust. 2 pozostawia się przepisy dotyczące informowania ministra właściwego do spraw gospodarki o zmianach w umowach, a w ust. 3 delegację do wydania przez ministra rozporządzenia określającego szczegółowy zakres, formy i sposób sporządzania informacji, jakie mają mu być przekazywane (o których mowa w ust. 1 i 2). Nie przewiduje się jednak, aby rozporządzenie to miało być wydane w uzgodnieniu z Prezesem Głównego Urzędu Statystycznego, gdyż ze względu na zakres przekazywanych informacji wydaje się to zbędne.

Art. 21.

Art. 21 ustawy obecnie obowiązującej, wymienia dwa przypadki, w których umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest nieważna. Nie proponuje się zachowania zawartych tam regulacji w jakiegokolwiek formie ze względu na nieadekwatność sankcji w postaci nieważności umowy do podanych przyczyn tej nieważności (takich jak niezamieszczenie ogłoszenia oraz niedokonanie analiz). Niedopuszczalne też wydaje się, aby partner prywatny wyłoniony w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego postępowania, który w dobrej wierze podpisał kończącą to postępowanie umowę, doznawał skutków w postaci nieważności umowy z tego powodu, że podmiot publiczny wcześniej zaniedbał np. obowiązku umieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Informacji Publicznej. Ponadto nowa ustawa nie przewiduje takiego obowiązku jako elementu procedury niezbędnego, aby partnerstwo publiczno-prywatne mogło zaistnieć. Ponadto, sankcja za niewykonanie analiz wydaje się obecnie zbędna, gdyż z innych przepisów ustawy wynika, że nie można ich nie wykonać, bowiem są potrzebne do wykonania

kolejnych kroków prowadzących do sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i do wyboru partnera prywatnego.

Niezależnie od tego, w innym miejscu ustawy proponuje się umieścić inne postanowienia na temat, kiedy umowa jest lub może być nieważna.

W miejsce dotychczasowych regulacji, w art. 21 proponuje się zamieścić przepisy stanowiące kontynuację przepisów art. 20. Przepis ust. 1 przewidujący przekazywanie przez ministra właściwego do spraw gospodarki ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych kwartalnych, zbiorczych informacji o wysokości zobowiązań wynikających z umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, jakie mają wpływ na poziom państwowego długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych. Aby te obowiązki ministra właściwego do spraw gospodarki mogły być właściwie wykonywane, w ust. 2 proponuje się umieścić regulację umożliwiającą temu ministrowi żądanie dostarczenia dodatkowych informacji potrzebnych aby precyzyjnie ustalić zobowiązania mające wpływ na poziom państwowego długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych.

Oprócz tego, w ust. 3, proponuje się zamieścić przepis przewidujący przekazywanie ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych, wraz z informacjami, o których była mowa wcześniej, także informacji o poszczególnych umowach wymagających finansowania z budżetu państwa, jakie są przesyłane ministrowi właściwemu do spraw gospodarki w związku ze zmianą tych umów.

Art. 22.

W art. 22 ustawy proponuje się pozostawić bez zmian przepis obecnego art. 22 ustawy przewidujący, że w zakresie nieuregulowanym w niniejszym rozdziale, do umów o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (co sytuuje umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym wśród umów cywilno-prawnych).

Należy zaznaczyć, że w art. 14 ust. 1 przewidziano też stosowanie do zawierania takich umów, wymienionych tam przepisów prawa zamówień publicznych. Jednakże, jak wynika ze wskazanych tam przepisów, chodzi

głównie o przepisy o charakterze proceduralnym i o przepisy dotyczące dopuszczalności wprowadzania zmian w umowie, nie o przepisy określające charakter i treść umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Charakter i treść umów o partnerstwie publiczno-prywatnym mają być kształtowane przez przepisy ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym i przepisy Kodeksu cywilnego. Poza tym, odpowiednie przepisy prawa zamówień publicznych stosuje się – zgodnie z art. 14 ust. 1 – tylko do czynności zawierania umów, a nie do ustalania ich treści.

Art. 23.

Art. 23 ustawy obecnie obowiązującej dotyczy wyłaniania podmiotów świadczących na rzecz partnera prywatnego lub spółki, o której mowa w art. 19 ust. 1, usługi, dostawy lub roboty budowlane. Jednakże reguluje jedynie kwestię stosowania podczas wyboru takich podmiotów przepisu art. 121 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Ratio legis takiego rozwiązania jest zupełnie niezrozumiałe w sytuacji, gdy nie została rozstrzygnięta kwestia, czy w ogóle do wyłaniania takich podmiotów mają być stosowane przepisy prawa zamówień publicznych. Wszak zamawiającym jest w tym przypadku podmiot prywatny, a zamówienie wcale nie musi być finansowane ze środków publicznych.

Proponuje się zatem określenie w ust. 1 art. 23 ustawy, że zasady wyłaniania podmiotów świadczących usługi na rzecz partnera prywatnego powinny zostać przez tego partnera i podmiot publiczny uzgodnione przed zawarciem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym i (jak to wynika z wymogów dotyczących treści umów) umieszczone w umowie. Pozwoli to stosować tryb zamówień publicznych w przypadkach gdy jest to konieczne albo uzasadnione, ale nie stosować tego trybu, gdy jest to zbędne. W zdaniu drugim ust. 1 proponuje się umieszczenie regulacji, że zasady te podaje się do wiadomości publicznej w Biuletynie Informacji Publicznej. Powinno to zapewnić jawność i większą przejrzystość wyłaniania podwykonawców, także umożliwić ewentualnym podwykonawcom ubieganie się o zlecenie udzielane przez partnera prywatnego nawet wtedy, gdy

udzielenie takiego zlecenia nie wymaga stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W ust. 2 proponuje się umieścić przepis umożliwiający podmiotowi publicznemu uzgodnienie zasad, jakie mają obowiązywać w sprawie wyłaniania podwykonawców i podmiotów realizujących usługi lub dostawy na rzecz partnera prywatnego (lub spółki kapitałowej zakładanej w celu realizacji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym) w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli więc podmiot publiczny uzna stosowanie określonych zasad za szczególnie pożądane, będzie mógł w ten sposób wymusić stosowanie tych zasad na partnerze prywatnym.

Art. 24.

Jako kontynuację rozwiązań przyjętych w art. 19 ustawy, proponuje się pozostawienie w art. 24 przepisów, które są zawarte w art. 24 ustawy obowiązującej. Dotyczą one spółki, o której mowa w art. 19. Jednakże w treści przepisów ust. 2 i 3 proponuje się dokonać modyfikacji uwzględniających charakter pierwokupu odpowiednio do postanowień art. 597 ust. 1 i art. 598 ust. 2 Kodeksu cywilnego. Zmiany polegają na wprowadzeniu zamiast zwrotu „od dnia zawiadomienia przez partnera prywatnego o zamiarze zbycia akcji albo udziałów” zwrotu „od dnia zawiadomienia przez partnera prywatnego o treści zawartej przez niego z osobą trzecią umowy zbycia akcji albo udziałów”, a także na skróceniu terminów wykonywania prawa pierwokupu.

Art. 25.

W art. 25 proponuje się pozostawienie regulacji zawartych w obecnie obowiązującym art. 25, gdyż zawierają one potrzebne zasady przekazywania składników majątkowych po zakończeniu realizacji umowy. Dodatkowo proponuje się dokonać zmian treści ust. 1 – odpowiednio do zmian wprowadzonych w art. 18 ust. 1 pkt 17. W zaproponowanej postaci przepis ten koncentruje się na tym, jaki ma być stan składników w chwili przekazywania, a nie na samym obowiązku przekazywania poszczególnych składników po zakończeniu realizacji umowy. Obowiązki w tym zakresie ma

precyzować umowa o partnerstwie publiczno- prywatnym, odpowiednio do zapisów art. 18 ust. 1 pkt 17. Przewidziano tam określenie, które składniki majątkowe mają zostać (i komu) przekazane po zakończeniu wykonywania umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym.

Regulacje te mają spowodować, że po zakończeniu umowy podmiot publiczny będzie przejmować tylko te składniki majątkowe, których przejęcie przez niego ma dla niego znaczenie (służy dalszemu wykonywaniu zadania publicznego, jest opłacalne, nie dotyczy środków, które zużyją się podczas trwania umowy itp.). Ponadto podmiot publiczny będzie mógł wykonać zadanie publiczne taniej, bez konieczności zapłaty za składniki majątkowe, jakie może wnieść i wycofać po zakończeniu umowy partner prywatny, a które wówczas mogą już być zbędne do wykonywania zadania publicznego stanowiącego przedmiot dotychczasowej umowy.

Należy jednak zwrócić uwagę, że decyzja o tym, czy określone składniki majątkowe mają być po zakończeniu realizacji umowy przekazane podmiotowi publicznemu zapada przed zawarciem umowy. Decyduje o tym podmiot publiczny odpowiednio kształtując specyfikację istotnych warunków zamówienia (i warunki umowy przedstawiane potencjalnym partnerom prywatnym, którzy mogą ubiegać się o zawarcie umowy). Zatem, to podmiot publiczny ocenia, co jest dla niego korzystne i narzuca swój wybór partnerowi prywatnemu. Ze względu na przepisy art. 18 ust. 4, dotyczące zmian umowy, po jej zawarciu nie może on jednak zmienić zdania i dokonać zmian w umowie powodujących np., że składniki majątkowe, które miały mu być po zakończeniu realizacji umowy przekazane, mają jednak przypaść partnerowi prywatnemu. Dokonanie takiej zmiany wymagałoby bowiem zawarcia nowej umowy, czyli przeprowadzenia nowego postępowania mającego wyłonić partnera prywatnego.

Art. 26.

Art. 26 ustawy aktualnie obowiązującej dotyczy rozwiązywania sporów związanych z partnerstwem publiczno- prywatnym. Proponuje się z jednej strony zachować te regulacje w art. 26 ustawy, z drugiej, dokonać zmiany

treści art. 26 ustawy, głównie z tego względu, że dotyczy on tylko rozstrzygnięcia sporów przed sądem polubownym. Zmiana ma na celu umożliwienie rozwiązywania sporów związanych z partnerstwem publiczno-prywatnym w oparciu o prawo polskie i poddanie ich jurysdykcji sądów polskich, nie tylko sądów polubownych. Takie rozwiązanie wydaje się właściwe nie tylko z tego powodu, że chodzi o współpracę i umowy zawierane w oparciu o polską ustawę, ale także dlatego, że nie ma regulacji na temat partnerstwa publiczno-prywatnego obowiązujących we wszystkich krajach Unii Europejskiej.

Art. 27.

Art. 27 obecnej ustawy zawiera przepisy, które mają być stosowane w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających realizację przedsięwzięcia przez dotychczasowego partnera prywatnego. Choć proponuje się pozostawienie w ustawie w art. 27 przepisów odnoszących się do podobnej sytuacji, to jednak powinny one dotyczyć każdej sytuacji, w której dotychczasowy partner prywatny nie może wykonywać umowy, a nie tylko pewnych sytuacji uzależnionych od wystąpienia określonych okoliczności. Dlatego w treści aktualnych przepisów art. 27 ust. 1-3 proponuje się dokonać pewnych zmian związanych też z proponowanymi zmianami innych przepisów ustawy (np. zmian odwołań do innych przepisów) i mających zapewnić stosowanie jednolitej terminologii. Oprócz tego, w ust. 2 proponuje się zrezygnować z przepisów, na podstawie których Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ma zdecydować, czy wydać zgodę na przedłużenie podanego tam terminu. Proponuje się, aby decydował o tym sam podmiot publiczny na podstawie określonych w tym przepisie przesłanek. Proponuje się też zamieścić rozstrzygnięcie, że przedłużenie terminu nie stanowi zmiany dotychczasowej umowy, gdyż kwestia ta obecnie może budzić wątpliwości.

Ponadto, w art. 27 proponuje się dodać przepisy ust. 5 i 6 umożliwiające wstąpienie w prawa i obowiązki dotychczasowego partnera prywatnego przez bank, instytucję kredytującą lub instytucję finansową, która finansowała większość lub całość realizacji przedsięwzięcia przez

dotychczasowego partnera prywatnego, wówczas, gdy nie jest on w stanie nadal realizować przedsięwzięcia. Taka możliwość może okazać się bardzo przydatna w praktyce, gdyż umożliwia przejęcie wykonywania przedsięwzięcia przez tego, kto je faktycznie finansuje bez konieczności dokonywania uzgodnień i zawierania umów albo dokonywania rozliczeń między nowym partnerem prywatnym a podmiotem finansującym. Zmiana partnera prywatnego może więc nastąpić bez wstrzymywania realizacji przedsięwzięcia.

Choć należy zdawać sobie sprawę, że banki (i niektóre inne podmioty finansujące) nie są przystosowane do pełnienia roli partnera prywatnego w rozumieniu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, to jednak ze względu na potrzebę zapewnienia jak najlepszej kontynuacji wykonywania przedsięwzięć w sytuacjach kryzysowych dopuszcza się takie rozwiązanie jako chwilowe – tj. zakłada się, że po jakimś czasie podmiot finansujący słabo przygotowany do roli partnera prywatnego zostanie zastąpiony przez inny, bardziej właściwy. Ponadto zakłada się, że w niektórych przypadkach sam podmiot finansujący (ze względu na swoje interesy) będzie zainteresowany wstąpieniem w prawa i obowiązki dotychczasowego partnera prywatnego. W przypadku, gdyby podmiot finansujący sprzeciwiał się przejęciu roli partnera prywatnego (które miałyby ewentualnie nastąpić z wniosku dotychczasowego partnera prywatnego), protest ten zostanie przez podmiot publiczny uwzględniony.

Dodać należy, że proponowane przepisy art. 27 ust. 5 i 6 stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów art. 4 ust. 3 przewidujących, że partnerem prywatnym nie może być np. bank państwowy, który na podstawie art. 27 ust. 5 i 6 może w wyjątkowych (wskazanych w art. 27 ust. 5) okolicznościach wstąpić w prawa i obowiązki partnera prywatnego. (Jak zaznaczono wcześniej, z założenia tylko na pewien czas.)

Art. 28-37.

Art. 28-37 zawierają niezbędne zmiany innych ustaw wynikające z rezygnacji ze stosowania w ustawie terminu „wkład własny” oraz z faktu

zastępowania starej ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym nową ustawą.

Wyjątkiem jest zmiana 2 proponowana w art. 28, z której wynika, że dodatkowo umożliwia się pobieranie przez partnera prywatnego opłat za przeprawy promowe na drogach publicznych, które dotychczas nie mogły stanowić wynagrodzenia partnera prywatnego. Dotychczas partner prywatny mógł pobierać (jako wynagrodzenie lub część wynagrodzenia) tylko opłaty za przejazdy przez obiekty mostowe i tunele zlokalizowane w ciągach dróg publicznych (wymienione w art. 13 ust. 2 pkt 1 ustawy o drogach publicznych). Uniemożliwienie ustalenia wynagrodzenia partnera prywatnego w formie opłat za przeprawy promowe na drogach publicznych (wymienionych w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o drogach publicznych) wydaje się w tym kontekście nie mieć żadnego uzasadnienia.

Art. 38.

Art. 38 zawiera zmianę ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. Nr 227, poz. 1658), w której w art. 28 dodaje się ust. 4 umożliwiający realizację (i dofinansowanie) w ramach programów operacyjnych takich projektów, które są realizowane w formie partnerstwa publiczno- prywatnego. Zmiana ta jest komplementarna z treścią innych przepisów, wprowadzanych do ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym (zawartych w definicji nakładów i przewidujących, że współfinansowanie z budżetu państwa realizacji przedsięwzięcia w ramach programu operacyjnego wymaga zgody instytucji zarządzającej, a nie wymaga zgody Ministra Finansów). Wszystkie te propozycje zmierzają do wykorzystania w szerszym zakresie współfinansowania przedsięwzięć realizowanych w formie partnerstwa publiczno- prywatnego środkami z funduszy Unii Europejskiej oraz innymi środkami zagranicznymi.

Art. 39.

Art. 39 reguluje kwestię stosowania przepisów dotychczasowych do spraw wszczętych, które nie zostały zakończone przed wejściem w życie nowej

ustawy. Bowiern należy założyć, że choć dotychczas nie została zawarta żadna umowa o partnerstwie publiczno-rywatnym, to do czasu wejścia w życie nowej ustawy mogą być podejmowane różne czynności zmierzające do zawierania takich umów.

Przyjęto, że do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy będzie się stosować przepisy ustawy.

Art. 40.

Art. 40 określa okres stosowania dotychczasowych przepisów wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 3 ustawy z 2005 r. przez 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy.

Okres zawarty w tej niezbędnej regulacji wydaje się dostatecznie długi w sytuacji, gdy przepisy wykonawcze, które utracą moc po 6 miesiącach od dnia wejścia w życie nowej ustawy, dotyczą głównie czynności dokonywanych na etapie przygotowania partnerstwa.

Art. 41.

Zgodnie z założeniami przedstawionymi w uwagach ogólnych, art. 41 stanowi, że traci moc ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-rywatnym (zastępowana przez nową ustawę).

Art. 42.

Art. 42 przewiduje wejście w życie ustawy po upływie 3 miesięcy od dnia jej ogłoszenia. W tym przypadku, mimo że dopuszczalne jest, aby ustawa wchodziła w życie już po upływie 14 dni od dnia jej ogłoszenia, to jednak ze względu na szeroki zakres zmian przepisów proponuje się wydłużyć ten okres do 3 miesięcy, aby zainteresowani mogli lepiej zapoznać się z nowymi przepisami.

Projekt ustawy nie podlega notyfikacji zgodnie z trybem przewidzianym w przepisach dotyczących sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych. Projekt ustawy jest zgodny z prawem Unii Europejskiej.

OCENA SKUTKÓW REGULACJI

1. Podmioty, na które oddziałuje projektowana regulacja:

Uregulowania projektowanej nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) oddziałują na podmioty sektora publicznego, w szczególności na jednostki samorządu terytorialnego, oraz na podmioty sektora prywatnego, podejmujące współpracę z sektorem publicznym w zakresie realizacji przedsięwzięć ze sfery zadań publicznych.

2. Wyniki przeprowadzonych konsultacji:

Projekt ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym był przedmiotem uzgodnień międzydepartamentalnych w Ministerstwie Gospodarki. Przeprowadzono także konsultacje międzyresortowe oraz społeczne. W ramach konsultacji społecznych projekt ustawy został wysłany do Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego, Związku Banków Polskich oraz organizacji reprezentujących przedsiębiorców, tj. Konfederacji Pracodawców Polskich, Związku Rzemiosła Polskiego, PKPP „Lewiatan” oraz BCC. Do projektu ustawy uwagi zgłosiły również miasta organizatorzy EURO 2012. Szczegółowe propozycje zgłoszone w ramach konsultacji społecznych znalazły odzwierciedlenie w projekcie ustawy.

Między innymi:

- rozszerzono zakres stosowania ustawy na inwestycje budowlane,
- zmieniono definicję partnerstwa publiczno-prywatnego,
- zmieniono definicję partnera prywatnego,
- uproszczono procedury przygotowania partnerstwa m.in. przez rezygnację z wymogu wykonywania części uciążliwych analiz,
- wprowadzono przepis umożliwiający zastosowanie uproszczonych analiz dla mniejszych projektów (dla robót budowlanych 5 278 000 euro, a dla dostaw i usług 211 000 euro).

W dniu 11 lipca 2007 r. na posiedzeniu plenarnym Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego, strona samorządowa podziękowała za uwzględnienie wszystkich uwag przez nią zgłoszonych.

W sporządzaniu przedkładanego projektu ustawy brane były pod uwagę wnioski zgłaszane w ramach konsultacji międzyresortowych i społecznych.

Projekt ustawy został udostępniony w Biuletynie Informacji Publicznej z chwilą przekazania projektu do uzgodnień międzyresortowych. Projekt przekazany do rozpatrzenia na posiedzeniu Komitetu Rady Ministrów również został umieszczony w BIP. Nikt nie zgłosił uwag do projektu ustawy.

1. Wpływ regulacji na:

a) sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i jednostek samorządu terytorialnego

Projekt nowej ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym nie rodzi bezpośrednich skutków finansowych dla budżetu państwa ani budżetów jednostek samorządów terytorialnych.

W wyniku prowadzonych konsultacji z Urzędem Zamówień Publicznych (UZP) ustalono, że ogłoszenia dotyczące postępowań z zakresu partnerstwa publiczno-privatnego będą zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 14). Wprowadzenie obowiązku zamieszczania tych ogłoszeń w Biuletynie spowoduje konieczność stworzenia odpowiednich środków technicznych w tym zakresie. Nałożone w ten sposób nowe zadania na UZP pociągną za sobą dodatkowe koszty finansowe. Źródłem pokrycia tych kosztów będzie budżet UZP. Szacuje się, że kwota dodatkowych środków finansowych nie powinna przekroczyć 80 tys. zł.

Wprowadzanie przejrzystych wymagań stawianych podmiotom zamierzającym realizować przedsięwzięcia w ramach PPP oraz jasno zdefiniowanych pojęć, którymi posługuje się ustawa, przyczyni się do zwiększenia zainteresowania oraz zachęcenia podmiotów sektora publicznego i prywatnego do angażowania się w przedsięwzięcia typu

PPP. Generalną korzyścią sektora publicznego jest przejęcie części wydatków na finansowanie zadań publicznych przez sektor prywatny, a tym samym obniżenie kosztów realizowania inwestycji oraz świadczenia usług publicznych.

Stosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego może przyczynić się do uzyskania oszczędności w wyniku obniżki kosztów inwestycji i obniżki kosztów świadczenia usług użyteczności publicznej. Doświadczenia brytyjskie wskazują, że korzyści z tytułu partnerstwa publiczno-prywatnego wynoszą przeciętnie kilkanaście procent. W latach 1998-2004 w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego realizowano około 11% wszystkich inwestycji sektora publicznego.

Przyjmując założenie, że udział Polski w wartości realizowanych przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego w Unii Europejskiej będzie proporcjonalny do liczby ludności, to na podstawie danych można szacować, że roczna wartość transakcji w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego będzie wynosić w naszym kraju 4-5 mld zł, a oszczędności z tego tytułu dla finansów publicznych mogą osiągnąć wartość około 400 mln zł. Efekty te możemy osiągnąć w przeciągu kilku lat.

Jednocześnie należy zauważyć, że rozwój PPP będzie wpływać na zwiększenie absorpcji środków pomocowych z Unii Europejskiej, ponieważ w perspektywie finansowej 2007-2013, dopuszczono traktowanie środków partnera prywatnego, zaangażowanych w przedsięwzięcie PPP, jako wkładu własnego podmiotu publicznego starającego się o dofinansowanie ze środków unijnych.

Uproszczenie procedury przygotowania przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego stwarza możliwość zróżnicowanego podejścia podmiotów publicznych do kryteriów wyboru partnera prywatnego w zależności od jego rodzaju. Może mieć to wpływ na efektywność podejmowanych przedsięwzięć.

b) rynek pracy

Projekt nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym przez umożliwienie stosowania PPP jako sposobu wykonywania zadań publicznych przyczyni się do zwiększenia ilości realizowanych inwestycji publiczno-prywatnych, co będzie miało pozytywny wpływ na rynek pracy.

c) konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw

Projekt nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym nie zawiera przepisów mających bezpośredni wpływ na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, jednakże przez stworzenie bardziej przejrzystych i precyzyjnych ram prawnych dla stosowania instrumentu PPP, pozwoli na pełne osiągnięcie w tym zakresie celów zakładanych przy tworzeniu obecnie obowiązującej ustawy o PPP (pozytywny wpływ na rozwój dziedzin gospodarki komunalnej takich jak transport, komunikacja, ochrona środowiska, energetyka, opieka zdrowotna itp.; wpływ na wzrost konkurencyjności Rzeczypospolitej Polskiej przez szybszy rozwój inwestycji infrastrukturalnych; pozytywny wpływ na sektor przedsiębiorczości prywatnej przez szerszy dostęp do rynku inwestycji i usług publicznych).

c) sytuację i rozwój regionalny

Nowa ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym będzie miała pozytywny wpływ na sytuację i rozwój regionalny, głównie przez przyspieszenie i zwiększenie ilości inwestycji infrastrukturalnych, co z kolei podniesie konkurencyjność poszczególnych regionów Rzeczypospolitej Polskiej, również w ramach Unii Europejskiej.

e) strukturę państwa i społeczeństwo

Przepisy projektu ustawy nie mają bezpośredniego wpływu na strukturę państwa i społeczeństwo.