

UNIwersytet w Białymstoku
Wydział Prawa

Krystian Jaszczyk

**Prawnofinansowe aspekty realizacji zadań
publicznych w partnerstwie publiczno-
prywatnym**

Rozprawa doktorska
napisana pod kierunkiem
prof. dr hab. Eugeniusza Ruśkowskiego
oraz promotora pomocniczego
dr hab. Urszuli K. Zawadzkiej-Pąk

BIAŁYSTOK 2021

Spis treści

Wykaz skrótów.....	4
Wprowadzenie	6
Rozdział 1. Ogólne zagadnienia dotyczące partnerstwa publiczno- prywatnego	13
1.1. Uwagi wstępne	13
1.2. Pojęcie partnerstwa publiczno- prywatnego	13
1.2.1. Definicja partnerstwa publiczno- prywatnego w ujęciu doktryny	13
1.2.2. Definicja partnerstwa publiczno- prywatnego w ujęciu ustawowym	17
1.3. Podmiot i przedmiot partnerstwa publiczno- prywatnego	28
1.3.1. Podmiot publiczny partnerstwa publiczno- prywatnego.....	28
1.3.2. Partner prywatny partnerstwa publiczno- prywatnego	40
1.3.3. Zakres przedmiotowy partnerstwa publiczno- prywatnego	45
1.4. Rodzaje ryzyka i ich podział w partnerstwie publiczno- prywatnym	51
1.5. Wnioski częściowe.....	58
Rozdział 2. Geneza i rozwój instytucji partnerstwa publiczno- prywatnego w Polsce i w świecie oraz w prawie Unii Europejskiej.....	61
2.1. Uwagi wstępne.....	61
2.2. Geneza i rozwój partnerstwa publiczno- prywatnego w świecie	61
2.3. Geneza i rozwój instytucji partnerstwa publiczno- prywatnego w Polsce.....	72
2.4. Rynek partnerstwa publiczno- prywatnego w Polsce	78
2.5. Wnioski częściowe.....	88
Rozdział 3. Partnerstwo publiczno- prywatne w wybranych krajach	91
3.1. Uwagi wstępne.....	91
3.2. Rozwój partnerstwa publiczno- prywatnego w wybranych krajach	91
3.2.1. Rozwój partnerstwa publiczno- prywatnego w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej.....	91
3.2.2. Rozwój partnerstwa publiczno- prywatnego w Republice Federalnej Niemiec	96
3.2.3. Rozwój partnerstwa publiczno- prywatnego w Kanadzie.....	102
3.3. Rozwiązania partnerstwa publiczno- prywatnego w wybranych krajach	112
3.3.1. Rozwiązania brytyjskie	112
3.3.2. Rozwiązania niemieckie	127
3.3.3. Rozwiązania kanadyjskie	129
3.4. Rynek partnerstwa publiczno- prywatnego w wybranych krajach	134
3.4.1. Rynek Private Finance Initiative w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej.....	134
3.4.2. Rynek Öffentlich-Private Partnerschaft w Republice Federalnej Niemiec	137
3.4.3. Rynek the Canadian Council for Public-Private Partnerships w Kanadzie	140
3.5. Wnioski częściowe.....	141
Rozdział 4. Funkcjonowanie partnerstwa publiczno- prywatnego w Polsce.....	145
4.1. Uwagi wstępne.....	145
4.2. Partnerstwo publiczno- prywatne w polskiej praktyce	146
4.3. Wpływ partnerstwa publiczno- prywatnego na finanse publiczne	148
4.3.1. Wpływ partnerstwa publiczno- prywatnego na finanse publiczne na szczeblu rządowym	148
4.3.2. Wpływ partnerstwa publiczno- prywatnego na finanse publiczne na szczeblu samorządowym	166
4.4. Bariery i problemy w stosowaniu partnerstwa publiczno- prywatnego w polskim systemie prawnym.....	181
4.5. Wybór partnera prywatnego w partnerstwie publiczno- prywatnym	188
4.6. Wpływ epidemii Covid-19 na instytucję partnerstwa publiczno- prywatnego w Polsce	210
4.7. Wnioski częściowe.....	225
Wnioski końcowe.....	231

Bibliografia	241
Wykaz źródeł prawa.....	250
Wykaz innych źródeł.....	254
Wykaz orzecznictwa	258

Wykaz skrótów

EUROSTAT	– Europejski Urząd Statystyczny
GUS	– Główny Urząd Statystyczny
jst.	– Jednostka Samorządu Terytorialnego
kc.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145.)
Konstytucja RP	– Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
MF	– Minister Finansów
NBP	– Narodowy Bank Polski
NIK	– Najwyższa Izba Kontroli
PKB	– Produkt Krajowy Brutto
PFI	– Private Finance Initiative
ppp.	– Partnerstwo Publiczno-Prywatne
pr.bud.	– ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 1333 z późn. zm.)
upzp.	– ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 288 z późn. zm.)
RIO	– Regionalna Izba Obrachunkowa
SFP	– sektor finansów publicznych
SIWZ	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
SPV	– special purpose vehicle
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE C 326 z 2012 r.)
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (Traktat z Maastricht) z dnia 7 lutego 1992 r. (Dz. Urz. UE C 191 z 29.7.1992)
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569)
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

UE	– Unia Europejska
ufp.	– ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 284 z późn. zm.)
ugk.	– ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2019 r. poz. 712.)
ugn.	– ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2019 r., poz. 712 z późn. zm.)
ukrbu. z 2009	– ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r. poz. 113.)
uukrbu.	– ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1528, z późn. zm.)
uokk.	– ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 z późn. zm.)
uppp. z 2005	– ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno- prywatnym (Dz. U. 2005 nr 169 poz. 1420)
uppp.	– ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno- prywatnym (Dz. U. z 2020 r., poz. 711)
usg.	– ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2020 r., poz. 713 z późn. zm.)
usp.	– ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2020 r., poz. 920)
usw.	– ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2020 r., poz. 1668)
pzp.	prawo zamówień publicznych
VfM	– <i>value for money</i>
WPF	– Wieloletnia Prognoza Finansowa
WPPF	– Wieloletni Plan Finansowy Państwa

Wprowadzenie

Rozwój gospodarki rynkowej w Polsce, której kluczowym jej elementem jest m.in. postęp infrastrukturalny oraz odpowiadający oczekiwaniom społecznym i dobra jakość świadczonych usług publicznych, wpłynął na formy prawne realizacji zadań publicznych. Początkowo to podmioty sektora publicznego dostarczały dobra i usługi, działając na zasadach ogólnych lub użyteczności publicznej. Jednakże proces transformacji społeczno-gospodarczej spowodował potrzebę zmiany sposobu realizacji tych zadań publicznych i dokonania ich adaptacji do nowych warunków rynkowych. Temu też służyło wykorzystanie formuły partnerstwa publiczno-prywatnego (powołanego dalej jako „ppp.”) do świadczenia usług, które były realizowane przez sektor prywatny w imieniu podmiotów publicznych. Wspomniane powyżej ppp. jest złożonym pojęciem z zakresu dostarczenia dóbr przez państwo, które także definiuje tę formę współpracy międzysektorowej. Pozwala ona na pozyskanie partnera zewnętrznego spoza sektora publicznego. Omawiana współpraca międzysektorowa zmierza m.in. do obniżenia kosztów realizacji zadań publicznych, podział ryzyka z nim związanego. Formuła ppp. pozwala na wykorzystanie kapitału oraz zasobów, którymi podmioty publiczne nie dysponują, w tym wiedzą ekspercką partnerów prywatnych. Analizując powyższą instytucję można zauważyć podobieństwo do funkcjonującego w sektorze prywatnym mechanizmu w postaci tzw. instrumentu wykorzystania zasobów zewnętrznych z ang. *Outsourcing*¹.

W polskiej doktrynie instytucja ppp. jest oceniana pozytywnie w kwestii dotyczącej realizacji zadań publicznych². Przedmiotowa instytucja prawna może być kluczowym instrumentem rozwoju infrastruktury publicznej oraz odegrać w Polsce znaczącą rolę w zaspokojeniu potrzeb społecznych³. Wspomniane partnerstwo wychodzi naprzeciw problemom w zakresie ograniczeń budżetowych podmiotów publicznych, a także aktywizuje kapitał finansowy i technologiczny partnerów prywatnych, wykorzystywany do realizacji przedsięwzięć społecznych. Instytucja ppp. pomaga realizować zadania z zakresu użyteczności publicznej z wykorzystaniem zasobów partnera prywatnego. Prawidłowe jej przygotowanie i zaimplementowanie, może przysporzyć korzyści partnerom prywatnym i podmiotom publicznym, a także społeczności lokalnej korzystającej

¹ Outsourcing pojęcie to powstało z połączenia słów z ang. *outside-resource-using*. Dotyczy wydzielenia ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa niektórych realizowanych przez nie samodzielnie funkcji i przekazanie ich do wykonania innym podmiotom (M. Trocki, *Outsourcing*, Warszawa 2001, s. 13). Outsourcing pozwala na koncentrację procesów zarządczych na zasadniczych celach i kluczowych kompetencjach organizacji a także na zwiększenie elastyczności struktury przedsiębiorstwa, tzn. szybkości, skuteczności i efektywności jego reakcji na zmiany otoczenia rynkowego (E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece zdrowotnej*. Warszawa 2018, s. 74.).

² S. Fundowicz, *Dynamiczne rozumienie zadania publicznego*, w: J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego*. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Janowi Bociowi, Wrocław 2009., I. Herbst, A. Jadach-Sepiolo, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Raport z analizy danych zastanych*, Warszawa 2012., M. Kania, *Partnerstwo publiczno-prywatne, Komentarza do ustawy po nowelizacji z 5 lipca 2018r.*, Warszawa 2018.

³ M. Kania, *Partnerstwo publiczno-prywatne, Komentarza do ustawy po nowelizacji z 5 lipca 2018r.*, Warszawa 2018, s. 7.

z przedsięwzięcia. Niestety ta instytucja w Polsce nie cieszy się dużym zainteresowaniem zarówno od strony podmiotów publicznych, jak i partnerów prywatnych. Taki stan rzeczy utrzymuje się mimo starań podmiotu publicznego zmierzających do rozwoju tej formy współpracy. Sytuacja taka rodzi wątpliwości w zakresie rozwoju i barier towarzyszących tej formie realizacji zadań publicznych, w tym barier prawnych.

Powyższa kwestia budzi zainteresowanie zwłaszcza w aspekcie niskiego poziomu wykorzystywania przedmiotowej instytucji, tym bardziej że partnerstwo na świecie jest wykorzystywane do projektów infrastrukturalnych. Na podstawie tej formy współpracy międzysektorowej, zawarto około 780 umów o wartości ponad 189 mld euro. Przeciętna wartość umowy wynosi około 250 mln euro, natomiast największy projekt opiewa na sumę ponad 1 mld euro, co w połączeniu z różnymi interesami poszczególnych podmiotów, może motywować podmioty prywatne do dokonywania nadużyć, a tym samym stanowi powód zainteresowania się daną tematyką⁴.

Należy nadmienić, iż obecnie obowiązująca ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym⁵ nakłada obowiązek na podmioty publiczne dokonania oceny efektywności⁶ realizacji przedsięwzięcia. Natomiast na podstawie przeprowadzonej kontroli Najwyższej Izby Kontroli (powołanej dalej jako „NIK”) wynika, że kontrolowane podmioty publiczne sporadycznie brały pod uwagę ppp. jako formę realizacji zadań publicznych. Głównym powodem wyboru omawianej współpracy międzysektorowej był brak innych źródeł finansowania planowanych przedsięwzięć, a nie potencjalne korzyści płynące z partnerstwa⁷. Ponadto przepisy uppp. nie wskazują, aby realizowane były tylko te inwestycje, które mogą przysporzyć większe korzyści dla interesu publicznego, niż wynikałoby z ich wykonania w modelu tradycyjnym⁸. Jednakże, podmioty publiczne nie zostały zwolnione z konieczności badania wskaźnika korzyści, który wynika z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁹. Zgodnie z tym przepisem

⁴ K. Sobiech, Partnerstwo publiczno-prywatne w rozwoju infrastruktury; analiza wybranych przedsięwzięć doświadczeń zachodnich w: Cz. Glinkowski, B. Wenerska (red.) Partnerstwo publiczno-prywatne, Kalisz 2007, Zeszyt Naukowy nr 11, s. 99-117.

⁵ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r., poz. 711), dalej powoływana jako „uppp.”.

⁶ Efektywność (z ang. *efficiency*) jest definiowany jako osiągnięcie założonych celów przy minimalnych kosztach lub maksymalizacja stopnia osiągnięcia celu przy założonych kosztach. Z kolei skuteczność (z ang. *effectiveness*) rozumiana jest jako stopień, w jakim zostały osiągnięte cele zadania (programu, strategii). Innymi słowy, efektywność to stosunek usług do ich kosztu, a skuteczność to jakość usług publicznych. T. Lubińska (red.), Nowe Zarządzanie Publiczne – skuteczność i efektywność. Budżet zadaniowy w Polsce, Warszawa 2009, s. 56; S. Grzesiak, Metody ilościowe w badaniu efektywności ekonomicznej przedsiębiorstw, „Rozprawy i studia” 1997, nr 226, s. 13-94. Należy zauważyć, iż efektywność nie jest pojęciem bliskoznacznym do definicji skuteczność.

⁷ Informacja o wynikach kontroli realizacja przedsięwzięć w formie partnerstwa publiczno-prywatnego przez jednostki samorządu terytorialnego, Warszawa 2020 r., s. 14, strona internetowa: <https://www.nik.gov.pl> (dostęp z dnia 20 grudnia 2020 r.).

⁸ Tradycyjnymi modelami realizacji zadań publicznych są zamówienia publiczne.

⁹ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 284 z późn. zm.), dalej powołana jako „ufp.”.

wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Reguła z ang. *value for money*¹⁰ zawarta w ufp. wskazuje na tę formę realizacji zadań publicznych, gwarantującą uzyskanie najlepszych efektów z danych nakładów. Przepisy ufp. nie definiują, które efekty są najlepsze. W związku z tym podmioty publiczne mają swobodę w ustalaniu kryterium efektywności w zależności od charakteru danego projektu¹¹.

Ponadto, polski ustawodawca nie wskazał wprost organu publicznego odpowiedzialnego za prawidłowe stosowanie i wykładnię przepisów uppp. Zgodnie z art. 16a uppp. organem właściwym w sprawach ppp. w zakresie uregulowanym przepisami uppp. jest minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego. Do jego zadań należy m.in. upowszechnianie i promowanie dobrych praktyk ppp., dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania tej instytucji, w tym również stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego. Natomiast rozstrzygnięcie zagadnień prawnych w poszczególnych przypadkach będzie należało, w sytuacji wyboru partnera prywatnego w trybie przepisów ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi¹² oraz w trybie ustawy prawo zamówień publicznych¹³ - Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. W pozostałym zakresie, w przedmiocie ogólnych i systemowych wyjaśnień, jak również indywidualnych decyzji z zakresu upzp., właściwy jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Motywacją do podjęcia w niniejszej rozprawie doktorskiej badań nad aspektami prawnofinansowymi funkcjonowania ppp. stała się potrzeba zbadania i zidentyfikowania rozwiązań systemowych i prawnych w zakresie współpracy międzysektorowej stosowanych w krajach, w których ta instytucja jest szeroko wykorzystywana, a następnie przeanalizowanie możliwości implementacji do polskiego systemu prawnego dobrych praktyk zagranicznych. Działania te skutkowałyby zwiększeniem atrakcyjności stosowania tego rodzaju współpracy międzysektorowej w Polsce. Zwiększenie popularności omawianej instytucji może mieć kluczowe znaczenie dla finansów publicznych na szczeblu rządowym i samorządowym, w szczególności z punktu widzenia ograniczenia deficytu i długu publicznego. W konsekwencji, odpowiednie regulacje i zmiany systemowe w ppp. mogą wpłynąć na ograniczenie lub na racjonalizację wydatków środków publicznych przy maksymalnie wysokim wskaźniku efektywności

¹⁰ Polega na osiągnięciu największej korzyści z zaangażowanych środków.

¹¹ R. Cieślak, B. Korbus, *Partnerstwo publiczno-prywatne: od pomysłu do wyboru partnera prywatnego*, Warszawa 2014, s. 22.

¹² Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1528 z późn. zm.), powołana dalej jako „uukrbu.”

¹³ Ustawa z dnia 24 stycznia 2009 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), powołanej dalej jako „upzp.”

wykonywania (realizacji) zadań publicznych znajdujących się po stronie partnera publicznego szczególnie w sytuacji, gdy wpływy do budżetu państwa i jednostek samorządu terytorialnego (powołane dalej jako „jst.”) maleją, a potrzeby społeczeństwa wciąż rosną.

Mając powyższe na uwadze, celem rozprawy doktorskiej jest zbadanie przyczyn ograniczonego wykorzystywania w Polsce instytucji ppp. w wykonywaniu przedsięwzięć będących zadaniami publicznymi. Realizacja tak określonego celu zmierza do odpowiedzi na ogólny problem badawczy, sformułowany w formie następującego pytania badawczego: Czy obowiązujący w Polsce system prawny realizacji zadań publicznych w ramach ppp. jest skonstruowany w sposób prawidłowy?

Udzielając odpowiedzi na wskazany powyżej problem badawczy, konieczne jest uprzednie rozstrzygnięcie następujących szczegółowych problemów badawczych:

- 1) Jaka jest podstawa prawna stosowania ppp. w realizacji zadań publicznych
- 2) Jakie kryteria powinny stosować podmioty publiczne przy wyborze partnera prywatnego do realizacji projektów w ramach partnerstwa?
- 3) Czy zasadne jest ograniczenie ppp. wyłącznie do przedsięwzięć o charakterze inwestycyjno-usługowym, czy może ono dotyczyć także innych sfer?
- 4) Czy przepisy na gruncie prawa krajowego różnią się od prawa unijnego regulującego stosowanie ppp. oraz w jakim zakresie przepisy UE narzucają ustawodawcy krajowemu standardy trudne do wprowadzenia w polskim systemie prawnym?
- 5) Czy podmioty wykorzystujące ppp. w innych państwach sygnalizowały problem w funkcjonowaniu przedmiotowej instytucji? W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej, czego dotyczyły te problemy oraz jakie mechanizmy prawne zastosowano do ich rozwiązania? Czy rozwiązania zagraniczne różnią się od naszych rozwiązań krajowych?
- 6) Czy przyczyną ograniczonego wykorzystywania ppp. jest błędna interpretacja obecnie obowiązujących przepisów, czy normy prawne regulujące przedmiotową instytucję są skonstruowane prawidłowo oraz czy obecne uwarunkowania prawne wymagają ich doprecyzowania?
- 7) Jak rozwiązania przyjęte w uppp. wpływały na finanse jst.?

Do odpowiedzi na tak postawione problemy badawcze za zasadne uznano:

- 1) określenie podstawy prawnej stosowania instytucji ppp. oraz wskazanie jego podmiotów z uwzględnieniem ich interesów;
- 2) określenie sposobu wyboru partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia ppp.;
- 3) przedstawienie genezy i rozwoju ppp. w Polsce i na świecie;

- 4) dokonanie oceny funkcjonowania instrumentów i rozwiązań stosowanych w ppp. w wybranych krajach;
- 5) przedstawienie wpływu ppp. na finanse publiczne na szczeblu rządowym i samorządowym, w szczególności na wydatkowanie środków publicznych;
- 6) przedstawienie rozwiązań prawnych stosowania przedmiotowej instytucji.

Mając powyższe na uwadze, przyjęto hipotezę badawczą, zgodnie z którą obecnie obowiązujący system realizacji zadań publicznych w Polsce w zakresie ppp. jest skonstruowany w sposób wadliwy. Ta wadliwość przyczynia się do błędnego interpretowania obowiązujących przepisów przez partnerów prywatnych jak i przez podmioty publiczne. Ponadto zauważyć można brak odpowiednich ram instytucjonalnych i prawnych w omawianej formie współpracy międzysektorowej.

Cele rozprawy zrealizowano wykorzystując badania niereaktywne¹⁴, które polegają na ocenie dostępnych materiałów i informacji. Analizie poddano akty prawne, oficjalne dane statystyczne, raporty, a także orzeczenia m.in. sądów, Trybunału Konstytucyjnego.

W pracy wykorzystano przede wszystkim metodę dogmatyczno-prawną w zakresie analizy krajowych i unijnych aktów normatywnych regulujących prawno-finansowe aspekty realizacji zadań publicznych oraz zasady współpracy podmiotu publicznego i prywatnego w ramach ppp., którego przedmiotem jest realizacja przedsięwzięć opartych na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotami publicznymi i partnerami prywatnymi.

Rozprawa składa się z wprowadzenia, czterech rozdziałów, z których każdy zakończono wnioskami częściowymi, natomiast całość pracy zakończona jest wnioskami końcowymi. Konstrukcję rozprawy powiązano z obranym celem i hipotezą pracy. W konsekwencji, badana problematyka została ujęta w opisany poniżej sposób.

Rozdział I w całości poświęcono rozważaniom *stricte* teoretycznym na temat ogólnych zagadnień dotyczących ppp. Umożliwia to udzielenie odpowiedzi na pytania: Jaka jest podstawa prawna stosowania instytucji partnerstwa w realizacji zadań publicznych. Ponadto, została dokonana ocena tego, czy omawiana współpraca międzysektorowa musi ograniczać się wyłącznie do przedsięwzięć o charakterze inwestycyjno-usługowym, czy może dotyczyć także innych sfer? Powyższa ocena została przedstawiona na podstawie poglądów doktryny i orzecznictwa. Punktem wyjścia jest uporządkowanie kwestii terminologicznych. Dalsza część rozważań dotyczy zakresu stosowania ppp. oraz stron przedmiotowej instytucji, ze wskazaniem różnic ich interesów. W rozdziale tym wyjaśniono podstawę prawną stosowania omawianej instytucji oraz jego podmioty z wyjaśnieniem ich interesów jakimi się kierują. W tej części rozprawy przedstawiono elementy omawianej współpracy międzysektorowej takie jak: ryzyko i jego rodzaje, zadania, przedsięwzięcia

¹⁴ E. Babbie, *Badania społeczne w praktyce*, Warszawa 2006, s. 340-368.

oraz zasady stosowania omawianej instytucji.

Rozdział II rozprawy ukazuje genezę i rozwój instytucji ppp. zarówno w kraju jak i w świecie, w szczególności w UE, aby na tej podstawie przedstawić zagrożenia i korzyści towarzyszące realizacji projektów realizowanych w ramach partnerstwa. Nawiązanie do rozdziału I umożliwiło udzielenie odpowiedzi na następujące pytanie: Czy przepisy na gruncie prawa krajowego różnią się od prawa unijnego regulującego stosowanie instytucji ppp.? Na ile przepisy Unii Europejskiej ustalają standardy narzucające ustawodawcy krajowemu wzorce trudne do wprowadzenia w polskim systemie prawnym. Jakie jest uzasadnienie prawne i faktyczne propozycji zmian prawa krajowego? W tym celu dokonano oceny polskiej regulacji prawnej dotyczącej ppp., której zarzucić można niestabilność z uwagi na fakt, iż po wejściu w życie przepisów uppp. w 2009 r. była ona już kilkakrotnie nowelizowana, przy czym jedna z nowelizacji przywróciła (częściowo) stan prawny sprzed poprzedniej nowelizacji. Ponadto, w tej części rozprawy przybliżone zostaną dane statystyczne dotyczące rozwoju partnerstwa w Polsce w ujęciu podpisanych oraz zrealizowanych umów.

Rozdział III rozprawy przedstawia analizę prawnofinansową ppp. w wybranych krajach. Umożliwia on udzielenie odpowiedzi na następujące pytania: czy podmioty wykorzystujące tę instytucję w innych państwach sygnalizowały problem w funkcjonowaniu przedmiotowej instytucji? Jeżeli tak, czego dotyczyły te problemy i jakie mechanizmy prawne zastosowano do ich rozwiązania? Ponadto, w nawiązaniu do rozdziału I, rozważania zawarte w tym rozdziale pozwoliły na uzyskanie odpowiedzi na pytania: czy rozwiązania zagraniczne różnią się od rozwiązań krajowych. Jeżeli tak, to czym? Analizę tę rozpoczęto od przedstawienia genezy i rozwoju ppp. w wybranych krajach. Następnie ukazano problemy w stosowaniu omawianej instytucji. Na tej podstawie dokonano oceny funkcjonowania instrumentów i rozwiązań stosowanych w współpracy międzysektorowej w wybranych krajach.

Przedmiotem rozdziału IV rozprawy jest funkcjonowanie ppp. w Polsce. W tej części rozprawy przybliżono kwestie wyboru partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia ppp. Pozwoliło to odpowiedzieć na pytanie jakie kryteria powinny stosować podmioty publiczne przy wyborze partnera prywatnego na realizację projektów w ramach ppp. Ponadto, dokonano analizy problemów i barier zgłaszanych podczas realizacji przedsięwzięć w ramach omawianej instytucji. Pozwoliło to udzielić odpowiedzi na następujące pytania: czy przyczyna ograniczonego wykorzystywania ppp. leży w błędnej interpretacji obecnie obowiązujących przepisów, czy normy prawne regulujące przedmiotową instytucję są skonstruowane prawidłowo, czy obecne uwarunkowania prawne wymagają ich doprecyzowania. W dalszej części rozprawy dokonano analizy wpływu partnerstwa na finanse publiczne, co umożliwi udzielenie odpowiedzi na następujące szczegółowe pytania badawcze: jak rozwiązania przyjęte w uppp. wpływały

na finanse jst. Na tej podstawie zdefiniowano problemy prawne stosowania przedmiotowej instytucji. Ponadto, opisano wpływ partnerstwa na finanse publiczne na szczeblu rządowym i samorządowym, w szczególności na wydatkowanie środków publicznych. W rozdziale tym omówiono rozwiązania prawne, które zostały wprowadzone w ramach tzw. tarczy antykryzysowej.

W końcowej części rozprawy zaprezentowano najistotniejsze ustalenia poczynione w poszczególnych rozdziałach. Przeprowadzona analiza pozwoliła na potwierdzenie przyjętej w rozprawie hipotezy badawczej, zgodnie z którą obecnie obowiązujący system realizacji zadań publicznych w ujęciu ppp. jest skonstruowany w sposób wadliwy. Jedną z wad obowiązującej uppp. jest brak precyzyjnej terminologii oraz posługiwanie się przez ustawodawcę pojęciami, które nie są zdefiniowane w polskim systemie prawnym. Warunków stosowania omawianej instytucji w Polsce nie poprawia brak profesjonalnej kadry po stronie podmiotów publicznych oraz organów, które byłyby gotowe do właściwego przygotowania i przeprowadzenia ppp. Ważne jest dokonanie takich zmian w uppp., które pozwoliłyby na częściowe wprowadzenie rozwiązań zagranicznych do polskiego ppp. W pracach nad nowelizacją przepisów z zakresu zamówień publicznych i koncesji, należy rozważyć uelastycznienie tych regulacji, które będą miały znaczenia dla przyszłego funkcjonowania współpracy międzysektorowej w Polsce.

Rozprawa uwzględnia stan prawny na dzień 31 grudnia 2020 r.

Rozdział 1. Ogólne zagadnienia dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego

1.1. Uwagi wstępne

Za Rozważania nad problematyką prawnofinansowych aspektów realizacji zadań publicznych w ramach ppp. należy rozpocząć od uporządkowania terminologii wykorzystywanej do analizy powyższego zagadnienia i przyporządkowanie danych pojęć do terminów znajdujących w wielu aktach prawnych w polskim systemie prawnym. Jest to spowodowane tym, iż ustawodawca różnie definiował te same pojęcia w różnych aktach prawnych w zależności od gałęzi prawa, w której dane pojęcie miało zastosowanie. Celem uporządkowania terminologii funkcjonującej w ppp. dokonano analizy ich stosowania i znaczenia w aktach prawnych obowiązujących w Polsce na podstawie poglądów doktryny i orzecznictwa. Ponadto, w niniejszym rozdziale, będącym wstępem do dalszych rozważań, dokonano analizy istoty współpracy międzysektorowej. Pozwoliło to, nie tylko na poznanie charakteru tej instytucji prawnej oraz możliwości, jakie ona stwarza dla jednostek sektora finansów publicznych (dalej powołany jako „jsfp.”), ale także wszelkiego ryzyka i problemów z nią związanych. W tym rozdziale wskazano podstawy prawne stosowania ppp. oraz podmioty biorące w nim udział z uwzględnieniem interesów, którymi kierują się. Badania zawarte w niniejszym rozdziale pomogą wyprowadzić w dalszych częściach rozprawy, wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*, które są niezbędne, aby zaproponować skuteczne rozwiązania mające na celu zwiększenie wykorzystania ppp. w realizacji zadań publicznych.

1.2. Pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego

1.2.1. Definicja partnerstwa publiczno-prywatnego w ujęciu doktryny

Celem wyjaśnienia istoty ppp. zasadnym jest odwołanie się w pierwszej kolejności do poglądów doktryny w niniejszej materii. W ocenie M. Kleszy, M. Bitnera i A. Kozłowskiej¹⁵ partnerstwo to proces, składający się z całokształtu działań, rozpoczynających się od sporządzenia analizy, kończąc na zawarciu umowy, a następnie wspólne realizowanie przedsięwzięcia będącego przedmiotem wspomnianej umowy. Zdaniem wspomnianych autorów omawiana instytucja posiada złożony charakter ze względu na jej długoterminowy proces realizacji zadań publicznych. Zauważyć można, iż wyróżniają oni w ppp. trzy działania zmierzające do realizacji zadań publicznych. Pierwszym z nich jest przygotowanie, drugim są negocjacje oraz zawiązanie umowy, trzeci to moment realizacji projektu będącego przedmiotem umowy o partnerstwo¹⁶.

Zdefiniowanie pojęcia przedmiotowej instytucji podjęli się również B. Korbus

¹⁵ M. Klesza, M. Bitner, A. Kozłowska, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Warszawa 2006, s. 33.

¹⁶ M. Kania, Zamówienia publiczne, Partnerstwo publiczno-prywatne, Koncesje na roboty budowlane i usługi w prawie polskim, Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych, Warszawa 2014, s. 115.

i M. Starwiński¹⁷ rozumiejąc je jako instrument wywiązywania się z zadań publicznych przez podmioty publiczne realizowanych we współpracy z partnerem prywatnym. W ocenie M. Moszoro¹⁸ ppp. to porozumienie między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym, którego przedmiotem jest realizacja zadań publicznych. Z kolei J. Glumińska-Pawlic¹⁹ definiuje partnerstwo bardzo ogólnie, jako formułę współdziałania podmiotu publicznego i prywatnego. Mając na uwadze powyżej przedstawioną definicję ppp. w polskiej doktrynie, warto także zwrócić uwagę, jak przedmiotowa instytucja jest rozumiana za granicą. W angielskiej doktrynie prawnej definiuje się ją jako umowę długoterminową, zawiązaną między sektorem publicznym i partnerami prywatnymi, gdzie przedmiotem wspomnianej umowy jest stworzenie, wykonanie oraz sfinalizowanie infrastruktury publicznej przez sektor prywatny. Specyfiką tego rodzaju współpracy jest zagwarantowanie płatności pochodzących ze środków podmiotów korzystających z przedsięwzięcia na rzecz partnerów prywatnych²⁰. W brytyjskim systemie prawnym uważa się, iż ppp. to także metoda współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi i partnerami prywatnymi, którego celem jest realizacja zadań publicznych²¹. Wspomniana instytucja powoduje wzrost poziomu jakości oraz dostępność realizowanych przez partnerów prywatnych usług publicznych²². Brytyjską formą współpracy sektorów publicznych i prywatnych, będącą odpowiednikiem polskiej instytucji ppp. jest tzw. inicjatywa prywatnego finansowania (z ang. *private finance initiative*, powołane dalej jako „PFI”), które opiera się na kapitale prywatnym przy realizacji projektów infrastrukturalnych²³. W Wielkiej Brytanii PFI jest w głównej mierze wykorzystywane przy budowie i eksploatacji budynków użyteczności publicznej, edukacji oraz w służbie zdrowia²⁴.

W doktrynie prawa francuskiego poddano analizie konstrukcje umów mające na celu realizowanie inwestycji, usług oraz obiektów publicznych²⁵. We francuskiej nauce prawniczej przyjęto koncepcję ppp., jako współpracy między sektorem publicznym i prywatnym prowadzonej celem realizacji usług publicznych, mogących przybrać formę zinstytucjonalizowanego partnerstwa lub opartego na umowie²⁶. Na podstawie art. 1 w zw. art. 72 Konstytucji Republiki Francuskiej

¹⁷ B.P. Korpus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, Warszawa 2009, s. 23.

¹⁸ M. Moszoro, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, Szczecin 2005, s. 47.

¹⁹ J. Glumińska-Pawlic, *Idea partnerstwa publiczno-prywatnego, a polskie regulacje prawne*, w: M Kania (red.) *Partnerstwo publiczno-prywatne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s.13.

²⁰ E.R. Yescombe, *Public Private Partnership. Principle of Policy and Finance*, Oxford 2007, s. 3.

²¹ A. Boussbaine, *Cost planning of PFI and PPP building projects*, Oxford 2007, s. 3.

²² H. Robinson, w: H. Robinson, P. Carrillo, C.J. Anumba, M. Patel, *Governance & knowledge management for public-privet partnerships*, Oxford 2010, s. 2.

²³ W. Person, *Public-Private Partnerships – an Evolving Model for Successful infrastructure Delivery*. 2001 Annual Tax Conference, Halifax, September 2001, s. 16-19 za: K. Feldo, *VAT w partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2011, s. 159.

²⁴ Bazy dany Partnerships UK, strona internetowa: www.partnershipsuk.org.uk/database (dostęp z dnia 1 października 2017 r.).

²⁵ P.L. Frier, J. Petit, *Precis de droit administratif*, Paryż 2010, s. 348.

²⁶ M. Bitner, J. Pałka, *Francuski model partnerstwa publiczno-prywatnego – ewolucja regulacji PPP w Francji*, *Prawo Ubezpieczeń Gospodarczych* 2010, nr 1, s. 22.

z dnia 4 października 1958 r.²⁷ do realizacji usług publicznych zobowiązano administrację zdecentralizowaną, która składa się z gmin, departamentów i regionów. W związku z pracami legislacyjnymi we Francji powołano do życia instrumenty prawne wypełniające cechy współpracy między sektorowej, która nosiła dosłowną nazwę partnerstwa publiczno-prywatnego (z fr. *partenariat publics-privés*). We francuskim systemie prawnym wyróżniamy dwie sytuacje zastosowania partnerstwa. Pierwsza z nich to możliwość stosowania ppp. na podstawie przepisów szczególnych np.: przy wznoszeniu budynków do celów służby penitencjarnych, zwanych partnerstwem sektorowym. Natomiast w drugim przypadku, wykorzystuje się w umowach administracyjnych w tym także kontraktów o partnerstwo²⁸.

W niemieckiej doktrynie prawnej T. Gas²⁹ definiuje ppp. (z niem. *Offentlich-Private Partnerschaft*) jako pojęcie bardziej opisowo-analityczne niż dogmatyczne. Należy podkreślić, że partnerstwo ma na celu zagwarantowanie przez państwo realizacji zadań publicznych (z niem. *Gewahrleistungsstaat*)³⁰. W. Heinz i C. Scholz³¹ prezentują stanowisko, zgodnie z którym ppp. jest pojęciem ogólnym i ma na celu zapewnienie współpracy pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym³².

W doktrynie i w praktyce gospodarczej powstały m.in. następujące modele ppp.³³:

- 1) budowa, eksploatacja, przekazanie (z ang. *Build-Operate-Transfer*) - to model partnerstwa wykorzystywany zazwyczaj w inwestycjach dotyczących zaspokojenia potrzeb społecznych. Na podstawie tego modelu ppp. tworzone są inne rodzaje partnerstw. W niniejszym trybie zawierane są umowy, w oparciu których partnerzy prywatni finansują wykonane przez siebie przedsięwzięcia infrastrukturalne, a po ich zrealizowaniu przekazują je na własność podmiotom publicznym. Następnie podmioty te udostępniają infrastrukturę partnerowi prywatnemu na podstawie umowy cywilnoprawnej. Partner prywatny wykorzystuje ją aż do momentu uzyskania zwrotu poniesionych kosztów inwestycyjnych i osiągnięcia określonego zysku. Podmiot publiczny uzyskuje wpływy do budżetu przez cały okres funkcjonowania partnerstwa;

²⁷ Konstytucja Republiki Francuskiej z dnia 4 października 1958 r., (Journal Officiel de la République Française, nr 234 z dnia 5 października 1958 r.).

²⁸ P.L. Frier, J. Petitm, op. cit., s. 348.

²⁹ T. Gas, Die gesetzlich Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvrtrags, Die Verwaltung 2012, nr 1, s. 45.

³⁰ Ibidem, s. 62.

³¹ W. Heinz, C. Scholz, Public-private Partnership im Stadtebau: Erfahrung aus der kommunalen Praxis, Stuttgart 1996, s. 25.

³² M. Kania, Zamówienia publiczne, Partnerstwo publiczno-prywatne, Koncesje na roboty budowlane i usługi w prawie polskim, Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych, Warszawa 2014, s. 117.

³³ K. Płonka-Bielenin, T. Moll, Partnerstwo publiczno-prywatne, Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, Warszawa 2012, s. 16-18, A. Panasiuk, Partnerstwo publiczno-prywatne, Wrocław 2017, s. 271-280, M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz, Warszawa 2006, s. 14-19, M. Kania, Zamówienia publiczne, partnerstwo publiczno-prywatne, koncesja na roboty budowlane lub usługi w prawie polskim. Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych, Warszawa 2014, s. 122-125.

- 2) budowa, przekazanie, eksploatacja (z ang. *Build-Transfer-Operate*) – to model współpracy ppp. polegający na tym, iż partner prywatny finansuje i buduje obiekt. Po wykonaniu budowy przenosi własność na podmiot publiczny, natomiast przedsiębiorca dzierżawi od strony publicznej obiekt przez okres umożliwiający uzyskanie zwrotu wydatków poczynionych na dane przedsięwzięcie oraz osiągnięcie określonego zysku. Podmiot publiczny nadzoruje poziom świadczonej usługi przez partnera prywatnego, a w przypadku niewywiązania się przez niego z umowy, rozwiązuje ją;
- 3) budowa, posiadanie, eksploatacja (z ang. *Build-Own-Operate*) – to rodzaj partnerstwa, który charakteryzuje się tym pobieraniem przez partnera prywatnego opłat od użytkowników inwestycji zrealizowanej na podstawie aktywów będących we własności strony prywatnej partnerstwa przez cały okres trwania umowy. Ten model ppp. jest stosowany, gdy wartość rezydualna aktywów jest niska, a podmiot publiczny nie jest zainteresowany przeniesieniem na siebie własności. Również jest wykorzystywany, gdy aktywa przedsięwzięcia będzie poddawane częstym adaptacjom technologicznym lub innowacyjnym, a nie są one przydatne podmiotowi publicznemu po okresie współpracy międzysektorowej;
- 4) eksploatacja i utrzymanie (z ang. *Operate and Maintenance*) – w tym modelu ppp. partner prywatny, na podstawie zawartej umowy z podmiotem sektora publicznego, utrzymuje oraz zarządza określonym składnikiem infrastruktury publicznej. Ponadto strona prywatna finansuje koszty związane z eksploatacją obiektu, jednocześnie uzyskując wynagrodzenie z opłat pobieranych od użytkowników obiektu lub z budżetu podmiotu publicznego. Model ten pozwala na uzyskanie oszczędności oraz podniesienie jakości świadczonych usług;
- 5) projektowanie i budowa (z ang. *Design-Build*) – ten rodzaj partnerstwa polega na zobowiązaniu się partnera prywatnego do zaprojektowania i wybudowania obiektu, który służy do świadczenia usług użyteczności publicznej;
- 6) rozbudowa „wokół obiektu” (z ang. *Wrap Around Addition*) – ten model ppp. pozwala na ulepszenie lub rozbudowę istniejącego obiektu. Na podstawie zawartej umowy partnerstwa strona prywatna uprawniona jest do ulepszania obiektu i osiągania z niego zysków. Ten rodzaj partnerstwa powoduje przeniesienie na partnera prywatnego ryzyko finansowe;
- 7) okresowa prywatyzacja (z ang. *Temporary Privatization*) – ta forma partnerstwa pozwala na przeniesienie własności określonego obiektu na rzecz partnera prywatnego. W tym modelu ppp. partner prywatny modernizuje infrastrukturę, która następnie służy do zaspokajania potrzeb zbiorowych. W okresie funkcjonowania tego partnerstwa strona prywatna jest zobowiązana do pobierania opłat od użytkowników obiektu, a po tym okresie dana infrastruktura jest przekazywana podmiotowi publicznemu;

- 8) budowa posiadanie eksploatacja, przekazanie (z ang. *Build-Own-Operate-Transfer*) – ten rodzaj ppp. polega na uzyskaniu przez partnera prywatnego zgodnie z prawem pozwoleń na finansowanie i zrealizowanie oraz eksploatację danego przedsięwzięcia. Partner ten osiąga określony zysk w okresie obowiązywania partnerstwa, a następnie obiekt jest przekazywany na własność podmiotowi publicznemu. W modelu tym strona prywatna zazwyczaj ponosi ryzyko ekonomiczne związane z planowaniem i wykonaniem danego projektu;
- 9) dzierżawa i sprzedaż (z ang. *Lease-Purchase*) – w tym modelu ppp. partner prywatny projektuje, finansuje i realizuje inwestycje, a następnie udostępnia ją stronie publicznej. Tego rodzaju partnerstwo daje możliwość korzystania przez podmioty publiczne z infrastruktury, której nabycie przekracza ich możliwości finansowe. Partner prywatny ponosi ryzyko utrzymania danej infrastruktury;
- 10) projektowanie, budowa, finansowanie, eksploatacja (z ang. *Design-Build-Finance-Operate* – to rodzaj partnerstwa, w którym partner prywatny finansuje projektowanie i wzniesienie obiektu przeznaczonego do świadczenia usług publicznych. W modelu tym podmiot publiczny ponosi wydatki związane z eksploatacją na podstawie umowy o ppp., natomiast wynagrodzeniem strony prywatnej jest opłata uzyskiwana od użytkowników. Po upływie okresu funkcjonowania partnerstwa, własności wybudowanego obiektu przechodzi na podmiot publiczny.

Powyżej przedstawione modele stosowane w realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych nie stanowią katalogu zamkniętego. Oznacza to, że modele te mogą ulegać modyfikacjom lub istnieje możliwość stworzenia nowego modelu partnerstwa, w zależności od potrzeb i charakteru realizowanego projektu.

1.2.2. Definicja partnerstwa publiczno-prywatnego w ujęciu ustawowym

Współczesny system zarządzania publicznego charakteryzuje się powierzeniem przez administrację państwową i samorządową, funkcji o charakterze publicznym sektorowi prywatnemu. Następuje wycofanie się władzy m.in. z obszarów działalności gospodarczej, społecznej oraz publicznej, przy równoczesnym zachowaniu odpowiedzialności publicznoprawnej we wszystkich ważniejszych sektorach życia zbiorowego i gospodarczego³⁴. Następuje liberalizacja wielu gałęzi rynków opanowanych przez państwo, do których dostęp uzyskuje sektor prywatny. Demonopolizacja wykonywania zadań publicznych opiera się na założeniu, że skoro określona dziedzina działalności może być wykonywana w warunkach rynkowych, to nie ma powodu,

³⁴ I. Witczak, Zastosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego w ochronie zdrowia w Polsce i na świecie, „Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 266, s. 121.

aby była ona realizowana przez władze publiczne. Polega to na tym, że przestają być finansowane z budżetu publicznego określone zadania m.in. w zakresie dostarczenia infrastruktury publicznej i zapewnienia jej funkcjonowania³⁵.

Formuła ppp. to współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, której celu jest realizacja przedsięwzięć polegających m.in. na budowie, remoncie obiektu budowlanego lub na świadczenie usług realizowanych przez sektor publiczny. Polega ona na tym, że strony wykonują przekazane im zadań lepiej niż druga strona. Pozwala to stronom na wzajemne uzupełnianie się, poprzez zajmowaniem się tym elementem wspólnego zadania, którym realizują sprawniej³⁶. Natomiast odpowiednia alokacji ryzyka i zadań w ramach omawianej współpracy międzysektorowej umożliwia na efektywne tworzenie infrastruktury i dostarczanie usług publicznych, przy równoczesnym pozyskaniu własnych korzyści odpowiednio do swego zaangażowania³⁷.

Istotnym elementem partnerstwa jest współpraca pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym, ukształtowanym na podstawie umowy³⁸ i polega na wykonaniu przedsięwzięć zwyczajowo realizowanych przez podmioty publiczne, przy jednoczesnym określeniu zadań oraz odpowiednim podziale ryzyka. Tego rodzaju współpraca charakteryzuje się długoterminowością. W doktrynie wskazuje się, iż przyczyną zawiązania omawianej współpracy międzysektorowej jest możliwość zaangażowania zasobów i kapitału partnera prywatnego. Instytucja ppp. jest postrzegana jako instrument prawny pozwalający wykonać przedsięwzięcia przy braku zasobów, w tym środków finansowych po stronie podmiotu publicznego³⁹. Przedmiotowa formuła realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych ma zastosowanie, m.in. w Wielkiej Brytanii, Francji, Niemczech, Stanach Zjednoczonych i Kanadzie⁴⁰.

Omawiana instytucja jest uregulowana w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym⁴¹, która aktem prawnym o charakterze podstawowym. Definiuje ona współpracę międzysektorową, umowę o ppp., a także określa ogólne zasady wyłonienia partnera prywatnego. Do wyboru partnera prywatnego oraz do umów o partnerstwo należy stosować m.in. przepisy prawa zamówień publicznych⁴² i ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴³, a także innych ustaw

³⁵ Partnerstwo Publiczno-Prywatne (PPP), strona internetowa: <http://www.paih.gov.pl> (dostęp z dnia 5 stycznia 2020 r.).

³⁶ Ibidem.

³⁷ B. Korbus, M. Strawiński, Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych, Warszawa 2009, s. 58-59.

³⁸ Jest to umowa o ppp., o której mowa w art. 7 uppp. i ma ona charakter cywilnoprawny.

³⁹ A. Panasiuk, Partnerstwo publiczno-prywatne, Wrocław 2017, s. 12.

⁴⁰ A. Panasiuk, Partnerstwo..., s. 353-368.

⁴¹ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711 z późn. zm.), powoływana dalej jako „uppp”.

⁴² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 288 z późn. zm.), powoływana dalej jako „upzp”.

⁴³ Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1528 z późn. zm.), powoływana dalej jako „uukrbu”.

(szerzej na ten temat w dziale 4.5.). Ponadto przepisy uppp. określają kompetencje ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, który zgodnie z art. 16a niniejszej ustawy jest organem właściwym w sprawach ppp.

Początkowo w art. 1 ust. 2 uppp. ustawodawca zdefiniował instytucję partnerstwa wskazując, że „przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym”⁴⁴. Sformułowanie zawarte w powyższym przepisie „wspólna realizacja przedsięwzięcia” była określana nie jako instytucję partnerstwa, a przedmiot ppp. Dając do zrozumienia, że formuła ta jest pojęciem szerszym. Mogło to prowadzić do błędnego postrzegania, że przedmiotowa ustawa nie jest jedynym aktem prawnym regulującym partnerstwo. Mając to na uwadze ustawodawca znowelizował art. 1 ust. 2 uppp., umiejscawiając w niej definicję omawianej instytucji⁴⁵. Nowelizacja ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw⁴⁶ wyeliminowała pojęcie przedmiotu ppp. z omawianej ustawy. Obecnie art. 1 ust. 2 uppp. wskazuje, iż partnerstwo oznacza „wspólną realizację przedsięwzięcia opartego na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym”. Oznacza to, iż każde przedsięwzięcie realizowane wspólnie, które oparte jest na podziale ryzyka i zadań pomiędzy stroną publiczną i prywatną będzie partnerstwem⁴⁷.

Podjęmując rozważania o ppp. należy zwrócić uwagę, iż od wielu lat jest ono instytucją powszechnie wykorzystywaną na świecie. Zainteresowanie tego rodzaju współpracą międzysektorową, zyskało na znaczeniu w latach 90. ubiegłego wieku, m.in. w krajach: Wielka Brytania, Hiszpania, Francja, Irlandia oraz Włochy. Natomiast w Polsce współpraca w ramach ppp. nie cieszyła się dużym zainteresowaniem⁴⁸. Powodem takiej sytuacji była ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁴⁹. W tym samym okresie podejmowano działania zmierzające do realizacji tej współpracy na podstawie innych ustaw, przykładowo w oparciu o przepisy upzp., kodeksu cywilnego⁵⁰ i ustawy o gospodarce komunalnej⁵¹. Sytuacja w zakresie

⁴⁴ Ustawa z dnia 19 grudnia 2009 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. Nr 19, poz.100).

⁴⁵ M. Grabiec (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Warszawa 2019.

⁴⁶ Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1693), powołana dalej jako „nowelizacja uppp.”.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Do czasu uchwalenia ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym zaledwie nieliczne projekty zrealizowane w Polsce mogłyby być uznane za spełniające choćby ogólne założenia partnerstwa publiczno-prywatnego. Z pewnością przykładem tego rodzaju projektów jest współpraca w zakresie gospodarki wodno-kanalizacyjnej prowadzona w Gdańsku w ramach SAUR Neptun Gdańsk S.A. czy też Aqua S.A. w Bielsku Białej oraz budowa parkingu podziemnego w Poznaniu pod Placem Wolności. T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Praktyczny Komentarz. Warszawa 2011, s.19.

⁴⁹ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2005 r. nr 169, poz. 1420), powoływana dalej jako „uppp. z 2005”.

⁵⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740), powoływana dalej jako „kc.”.

⁵¹ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2019 r. poz. 712, z późn. zm.), powoływana dalej jako „ugk.”.

współpracy między sektorem publicznym a prywatnym uległa zmianie z chwilą uchwalenia uppp. w 2008 r. W stosunku do uppp. z 2005 r., nowo uchwalona ustawa była w znacznym stopniu odformalizowana, a tym samym spowodowała uelastycznienie procedury zawierania umów o partnerstwo, umożliwiając dalszy rozwój dla tego modelu współpracy⁵².

Porównując uppp. do przepisów, upzp. i ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁵³ można zauważyć, iż te ostatnie mają charakter proceduralny, które określają tryb wyboru wykonawcy zamówienia publicznego i koncesjonariusza⁵⁴. Natomiast uppp. odnosi się głównie do zagadnień o charakterze materialnoprawnym, które dają podstawę prawną do wykorzystania majątku publicznego w celu realizowania przedsięwzięć wraz z partnerami prywatnymi⁵⁵. Jest to istotne z punktu widzenia legalności rozporządzania mieniem podmiotu publicznego, gdyż w porównaniu do partnerów prywatnych, zarządzenie mieniem może być dokonane na podstawie i w granicach prawa. Ponadto ustawodawca precyzyjnie zdefiniował pojęcie ppp. w ujęciu podmiotowym i przedmiotowym oraz umożliwił nawiązanie współpracy z partnerem prywatnym w formie spółki⁵⁶.

Analizując przepisy uppp. można zauważyć, iż mają one charakter ramowy⁵⁷. Świadczyć to może o tym, iż celem ustawodawcy było sformułowanie ogólnych norm ppp, tym samym rezygnując ze szczegółowego uregulowania wszystkich kwestii, dając podmiotom publicznym prawo do swobodnego ich kształtowania. Ma to na celu efektywne zrealizowanie przedsięwzięcia partnerstwa⁵⁸.

Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 1 ust. 1 uppp. ustawa określa zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa. Oznacza to, że przepisy uppp. mają zastosowanie do współpracy podmiotu publicznego z prywatnym, po uprzednim spełnieniu przesłanek składających się na definicję partnerstwa wskazanych w art. 1 w zw. z art. 2 uppp. Ma to na celu zapewnienie przejrzystości, konkurencyjności w równym dostępie dla wszystkich podmiotów do projektów wykonywanych w ramach omawianej instytucji⁵⁹. Wspomniany powyżej art. 1 ust. 2 uppp. jest legalną definicją ppp. Została ona uzupełniona pojęciami zawartymi

⁵² T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz praktyczny, Warszawa 2011, s. 19 i 20.

⁵³ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r. poz. 113), powoływana dalej jako „ukrbu. z 2009”.

⁵⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy nr 1180), s. 4 i 5.

⁵⁵ Wcześniejsze przepisy, szczególnie przed wejściem w życie uppp. z 2005, takiej jednoznacznej podstawy nie zawierały, choć niektórzy przedstawiciele doktryny trafnie powoływali się na przepisy ugk. Brak takiej podstawy skutecznie uniemożliwiał rozwój tej formy współpracy pomiędzy sektorem publicznym a prywatnym. T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz praktyczny, Warszawa 2011, s. 20.

⁵⁶ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz praktyczny, Warszawa 2011, s. 20 i 21.

⁵⁷ Oznacza, że nie jest ona uregulowana w przepisach prawnych, a wykreowana przez praktykę gospodarczą i wykazuje pewne podobieństwa do umowy przedwstępnej.

⁵⁸

⁵⁹ A. Panasiuk, Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik, UZP, Warszawa 2010, s. 32.

w art. 2 uppp. wskazującymi, iż nie każda współpraca międzysektorowa będzie partnerstwem⁶⁰.

Dokonując analizy art. 1 ust. 2 uppp. można stwierdzić, iż partnerstwo polega na wspólnym realizowaniu przedsięwzięcia opartego na podziale ryzyka i zadań pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Oznacza to, że definicja ppp. skonstruowana jest z trzech elementów⁶¹:

- 1) zakres podmiotowy, do którego należy podmiot publiczny i partner prywatny;
- 2) współpraca stron partnerstwa w zakresie wspólnego realizowania przedsięwzięcia opartego na podziale zadań;
- 3) podział ryzyka pomiędzy stroną publiczną i prywatną.

Zgodnie z wolą ustawodawcy ppp. to współpraca sektora publicznego, który zobowiązany jest do realizowania zadań publicznych oraz sektora prywatnego, którego celem jest osiągnięcie zysku. W literaturze⁶² zaznaczono, iż współpraca ta pozwala osiągnąć takie korzyści jak:

- 1) zaangażowanie kapitału partnera prywatnego w realizację zadań publicznych oraz aktywizacja tego sektora w obszarach rynku należącego do podmiotu publicznego;
- 2) demonopolizacja rynku przez wprowadzenie mechanizmów konkurencyjności;
- 3) zastosowanie *know-how*⁶³ partnerów prywatnych przy realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych;
- 4) zwiększenie jakości i efektywności realizowanych zadań publicznych przez poddanie ich warunkom rynkowym;
- 5) efektywne zagospodarowanie zasobów;
- 6) generowanie wartości handlowej z aktywów sektora publicznego;
- 7) redukcja ryzyka występującego przy wykonywaniu projektów przez dokonanie prawidłowego jego podziału.

Kluczowym elementem partnerstwa jest współpraca stron przy wspólnym realizowaniu projektów ppp. Powyższa współpraca była przedmiotem rozważań Komisji Europejskiej w wytycznych dotyczących udanego ppp.⁶⁴ Wskazano, iż „partnerstwo jest porozumieniem między dwoma lub więcej stronami, które współpracują na rzecz osiągnięcia wspólnego celu. Partnerzy mają wspólne prawa i wspólne obowiązki, a gdy warunki te nie są spełnione, partnerstwo nie działa. Partnerstwo wymaga woli współpracy wszystkich zaangażowanych stron”⁶⁵.

⁶⁰ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz praktyczny, Warszawa 2011, s. 21.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego (Guidelines for succesful Public-Private-Partnership), Komisja Europejska Dyrektoriat Generalny Polityki Regionalnej (European Commission Directorate General Regional Policy), 2003, s. 15 i 16.

⁶³ *Know-how* z j. ang. – wiedzieć jak, suma wiedzy technicznej i technologicznej koniecznej do wytworzenia określonego wyrobu. A. Dyczkowski, Nowy Leksykon PWN, Warszawa 1998, s. 803.

⁶⁴ Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego..., s. 41.

⁶⁵ Ibidem.

Niemal każde działanie stron w zakresie realizacji zobowiązań wymaga współpracy drugiej strony, na co wskazuje kc.⁶⁶ Natomiast brak takiej współpracy może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą. W przepisach uppp. chodzi o współpracę w szerszym ujęciu niż wspomniana standardowa współpraca na gruncie prawa cywilnego. Należy wskazać, iż współpraca ta ze strony podmiotu publicznego nie opiera się jedynie na odebraniu towaru lub usługi oraz wypłaceniu wynagrodzenia, co w dużej mierze przypomina klasyczny model realizacji zadań publicznych w postaci zamówień publicznych, lecz dodatkowo występuje tu wspólne realizowanie przedsięwzięcia. Jest to aspekt niezbędny, gdyż nie mamy do czynienia z partnerstwem, gdy brak jest współpracy stron. Natomiast obligatoryjność podziału zadań pomiędzy podmiotami sektora publicznego i prywatnego polega na tym, iż podmiot publiczny i partner prywatny powinien mieć wskazane w umowie o ppp. konkretne działania do zrealizowania. Należy nadmienić, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 uppp. „przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego”. Oznacza to, iż jednym z elementów zawiązania umowy współpracy w ramach partnerstwa jest wniesienie wkładu własnego⁶⁷ przez podmiot publiczny. Ponadto, podmioty te mogą przyjąć na siebie również takie obowiązki jak: pomoc w uzyskaniu wszelkich niezbędnych do realizacji inwestycji zezwoleń, pozwoleń czy też uzgodnień, promocję przedsięwzięcia, przeprowadzenie konsultacji społecznych, aktywne działania w celu zwiększenia popytu na świadczone usługi⁶⁸.

Partnerstwo jest to relacja kontraktowa stron umowy charakteryzująca się wspólnością, polegającą na wspólnym realizowaniu przedsięwzięcia ppp. pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym opartego m.in. na podziale zadań⁶⁹. W przepisach uppp. nie zdefiniowano pojęcia „zadanie”. Dokonując wykładni językowej termin ten oznacza „czynność, którą należy wykonać”⁷⁰. Przesłanka związana z dokonaniem podziału zadań jest spełniona w sytuacji przekazania sektorowi prywatnemu dowolnego zadania niezbędnego do wykonania danego projektu ppp. Czynności realizowane przez partnera prywatnego muszą być związane z przedsięwzięciem,

⁶⁶ Przykładem może być art. 354 kc., zgodnie z którym „dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel”.

⁶⁷ Zgodnie z art. 2 pkt 5 uppp. wkład własny to świadczenie podmiotu publicznego lub partnera prywatnego polegające w szczególności na: a) poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowaniu dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia, b) wniesieniu składnika majątkowego.

⁶⁸ T. Skoczyński (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Warszawa 2011, s. 23.

⁶⁹ M. Wawrzyniak, Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego”, PARP 2013, nr 7, s. 7.

⁷⁰ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz, Warszawa 2014, s. 29.

które zgodnie z art. 2 pkt 4 uppp. połączone jest z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub z nim związanym⁷¹. Ze względu na ramowy charakter przepisów ustawowych, nie narzucono podziału zadań pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Ma to na celu pozostawienie tego zagadnienia do swobodnego ukształtowania stronom, dając im możliwość efektywnego przypisania określonego zadania adekwatnie do rodzaju przedmiotu partnerstwa z uwzględnieniem posiadanych możliwości i kompetencji⁷².

Kolejnym elementem ppp. jest dokonanie podziału ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym. Nie ma definicji legalnej pojęcia ryzyka, zatem należy posłużyć się jego definicją językową. „Ryzyko to prawdopodobieństwo, możliwość, że coś się nie uda, nie osiągnie się zakładanych efektów lub wystąpi okoliczność utrudniająca realizację tego celu”⁷³. Natomiast przepisy uppp. nie wskazały sposobu dokonania jego podziału między stronami partnerstwa. Przesłanka określona w art. 1 ust. 2 uppp. związana z dokonaniem podziału ryzyka jest spełniona w sytuacji, gdy na partnera prywatnego przeniesione zostanie dowolne pojedyncze ryzyko⁷⁴. W uzasadnieniu do przedmiotowej ustawy wskazano, iż „wspomnienie ryzyka ma na celu jedynie podkreślenie, że partnerzy mają realizować przedsięwzięcie wspólnie”⁷⁵. Pomimo, iż brak jest normy wskazującej sposób dokonania alokacji ryzyka między stronami partnerstwa, to postanowienia umowy o ppp. powinny określać ich podział pozwalający przenieść dane ryzyko na tę stronę, która potrafi najlepiej nim zarządzać⁷⁶. W literaturze wskazuje się na niezamknięty katalog ryzyka charakterystyczny dla projektów ppp.⁷⁷ Ponadto znaczenie tego elementu dla omawianej instytucji określa art. 18a uppp., na podstawie którego wydane zostało rozporządzenie Ministra Gospodarki⁷⁸. Kwestia ryzyka jest szerzej omawiana w podrozdziale 1.4. oraz w podrozdziale 4.2.

Analizując przepisy uppp. można zauważyć, iż nie zawierają katalogu ryzyka. Natomiast w praktyce można wymienić następujące ryzyka⁷⁹:

⁷¹ Ibidem.

⁷² T. Skoczyński (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Warszawa 2011, s. 25.

⁷³ A. Dyczkowski, Nowy Leksykon PWN, Warszawa 1998, s. 1523.

⁷⁴ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym..., s. 31.

⁷⁵ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy nr 1180), s. 6.

⁷⁶ M. Kania, Zamówienia publiczne, Partnerstwo publiczno-prywatne, Koncesje na roboty budowlane i usługi w prawie polskim, Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych, Warszawa 2014, s. 119.

⁷⁷ A. Panasiuk, Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz, Warszawa 2009, s. 293–294.

⁷⁸ Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie (Dz. U. poz. 284).

⁷⁹ Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz. U. Nr 125, poz. 868). Przytoczone rozporządzenie obecnie już nie obowiązuje, jednakże nie ma przeciwwskazań, aby wykorzystywać wskazane w nim przykładowe rodzaje ryzyka, jakie mogą wystąpić w przedsięwzięciach partnerstwa publiczno-prywatnego. Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa..., s. 63-69.

- 1) ryzyka związane z budową – powodują one zmiany kosztów i terminów związanych z realizacją budowy, przebudowy lub rozbudowy w ramach przedsięwzięcia, jak również z funkcjonowaniem udostępnionych już składników majątkowych, w szczególności ryzyko:
 - a) opóźnienia w zakończeniu robót budowlanych,
 - b) niezgodności z warunkami dotyczącymi ustalonych standardów wykonania robót,
 - c) wzrostu kosztów,
 - d) wystąpienia nieścisłości w dokumentacji wyboru partnera prywatnego,
 - e) związane z wpływem czynników zewnętrznych,
 - f) wystąpienia nieadekwatnych do celu przedsięwzięcia rozwiązań w dokumentacji projektowej,
 - g) związane z pojawieniem się lub zastosowaniem do realizacji przedsięwzięcia nowych technologii,
 - h) wystąpienia wad fizycznych lub prawnych zmniejszających wartość lub użyteczność obiektu budowlanego;
- 2) ryzyka związane z dostępnością – wpływają na sposób, jakość lub ilość dostarczanych usług w ramach realizacji umowy o ppp., w szczególności ryzyko:
 - a) związane z niemożliwością dostarczenia zakontraktowanej ilości usług,
 - b) związane z niemożliwością dostarczenia usług o określonej jakości,
 - c) braku zgodności z normami bezpieczeństwa lub innymi normami branżowymi,
 - d) wzrostu kosztów,
 - e) związane ze sposobem i jakością prac wykonywanych w celu dostarczenia usług,
 - f) nieodpowiedniej kwalifikacji pracowników,
 - g) związane z dostępnością i jakością nakładów lub składników majątkowych potrzebnych do realizacji przedsięwzięcia,
 - h) wystąpienia zmian technologicznych;
- 3) ryzyka związane z popytem – powodują zmianę popytu na określone usługi, w szczególności ryzyko:
 - a) związane z pojawieniem się konkurencji,
 - b) cykliczności popytu,
 - c) zmiany cen,
 - d) zastosowania przestarzałych technologii,
 - e) pojawienia się nowych trendów rynkowych;
- 4) ryzyka rynkowe związane z dostępnością nakładów na realizację przedsięwzięcia – wpływają na koszt, ilość, jakość i terminy dostarczania nakładów niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia, w szczególności ryzyko:

- a) związane z niemożliwością pozyskania nakładów o określonej jakości,
 - b) związane z niemożliwością pozyskania nakładów w określonej ilości,
 - c) związane z niemożliwością pozyskania nakładów w określonym terminie,
 - d) zmiany cen,
 - e) związane z pojawieniem się konkurencji,
 - f) związane z logistyką,
 - g) związane z rynkiem pracy;
- 5) ryzyko o charakterze politycznym – dotyczy wystąpienia zmian w sferze polityki, której kierunki związane są z rozwojem przedsięwzięć realizowanych w ramach ppp.;
- 6) ryzyko o charakterze legislacyjnym – dotyczy wystąpienia zmian w przepisach prawnych, mających wpływ na realizację przedsięwzięć w ramach ppp.;
- 7) ryzyka makroekonomiczne – wpływają na sytuację ekonomiczną, w szczególności ryzyko:
- a) inflacji,
 - b) zmian wysokości stóp procentowych,
 - c) kursowe,
 - d) zmian demograficznych,
 - e) związane z tempem wzrostu gospodarczego;
- 8) ryzyko regulacyjne – dotyczy wystąpienia zmian w regulacjach dotyczących systemów opłat w ramach danej dziedziny usług użyteczności publicznej, które mają wpływ na koszty realizacji przedsięwzięcia lub w wyniku których zmianie ulegnie zakres praw i obowiązków stron w ramach przedsięwzięcia;
- 9) ryzyka związane z przychodami z przedsięwzięcia – wpływają na poziom przychodów uzyskiwanych w ramach realizacji przedsięwzięcia, w szczególności ryzyko:
- a) związane z funkcjonowaniem wynagradzania partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia,
 - b) zmian w obowiązującym mechanizmie cenowym,
 - c) związane z wdrożeniem mechanizmu poboru opłat związanych z przedsięwzięciem;
- 10) ryzyko związane z wystąpieniem siły wyższej;
- 11) ryzyka związane z rozstrzygnięciem sporów – wpływają na sposób i efektywność rozstrzygnięcia sporu powstałego na tle realizacji umowy o ppp.;
- 12) ryzyka związane ze stanem środowiska naturalnego – dotyczą powstanie obowiązku podjęcia działań mających na celu poprawę stanu środowiska naturalnego przed rozpoczęciem realizacji przedsięwzięcia lub ryzyka pogorszenia się stanu

środowiska naturalnego w wyniku realizacji przedsięwzięcia;

13) ryzyka związane z lokalizacją przedsięwzięcia – wpływają na dostępność terenu przeznaczonego do realizacji przedsięwzięcia, w szczególności ryzyko:

- a) związane ze stanem prawnym nieruchomości,
- b) odkryć archeologicznych lub innych związanych z dziedzictwem kulturowym,
- c) wynikające z właściwości istniejącej infrastruktury,
- d) dostępności siły roboczej;

14) ryzyka związane z przekazywaniem składników majątkowych – wpływają na warunki i terminy przekazywania składników majątkowych w ramach realizacji przedsięwzięcia, w szczególności ryzyko:

- a) związane ze stanem składników majątkowych przed ich przekazaniem,
- b) związane z przepływem informacji dotyczących składników majątkowych zaangażowanych w przedsięwzięcie,
- c) związane z wykonaniem obowiązków i egzekucją praw związanych z dokonaniem przekazania,
- d) wystąpienia wierzytelności lub innego prawa związanego z danym składnikiem majątkowym,
- e) konieczności transferu siły roboczej;

15) ryzyko związane z końcową wartością składników majątkowych – dotyczy wartości materialnej składników majątkowych na dzień zakończenia realizacji umowy o ppp.;

16) ryzyko związane z brakiem społecznej akceptacji – dotyczy protestów i sprzeciwów społeczności lokalnych, w szczególności podczas wdrażania i realizacji projektów infrastrukturalnych w ramach ppp.

Podobnie jak w przypadku podziału zadań, ustawodawca nie wskazał sposobu podziału ryzyka, pozostawiając tą kwestię stronom. Należy w tym miejscu wskazać, iż alokacja ryzyka jest jednym kryterium oceny ofert przy wyborze partnera prywatnego zgodnie z art. 6 ust. 3 pkt 5 uppp.⁸⁰

Podmiot publiczny i partner prywatny w ramach ppp. wspólnie realizują przedsięwzięcia, o którym mowa w art. 1 ust 2 w zw. z art. 2 pkt 4 uppp. (por. podrozdział 1.2.3.). Podmiotowi prywatnemu powierzone są konkretne czynności do realizacji, bez wskazania charakteru tych działań. Można zauważyć, iż ustawodawca zachował się w sposób odmienny niż w uppp. z 2005 r. rezygnując z pojęcia „realizacji zadania publicznego”. Zaniechanie określenia rodzaju działań powierzonych partnerowi prywatnemu wynikała z braku definicji legalnej pojęcia „zadanie

⁸⁰ Kryteriami oceny oferty mogą być w szczególności podział zadań i ryzyka związanego z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

publiczne” w innych aktach prawnych. Wprowadzenie takiej definicji powodowałoby trudność polegającą na konieczności dokonania interpretacji, co mogłoby być problematyczne dla dalszego stosowania ustawy. Tym samym chciano uniknąć wprowadzenia kolejnych ograniczeń⁸¹. Ponadto wskazano w uzasadnieniu do uppp., iż „w celu uproszczenia nowej regulacji zrezygnowano z ograniczenia partnerstwa do wykonywania wyłącznie zadań publicznych”⁸². Należy jednak zaznaczyć, że podmioty publiczne działają zgodnie z zasadą legalizmu. Wynika to z art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁸³, zgodnie z którym „organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Oznacza to, że funkcjonują w takim obszarze, w którym został im wyznaczony na podstawie określonych przepisów prawa, w szczególności w zakresie przedmiotu ich działalności. Mając na uwadze, że w obrębie działalności podmiotów publicznych powierzone zostały do wykonania zadania publiczne to jasne jest, że tylko w tym obszarze mogą one być powierzone partnerom prywatnym. Reasumując, przedsięwzięcia wykonywane z wykorzystaniem instytucji ppp. posiadają charakter zadań publicznych⁸⁴ (por. podrozdział 1.2.3.).

Mając powyższe na uwadze, można stwierdzić, iż podstawą prawną dla współpracy strony publicznej i prywatnej, którego celem jest wspólne realizowanie przedsięwzięć opartych na podziale zadań i ryzyka jest uppp. W polskim systemie prawnym nie ma innej ustawy, która regulowałaby zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego przy realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyka. Oznacza to, że podstawą prawną zawierania umów o partnerstwo są przepisy uppp.⁸⁵

Powyżej wspomniana ustawa określa m.in. zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach ppp. Przepisy uppp. mają zastosowanie po spełnieniu określonych przesłanek zawartych w art. 1 i 2 uppp. Zdaniem T. Skoczyńskiego „celem takiego rozwiązania jest zapewnienie transparentności, konkurencyjności oraz równy dostęp wszystkich podmiotów do tego typu projektów”⁸⁶. Przepisy uppp. stosuje się do współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego polegającej na przygotowaniu i realizowaniu wspólnych przedsięwzięć zdefiniowanych w art. 2 pkt 4 uppp. Natomiast przedsięwzięcie to jest połączone i obejmuje z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikami majątkowymi wykorzystywanymi do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub z nim związanym⁸⁷.

Konieczność stosowania przedmiotowej instytucji determinowana jest przez konstrukcję

⁸¹ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy nr 1180), s. 6.

⁸² Ibidem.

⁸³ Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), powoływana dalej jako „Konstytucja RP”.

⁸⁴ T. Skoczyński (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Warszawa 2011, s. 27.

⁸⁵ M. Grabiec (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, s. 20.

⁸⁶ T. Skoczyński, Ustawa..., komentarz do art. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, s. 21.

⁸⁷ Ibidem.

umowy zawieranej między stroną publiczną i prywatną, które to umowy są odpłatne w postaci wynagrodzenia wypłacanego ze środków publicznych⁸⁸ lub z pożytków uzyskanych z majątku podmiotu publicznego. W konsekwencji podmioty te są zobowiązane do stosowania procedur wyłonienia partnera prywatnego na podstawie art. 4 uppp. (ta kwestia szerzej została opisana w podrozdziale 4.5.).

Mając na uwadze powyższe, można stwierdzić, iż podmioty zaliczone do katalogu określonego w art. 2 pkt 1 uppp. zamierzają wspólnie z partnerem prywatnym realizować przedsięwzięcia oparte na podziale zadań i ryzyka, na podstawie umowy o ppp w rozumieniu art. 7 uppp. Pod warunkiem, że partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny będzie współdziałał w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Oznacza to, że treść umowy będzie odpowiadać przepisom bezwzględnie obowiązującym w uppp. W tym przypadku zasada swobody umów jest ograniczona w stopniu, w którym zobowiązania te są kształtowane przez wspomnianą ustawę. Innymi słowy, umowa o ppp. będzie realizowana z zastosowaniem przedmiotowej ustawy, bez niedozwolonej modyfikacji⁸⁹.

1.3. Podmiot i przedmiot partnerstwa publiczno-prywatnego

1.3.1. Podmiot publiczny partnerstwa publiczno-prywatnego

Stronami ppp. są podmiot publiczny i partner prywatny. Wynika to z art. 1 uppp., który określa zakres podmiotowy stosowania przepisów wymienionej ustawy. W niniejszej części rozprawy uwaga zostanie skupiona na pojęciu „podmiotu publicznego” w omawianej współpracy międzysektorowej, które pojawia się w języku prawniczym i prawnym. Jednakże, w językach tych brakuje jednoznaczności tego pojęcia. Ustawodawca przeciwdziałał temu, definiując znaczenie podmiotu publicznego we wspomnianej ustawie. Pojęcie podmiotu publicznego wskazuje kto może stosować przedmiotową ustawę⁹⁰.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 uppp., do podmiotów publicznych zaliczamy:

- 1) jednostkę sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ufp.;
- 2) inną, niż określona w lit. a, osobę prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w lit. a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują ją w ponad 50%

⁸⁸ Może przybrać formę pieniężnej lub niepieniężną w postaci przekazania prawa do pobierania pożytków.

⁸⁹ T. Skoczyński, Ustawa..., komentarz do art. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, s. 18.

⁹⁰ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011,

lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

3) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2.

Przepisy uppp. nie definiują wprost pojęcia jsfp., lecz odsyła do przepisów ufp.⁹¹ Zgodnie z art. 9 ufp., sektor finansów publicznych tworzą:

- 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały;
- 2) jst. oraz ich związki;
- 3) związki metropolitarne;
- 4) jednostki budżetowe;
- 5) samorządowe zakłady budżetowe;
- 6) agencje wykonawcze;
- 7) instytucje gospodarki budżetowej;
- 8) państwowe fundusze celowe;
- 9) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
- 10) Narodowy Fundusz Zdrowia;
- 11) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
- 12) uczelnie publiczne;
- 13) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
- 14) państwowe i samorządowe instytucje kultury oraz państwowe instytucje filmowe;
- 15) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków i spółek prawa handlowego.

Zgodnie z art. 10 ust. 2 Konstytucji RP, organami władzy publicznej są organy władzy ustawodawczej tj. Sejm i Senat oraz organ władzy wykonawczej w osobie Prezydenta RP. Natomiast Organami administracji rządowej są to organy wykonujące bezpośrednio funkcje administracji państwowej. Zaliczyć do nich należy: Radę Ministrów, Prezesa Rady Ministrów, ministrów kierujących poszczególnymi działami administracji rządowej, a także kierowników urzędów centralnych, wojewodów i organy rządowej administracji terenowej. W sytuacji,

⁹¹ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869, z późn. zm.), powołana dalej jako „ufp.”.

gdy mowa jest o organach kontroli państwowej i ochrony prawa, należy w tym miejscu przytoczyć rozdział IX Konstytucji RP, w którym wymienione są Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji.

Władza sądownicza, o której mowa w art. 10 ust. 2 Konstytucji RP jest sprawowana przez sądy i trybunały, a zgodnie z art. 9 pkt 1 ufp. należą do sektora finansów publicznych. Podmioty te są odrębną i niezależną od innych władzą, która zgodnie z art. 174 Konstytucji RP wydaje wyroki w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej. Na podstawie art. 175 ust 1 Konstytucji RP wymiar sprawiedliwości jest sprawowany przez: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne, sądy wojskowe. Natomiast do trybunałów, na podstawie art. 188 i art. 198 Konstytucji RP zaliczamy: Trybunał Konstytucyjny i Trybunał Stanu.

Do sektora finansów publicznych należy również zaklasyfikować jst., którymi są gminy⁹², powiaty⁹³ i województwa⁹⁴. W skład sektora finansów publicznych wchodzi również związki jednostek samorządu terytorialnego, które to w celu wspólnego wykonywania zadań publicznych mogą należeć do nich gminy oraz powiaty⁹⁵. Natomiast województwa nie mogą tworzyć takich związków.

Przepisy ufp. wskazują również na związki metropolitalne. Związki te mogły być utworzone na podstawie ustawy o związkach metropolitalnych⁹⁶, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2016 r. Jednakże na podstawie tej ustawy nie powstał żaden związek metropolitalny. Powyższa ustawa została uchylona na mocy ustawy o związku metropolitalnym w województwie śląskim⁹⁷. Zgodnie treścią art. 1 ust. 1 uzm, ustawa ta określa zasady i tryb tworzenia oraz zasady funkcjonowania związku metropolitalnego w województwie śląskim. Ponadto, w art. 1 ust. 2 uzm. ustawodawca definiuje związek metropolitalny jako zrzeszeniem gmin województwa śląskiego, charakteryzujących się istnieniem silnych powiązań funkcjonalnych oraz zaawansowaniem procesów urbanizacyjnych, położonych na obszarze spójnym pod względem przestrzennym, który zamieszkuje co najmniej 2 000 000 mieszkańców. W skład związku metropolitalnego wchodzi miasto na prawach powiatu Katowice. Natomiast zadania publiczne są realizowane przez związek metropolitalny w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Należy zauważyć, iż omawiany związek posiada osobowość prawną i podlega ochronie sądowej. Tryb tworzenia związku metropolitalnego, a także ustalanie i zmiany jego obszaru oraz granic, jest określany w drodze

⁹² Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 713 z późn. zm.), powołane dalej jako „usg.”.

⁹³ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 920), powołane dalej jako „usp.”.

⁹⁴ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2020 r. poz. 1668), powołane dalej jako „usw.”.

⁹⁵ art. 64 i n. usg. oraz art. 65 i n. usp.

⁹⁶ Ustawa z dnia 9 października 2015 r. o związkach metropolitalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2260).

⁹⁷ Ustawa z dnia 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim (Dz. U. z 2020 r. poz. 1378), powołany dalej jako „uzm.”.

rozporządzenia wydanego przez Radę Ministrów. Na tej podstawie w województwie śląskim Rada Ministrów utworzyła związek metropolitalny pod nazwą „Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia”⁹⁸.

Jednostka budżetowa należy do tradycyjnych form organizacyjnych zaliczanych do sektora finansów publicznych⁹⁹. Zgodnie z art. 11 ufp. jednostkami budżetowymi, są jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych nieposiadające osobowości prawnej, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jst. Jednostka budżetowa działa na podstawie statutu określającego w szczególności jej nazwę, siedzibę i przedmiot działalności. Na podstawie art. 12 ufp. państwowe jednostki budżetowe tworzą, łączą i likwidują ministrowie, kierownicy urzędów centralnych, wojewodowie oraz inne organy działające na podstawie odrębnych ustaw, natomiast samorządowe (gminne, powiatowe lub wojewódzkie jednostki budżetowe) - organy stanowiące jst.

Kolejnym podmiotem publicznym mogącym być stroną w ppp. są samorządowe zakłady budżetowe, które w sposób odpłatny mogą wykonywać na podstawie art. 14 ufp. zadania własne jst., w zakresie:

- 1) gospodarki mieszkaniowej i gospodarowania lokalami użytkowymi;
- 2) dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego;
- 3) wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz;
- 4) lokalnego transportu zbiorowego;
- 5) targowisk i hal targowych;
- 6) zieleni gminnej i zadrzewienia;
- 7) kultury fizycznej i sportu, w tym utrzymywania terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych;
- 8) pomocy społecznej, reintegracji zawodowej i społecznej oraz rehabilitacji zawodowej i społecznej osób niepełnosprawnych;
- 9) utrzymywania różnych gatunków egzotycznych i krajowych zwierząt, w tym w szczególności prowadzenia hodowli zwierząt zagrożonych wyginięciem, w celu ich ochrony poza miejscem naturalnego występowania;

⁹⁸ M. Ofiarska, Problematyk budżetowa w ustawie o związkach metropolitalnych, Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu, Nr 2, 2016, s. 31–50.

⁹⁹ W. Misiąg (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 65.

10) cmentarzy.

Cechują się tym, iż koszty swojej działalności pokrywają z przychodów własnych, bądź też mogą otrzymywać dotacje przedmiotowe i celowe¹⁰⁰. Zgodnie z art. 15 ust. 2 upf. podstawą ich gospodarki finansowej jest roczny plan finansowy. Ponadto należy pamiętać, iż na podstawie 16 upf. organ stanowiący jst. tworzy, łączy i przekształca zakłady budżetowe w inną formę organizacyjno-prawną.

Do podmiotów publicznych, o których mowa w uppp. należą agencje wykonawcze. W ujęciu art. 18 upf. są to państwowe osoby prawne tworzone na podstawie odrębnych przepisów w celu realizacji zadań państwa. Agencje wykonawcze są tworzone i działają na podstawie przepisów odrębnych od upf.¹⁰¹ Zgodnie z art. 21 upf., podstawą gospodarki finansowej agencji wykonawczej jest roczny plan finansowy. Na podstawie art. 92 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych¹⁰², agencjami wykonawczymi z dniem 1 stycznia 2012 r. są m.in.: Agencja Mienia Wojskowego¹⁰³, Wojskowa Agencja Mieszkaniowa¹⁰⁴, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa¹⁰⁵, Agencja Rynku Rolnego¹⁰⁶, Agencja Nieruchomości Rolnych¹⁰⁷, Agencja Rezerw Materiałowych¹⁰⁸ oraz Polska Agencja Rozwoju¹⁰⁹.

Kolejnym podmiotem publicznym, o których mowa w uppp. jest instytucja gospodarki budżetowej będąca jsfp. tworzoną na podstawie art. 23 ust. 1 upf. w celu realizacji zadań publicznych, która odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania i pokrywa koszty swojej działalności oraz zobowiązania z uzyskiwanych przychodów. Zgodnie z art. 24 ust. 2 upf. podstawą działalności instytucji gospodarki budżetowej jest roczny plan finansowy obejmujący przychody z prowadzonej działalności, dotacje budżetu państwa, zestawienie kosztów, środki na wydatki majątkowe, wynik finansowy, stan należności i zobowiązań oraz stan środków pieniężnych. Jak wskazuje art. 23 ust. 2

¹⁰⁰ E. Ruśkowski, *Finanse publiczne i prawo finansowe instrumenty prawnofinansowe i warunki ich stosowania*, Białystok 2018, s. 120.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1241 z późn. zm.).

¹⁰³ Agencja Mienia Wojskowego działa na podstawie ustawy z dnia 30 maja 1996 r. o gospodarowaniu niektórymi składnikami mienia Skarbu Państwa oraz o Agencji Mienia Wojskowego (Dz. U. z 2013 r. poz. 712 z późn. zm.).

¹⁰⁴ Wojskowa Agencja Mieszkaniowa działa na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 2017).

¹⁰⁵ Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa działa na podstawie ustawy z dnia 9 maja 2008 r. o Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Dz. U. z 2019 r. poz. 1505).

¹⁰⁶ Agencja Rynku Rolnego działa na podstawie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych (Dz. U. z 2007 r. Nr 231, poz. 1702 z późn. zm.).

¹⁰⁷ Agencja Nieruchomości Rolnych działa na podstawie ustawy z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (Dz. U. z 2020 r. poz. 2241 z późn. zm.).

¹⁰⁸ Agencja Rezerw Materiałowych działa na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 października 2010 r. o rezerwach strategicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2051).

¹⁰⁹ Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości działa na podstawie ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2020 r. poz. 299).

w zw. z art. 139 ust. 2 ufp. instytucje takie mogą być tworzone przez ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, za zgodą Rady Ministrów, a także organ lub kierownika takich jednostek, jak: Kancelaria Sejmu, Kancelaria Senatu, Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Trybunał Konstytucyjny, Najwyższa Izba Kontroli, Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny wraz z wojewódzkimi sądami administracyjnymi, Krajowa Rada Sądownictwa, sądownictwo powszechne, Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Krajowe Biuro Wyborcze i Państwowa Inspekcja Pracy. W myśl art. 26 ust. 1 ufp. instytucja gospodarki budżetowej działa na podstawie statutu. Powyższa instytucja zastąpiła uprzednio funkcjonujące gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych¹¹⁰.

Kolejną jednostką należącą do sektora finansów publicznych są państwowe fundusze celowe. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ufp., mogą one być tworzone na podstawie odrębnych ustaw, przy czym nie posiadają one osobowości prawnej. Państwowy fundusz celowy stanowi wyodrębniony rachunek bankowy, którym dysponuje minister wskazany w ustawie tworzącej fundusz. Podstawą gospodarki finansowej państwowego funduszu celowego jest roczny plan finansowy. Funduszami celowymi są np.: Fundusz Promocji Twórczości działający na podstawie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹¹¹, Fundusz Rozwoju Kultury Fizycznej działający na podstawie ustawy o grach hazardowych¹¹², Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych działający na podstawie ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych¹¹³, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych¹¹⁴.

Podmiotem publicznym w rozumieniu przepisów uppp. jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych (powołany dalej jako „ZUS”) działa na podstawie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych¹¹⁵. W myśl art. 66 usus. ZUS jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną. Zgodnie z art. 68 usus. do zakresu jego działalności należy przede wszystkim realizacja przepisów o ubezpieczeniach społecznych oraz zarządzanie przez niego funduszami dysponowanie przez niego środkami funduszy społecznych Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, Funduszu Rezerwy Demograficznej oraz Funduszu Alimentacyjnego.

¹¹⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy o finansach publicznych (druk sejmowy nr 1182).

¹¹¹ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 288).

¹¹² Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2094).

¹¹³ Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 423 z późn. zm.).

¹¹⁴ Ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (Dz. U. z 2020r. poz. 7).

¹¹⁵ Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 266 z późn. zm.), powołana dalej jako „usus.”.

Do jednostek sektora finansów publicznych należą Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (powołany dalej jako „KRUS”), która funkcjonuje na podstawie ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników¹¹⁶ Organ ten działa na podstawie statutu, który nadaje minister właściwy do spraw rozwoju wsi oraz określonego na tej podstawie regulaminu organizacyjnego, nadanego zarządzeniem Prezesa KRUS. Prezes ten zarządza funduszem emerytalno-rentowym, administracyjnym oraz prewencji i rehabilitacji. Do zadań KRUS-u należy realizacja ubezpieczeń społecznych rolników.

Kolejnym podmiotem publicznym, który może być stroną w umowach o ppp. jest Narodowy Fundusz Zdrowia (powołany dalej jako „NFZ”). Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹¹⁷, NFZ jest państwową jednostką organizacyjną. Jednostka ta posiada osobowość prawną i działa na podstawie ustawy oraz statutu. Zgodnie z art. 97 ust. 1 w zw. z art. 116 wspomnianej ustawy, NFZ zarządza środkami finansowymi będącymi jej przychodami.

Kolejnym podmiotem publicznym mogącym być stroną w ppp. jest samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, który jest podmiotem leczniczym. Na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 4 udl. zakłady te mogą być tworzone i prowadzone przez Skarb Państwa reprezentowany przez ministra, centralny organ administracji rządowej albo wojewodę. Zgodnie z art. 50a udl. utworzenie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej następuje w drodze rozporządzenia, zarządzenia albo uchwały właściwego organu podmiotu tworzącego. Tworząc samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, uwzględnia się konieczność zapewnienia bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli oraz racjonalnej organizacji opieki zdrowotnej. Omawiany podmiot leczniczy podlega obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Z chwilą wpisania do tego rejestru samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej uzyskuje osobowość prawną. W oparciu o art. 52 udl. samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej pokrywa z posiadanych środków i uzyskiwanych przychodów koszty działalności i reguluje zobowiązania.

Następnym podmiotem publicznym w rozumieniu uppp. są uczelnie publiczne, które zgodnie z art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce¹¹⁸ zostały utworzone przez organy państwa. Uczelnia posiada osobowość prawną. Natomiast, w oparciu o art. 11 ust. 1 wspomnianej wyżej ustawy można wskazać m.in., iż uczelnie prowadzą kształcenie na studiach, prowadzą działalność naukową, świadczą usług badawcze oraz dokonują transferu wiedzy i technologii do gospodarki.

Dalszym podmiotem publicznym mogącym być stroną w ppp. jest Polska Akademia Nauk

¹¹⁶ Ustawa z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz. U. z 2020 r. poz. 174 z późn. zm.).

¹¹⁷ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1398 z późn. zm.).

¹¹⁸ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. z 2020 r. poz. 85 z późn. zm.).

działająca na podstawie ustawy o Polskiej Akademii Nauk¹¹⁹. Zgodnie z art. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 wspomnianej ustawy, jest państwową instytucją naukową, posiadającą osobowość prawną. Mając na uwadze treść art. 2 ust. 2 niniejszej ustawy, zadaniem PAN w szczególności jest: prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych, wspieranie rozwoju osób rozpoczynających karierę naukową, kształcenie na studiach doktoranckich, studiach podyplomowych i w innych formach oraz formułowanie zasad etyki w nauce.

Ponadto, podmiotami publicznymi w przedsięwzięciach ppp. mogą być państwowe i samorządowe instytucje kultury, które są jednostkami organizacyjnymi posiadającymi osobowość prawną i działające na podstawie statutu. Instytucje kultury służą organizacji działalności kulturalnej. Aspekty prawne dotyczące państwowych i samorządowych instytucji kultury są uregulowane w ustawie o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej¹²⁰. Zgodnie z art. 8 wspomnianej ustawy „ministrowie oraz kierownicy urzędów centralnych organizują działalność kulturalną, tworząc państwowe instytucje kultury, dla których prowadzenie takiej działalności jest podstawowym celem statutowym”. Natomiast na podstawie art. 9 tej samej ustawy „jednostki samorządu terytorialnego organizują działalność kulturalną, tworząc samorządowe instytucje kultury, dla których prowadzenie takiej działalności jest podstawowym celem statutowym”. Przykładowymi instytucjami kultury są np. Państwowy Teatr Wybrzeże w Gdańsku, Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku oraz Polski Instytut Sztuki Filmowej funkcjonujący w oparciu o ustawę o kinematografii¹²¹.

W myśl art. 9 ust. 14 upf., sektor finansów publicznych tworzą także inne państwowe lub samorządowe osoby prawne. Tworzone są one na podstawie odrębnych ustaw, których celem jest realizacja zadań publicznych. Nie dotyczy to jednak przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków i spółek prawa handlowego. Do wspomnianych podmiotów w szczególności zaliczamy Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej będący państwową osobą prawną, który funkcjonuje na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska¹²².

Wspomniane wyłączenie zawarte w art. 9 pkt 14 upf. dotyczące przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków i spółek prawa handlowego jest ważne, gdyż tego typu podmioty nie mogą być podmiotami publicznymi w ujęciu art. 2 pkt 1 lit. a uppp. Oznacza to, iż przedsiębiorstwa i spółki prawa handlowego, gdzie organem założycielskim lub udziałowcem jest Skarb Państwa albo jst., nie mogą

¹¹⁹ Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (Dz. U. z 2020 r. poz. 1796).

¹²⁰ Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2020 r. poz. 194 z późn. zm.).

¹²¹ Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (Dz. U. z 2020 r. poz. 568 z późn. zm.).

¹²² Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2020 r. poz. 1219 z późn. zm.).

być podmiotami publicznymi w ppp. Ograniczenie to w postaci wspomnianego wyłączenia mogą być zniesione, jeżeli ów podmioty zakwalifikowane zostaną jako osoby prawne utworzone zostały do zaspokojenia potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego¹²³.

Ustawodawca w art. 2 ust. 1 lit. b uppp. wymienia wśród podmiotów publicznych także osobę prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty te, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- 1) finansują ją w ponad 50% lub
- 2) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
- 3) sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub
- 4) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

W polskim systemie prawnym, ustawodawca zawarł definicję „osoby prawnej” w art. 33 kc. zgodnie z którym osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną. Natomiast w literaturze, osoba prawna definiuje się jako podmiot stosunku cywilnoprawnego posiadający zdolność prawną, tj. mającą prawa i obowiązki. Nabywa ona je lub zbywa we własnym imieniu. Osoby prawne mogą mieć swój własny majątek, którym odpowiadają na niewykonane zobowiązania¹²⁴.

Pojęcie „osoby prawnej” utworzonej m.in. w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, który nie mają charakteru przemysłowego, zostało zaadoptowane z dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej¹²⁵ do polskiego systemu zamówień publicznych, którego w skład wchodzi ppp. Zgodnie z treścią wspomnianego aktu unijnego, podmiotem prawa publicznego są podmioty, które spełniają wymienione poniżej przesłanki¹²⁶:

- 1) ustanowiony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego;
- 2) ma osobowość prawną; oraz
- 3) finansowany jest w przeważającej części przez państwo, jst. lub przez inne podmioty prawa

¹²³ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011,

¹²⁴ Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2007, s. 181.

¹²⁵ Art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 1) oraz art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114).

¹²⁶ Podmiot prawa publicznego w świetle nowelizacji przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, strona internetowa: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/podmiot-prawa-publicznego-w-swietle-nowelizacji-przepisow-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>. (dostęp z dnia 5 grudnia 2020 r.).

publicznego bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów lub ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jst. lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Dokonując analizy przytoczonego art. 2 pkt 1 lit. b uppp. można posiłkować się orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, który dokonał wykładni pojęcia podmiotu publicznego. W orzecznictwie podkreślono, iż wspomniane wyżej trzy kryteria odnoszące się do podmiotu publicznego muszą występować łącznie. W przypadku braku jednej z nich nie można będzie mówić, iż dany podmiot jest podmiotem o charakterze publicznym¹²⁷.

Ponadto orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wyjaśnia zwrot dotyczący zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym¹²⁸, niemających charakteru przemysłowego¹²⁹. Wskazano, iż potrzeby te są powiązane z interesem ogólnym, którym kieruje się państwo, gdy sam zaspokaja te potrzeby lub tylko te którymi może wywrzeć istotny wpływ. Interesem ogólnym może być np. edukacja, bezpieczeństwo publiczne, ochrona środowiska, ochrona zdrowia. Reasumując, nie chodzi tu o potrzeby poszczególnych jednostek, a o potrzeby ogółu społeczeństwa¹³⁰. Ustalając, jakie potrzeby są powszechne, można posłużyć się przepisami usg., które używają pojęcia zbiorowych potrzeb. Potrzebami tymi są aspekty życia społecznego, które powinny być zaspokajane poprzez usługi powszechnie dostępnych świadczeń realizowanych w sposób bieżący i nieprzerwany. Zgodnie z art. 7 ust. 1 usg., zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, w szczególności zadania własne obejmują następujące sprawy:

- 1) ładu przestrzennego, gospodarki nieruchomościami, ochrony środowiska i przyrody oraz gospodarki wodnej;
- 2) gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego;
- 3) wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz;

¹²⁷ Wyrok TS z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others v. Strohal Rotationsdruck GemsbH (wprawdzie orzeczenie to wydane jest na gruncie dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, Dz. Urz. WE L 199 z 09.08.1993, to jednak zachowuje ono swoją aktualność także na gruncie dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE).

¹²⁸ Wprawdzie dyrektywy posługują się wyrażeniem "potrzeby o charakterze ogólnym", a nie "potrzeby o charakterze powszechnym", jak to ma miejsce w przypadku art. 2 pkt 1 lit. b uppp., to jednak przyjęć można, że oba wyrażenia mają tożsame znaczenie.

¹²⁹ Wyrok TS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v. BFI Holding BV; wyrok TS z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-283/00 Komisja v. Królestwo Hiszpanii (orzeczenie w sprawie spółki Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. - SIEPSA). Wprawdzie wszystkie powyższe orzeczenia wydane zostały na podstawie dyrektyw, które zostały zastąpione dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE, to jednak zachowują one swoją aktualność także w obecnym stanie prawnym.

¹³⁰ Opinia prawna UZP, Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia - stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5, strona internetowa: www.uzp.gov.pl. (dostęp z dnia 11 lipca 2019 r.).

- 4) działalności w zakresie telekomunikacji;
- 5) lokalnego transportu zbiorowego;
- 6) ochrony zdrowia;
- 7) pomocy społecznej, w tym ośrodków i zakładów opiekuńczych;
- 8) gminnego budownictwa mieszkaniowego;
- 9) edukacji publicznej;
- 10) kultury, w tym bibliotek gminnych i innych instytucji kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami;
- 11) kultury fizycznej i turystyki, w tym terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych;
- 12) targowisk i hal targowych;
- 13) zieleni gminnej i zadrzewienia;
- 14) cmentarzy gminnych;
- 15) porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli oraz ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania gminnego magazynu przeciwpowodziowego;
- 16) utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz obiektów administracyjnych;
- 17) polityki prorodzinnej, w tym zapewnienia kobietom w ciąży opieki socjalnej, medycznej i prawnej;
- 18) wspierania i upowszechniania idei samorządowej, w tym tworzenia warunków do działania i rozwoju jednostek pomocniczych i wdrażania programów pobudzania aktywności obywatelskiej;
- 19) promocji gminy;
- 20) współpracy i działalności na rzecz organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie¹³¹;
- 21) współpracy ze społecznościami lokalnymi i regionalnymi innych państw.

Należy pamiętać, iż omawiane potrzeby o charakterze powszechnym, o których mowa w art. 2 pkt 1 lit. b uppp. w porównaniu do wymienionych powyżej zbiorowych potrzeb określonych w art. 7 ust. 1 usg. są pojęciem węższym.

Ponadto Trybunał Sprawiedliwości zaznaczył, iż prawodawca unijny odróżnia potrzeby o charakterze powszechnym niemające charakteru przemysłowego ani handlowego od potrzeb

¹³¹ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536).

o charakterze powszechnym mających charakter przemysłowy lub handlowy¹³². Podkreślić należy, iż określenie „niemające charakteru przemysłowego ani handlowego” mówi o potrzebach innych niż ekonomiczne. Kluczowe jest tu powiązanie działalności danego podmiotu z działalnością państwa¹³³.

Dokonując analizy posiadania przez podmiot statusu podmiotu publicznego przytoczonym w art. 2 pkt 1 lit. b uppp., trzeba wziąć pod uwagę różnego rodzaju dokumenty, postanowienia i akty wskazujące na rodzaj prowadzonej przez jego działalności bez względu na ich charakter prawny¹³⁴. Wspomniane powyżej ustalenia dokonywane mogą być w oparciu o akty powołujące daną jednostkę na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących. Ponadto dokonać tego również można w oparciu o postanowienia dotyczące danej jednostki np. umowy spółki, statutu lub analizując inne dokumenty¹³⁵.

Należy wskazać, iż podmiot określony w art. 2 pkt 1 lit. b uppp. będzie podmiotem publicznym, gdy realizuje potrzeby o charakterze powszechnym, niemający charakteru przemysłowego lub handlowego. W tej sytuacji nie jest istotne, czy prowadzi on tego rodzaju działalność w ograniczonym zakresie, a głównie wykonuje czynności o charakterze komercyjnym. Wspomniany podmiot będzie posiadał status podmiotu publicznego, o którym mowa w art. 2 pkt 1 uppp.¹³⁶

W zidentyfikowaniu podmiotów publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 1 lit. b uppp. można posłużyć się załącznikami do dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, w wersji obowiązującej zgodnie z decyzją Komisji¹³⁷ od dnia 1 stycznia 2009 r. Załącznik ten wymienia podmioty i instytucje zamawiające. Natomiast wykaz ten nie jest katalogiem zamkniętym i w żaden sposób nie wymienia wszystkich podmiotów publicznych. Nadmienić trzeba, iż brak wskazania któregośkolwiek podmiotu w wspomnianym katalogu nie powoduje braku posiadania przez niego statusu podmiotu publicznego. Z kolei zaś podmiot znajdujący się w tym wykazie, który stracił status podmiotu publicznego, nie musi stosować się do przepisów uppp. jako strona publiczna¹³⁸.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 lit. c uppp. podmiotem publicznym jest również związek podmiotów, o których mowa w lit. a i b. Poprzez ten związek należy rozumieć jakiegokolwiek powiązania prawne pomiędzy podmiotami wskazanymi w lit. a i b o których mowa w art. 2 pkt 1 uppp. w formie

¹³² Wyrok TS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96.

¹³³ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹³⁴ Wyrok TS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96.

¹³⁵ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹³⁶ Wyrok TS z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96.

¹³⁷ Decyzja Komisji z dnia 9 grudnia 2008 r. zmieniająca załączniki do dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie wykazów podmiotów zamawiających i instytucji zamawiających (Dz. Urz. UE L 349 z 24.12.2008, s. 1).

¹³⁸ A. Sołtysińska, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Kraków 2004, s. 68.

członkostwa, np. izb, związków, stowarzyszenia¹³⁹. W żadnym wypadku nie są to powiązania w znaczeniu właścicielskim, przykładowo jak to ma miejsce w spółkach akcyjnych¹⁴⁰. Ustawodawca nie precyzuje czy wspomniany związek musi przybrać postać zinstytucjonalizowanego podmiotu, czy też powinien mieć osobowość prawną¹⁴¹.

Analizując przytoczony art. 2 pkt 1 lit. c uppp., można zauważyć, iż związki mogą tworzyć podmioty wskazane w art. 2 pkt 1 lit. a uppp. z podmiotami wskazanymi w art. 2 pkt 1 lit. b uppp., jak również między sobą. Zastanowić się można, czy związek wskazany w art. 2 pkt 1 lit. c uppp., może być utworzony z podmiotami, które nie posiadają statusu podmiotu publicznego¹⁴². Okazuje się, że dla zastosowania art. 2 pkt 1 lit. c uppp. wystarczy udział jednego podmiotu publicznego. Wskazuje na to art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE, który definiuje instytucję zamawiającego przez wskazanie, iż jest nim „państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmiotu prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego”. Zauważyć można, iż pojęcie podmiotu zamawiającego w przywołanej dyrektywie oraz definicja podmiotu publicznego w świetle art. 2 pkt 1 uppp., nie są zbieżnymi terminami. Z uwagi na to, iż ppp. jest częścią systemu zamówień publicznych, to art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE wskazuje sposób dokonania interpretacji pojęć stosowanych w tej instytucji¹⁴³.

Omawiając kwestię związku, o którym mowa w art. 2 pkt 1 lit. c uppp. można dostrzec, iż w polskim systemie prawnym występują związki jst., które mogą być powoływane przez gminy na podstawie art. 64 usg. oraz powiaty na podstawie art. 65 i n. usp. Związki jst. są podmiotami publicznymi w rozumieniu art. 2 pkt 1 lit. a uppp., który odwołuje się do art. 9 pkt 2 ufp., a nie na podstawie wspomnianego wyżej art. 2 pkt 1 lit. c uppp.¹⁴⁴

1.3.2. Partner prywatny partnerstwa publiczno-prywatnego

Przedsięwzięcia ppp. są realizowane we współpracy z partnerem prywatnym, z którym to podmiot publiczny zawiera umowę o partnerstwo. Zgodnie z art. 2 pkt 2 uppp., przez partnera prywatnego należy rozumieć przedsiębiorcę lub przedsiębiorcę zagranicznego. Przytoczony przepis

¹³⁹ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 45.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹⁴² M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., s. 168, stoi na stanowisku, że art. 2 pkt 1 lit. c uppp. nie można zastosować do związków z udziałem podmiotów trzecich niemających charakteru podmiotu publicznego również w sytuacji, gdy związek ten realizowałby zadania publiczne. Inny pogląd przedstawia M. Stachowiak w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień..., s. 45 i 46 oraz J. Baehr, T. Kwieciński w: J. Baehr, T. Czajkowski (red.), W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2006, s. 37.

¹⁴³ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹⁴⁴ Ibidem.

nie zawiera definicji przedsiębiorcy oraz brak jest odesłania do innego przepisu, które zdefiniowałyby to pojęcie. Brak jest również informacji na ten temat w uzasadnieniu do projektu ustawy. Jest to kłopotliwe z uwagi, iż pojęcie przedsiębiorcy jest definiowane innymi aktami prawnymi i jest stosowany w różnych okolicznościach, o czym mowa poniżej.

Pojęcie przedsiębiorcy zawiera art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁴⁵, wskazując, że przez przedsiębiorcę rozumie się w ujęciu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców¹⁴⁶ a także:

- 1) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu prawa przedsiębiorców;
- 2) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu;
- 3) osobę fizyczną, która posiada kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów prawa przedsiębiorców, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji;
- 4) związek przedsiębiorców tj. izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji.

Zagadnienie przedsiębiorcy jest również przedmiotem regulacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁴⁷. W rozumieniu art. 2 uznk., przedsiębiorcami są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej.

Przepisy kc. także zawierają definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 43¹ kc. jest to osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1 kc., prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Natomiast jednostką organizacyjną w rozumieniu art. 33¹ § 1 kc. jest jednostka niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną.

Przed wejściem w życie prawa przedsiębiorców, pojęcie przedsiębiorcy było zdefiniowane w przepisach ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹⁴⁸, Zgodnie z art. 4 ust. 1 usdg.,

¹⁴⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 z późn. zm.), powołana dalej jako „uokk.”.

¹⁴⁶ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2020 r. poz. 424 z późn. zm.), powołane dalej jako „prawo przedsiębiorców”

¹⁴⁷ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), powołana dalej jako „uznk.”.

¹⁴⁸ Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2018 r. poz. 107 z późn. zm.), powołana dalej jako „usdg.”.

„Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą”. Ponadto w oparciu o ust. 2 przytoczonego artykułu wskazano, iż: „Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej”. Natomiast działalnością gospodarczą w ujęciu art. 2 usdg. „(...) jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”.

Ponadto, usdg. definiowała pojęcie przedsiębiorcy zagranicznego. Zagadnienie to zostało umiejscowione w art. 2 pkt 2 uppp., mianowicie partnerem prywatnym jest również przedsiębiorca zagraniczny. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu uppp., że „partnerem prywatnym może być przedsiębiorca zagraniczny w rozumieniu art. 5 pkt 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej”¹⁴⁹. Zgodnie z art. 5 pkt 3 w zw. z pkt 2 usdg., przedsiębiorcą zagranicznym jest osoba zagraniczna, czyli osoba fizyczna nieposiadająca obywatelstwa polskiego, osoba prawna z siedzibą za granicą lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną posiadająca zdolność prawną, z siedzibą za granicą, wykonująca działalność gospodarczą za granicą.

W tym miejscu należy podkreślić, iż w 2018 r. usdg. została uchylona. W związku z tym, dokonując wykładni systemowej, przedmiotowe pojęcia należy interpretować zgodnie z przepisami prawa przedsiębiorców. Oznacza to, że zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 prawa przedsiębiorców przedsiębiorcą może być osoba fizyczna, w tym również wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, osoba prawna, lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Na podstawie art. 3 prawa przedsiębiorców „działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły”. Mając na uwadze powyższe przepisy można stwierdzić, iż stroną prywatną może być przedsiębiorca wykonujący działalność gospodarczą we własnym imieniu i w sposób ciągły. Wiąże się to z podejmowaniem określonych czynności na własny rachunek i ponoszeniem ryzyka, związanego z działalnością gospodarczą. Celem przedsiębiorcy jest osiągnięcie zysku. Oznacza to, że partner prywatny nie będzie realizował zadań publicznych *pro publico bono*, przy jednoczesnym inwestowaniu swoich nakładów i przyjmowaniu ryzyka gospodarczego. Mając na uwadze powyższe pojęcie partnera prywatnego zauważyć można, iż w niniejszej definicji wyłączone zostały stowarzyszenia, fundacje, kościoły i inne związki zawodowe, które nie mają

¹⁴⁹ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy nr 1180), s. 6.

statusu przedsiębiorcy i nie zostały powołane do celów komercyjnych¹⁵⁰.

Partnerem prywatnym może być przedsiębiorca zagraniczny. Zagadnienie to zostało zdefiniowane w ustawie o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹⁵¹. Zgodnie z art. 1 ust. 1 uzupz. wymieniona ustawa reguluje podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej przez osoby zagraniczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czasowe oferowanie lub świadczenie usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez osoby zagraniczne będące przedsiębiorcami oraz określa zasady tworzenia przez osoby zagraniczne będące przedsiębiorcami oddziałów i przedstawicielstw w Rzeczypospolitej Polskiej. Z treści art. 3 pkt 7 uzupz. wynika, iż przedsiębiorcą zagranicznym jest osoba zagraniczna wykonująca działalność gospodarczą za granicą oraz obywatel polski wykonujący działalność gospodarczą za granicą. Na podstawie z art. 3 pkt 5 uzupz. osobą zagraniczną jest osoba fizyczna nieposiadająca obywatelstwa polskiego, osoba prawna z siedzibą za granicą oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną posiadająca zdolność prawną, z siedzibą za granicą.

Zauważyć można, iż pojęcie przedsiębiorcy definiowane jest na wiele sposobów w wielu aktach prawnych. W art. 2 pkt 2 uppp. ustawodawca nie wskazuje, którą definicję należy uznać za właściwą. Należy w tym przypadku przeprowadzić analizę, która z przytoczonych definicji będzie miała zastosowanie do uppp. W pierwszej kolejności należy wykluczyć pojęcie zdefiniowane w art. 4 pkt 1 uokk. Definicja ta jest szeroka, jednak została ona sformułowana z uwzględnieniem specyfiki wynikającej z szerokiego zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Definicję zawartą w art. 2 uznk. również należałoby odrzucić. Ustanowiono ją w celu regulowania, zapobiegania i zwalczania nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej¹⁵². Natomiast, co do definicji zawartej w art. 43¹ kc., nie spełnia oczekiwań stawianych w uppp. mimo zastosowania jego w stosunkach cywilnoprawnych. Ponadto, należy również odrzucić definicje przedsiębiorcy i przedsiębiorcy zagranicznego zawartą w art. 4 i 5 pkt 3 usdg., z uwagi na ich uchylenie. Analiza definicji przedsiębiorcy w ujęciu art. 4 prawa przedsiębiorców i art. 3 pkt 7 uzupz. prowadzi do wniosku, że w sposób kompleksowy wypełnia ona na treść pojęcia zawartego w art. 2 pkt 2 uppp., a tym samym przemawia za jego zastosowaniem¹⁵³. Wspomniane wyżej ustawy są ważnym aktem prawnym dla samej działalności gospodarczej, który jest częstym

¹⁵⁰ M. Grabiec (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz do art. 2, Warszawa 2019 s. 27 i nast.

¹⁵¹ Ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 1252) powoływana dalej jako „uzupz.”.

¹⁵² T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹⁵³ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., s. 173-174; A. Panasiuk, Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz, Warszawa 2009, s. 308; odmiennie E. Kowalczyk, Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy z przykładami klauzul umownych, Gdańsk 2010, s. 29-30.

przedmiotem przepisów odsyłających¹⁵⁴. Dodać należy, iż partnerem prywatnym nie może być spółka cywilna, gdyż nie posiada statusu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 prawa przedsiębiorców. Wynika to z braku odrębnej podmiotowości prawnej. Zgodnie z art. 860 kc. „przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów”. Oznacza to, że spółka cywilna jest stosunkiem zobowiązaniowym utworzonym na podstawie umowy wspólników, tym samym nie jest samoistnym podmiotem prawa¹⁵⁵. Wspomniana spółka nie posiada zdolności prawnej, czyli zdolności do nabywania praw i obowiązków. Zdolność taką posiadają wspólnicy spółki cywilnej i na podstawie art. 4 ust. 2 prawa przedsiębiorców mają status przedsiębiorcy, więc to oni mogą być partnerami prywatnymi. Powołany art. 4 ust. 2 prawa przedsiębiorców ma walor porządkujący i wyjaśniający, że wspólnik spółki cywilnej jest przedsiębiorcą, gdy zmierza do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego w postaci wykonywania działalności gospodarczej. Natomiast wspólnik spółki cywilnej nie jest przedsiębiorcą, gdy wykonuje działalność niebędącą działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 3 prawa przedsiębiorców¹⁵⁶.

Dokonując analizy uppp. nasuwa się wątpliwość czy partnerzy prywatni mogą wspólnie ubiegać się o zawarcie umowy ppp. Badając szeroko pojęty polski system zamówień publicznych odnaleźć można postanowienia wyraźnie dopuszczające wspólne występowanie w procedurze mającej na celu realizację przedsięwzięcia. Przykłady można odnaleźć w art. 23 upzp. i w art. 5 uppp. z 2005 r., które dopuszczały wspólne występowanie. Dokonując wykładni systemowej i historycznej można dostrzec, że w aktach prawnych regulujących zbliżoną tematykę, akty te dopuszczają wspólne ubieganie się o zawarcie umowy. Reasumując, brak jest argumentów przemawiających za niedopuszczeniem do wspólnego ubiegania się podmiotów prywatnych o zawarcie umowy o ppp.¹⁵⁷, a taki stan rzeczy stałby w sprzeczności z zasadą uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania. Dodać należy, iż podczas wspólnego ubiegania się o zawarcie umowy o ppp., każdy z tych partnerów musi posiadać status przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznego¹⁵⁸.

Przybliżając pojęcie partnera prywatnego należy zwrócić uwagę na problematyczny aspekt w literaturze prawniczej mianowicie, czy podmiotu publicznego w ujęciu art. 2 pkt 1 uppp. może realizować projekt partnerstwa jako partner prywatny¹⁵⁹. Ustawa nie reguluje w sposób klarowny

¹⁵⁴ Przykładem jest art. 4 pkt 1 uokk., który odsyła do art. 4 prawa przedsiębiorców.

¹⁵⁵ K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz do artykułów 450–1088, Warszawa 2011, s. 827.

¹⁵⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców (druk sejmowy nr 2051), s. 24.

¹⁵⁷ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., s. 173 i 174; E. Kowalczyk, Partnerstwo publiczno-prywatne..., s. 29 i 30.

¹⁵⁸ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹⁵⁹ Za takim stanowiskiem opowiadają się M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., s. 176 i 177, natomiast przeciw E. Kowalczyk, Partnerstwo publiczno-prywatne..., s. 31.

wskazanej problematyki. Jednakże w sytuacji, gdy podmiot publiczny ma status przedsiębiorcy, jak np. spółki komunalne, przedsiębiorstwa państwowe, wydaje się to możliwe. Tym bardziej, że podmioty tego rodzaju, prowadzą również działalność komercyjną podobnie jak podmioty stricte prywatne i celem ich jest osiągnięcie zysku. Dlatego też odmówienie uczestnictwa w przedsięwzięciu publiczno-prywatnych stałoby w sprzeczności z zasadą wolności działalności gospodarczej, o której mowa w rozdziale pierwszym Konstytucji RP¹⁶⁰.

1.3.3. Zakres przedmiotowy partnerstwa publiczno-prywatnego

Współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach ppp. polega na wspólnym realizowaniu przedsięwzięcia. Zgodnie z art. 2 pkt 4 uppp. przedsięwzięciem może być: budowa lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenie podwyższające jego wartość lub użyteczność lub inne świadczenie, przy czym wszystkie te czynności powinny być połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany.

Zasadnie podkreśla się w literaturze¹⁶¹, że art. 2 pkt 4 uppp. przedstawia zastosowanie niniejszej ustawy w ujęciu przedmiotowym. Powyżej zdefiniowane przedsięwzięcie było zamierzonym działaniem ustawodawcy. Miało to na celu objęcie jak największego spektrum współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi a partnerami prywatnymi.

Pojęcie to dotyczy wykonania robót budowlanych, wykonanie dzieła, świadczenie usług lub inne świadczenie. Należy zwrócić uwagę, iż zakres przedsięwzięć określony w art. 2 pkt 4 uppp. jest katalogiem otwartym. Natomiast istotne jest, żeby czynności zawarte w tym katalogu były połączone działaniem związanym z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia lub z nim związanym. Powyższa konstrukcja definicji przedsięwzięcia umożliwia stwierdzenie, że przedmiotem przedsięwzięcia może być połączenie czynności związanych z budową lub remontem obiektu budowlanego, wykonaniem dzieła, świadczeniem usług lub innych świadczeń¹⁶².

Partnerstwo to współpraca sektora publicznego i prywatnego mające na celu realizację przedsięwzięć tradycyjnie wykonywanych przez sektor publiczny. Współpraca ta zakłada, że każda ze stron wywiąże się z powierzonych jej zadań¹⁶³. Ustawodawca w art 1 ust. 2 uppp. wskazał, iż w ramach ppp. jest realizowane przedsięwzięcie, które zgodnie art. 2 pkt 4 uppp. jest to:

¹⁶⁰ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹⁶¹ T. Skoczyński, Ustawa..., s. 28.

¹⁶² M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., s. 110.

¹⁶³ B. Korbus, M. Strawiński, Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych, Warszawa 2009, s. 58–59.

- 1) budowa lub remont obiektu budowlanego;
- 2) świadczenie usług;
- 3) wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenie podwyższające jego wartość lub użyteczność; lub
- 4) inne świadczenie.

Należy wskazać, że wszystkie te czynności muszą być połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Przedstawiona definicja pozwala w sposób najszerszy objąć wszelkie płaszczyzny współpracy pomiędzy podmiotami publicznym i partnerami prywatnymi¹⁶⁴. Ponadto zamiarem ustawodawcy było również użycie pojęcia, które zostały określone w kc.

Budowa lub remont obiektu budowlanego jest przedsięwzięciem realizowanym w ramach ppp. jednak pojęcia tego nie można utożsamiać z umową o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 kc. Na podstawie wspomnianego przepisu „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”.

Powyższy przepis wskazuje na elementy wspomnianej umowy, m.in. wykonanie zgodnie z projektem obiektu przez wykonawcę oraz przekazanie terenu budowy, projektu, a także odebranie obiektu i zapłatę umówionego wynagrodzenia. Jednakże w przypadku realizacji projektów ppp., powyższy zakres czynności nie zawsze będzie występował. Wynika to z tego, że partner prywatny będzie zobowiązany do zaprojektowania, wykonania budowy lub remontu, oraz uzyskania niezbędnych pozwoleń do realizacji tych prac. Dodatkowo strona prywatna także utrzymywała eksploatowała lub zarządzała wzniesionym obiektem. Oznacza to, że partner ten nie odda obiektu inwestorowi, jak wynika to z przytoczonego art. 647 kc. Ponadto, pojęcie inwestora i wykonawcy nie jest tożsame z pojęciem podmiotu publicznego i partnera prywatnego w rozumieniu art. 2 pkt 1 i 2 uppp., gdyż w ppp. stroną prywatną zazwyczaj będzie inwestor w danym projekcie¹⁶⁵. Jak można zauważyć pojęcie umowy o roboty budowlane z art. 647 kc. jest określeniem węższym od terminu zawartego w art. 2 pkt 4 lit. a uppp.

Natomiast przy przedsięwzięciach dotyczących budowy lub remontu obiektu budowlanego

¹⁶⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy nr 1180), s. 10.

¹⁶⁵ Ibidem, s. 10-11.

należy posługiwać się przepisami ustawy - Prawo budowlane¹⁶⁶, gdyż normuje działalność obejmującą sprawy projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych oraz określa zasady działania organów administracji publicznej w tych dziedzinach. Zgodnie z art. 3 pkt 6 pr.bud., przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Natomiast art. 3 pkt 8 pr.bud. wskazuje, że przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnymi. Ponadto definicja obiektu budowlanego jest zawarta w art. 3 pkt 1 pr.bud. w ujęciu której należy rozumieć jako budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.

Jednakże przepisy pr.bud. nie wskazują zakres zobowiązań stron umowy o ppp. Wspomniana ustawa określa zobowiązania uczestników procesu inwestycyjnego. Natomiast stosunek między partnerem prywatnym i podmiotem publicznym będzie określała umowa o ppp. posiadająca elementy umowy cywilnoprawnej. Oznacza to, że przedsięwzięcie w formie budowy lub remontu obiektu budowlanego wskazanym w art. 2 pkt 4 lit. a uppp. należy definiować zgodnie z art. 3 pr. bud. Natomiast stosunek współpracy stron w tym zakresie będzie regulowany umową o ppp., która treścią nie musi nawiązywać do art. 647 kc.¹⁶⁷

Kolejnym rodzajem przedsięwzięcia jest świadczenie usług, o którym mowa w art. 2 pkt 4 lit. b uppp. Określenie to związane jest z prawem cywilnym i odnaleźć można je w art. 750 kc.¹⁶⁸ Jednakże przepis ten nie definiuje tego pojęcia. Treść art. 750 kc. wskazuje, że „do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu”. W wyniku braku definicji ustawowej w polskim systemie prawnym, należy odwołać się do doktryny prawa cywilnego, która wskazuje, iż świadczenie usług polega na działaniu (łac. *facere*)¹⁶⁹. Oznacza to, że jest to świadczenie polegające na działaniu¹⁷⁰. Natomiast zgodnie z art. 353 § 2 kc. świadczeniem może również polegać na zaniechaniu. Może ono przybrać formę jednej lub wielu czynności faktycznych, które mogą być wykonywane

¹⁶⁶ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 z późn. zm.), powoływana dalej jako „pr.bud.”.

¹⁶⁷ M. Wawrzyniak, Umowa o partnerstwo publiczno-prywatnym, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego”, PAPP 2013, nr 7, s. 6.

¹⁶⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy nr 1180), s. 11.

¹⁶⁹ K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. 2, Komentarz do artykułów 450-1088, Warszawa 2005, s. 574-575.

¹⁷⁰ M. Kania, Zamówienia..., s. 137.

w sposób stały¹⁷¹. Ponadto świadczenie usług jest czynność dokonywaną na rzecz innej osoby¹⁷². Natomiast usługą nie będzie wykonanie dzieła¹⁷³. Odróżnienie świadczenia usług od wykonania dzieła może nie być łatwe. Jednakże, aby uznać, że przedmiotem umowy jest świadczenie usług, należy określić, czy mamy do czynienia z umową o dzieło. Charakterystyczne dla tego rodzaju umowy jest osiągnięcie z góry zakładanego rezultatu¹⁷⁴. W sytuacji braku takiej cechy, a mamy do czynienia z czynnościami faktycznymi, wtedy można mówić o usłudze. Przykładem może być to, że przedmiotem umowy jest stworzenie oznaczonego dzieła, wtedy mamy do czynienia z umową o dzieło. Jednakże, gdy umowa dotyczy przykładowo doradztwa prawnego, będzie to umowa o świadczenie usług. Należy nadmienić, iż określenie zawarte w art. 2 pkt 4 lit. b uppp. dotyczące świadczenia usług, nie można identyfikować z definicją usług określonym w art. 2 pkt 10 upzp. Zgodnie z tym przepisem, przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy.¹⁷⁵

Przepis art. 2 pkt 4 lit. c uppp. wskazuje, iż przedsięwzięciem jest wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność. W tym wypadku ustawodawca odwołuje się do art. 627 kc.¹⁷⁶ Przepis ten nie definiuje pojęcia dzieła, a jedynie wskazuje, że „przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia”.

W literaturze wskazuje się, że z dziełem mamy do czynienia, gdy przedmiotem umowy jest wykonanie z góry oznaczonego rezultatu¹⁷⁷. Oznacza to, że przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania nowego dzieła. Natomiast może ono być stworzone od początku lub powstać z przetworzenia innych dzieł¹⁷⁸. Zgodnie art. 2 pkt 4 lit. c uppp. dzieła może dotyczyć w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność. Należy zaznaczyć, iż jest to tylko przykład formy wykonania dzieła, tym samym inne dzieła mogą być przedmiotem przedsięwzięcia¹⁷⁹. Zgodnie z art. 2 pkt 3 uppp. składnik majątkowy to nieruchomości, część składową nieruchomości, przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55 [1] kc., rzecz ruchomą oraz prawo majątkowe. Z kolei przedsiębiorstwem w ujęciu art. 55 [1] kc. jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej, który obejmuje m.in.:

¹⁷¹ E. Gniewek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2010, komentarz do art. 750.

¹⁷² A. Doliwa, Zobowiązania, Warszawa 2010, s. 254.

¹⁷³ L. Ogiegło, Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych, Katowice 1989, s. 185 i n.

¹⁷⁴ E. Gniewek (red.), Kodeks cywilny..., komentarz do art. 750.

¹⁷⁵ M. Kania, Zamówienia..., s. 138.

¹⁷⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy nr 1180), s. 11.

¹⁷⁷ A. Doliwa, Zobowiązania, Warszawa 2010, s. 218.

¹⁷⁸ K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny..., t. 2, s. 350.

¹⁷⁹ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

- 1) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);
- 2) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;
- 3) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;
- 4) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne;
- 5) koncesje, licencje i zezwolenia;
- 6) patenty i inne prawa własności przemysłowej;
- 7) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;
- 8) tajemnice przedsiębiorstwa;
- 9) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Pomimo, że art. 2 pkt 4 lit. c uppp. odwołuje się do pojęcia dzieła w rozumieniu art. 627 kc., to umowa o ppp. nie zawsze będzie *stricte* umową o dzieło. Oprócz elementów określonych w 627 kc. i n., umowa o partnerstwo będzie zawierała postanowienia nie do końca zgodne z charakterem umowy o dzieło, które mogą wykraczać poza jej zakres¹⁸⁰.

Przedsięwzięciem partnerstwa mogą być również inne świadczenia zgodnie z art. 2 pkt 4 lit. d uppp., Ustawodawca nie wskazał w niniejszej ustawie o jakie świadczenia chodzi, jednakże należy rozumieć, iż są to świadczenia inne od wymienionych w art. 2 pkt 4 lit. a-c uppp. Ponadto ustawa nie wskazuje na żadne ograniczenia w ujęciu przedmiotowym tych świadczeń. Oznacza to, że przedsięwzięciem ppp. mogą być wszelkie świadczenia, które są przedmiotem obrotu¹⁸¹. Dodatkowo, ustawa nie ogranicza możliwości łączenia świadczeń wymienionych w art. 2 pkt 4 lit. a-d uppp.¹⁸²

Istotą przedsięwzięć ppp. wymienionych w art. 2 pkt 4 lit. a-d uppp. jest połączenie ich w czynnościach związanych z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikami majątkowymi, które są wykorzystywane do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub są z nimi związane. Czynności te odróżniają partnerstwo od zamówienia publicznego i koncesji na roboty budowlane lub usługi. Przykładowo projekt partnerstwa dotyczący tylko wybudowania obiektu budowlanego bez utrzymania lub zarządzania nim będzie zamówieniem publicznym, mimo rozłożenia płatności

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ Uzasadnienie do projekt ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy nr 1180), s. 11, gdzie stwierdza się: „Projektowany przepis art. 2 pkt 4 lit. d otwiera katalog możliwych przedsięwzięć na wszelkie dziedziny i rodzaje świadczeń partnera prywatnego”.

¹⁸² T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

na kilka lat¹⁸³.

Dokonując analizy art. 2 pkt 4 uppp. można zauważyć, że nie konkretyzuje kwestii czynności utrzymania lub zarządzania składnikami majątkowymi, które są wykorzystywane do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub są z nimi związane. Ustawodawca nie wskazał, aby do tych czynności zobowiązany był partner prywatny. Jednakże, mając na uwadze cel ppp. można wysnuć wniosek, że to strona prywatna partnerstwa będzie musiała utrzymywać lub zarządzać przedsięwzięciem. Natomiast, nie stoi na przeszkodzie, żeby część obowiązków związanych z utrzymaniem lub zarządzaniem obciążać podmiot publiczny. Pod warunkiem, że znaczna część tych działań będzie znajdowała się u partnera prywatnego¹⁸⁴.

Utrzymanie składników majątkowych związane jest z czynnościami zmierzającymi do niepogorszenia ich stanu. Działania te powinny być realizowane z należytą starannością i według zasad racjonalnego gospodarowania. Może również polegać na dbaniu o prawidłowe funkcjonowanie tych składników. Natomiast zarządzanie związane jest z podejmowaniem decyzji lub czynności zmierzających do racjonalnego wykorzystania składnika majątkowego¹⁸⁵.

Zdaniem T. Skoczyńskiego „czynności utrzymania to zespół takich działań, które zmierzają do utrzymania substancji danego składnika majątkowego w stanie niepogorszonym i zdatnym do korzystania”. Wspomniane czynności mogą być różne, w zależności od rodzaju przedsięwzięcia i składników majątkowych. Przykładami tych czynności będą remonty, usterek, obsługa techniczna, konserwacja urządzeń, usuwanie wad i przeglądy techniczne. Dodatkowo, mogą być to działania, których celem jest zwiększenie użyteczności składnika majątkowego. Ponadto, autor ten wskazał, że „czynności zarządzania to zespół działań polegających na podejmowaniu decyzji i działań mających na celu możliwie najkorzystniejsze i najefektywniejsze wykorzystywanie składnika majątkowego, zgodnie z ustalonym przez strony jego przeznaczeniem”¹⁸⁶.

Należy nadmienić, że przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami¹⁸⁷ zawierają definicję zarządzania, jednakże dotyczy ona nieruchomości. Zgodnie z art. 184b ugn. „zarządzanie nieruchomością polega na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu zapewnienie racjonalnej gospodarki nieruchomością, w szczególności:

- 1) właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej nieruchomości;

¹⁸³ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ R. Cieślak, B. Korbus, Partnerstwo publiczno-prywatne: od pomysłu do wyboru partnera prywatnego, Warszawa 2014 s. 14 i 15, M. Bitner, A. Kozłowska, M. Kulesza, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Warszawa 2006, s. 64 i 65.

¹⁸⁶ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹⁸⁷ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2020 r., poz. 1990), powołana dalej jako „ugn.”.

- 2) bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości;
- 3) właściwej gospodarki energetycznej w rozumieniu przepisów prawa energetycznego¹⁸⁸;
- 4) bieżące administrowanie nieruchomością;
- 5) utrzymanie nieruchomości w stanie nie pogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem;
- 6) uzasadnione inwestowanie w nieruchomość”.

Powyższy przepis będzie miał zastosowanie w projektach ppp. w sytuacji, gdy składnikiem majątkowym będzie nieruchomość.

Należy nadmienić, iż czynności związane z utrzymaniem i zarządzaniem składnika majątkowego mogą powodować dla partnera prywatnego konieczności pokrycia niezbędnych kosztów lub poniesienia nakładów zwiększających użyteczność tego składnika. Kwestię tą powinna określać umowa o ppp., w szczególności wskazywać podział zadań i kosztów związanych z tymi czynnościami¹⁸⁹.

Kwestia utrzymania lub zarządzania składnika majątkowego musi przynajmniej w części charakteryzować się elementami wspomnianymi powyżej, żeby przedsięwzięcie zakwalifikować jako ppp. Przepisy uppp. nie wskazują zakresu funkcjonalnego i czasowego utrzymania składników majątkowych wykorzystywanych do realizacji przedsięwzięcia lub z nim związanych. Oznacza to, że wystarczającym będzie zobowiązanie partnera prywatnego do wykonywania dowolnych czynności, np. obowiązek utrzymania technicznego. Sytuacja odnosi się podobnie do obowiązku zarządzania składnikami majątkowymi przez partnera prywatnego. Przepisy uppp. dotyczące czynności utrzymania lub zarządzania nie określają ram czasowych wykonywania tego obowiązku przez partnera prywatnego, to działania te będą wykonywane przez cały okres trwania umowy o ppp. Natomiast, postanowienia umowy o ppp. mogą określać realizację tych czynności na czas krótszy niż czas trwania umowy, lecz obowiązki te nie mogą mieć jednak charakteru pozornego. Wynika to wprost z definicji przedsięwzięcia, które nakłada powinność wykonywania pieczy nad składnikami majątkowymi w okresie trwania umowy o ppp. Oznacza to, że brak w umowie o ppp. postanowień dotyczących obowiązku partnera prywatnego do utrzymania lub zarządzania składnikiem majątkowym albo określenie tego obowiązku w stopniu istotnie mniejszym niż obowiązki w tym zakresie podmiotu publicznego, nie będzie umową o partnerstwo¹⁹⁰.

1.4. Rodzaje ryzyka i ich podział w partnerstwie publiczno-prywatnym

Jak zasygnalizowano powyżej (por. podrozdział 1.2.2) partnerstwo polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Jednym z istotnych części ppp. jest definicja ryzyka. Jednakże przepisy

¹⁸⁸ Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2020 r. poz. 833 z późn. zm.).

¹⁸⁹ T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Komentarz do art. 2, Warszawa 2011.

¹⁹⁰ M. Wawrzyniak, Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym, „Biuletyn partnerstwa publiczno-prywatnego”, 2013, s. 7.

uppp. nie wyjaśniają znaczenia tego terminu. W uzasadnieniu do wspomnianej ustawy wskazano, że: „Inaczej niż obowiązująca ustawa, projekt ustawy nie precyzuje co to jest ryzyko, ani nie wprowadza kategorii ryzyka. Wspomnienie ryzyka ma na celu jedynie podkreślenie, że partnerzy mają realizować przedsięwzięcie wspólnie”¹⁹¹. W języku potocznym pojęcie „ryzyko” jest rozumiane jako „możliwość, że coś się nie uda lub też przedsięwzięcie, którego wynik jest niepewny”¹⁹². Powyżej przedstawione stanowisko w uzasadnieniu zmieniło się 2012 r. w związku z kwestią dotyczącą wpływu umów ppp. na poziom państwowego długu publicznego i deficyt sektora finansów publicznych (por. podrozdział 4.3.). W celu uregulowania tej tematyki konieczne było odwołanie się do rodzajów ryzyka przedstawionych w decyzji wydanej przez Europejski Urząd Statystyczny (powołana dalej jako „EUROSTAT”)¹⁹³. Podkreślono w niej, iż umowa o ppp. nie wpływa na dług sektora finansów publicznych w sytuacji, gdy po stronie partnera prywatnego będzie znajdowało się ryzyko budowy i jedno z ryzyka: popytu albo dostępności. Przyczyniło się to do potrzeby wyjaśnienia w polskim systemie prawnym, które ryzyka są związane z ryzykiem dostępności, budowy i popytu. Ponadto, konieczne było określenie wpływu uwarunkowań tj. przeniesienie aktywów po wygaśnięciu umowy o ppp. lub finansowanie projektów przez podmiot publiczny, na kształtowanie się wspomnianych ryzyka¹⁹⁴.

Umowa o ppp. powinna być sformułowana w ten sposób, aby ryzyko dotyczące projektów partnerstwa były lokowane u tej strony, która najlepiej potrafi sobie z nim radzić. Optymalna alokacja ryzyka pomiędzy podmiotami partnerstwa wpływa na powodzenie danego projektu ppp. Sukces ten umożliwia zaspokajania potrzeb społecznych oraz wpływa na zdolność generowania przychodów, a także pozwala efektywniej realizować zadania publiczne. Ryzyko również nie zostało zdefiniowane w uppp. z 2005 r. Pojęcie to miało być wprowadzone w nowelizacja do uppp. z 2005 r. Nowelizacja ta opisywała „ryzyko jako prawdopodobieństwo wystąpienia wyniku mniejszego od oczekiwanego na skutek zdarzeń nieprzewidzianych, wyliczone w pieniądzu i wymagające pokrycia finansowego”¹⁹⁵. Kwestie związane z ryzykiem od dawna są przedmiotem nauk ekonomicznych. Pojęcie to było powiązane z modelem z ang. *project finance*¹⁹⁶, będącym system finansowania projektów¹⁹⁷.

¹⁹¹ Uzasadnienie do projekt ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy nr 1180), s. 6.

¹⁹² M. Szymczak (red.), Słownik języka polskiego, Warszawa 1981, t. 3, s. 155.

¹⁹³ Decyzja Eurostatu nr 18/2004 z 11 lutego 2004 r. dotycząca deficytu i długu. Traktowanie partnerstwa publiczno-prywatnego.

¹⁹⁴ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., Komentarz do art. 1., s. 31 i 32.

¹⁹⁵ Art. 4 pkt 8 projektu zmiany uppp. z 2005 r.

¹⁹⁶ *Project finance* oznacza proces organizacji i zapewnienia źródeł finansowania konkretnego przedsięwzięcia inwestycyjnego w postaci nowego przedsiębiorstwa lub obiektu infrastrukturalnego. Jest to finansowanie realizacji projektu inwestycyjnego oparte na zasadzie, że podstawowym źródłem spłaty kredytu, zaciągniętego na przeprowadzenie przedsięwzięcia, jest nadwyżka finansowa generowana przez projekt, podstawowym zaś zabezpieczeniem tego kredytu jest majątek (aktywa), powstający w wyniku realizacji projektu. Zob. P. Kwiatkowski, *Project finance - metoda finansowania przedsięwzięć inwestycyjnych*, „Bank i Kredyt” 1998, nr 1 - 2, s. 51.

¹⁹⁷ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., Komentarz do art. 1., s. 32.

Podmiot publiczny przygotowujący przedsięwzięcie ppp. powinien rozpoznać wszystkie związane z nim ryzyka mogące wystąpić w okresie obowiązywania umowy o partnerstwo. W umowie tej powinno być zawarte postanowienia określające sposób rozłożenia ryzyka między stronami umożliwiające podmiotowi publicznemu osiągnięcie korzystnego poziomu z ang. *value for money*¹⁹⁸, a partnerowi prywatnemu pozwoli osiągnąć zysk z zainwestowanego kapitału, natomiast przedsięwzięciu da możliwość spełnienia warunków finansowania z ang. *bankability*¹⁹⁹. Dokonując analizy ryzyka przedsięwzięcia ppp. podmioty publiczne wykorzystują tzw. matryce ryzyka²⁰⁰.

Na każdym etapie wykonywania projektu ppp.²⁰¹ mogą występować różne typy ryzyka. Przykładem takim może być ryzyko opóźnienia w zakończeniu prac budowlanych, które pojawia się w fazie konstrukcyjnej. Natomiast na etapie eksploatacji projektu występuje ryzyko wykonania dodatkowych prac konserwacyjnych nie ujętych wcześniej w planie realizacji projektu ppp. Wskazać można także na ryzyka finansowe, które może dotyczyć zmienności stóp procentowych, występujące aż do momentu spłaty całego finansowania zaciągniętego na jego wykonanie²⁰².

Należy zauważyć, iż podczas realizacji projektów ppp. ryzyka z nim związane ulegają zmianie. Największe ryzyko jest w momencie, gdy dane przedsięwzięcie nie przynosi przychodów, a strony ppp. ponoszą wysokie nakłady kapitałowe. Natomiast, ryzyko to ulega zmniejszeniu, gdy partner prywatny zacznie świadczyć daną usługę zgodnie z zawartą umową. Należy mieć na uwadze, że przy finalizacji projektów ppp. może wystąpić tzw. ryzyko wartości rezydualnej²⁰³.

W ramach ryzyka fazy planowania przedsięwzięcia, można wyróżnić²⁰⁴:

- 1) ryzyko specyfikacji efektu końcowego występujące w sytuacji, gdy brak jest zgodności specyfikacji efektu końcowego z rzeczywistymi wymaganiami podmiotu publicznego;
- 2) ryzyko błędnego planowania skutkujące opóźnieniami i wzrostem wydatków projektu;
- 3) ryzyko dotyczące nabycia terenu pod inwestycje występujące w sytuacji, opóźnień i występowania dodatkowych wydatków dotyczących nabyciem nieruchomości pod wykonanie przedsięwzięcia;

¹⁹⁸ Value for Money, powołany dalej jako „VfM”, jest istotnym elementem w mechanizmie funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego np. w Wielkiej Brytanii. Pojęcie to oznacza relatywną korzyść dla finansów publicznych, która może być osiągnięta w wyniku zastosowania formuły ppp. w porównaniu z formułą projektu inwestycyjnego, realizowanego w trybie zamówień publicznych. Reguły dotyczące metodologii oceny VfM możliwej do osiągnięcia w projektach infrastrukturalnych mają kluczowe znaczenie w procesie decyzyjnym, prowadzącym do wdrożenia projektu. Wykazanie, że dane przedsięwzięcie pozwala na uzyskanie VfM jest podstawowym warunkiem wyboru formuły ppp. do jego realizacji.

¹⁹⁹ Tłumaczenie własne: bankowość, potencjał przynoszenia dużych zysków lub być akceptowanym przez banki (np. o czeku, funduszu).

²⁰⁰ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., Komentarz do art. 1. s. 33.

²⁰¹ Chodzi tu o etap planowania, etap projektowania i budowy oraz etap eksploatacji.

²⁰² M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., Komentarz do art. 1., s. 33.

²⁰³ T. Jedwabny, L. Richards, Charakterystyka transakcji PPP, w: A. Gajewska-Jedwabny (red.), Partnerstwo publiczno-prywatne, Warszawa 2007, s. 31 i n.

²⁰⁴ Ibidem.

- 4) ryzyko braku pozwoleń skutkujące opóźnieniami i wzrostem kosztów występujące w sytuacji, gdy istnieje potrzeba ubiegania się o niezbędne pozwolenia administracyjne;
- 5) ryzyko zarządzania występujące w sytuacji, gdy brak jest skutecznego zarządzania procesami inwestycyjnymi;
- 6) ryzyko konsultacji społecznych ma miejsce, gdy jest potrzeba dokonania dodatkowych konsultacji społecznych;
- 7) ryzyka związane z ochroną środowiska występujące w sytuacji, gdy istnieje konieczność sprostania zaostrzających się przepisów ochrony środowiska.

W ramach ryzyka projektowania i budowy można wyróżnić²⁰⁵:

- 1) ryzyko niezrozumienia założeń projektowych powodujących potrzebę wprowadzenia zmian do dokumentacji projektowej skutkujące opóźnieniami i wzrostem wydatków;
- 2) ryzyko niedostosowania projektu wywołujące potrzebę wprowadzenia zmian do dokumentacji projektowej ze względu na niedostosowanie projektu do specyfikacji efektu końcowego;
- 3) ryzyko żądania zmian, powodujące potrzebę dokonania zmian w dokumentacji projektowej inwestycji skutkujące opóźnieniami i wzrostem wydatków ze względu na wspomniane zmiany wymagane przez podmiot publiczny na etapie budowy lub projektowania;
- 4) ryzyko związane z ochroną środowiska kreujące potrzebę wprowadzenia modyfikacji do dokumentacji projektowej skutkujące opóźnieniami i wzrostem wydatków ze względu na przewidywany negatywny wpływ projektu na środowisko naturalne;
- 5) ryzyko przekazania terenu pod budowę, występuje przy zwłoce w rozpoczęciu budowy z powodu nie terminowego przekazania nieruchomości pod budowę przez podmiot publiczny;
- 6) ryzyko archeologiczne występujące z powodu odkryć archeologicznych na terenie budowy;
- 7) ryzyko geologiczne związane z negatywnymi warunkami geologicznymi terenu budowy;
- 8) ryzyko warunków meteorologicznych związane jest z nieoczekiwanymi i negatywnymi zmianami pogodowymi;
- 9) ryzyko akcji protestacyjnej dotyczące prowadzenia protestów społecznych;
- 10) ryzyko braku zasobów skutkujące opóźnieniami i wzrostem wydatków związanych z budową spowodowanych brakiem wykwalifikowanej siły roboczej i terminowej dostawy materiałów budowlanych lub mediów;
- 11) ryzyko niedostatecznej jakości zasobów, związane jest z nieadekwatną jakością wykonywanych prac lub dostarczanych materiałów budowlanych;

²⁰⁵ Ibidem.

- 12) ryzyko strajków dotyczy akcji protestacyjnych i strajków pracowniczych wykonawcy lub podwykonawców;
- 13) ryzyko technologiczne, związane jest z użyciem nowej albo nieodpowiedniej nowej technologii;
- 14) ryzyko podwykonawców, związany jest z brakiem wykonania lub niesatysfakcjonującą jakością robót lub usług zleconych podwykonawcom, a także ryzyko ich upadłości;
- 15) ryzyko odpowiedzialności cywilnej, dotyczy szkód wyrządzonych osobom trzecim w wyniku prowadzonej budowy;
- 16) ryzyko wypadków oraz związane z tym opóźnienia lub dodatkowe wydatki spowodowane wypadkami na terenie budowy;
- 17) ryzyko przekroczenia budżetu oraz wynikające z tego opóźnienia terminu zakończenia robót budowlanych;
- 18) ryzyko braku zgodności powodujące opóźnienia oraz dodatkowe wydatki związane z brakiem zgodności poszczególnych elementów infrastruktury koniecznych do świadczenia zakontraktowanych usług;
- 19) ryzyko odbioru, związane jest z niezgodnością wybudowanego składnika majątkowego z dokumentacją projektową.

W ramach ryzyka operacyjnego można wyróżnić²⁰⁶:

- 1) ryzyko przekroczenia budżetu, które dotyczy niebezpieczeństwa przekroczenia zakładanych wydatków operacyjnych;
- 2) ryzyko wad polegające na wzroście kosztów eksploatacji lub na dodatkowych nakładach inwestycyjnych związanych z potrzebą usunięcia wad ukrytych po upływie okresu rękojmi i gwarancji;
- 3) ryzyko błędów w dokumentacji projektowej skutkujących wzrostem wydatków inwestycyjnych z powodowanych popełnieniem błędów w dokumentacji projektowej;
- 4) ryzyko spadku jakości, które dotyczy obniżenia jakości usług poniżej uzgodnionych standardów;
- 5) ryzyko ograniczonej dostępności, występuje w sytuacji niskiego poziomu dostępność usług;
- 6) ryzyko zużycia i przestarzałości technologicznej związane jest z wzrostem nakładów inwestycyjnych na składniki majątkowe w związku z szybszym niż prognozowanym jego zużyciem lub nieprzewidzianą przestarzałością technologiczną;
- 7) ryzyko strajków związane z problemem w dostępności oraz jakości usług albo wzrost wydatków ich świadczenia ze względu na strajki i akcje protestacyjne pracowników wykonawcy lub podwykonawców;

²⁰⁶ Ibidem.

- 8) ryzyko braku zasobów związane z problemami w dostępnością oraz jakością usług albo wzrost wydatków ich świadczenia ze względu na brak oraz niedobór wykwalifikowanej siły roboczej i punktualnej dostawy materiałów;
- 9) ryzyko żądania zmian, skutkujące wzrostem wydatków związanych ze zmianą w specyfikacji usług wymaganych przez podmiot publiczny;
- 10) ryzyko odpowiedzialności cywilnej powodujące wzrost wydatków z uwagi na potrzebę naprawienia szkód wyrządzonych użytkownikom usług;
- 11) ryzyka związane z ochroną środowiska skutkujących wzrostem wydatków na potrzeby związane ze spełnieniem wymagań dotyczących ochrony środowiska;
- 12) ryzyko podwykonawców, które dotyczy problemów z dostępnością lub jakością usług lub wzrostem kosztów ich świadczenia ze względu na brak wykonania lub niedostateczną jakość prac zleconych podwykonawcom, a także ryzyko ich upadłości;
- 13) ryzyko zarządzania, związane z wzrostem wydatków powstałych w wyniku braku skutecznego zarządzania projektem;
- 14) ryzyko zniszczenia aktywów, czyli problemy z dostępnością lub jakością usług lub wzrost kosztów ich świadczenia ze względu na zniszczenie aktywów spowodowane błędami w eksploatacji.

W ramach ryzyka popytu można wyróżnić²⁰⁷:

- 1) ryzyko prognoz związanych z niższym niż przewidywanym poziomem popytu spowodowane błędami w metodologii sporządzonych prognoz popytu;
- 2) ryzyko błędnych założeń, czyli niższy niż przewidywany poziom popytu ze względu na niezgodność założeń przyjętych w celu sporządzenia prognoz popytu z rzeczywistością;
- 3) ryzyko elastyczności popytu, występujący w sytuacji, gdy jest wyższy od planowanego spadku popytu ze względu na wzrost cen usługi;
- 4) ryzyko konkurencji dotyczącego kwestii nieodpowiedniego poziomu przychodów uzyskanych z przedsięwzięcia z uwagi na pojawienie się alternatywnych źródeł zakontraktowanej usługi.

W ramach ryzyka finansowego można wyróżnić²⁰⁸:

- 1) ryzyko braku środków finansowych wiąże się z brakiem środków przez partnera publicznego na pokrycie wydatków spółki projektowej;
- 2) ryzyko nieadekwatnego mechanizmu płatności, związane jest z niższym niż planowany poziom przychodów ze względu na przyjęcie nieadekwatnego

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Ibidem.

do warunków projektu mechanizmu płatności;

- 3) ryzyko zmiany stóp procentowych związane jest ze wzrostem stóp procentowych;
- 4) ryzyko inflacji związane ze wzrostem poziomu inflacji, które nie można było przewidzieć;
- 5) ryzyko zmiany kursów walutowych, związany jest z wystąpieniem niekorzystnego kursu walutowego;
- 6) ryzyko nieadekwatnej struktury finansowania skutkującą wzrostem nakładów finansowych z powodu nieodpowiedniej struktury finansowania;
- 7) ryzyko podatkowe skutkujące dodatkowymi wydatkami projektu w związku z niespodziewaną, negatywną zmianą zasad opodatkowania;
- 8) ryzyko ubezpieczeniowe skutkujące wzrostem wydatków ubezpieczenia.

W ramach ryzyka politycznego i gospodarczego można wyróżnić²⁰⁹:

- 1) ryzyko pogorszenia sytuacji gospodarczej, związane jest z pogorszeniem się warunków makroekonomicznych;
- 2) ryzyko wypowiedzenia umowy dotyczy sytuacji przedwczesnego wypowiedzenia lub renegegowania warunków umowy ze względu na decyzje o charakterze politycznym.

W ramach ryzyka legislacyjnego można wyróżnić²¹⁰:

- 1) ryzyko zmiany szczególnych przepisów prawa związane z opóźnieniami oraz wzrostem wydatków ze względu na zmiany przepisów i regulacji mających bezpośredni wpływ na projekt;
- 2) ryzyko zmiany ogólnych przepisów prawa skutkujących opóźnieniami oraz wzrostem wydatków z powodu zmiany przepisów i regulacji o charakterze ogólnym, mających wpływ na projekt.

W ramach ryzyka wartości rezydualnej można wyróżnić²¹¹:

- 1) ryzyko dodatkowych nakładów przed zakończeniem umowy skutkujące wzrostem nakładów dotyczących potrzeby doprowadzenia składnika majątkowego do stanu określonego w umowie projektu przed oddaniem go podmiotowi publicznemu;
- 2) ryzyko wartości rezydualnej skutkujące wystąpieniem rozbieżności między wartością rynkową składnika majątkowego w momencie oddania go partnerowi publicznemu, a jego wartością opisaną w kontrakcie o ppp.

Projekty ppp. są również narażone na ryzyko siły wyższej, która w sposób stały lub okresowy może uniemożliwić wykonywanie robót budowlanych albo przeszkodzić w świadczeniu usług. Zazwyczaj, przybiera to formę zdarzenia niezależnego od działań podmiotu publicznego i partnera

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Ibidem.

prywatnego. Przykładami takimi mogą być powódź, zamach terrorystyczny, trzęsienie ziemi, wojna²¹². Ten rodzaj ryzyka jest na ogół rozłożony jest na obie strony partnerstwa, w szczególności w przypadku zdarzeń nieubezpieczonych²¹³.

W projektach ppp. ryzyko występujące w fazie planowania jest przejmowane przez stronę publiczną. Natomiast pewne ryzyka mogą być przejęte przez stronę prywatną, m.in. ryzyko uzyskania określonych pozwoleń administracyjnych. Ryzyko projektowania i budowy z reguły jest przenoszone na partnera prywatnego. Jednakże strona ta nie ponosi ryzyka związanego z opóźnieniami w robotach budowlanych, spowodowanego modyfikacjami w projekcie dokonanymi przez podmiot publiczny. Natomiast ryzyko operacyjne jest głównie lokowane po stronie partnera prywatnego. Związane jest ono ze strukturą systemu wynagrodzenia, kształtującego się w sposób niezależny od realnych wydatków eksploatacyjnych. Tymczasem ryzyko popytu jest rozkładany pomiędzy stronami w zależności od charakteru realizowanych projektów ppp. Sytuacja odmiennie kształtuje się odnośnie do ryzyka finansowego, które głównie było ulokowane u partnera prywatnego po zawarciu umowy projektu i podpisaniu dokumentacji finansowej. Jednakże w ostatnich latach ryzyko to zostało częściowo przejęte przez podmiot publiczny. Natomiast postronnie podmiotu publicznego zostało ryzyko gospodarcze i polityczne. Po stronie tych podmiotów również pozostało ryzyko legislacyjne. Dotyczy ono sytuacji, których zmiany przepisów prawa wpływają na projekt ppp. Należy zaznaczyć, iż w przypadkach dotyczących zmian w prawie o charakterze ogólnym to ryzyko legislacyjne przeniesione zostaje na partnera prywatnego²¹⁴.

1.5. Wnioski częściowe

Teoretyczne rozważania zaprezentowane w rozdziale pierwszym umożliwiły sformułowanie poniższych wniosków o charakterze ogólnym na temat ppp.

Po pierwsze, partnerstwo jest definiowane zarówno w ujęciu doktrynalnym jak i ustawowym, jako współpraca podmiotu publicznego i prywatnego podejmowana w celu realizacji przedsięwzięcia opartego na podziale zadań i ryzyka pomiędzy tymi podmiotami. Partnerstwo publiczno-prywatne jest porozumieniem dwóch lub więcej stron na rzecz osiągnięcia wspólnego celu. Strony tej instytucji mają wspólne prawa i obowiązki, które są określane umową. Kluczowymi elementami umowy o ppp. są: ustalenie podmiotów partnerstwa, przedmiot, alokacja ryzyka i podział zadań. Omawiana instytucja prawna to współpraca dwóch sektorów: sektora publicznego odpowiedzialnego za realizację zadań publicznych oraz sektora prywatnego, którego

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem, s. 37 i n.

²¹⁴ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., Komentarz do art. 1., s. 40 i 41.

celem jest osiągnięcie zysku.

Przedmiotowe partnerstwo pomiędzy tymi sektorami pozwala na zaangażowanie kapitału prywatnego pozwalającego na realizację wielu inwestycji, które nie mogłyby być zrealizowane w sytuacji znacznych ograniczeń budżetowych, szczególnie w warunkach kryzysowych oraz konieczności działań zmierzających do zmniejszenia wydatków i deficytu publicznego.

Dzięki temu rozwiązaniu prawnemu istnieje możliwość wprowadzenia konkurencyjności na rynkach dotychczas zmonopolizowanych poprzez aktywizację sektora prywatnego w tych obszarach rynku. Oznacza to, że wykonywanie zadań publicznych podlegających warunkom rynkowym, zwiększy ich efektywność oraz jakość. Natomiast zwiększenie efektywności w formule ppp. jest dokonywane poprzez wykorzystanie zasobów i generowanie wartości handlowej z aktywów sektora publicznego. Jest to możliwe poprzez wykorzystanie technologii i rozwiązań będących w posiadaniu podmiotów prywatnych w zakresie realizacji niektórych zadań publicznych, w tym przede wszystkim metod nowoczesnego zarządzania.

Po drugie, przepisy uppp. wskazują na ograniczenie w ujęciu podmiotowym w stosowaniu instytucji ppp. do realizacji zadań publicznych. Przedmiotową instytucję mogą wykorzystywać tylko te podmioty publiczne, które zostały wymienione w art. 2 pkt 1 uppp. z wyjątkiem tych jednostek, które zostały wyłączone na podstawie w art. 9 pkt 14 upf. Wyłączenie te dotyczy przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków i spółek prawa handlowego. Oznacza to, iż przedsiębiorstwa i spółki prawa handlowego, których udziałowcem lub organem założycielskim jest Skarb Państwa lub jst. powoduje, że podmioty te mogą być uznane za podmioty publiczne na podstawie ustawy uppp. Ograniczenie to może być zniesione, jeżeli te podmioty zakwalifikowane zostaną jako osoby prawne utworzone do zaspokojenia potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

Kolejne ograniczenie w ujęciu podmiotowym odnosi się do partnera prywatnego, który na podstawie art. 2 pkt 2 uppp. jest definiowany jako przedsiębiorca lub przedsiębiorca zagraniczny. Mowa tu o podmiotach wykonujących działalność gospodarczą w celu zarobkowym, we własnym imieniu i w sposób ciągły. Oznacza to, iż partnerami prywatnymi nie będą podmioty realizujące zadania o charakterze publicznym, które ponoszą nakłady i biorą na siebie ryzyko gospodarcze *pro publico bono*. Mając na uwadze powyższe, partnerami prywatnymi nie będą stowarzyszenia, fundacje, kościoły i inne związki zawodowe, gdyż nie mają statusu przedsiębiorcy i nie są powołane do celów komercyjnych.

Należy nadmienić, iż spółki cywilne również nie mogą być stroną ppp. Spółki te nie mają statusu przedsiębiorcy, gdyż nie posiadają zdolności prawnej. Zdolność taką posiadają wspólnicy spółki cywilnej i to oni mogą być partnerami prywatnymi w rozumieniu uppp.

W projektach partnerstwa podmiotami prywatnymi będą najczęściej spółki handlowe (spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa, spółka komandytowo-akcyjna, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna)²¹⁵. W gospodarce rynkowej, spółki te często występują wspólnie jako grupa wykonawców tzw. konsorcjum. Należy zaznaczyć, że konsorcjum nie posiada statusu przedsiębiorcy, więc nie może być stroną ppp. Natomiast status ten posiada każdy jego członek.

Po trzecie, przedmiotem partnerstwa jest realizacja przedsięwzięcia w formie: budowy lub remontu obiektu budowlanego; świadczenia usług; wykonania dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenie podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub inne świadczenie. Istotnym elementem wspomnianego przedsięwzięcia ppp. jest czynność dotycząca utrzymania lub zarządzania składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Ten element jednoznacznie wyróżnia partnerstwo od zamówienia publicznego czy też koncesji na roboty budowlane lub usługi. Oznacza to, że przedsięwzięcie publiczno-prywatne bez czynności polegającej na utrzymaniu lub zarządzaniu składnikiem majątkowym będzie zwykłym zamówieniem publicznym, pomimo rozłożenia płatności na wiele lat.

²¹⁵ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1526).

Rozdział 2. Geneza i rozwój instytucji partnerstwa publiczno- prywatnego w Polsce i w świecie oraz w prawie Unii Europejskiej

2.1. Uwagi wstępne

Niniejszy rozdział ukazuje genezę i rozwój instytucji ppp. zarówno w kraju jak i na świecie. Ponadto, przedstawia zagrożenia i korzyści towarzyszące w realizacji projektów partnerstwa w Polsce i w państwach członkowskich UE. Rozdział ten jest kluczowy dla uzyskania odpowiedzi na następujące pytania: Czy przepisy na gruncie prawa krajowego różnią się od prawa unijnego regulującego stosowanie instytucji ppp.? Na ile przepisy Unii Europejskiej ustalają standardy narzucające ustawodawcy krajowemu wzorce trudne do wprowadzenia w poszczególnych państwach? Jakie jest uzasadnienie prawne i faktyczne propozycji zmian prawa krajowego? Aby to zostało zrealizowane konieczne było dokonanie analizy historyczno-porównawczej genezy i rozwoju instytucji ppp. w Polsce i w świecie oraz wpływu prawa Unii Europejskiej na kształtowanie się instytucji partnerstwa w Polsce.

Ponadto dokonana została ocena polskiej regulacji prawnej dotyczącej współpracy międzysektorowej, której zarzucić można niestabilność z uwagi na fakt, iż po wejściu w życie przepisów uppp. 2009 r. była ona już kilkakrotnie nowelizowana, przy czym jedna z nowelizacji częściowo przywróciła stan prawny sprzed poprzedniej nowelizacji. Zwrócono również uwagę na brak sztywnych ram prawnych i transparentnego, spójnego otoczenia prawnego. Przedstawione zostały kwestie o charakterze prawnym i systemowo-organizacyjnym, odnoszące się zarówno do nowelizacji istniejących przepisów, jak i potrzeby wprowadzenia nowych regulacji prawno-organizacyjnych. Na koniec, w tej części rozprawy zostały zaprezentowane dane statystyczne dotyczące rozwoju partnerstwa w Polsce w ujęciu liczby umów podpisanych oraz zrealizowanych.

Badania omówione w niniejszym rozdziale pomogą zobrazować rozwój ppp. w Polsce i w świecie, a tym samym przybliżyć tematykę funkcjonowania tej formy realizacji zadań publicznych w krajach takich jak Niemcy, Wielka Brytania, Kanada, które są przedmiotem badań prawno-porównawczych opisanych w trzecim rozdziale.

2.2. Geneza i rozwój partnerstwa publiczno- prywatnego w świecie

Instytucja ppp. od dawna jest wykorzystywaną w realizacji zadań publicznych w państwach Europy Zachodniej. Wymieniona powyżej współpraca międzysektorowa istnieje w Europie od początku czasów nowożytnych. Omawiana instytucja została również zaimplementowana w Polsce. Wspomniane partnerstwo rozwija się w Europie i w Polsce przez okres ostatnich kilkudziesięciu lat. Działania podmiotów zaangażowanych w wzmocnienie i wdrożenie ppp.

zmierzają do uczynienia z tej instytucji równorzędnej z innymi formami realizacji zadań publicznych²¹⁶.

Źródeł współpracy międzysektorowej należy doszukiwać się w kontraktach koncesyjnych. Analizując historię należy wskazać, że już w 1438 r. francuski szlachcic, Luis de Bernam, uzyskał koncesję rzeczną na pobieranie opłat za towary przewożone po Renie. Kolejnym, przykładem w literaturze²¹⁷ jest koncesja, przyznana w 1792 r. we Francji braciom Perrier na dostawę wody na terenie Paryża. Następnie we francuskim systemie prawnym ukształtowała się tzw. koncesja robót publicznych (z fr. *concession de travaux publics*), której twórcą był Ch. Delalleau. Autor ten w traktacie o koncesjonowaniu²¹⁸ wskazał, iż koncesja robót publicznych, to „umowa, w której jedna lub kilka osób zobowiązuje się względem administracji państwowej do tego, że wytworzy w interesie publicznym na własny koszt i własne ryzyko określone w niej urządzenia w zamian za równocześnie umówione świadczenie wzajemne w postaci uprawnień do pobierania opłat lub za inne finansowo użyteczne prawa”²¹⁹. Budowle i inne urządzenia, które zostały wzniesione przez koncesjonariusza były własnością państwa. Przeważnie przedsięwzięciami wykonywanymi w trybie koncesji robót publicznych były projekty komunikacyjne, np.: kanały, ulice, trakty, oraz budowle publiczne w postaci: bramy miejskie, mosty. W omawianym trybie realizacji inwestycji, koncesjonariusz pobierał wynagrodzenie w postaci opłaty otrzymywanej bezpośrednio od użytkowników (tzw. *peages*)²²⁰. Niekiedy w sposób uzupełniający stosowano metodę wynagradzania partnera prywatnego przez państwo na podstawie odrębnych umów²²¹. Z uwagi na okres na jaki umowy w powyższym trybie były zawierane, rozróżniamy: umowy wieczyste, długoterminowe (25–50 lat) i krótkoterminowe (do 10 lat), na czas nieokreślony oraz specjalne²²².

Większe zaangażowanie kapitału prywatnego w inwestycjach publicznych szacuje się w okresie od przełomu wieków XVII i XVIII do końca XIX w., gdy budowa urządzeń infrastrukturalnych w postaci kanałów wodnych, dróg, torów kolejowych w Europie, w Ameryce, Chinach i Japonii była dotowana przez sektor prywatny w ramach kontraktów koncesyjnych²²³. Natomiast rozkwit polityki koncesjonowania usług infrastrukturalnych nastąpił w drugiej połowie

²¹⁶ M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Warszawa 2006, s. 13.

²¹⁷ K. Brzozowska, Partnerstwo publiczno-prywatne. Przesłanki, możliwości, bariery, Wydawnictwo CeDeWu.PL, Warszawa 2006, s. 10.

²¹⁸ Ch. Delalleau, Des droit et des obligationis des concessionnaires de travaux publics, Revere de legislation et de jurisprudence, Paryż 1834, t. 1, s. 183.

²¹⁹ D.R. Kijowski, Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego, Białystok 2000, s. 35.

²²⁰ A. Blondeau, La concession de service public, Paryż 1933, s. 16 i nast.

²²¹ D.R. Kijowski, Pozwolenia..., s. 35.

²²² A. Szablewski, Instytucja koncesjonowania w sferze infrastrukturalnej, Samorząd Terytorialny 1993, Nr 3, s. 11.

²²³ D. Stuczyńska, Umowa o koncesję na roboty budowlane lub usługi jako forma prywatyzacji wykonywania zadań publicznych, Studia Prawnoustrojowe 2017, 35, s. 116.

XIX w., obejmując zamożne kraje Europy Zachodniej i Środkowej. Tymczasem na początku XIX w. w Stanach Zjednoczonych koncesje zyskały znaczną popularność. Współpraca międzysektorowa wpłynęła na rozbudowę europejskiej sieci kolejowej. Podczas, gdy Parlament brytyjski, kierując się ideą liberalizmu gospodarczego, przyznawał przywileje prywatnym spółkom akcyjnym, dzięki temu w 1850 r. zbudowano 25% całej sieci kolejowej²²⁴.

Rozwój ppp. został przerwany przez wzrost interwencjonizmu państwowego, który nasilił się pod koniec XIX w. Przyczyniło się to do spadku przyznawania koncesji partnerom prywatnym. Spowodowało to, iż od końca XIX w. do 1970 r., wydatki na nowe przedsięwzięcia pochodziły ze środków budżetowych oraz z pożyczek państwowych. Natomiast po tym okresie nastąpiła komercjalizacja infrastruktury, która stawała się bardzo popularna w latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych. W tym czasie trend dla ppp. zaczął się odwracać. Przyczyną tego były braki finansowe po stronie podmiotów publicznych na utrzymanie prac i inwestycji publicznych. Nastąpiła zmiana polityki w zakresie eksploatacji infrastruktury na rzecz partnerów prywatnych. Podjęcie takiej decyzji było podyktowane zwiększeniem efektywności w zarządzaniu obiektami, ustanowieniem kontroli nad kosztami świadczenia usług oraz zmniejszeniem podatności na wpływy polityczne. Niezależnie od uwarunkowań wewnętrznych w innych krajach, sposób finansowania przedsięwzięć przebiega na podstawie schematu sektor publiczny – sektor prywatny²²⁵.

W 1992 r. w Wielkiej Brytanii rozpoczęto przygotowania do zainicjowania programu rządowego z ang. *Private Finance Initiative* (dalej powołany jako; „PFI”), który dotyczył przedsiębiorstw będących własnością państwa. W ramach tego programu podmioty publiczne nabywały usługi świadczone przez partnera prywatnego, w zamian dostarczały aktywa trwałe istotne do ich świadczenia. Jednym z ważnych modeli zarządzania i rozbudowy infrastruktury w ramach PFI były umowy polegające na zobowiązaniu podmiotu prywatnego do zrealizowania inwestycji infrastrukturalnej lub świadczenia usług o charakterze publicznym wraz z dokonaniem przeniesienia określonego ryzyka na tego partnera. Natomiast inwestor na okres około od 15 do 30 lat nabywał prawo eksploatacji obiektu lub usługi wraz z prawem do pobierania opłat od zewnętrznych użytkowników lub równoczesnej dopłaty z budżetu podmiotu publicznego. Projekty realizowane w tym schemacie, to Eurotunel, Second Severn Crossing i Channel Tunnel Rail Link. W ramach programu PFI wykonywane są zadania z zakresu budowy i tworzenia dróg, metra, ochrony zdrowia, więziennictwa, obrony narodowej, pomieszczenia dla administracji i komputeryzacja²²⁶.

²²⁴ A. Panasiuk, *Partnerstwo...*, s. 28.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ *Ibidem*.

We Francji cenionym modelem współpracy pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym w latach 90. było delegowanie usług publicznych (z fr. *delegation de service public*). Model ten oparty jest na pozyskiwaniu przychodów z opłat od użytkowników infrastruktury zarządzanej i utrzymywanej przez koncesjonariusza. Wyróżnia się dwa rodzaje delegowania, tj. koncesja prac i usług (z fr. *concession de travaux et de service*), polegająca na tym, że partner prywatny, buduje i finansuje inwestycję przy jednoczesnym uzyskaniu prawa do eksploatacji i pobierania opłat od użytkowników. Drugim typem delegowania jest koncesja usług (z fr. *concession de services*), w której strona prywatna wykorzystuje istniejący obiekt, utrzymuje go i finansuje naprawy, otrzymując wpływy ze świadczonych usług. Okres funkcjonowania koncesji jest od razu określony, po upływie jego przedmiot umowy jest oddawany jednostce publicznej²²⁷.

Instytucja współpracy międzysektorowej pojawiała się również w prawie innych państw UE. Zazwyczaj stosowano model francuski lub brytyjski. W krajach takich, jak: Hiszpania, Norwegia, Irlandia, Niemcy, Bułgaria, Szwecja, Włochy, Rumunia, Czechy, Portugalia, Węgry, Holandia, Grecja, Dania, w oparciu o omawianą współpracę realizowane są inwestycje związane z infrastrukturą i jej zarządzaniem, a koszty tych przedsięwzięć szacuje się setek milionów euro. W szczególności możemy wyróżnić takie inwestycje, jak m.in. tunel pod rzeką Warnow, rozbudowa systemu wodno-kanalizacyjnego w Rostocku, tworzenie sieci kolejowej TAV we Włoszech, program płatnych autostrad w Hiszpanii oraz sieć szybkiej kolei Amsterdam–Bruksela–Paryż (HSL-Sud). Projekty tego rodzaju zostały zauważone przez UE, która podjęła się uporządkowania systemów prawnych państw członkowskich w zakresie udzielania i wykonywania koncesji. W ujęciu unijnego systemu prawnego przyjęto, iż współpraca międzysektorowa jest szczególną formą zamówienia publicznego i jest stosowana we wszystkich państwach członkowskich UE²²⁸.

Implementacja instytucji ppp. do krajowego porządku prawnego państw członkowskich UE stanowiło przejaw europeizacji publicznego prawa gospodarczego. Prawo unijne w zakresie przedmiotowej instytucji oparta została w większości na aktach nienazwanych (z ang. *soft law*). Regulacja ta była istotna dla przyjęcia rozwiązań prawnych w zakresie partnerstwa w państwach członkowskich UE. Duża część wysoko rozwiniętych krajach europejskich²²⁹ regulacje dotyczące

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ Np. w Hiszpanii: ustawa nr 33/2007 dotycząca kontraktów sektora publicznego (Public Sector Contracts Act), ustawa 13/2003 – umowy koncesyjne w sektorze infrastruktury komunalnej, ustawa 8/1972 o drogach, obejmująca kwestie budowy, napraw i utrzymania dróg i autostrad, ustawa 39/2003 regulująca koncesje zawierane dla realizacji publicznej infrastruktury kolejowej; Rosji: Federalna Ustawa o Koncesji z lipca 2005 r., Niemczech: ustawa o przyspieszeniu wdrożeniu inicjatyw publiczno-prywatnych i zniesieniu barier (PPP Acceleration Act) oraz ustawa o koncesji (Ustawa 139/2006 – Concession Act) oraz akty niższego rzędu, tj.: rządowe uchwały nr 7/2004 (o partnerstwie publiczno-prywatnym), 76/2005 o projektach pilotażowych – pierwszy etap, 791/2005 o wdrożeniu partnerstwa publiczno-prywatnego oraz 1017/2005 o projektach pilotażowych – drugi etap. I. Herbat, A. Jadach-Sepioło, Partnerstwo publiczno-prywatne. Raport z analizy danych zastanych, Warszawa 2012, s. 116 i n.

ppp. są konstruowane lub już zostały stworzone²³⁰.

Z powodu braku obowiązujących regulacji prawnych z zakresu ppp. na poziomie unijnym, Komisja Europejska zajmuje się powyższym zagadnieniem, dowodem tego są m.in. wytyczne dotyczące udanego partnerstwa ze stycznia 2003 roku²³¹, Zielona Księga w sprawie partnerstwa publiczno-privatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji z 30 kwietnia 2004 r.²³². Ponadto należy pamiętać o decyzji Eurostatu (Europejskiego Urzędu Statystycznego) w sprawie wpływu przedsięwzięć typu ppp. na dług i deficyt publiczny oraz całokształt przepisów wspólnotowych dotyczących pomocy publicznej²³³.

Prace legislacyjne Komisji Europejskiej, Parlamentu oraz Komitetu Regionów dotyczące partnerstwa, odnoszące się do uregulowania współpracy międzysektorowej, zmierzały do zapewnienia efektywnego wykonywania zadań publicznych będących działalnością administracyjną podmiotów publicznych realizowanych na podstawie ustaw. Bazując na zasadzie racjonalnego i profesjonalnego gospodarowania, UE zmierzał do zdefiniowania pojęcia ppp., koncesji, przetargów oraz ustalenia jasnych kryteriów wyboru koncesjonariuszy²³⁴.

Początki omawianej współpracy międzysektorowej w prawie unijnym związane są z Białą Księgą wydaną w 2001 r., która wskazała w sposób ogólny na zasady funkcjonowania ppp.²³⁵. Następnym dokumentem jest komunikat wyjaśniający Komisji oraz konkluzje Prezydencji z dnia 12 grudnia 2003 r., wskazywał on informacje dotyczące zasad funkcjonowania oraz korzyści, mogące wynikać ze współpracy międzysektorowej przy realizacji zadań publicznych. Ponadto wskazano na możliwość wykorzystania środków finansowych partnera prywatnego przez podmioty publiczne. Zakładano, iż stosowanie partnerstwa przyniesie oszczędności po stronie publicznej oraz zapewni wysoką jakość świadczonych usług. Przedstawiono przykładowe sektory, w których można wykorzystać ppp. Były to m.in.: edukacja, transport oraz służba zdrowia²³⁶. Ponadto zwrócono uwagę na możliwość podniesienia innowacyjności świadczonych usług na rzecz interesu publicznego przez wykorzystanie doświadczenia i wiedzy sektora prywatnego. Wymieniony powyżej aktach UE wskazał na istotną rolę podmiotu publicznego w tego rodzaju projektach.

²³⁰ M. Kania, *Zamówienia publiczne, Partnerstwo publiczno-privatne, Koncesje na roboty budowlane i usługi w prawie polskim, Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych*, Warszawa 2014, s. 127.

²³¹ Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie udanego Partnerstwa Publiczno-Privatnego. Wytyczne dotyczące udanego Partnerstwa Publiczno-Privatnego opublikowane przez Komisję Europejską, Dyktoriat Generalny ds. Polityki Regionalnej, 2003 r.

²³² Zielona Księga Partnerstw Publiczno-Privatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Komisja Wspólnot Europejskich Bruksela, 30.04.2004 r., COM (2004). Zielona Księga omawia zjawisko PPP z perspektywy ustawodawstwa Wspólnoty dotyczącego zamówień publicznych i koncesji.

²³³ M. Moszoro, *Partnerstwo publiczno-privatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej*, Warszawa 2005, s. 209.

²³⁴ Regiony, Gminy Europy, „Biuletyn Informacyjny Komitetu Regionów” 2006, nr 53, s. 6.

²³⁵ M. Kania, *Zamówienia publiczne, Partnerstwo publiczno-privatne, Koncesje na roboty budowlane i usługi w prawie polskim, Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych*, Warszawa 2014, s. 128.

²³⁶ Konkluzje Prezydencji, Komisja Europejska, 2003 r.

Zgodnie z założeniami nowego zarządzania publicznego (z ang. *new public management*), podmioty te mają pełnić funkcję menadżera, rozpoznającego potrzeby oraz dokonującego kontroli realizacji długookresowych projektów. Do zadań tych podmiotów jest także przeprowadzenie oceny instytucji ppp. i porównanie jej do innych metod realizacji zadań publicznych w aspekcie uzyskanych korzyści. Komisja Europejska wydała w 2003 r. wytyczne w sprawie pomyślnego wprowadzenia i realizacji projektów ppp. Omówiono w nich podstawowe instrumenty służące podmiotom publicznym do wykonania przedsięwzięć opartych na wspomnianej formule. Ponadto wskazano w nich m.in. na kwestie dotyczące regulacji prawnej na temat partnerstwa, sposobu jego wdrożenia, koordynacji oraz zasad finansowania. Koordynacja przedsięwzięć na podstawie wspomnianych wytycznych należała do podmiotów publicznych. Podmioty te były odpowiedzialne za realizację określonej części usług publicznych²³⁷.

Parlament Europejski zwrócił się do Komisji Europejskiej o powzięcie działań sprawdzających możliwość opracowania projektu dyrektywy. Projekt ten miałby na celu ujednoczenie regulacji dotyczących koncesji i pozostałych form partnerstwa. W odpowiedzi, Komisja Europejska w dniu 30 kwietnia 2004 r. przedłożyła Zieloną Księgę w sprawie ppp. oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji. W księdze tej podkreślono cechy partnerstwa, do których zaliczano: długoterminowy charakter współpracy pomiędzy stronami ppp., wykorzystanie środków finansowych partnerów prywatnych²³⁸ przy wykonaniu inwestycji, kluczową rolę partnerów publicznych we wszystkich etapach realizacji przedsięwzięć, podział ryzyka pomiędzy stronami współpracy, natomiast ryzyko to powinien ponosić partner prywatny²³⁹.

Ponadto należy zauważyć rekomendację w Zielonej Księdze, która dotyczy wyboru partnera prywatnego w trybie dialogu konkurencyjnego. Tryb ten uwzględnia partnerski charakter nawiązywania współpracy. Ponadto w znacznym stopniu umożliwia realizowanie zasady swobody kontraktowania w zakresie formułowania postanowień przyszłej umowy o ppp. Należy podkreślić, iż celem Zielonej Księgi było wyjaśnienie kwestii związanych z zastosowaniem zamówień publicznych do różnego rodzaju modeli partnerstwa w poszczególnych państwach członkowskich oraz rozstrzygnięcie problematyki dotyczącej doprecyzowania istniejących regulacji prawnych na szczeblu wspólnotowym²⁴⁰.

Na podstawie Zielonej Księgi zainicjowano debatę odnośnie konieczności uregulowania

²³⁷ M. Kania, *Zamówienia publiczne, Partnerstwo publiczno-prywatne, Koncesje na roboty budowlane i usługi w prawie polskim, Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych*, Warszawa 2014, s. 128.

²³⁸ E.R. Yescombe, op. cit., s. 17.

²³⁹ Greek Paper on Public-private Partnership and community law on Public contracts and concessions.

²⁴⁰ Dokument roboczy na temat Zielonej Księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji, 15 maja 2006 r., Parlament Europejski, Komisja Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów, PE 374.146 v 01-00, s. 3.

ppp. na szczeblu wspólnotowym. Wspomniana Księga określała zasady właściwe dla przedmiotowego rodzaju współpracy. Ponadto odnosiła się do kwestii tworzenia i funkcjonowania partnerstwa, w szczególności do: rozpoczęcia współpracy, procedury wyboru partnera prywatnego, zmiany umowy w trakcie realizacji przedsięwzięcia oraz podwykonawstwa. Powyższa Zielona Księga dotyczyła partnerstwa zainicjowanego na podstawie zawartej pomiędzy stronami umowy cywilnoprawnej oraz utworzenia odrębnego podmiotu w postaci spółek prawa handlowego²⁴¹, która w polskim systemie prawnym spółka ppp., może być powołana na podstawie art. 14 uppp. Należy podkreślić, iż niezależnie od przedmiotu umowy podmiot publiczny zobowiązany jest przestrzegać przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz koncesji. Podmiot ten powinien przestrzegać postanowień zawartych w 2002 r. Interpretative Communication on Concessions under Community Law²⁴², która odnosi się do definicji dotyczącej koncesji oraz zasad jej udzielania²⁴³.

Komisja zauważyła, iż w prawie wspólnotowym nie ma regulacji dotyczących formuły ppp. Zdaniem jej ten rodzaj współpracy międzysektorowej, który jest uznawany za zamówienia publiczne, powinien być zgodny ze szczegółowymi przepisami dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. Jednakże w kwestii dotyczącej koncesji na roboty budowlane mają zastosowanie jedynie wybrane przepisy prawa pochodnego, natomiast do koncesji na świadczenie usług brak jest postanowień we wspomnianych dyrektywach odnoszących się do zamówień publicznych²⁴⁴.

W trakcie 57 sesji plenarnej Parlamentu UE, Komitet Regionów będący organem doradczym UE złożonym z wybranych na szczeblu lokalnym i regionalnym przedstawicieli ze wszystkich 24 państw członkowskich, przyjął w dniu 17 listopada 2004 r. opinię na temat Zielonej Księgi w sprawie ppp. i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji²⁴⁵. Dodatkowo wyrażono zdanie, iż przedmiotowa współpraca międzysektorowa zyskuje na znaczeniu w UE. Ponadto wskazano na istotne różnice pomiędzy państwami członkowskimi i określonymi obszarami działania w zakresie współpracy. Komitet Regionów zaznaczył, że w Zielonej Księdze nie zawarto rozwiązań odnoszących się do formuły ppp. Ponadto Komitet podkreślił, iż celem Księgi jest przedstawienie wpływu przepisów wspólnotowych oraz ich zastosowanie do procedury wyboru partnera, a także wskazanie wszelkich niejasności, w szczególności kwestii dotyczących ram prawnych UE odnoszących się do partnerstwa. Komitet Regionów wskazał na konieczność

²⁴¹ B. Korbus, Wskazówki Komisji Europejskiej dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego 2005, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, s. 6–46.

²⁴² Interpretative Communication on Concessions under Community Law Dz. Urz. UE nr 2000/C 121/02, z dnia 29 kwietnia 2000 r.

²⁴³ J. Zysnarski, Partnerstwo publiczno-prywatne w sferze usług komunalnych, Gdańsk 2007, s. 58 i 72.

²⁴⁴ Dokument roboczy na temat Zielonej Księgi..., op. cit., s. 4.

²⁴⁵ Opinia Komitetu Regionów w sprawie Zielonej księgi nt. partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji (Dz. Urz. UE nr C 071, z 22.03.2005).

dokładnego zdefiniowania pojęcia partnerstwa będącego podstawą przyszłej debaty w zakresie inicjatyw Unii dotyczących omawianego ppp. Ponadto powyższy organ doradczy wyraził nadzieję, iż doświadczenie uzyskane w wyniku konkurencyjnego dialogu będzie brane pod uwagę przy proponowaniu dalszych rozwiązań. Organ ten wskazał na potrzebę osiągnięcia konsensusu politycznego na poziomie lokalnym i regionalnym podczas zawierania długoterminowych porozumień. Dodatkowo podkreślił on konieczność uwzględniania wymogów demokratycznych, które muszą być odzwierciedleniem woli obywateli, jak również wymogów konkurencji. Komitet Regionów wskazał także, aby przedsięwzięcia ppp. realizowane były zgodnie z zasadami stosowanymi w UE, a mianowicie: zasadę przejrzystości, zasadę równych szans, zasadę proporcjonalności oraz zasadę wzajemnego uznawania²⁴⁶.

Przy pomocy Zielonej Księgi skierowano prośbę do państw członkowskich o wyrażenie opinii na temat partnerstwa. W konsekwencji przedstawiono 195 spostrzeżeń w zakresie tematyki wskazanej w tym dokumencie. Na tej podstawie opracowano Raport o konsultacjach publicznych dotyczących Zielonej Księgi w sprawie ppp. oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji²⁴⁷. Raport ten był apelem o zaprezentowanie: przemysłów tendencji i poglądów. Ponadto wspomniany raport pozwolił na sformułowanie poniższych tez dotyczących wspólnotowej regulacji ppp.²⁴⁸:

- 1) część uwag sprzeciwiała się kwestii uregulowania partnerstwa na poziomie wspólnotowym;
- 2) większość państw członkowskich wskazała na możliwość wspólnotowego uregulowania zagadnienia związanego z koncesją, jednakże brakuje zgody co do formy takiej inicjatywy;
- 3) w kwestii dotyczących zinstytucjonalizowanych form ppp. większość państw członkowskich wskazuje na wyjaśnienie w tym zakresie uregulowań wspólnotowych i określenie zakresu zastosowania wyjątków w stosunku tzw. „zamówień wewnętrznych”.

W dniu 15 listopada 2005 r. Komisja Europejska przedłożyła Komunikat w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji²⁴⁹. Powyższy komunikat wskazywał opcje przyszłych inicjatyw w sprawie ppp. Ponadto wskazano na adekwatność rozwiązań legislacyjnych dotyczących koncesji i na potrzebę przeprowadzenia w tym zakresie konsultacji oraz dokonanie analizy wpływu inicjatywy. W aspekcie dotyczącym zinstytucjonalizowanego charakteru ppp., istnieje możliwość utworzenia podmiotu gospodarczego, kierowanego jednocześnie przez podmiot publiczny i partnera

²⁴⁶ Ibidem, s. 19-21.

²⁴⁷ Dokument roboczy – Raport nt. konsultacji publicznych dotyczących Zielonej Księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Komisja Europejska, SEC (2005) 629.).

²⁴⁸ Dokument roboczy na temat Zielonej Księgi..., s. 4.

²⁴⁹ Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji 15 COM (2005) 569.

prywatnego. Wywołałoby to potrzebę kontrolowania jakości wykonywania budowy lub świadczenia usługi na rzecz obywateli. Podmioty publiczne w państwach UE wykorzystują tego rodzaju formę instytucjonalną m.in. dla świadczenia usług użyteczności publicznej na poziomie lokalnym²⁵⁰.

Następnie, Parlament Europejski wydał w 2006 r. rezolucję w sprawie ppp. oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji²⁵¹. Dobrze oceniono w niej podjęte działania w zakresie partnerstwa. Ponadto wskazano, iż zbyt wcześnie jest na dokonanie oceny skutków dyrektyw odnoszących się do zamówień publicznych. Na tej podstawie odmówiono zastosowanie tych dyrektyw do partnerstwa, a także wyrażono sprzeciw wobec stworzenia własnego systemu prawnego dla tej instytucji. Jednocześnie wskazano na możliwość wdrożenia mechanizmów prawnych dotyczących koncesji, która uznawałaby zasady wewnętrznego rynku oraz wartości progowe. Pokreślono również, iż wspomniane mechanizmy w zakresie inicjatywy prawodawczej powinny zawierać proste reguły odnoszące się do przetargów oraz objaśnienia zinstytucjonalizowanego partnerstwa. W sytuacji, zaproponowania przez Komisję takich regulacji istotne jest, aby dawały podmiotom publicznym możliwość wyboru najlepszego partnera na podstawie transparentnych procedur oraz na określonych warunkach. W tym ujęciu koncesje powinny mieć określony czas trwania, uzależniony od okresu zwrotu inwestycji. Jednakże okres ten nie może zbyt długo wyłączać z konkurencji pozostałych partnerów²⁵².

Następny komunikat Komisji²⁵³ został wydany w 2008 r. w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego ppp. Zinstytucjonalizowane partnerstwo było rozumiane jako współpracę strony publicznej i prywatnej polegającej na powołaniu podmiotu o mieszanym kapitale, którego celem jest realizacja zamówień publicznych lub koncesji²⁵⁴. Ponadto wydano Komunikat z dnia 24 kwietnia 2000 r., dotyczący zasad stosowania koncesji na gruncie prawa unijnego²⁵⁵, który poruszył problematykę związaną z zawieraniem umów koncesji i przedstawiał tryb wyboru koncesjonariusza²⁵⁶.

Zdaniem Komisji Europejskiej ppp. powinno odegrać znaczną rolę w realizacji zadań publicznych w okresie budżetowania 2014-2020. Wspomniana rola została wskazana

²⁵⁰ Dokument roboczy na temat Zielonej Księgi..., s. 5.

²⁵¹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji (2006/2043(INI)).

²⁵² M. Kania, *Zamówienia...*, s. 129-130.

²⁵³ Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego partnerstwa publiczno-prywatnego (ZPPP), COM (2007) 6661, Bruksela 2008.

²⁵⁴ M. Andrecka, *Zinstytucjonalizowane partnerstwo publiczno-prywatne jako kontrakt/zamówienie mieszane*, w: M. Kania (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 109 i n.

²⁵⁵ Commission interpretative communication on concessions under Community Law, (Dz. Urz. UE C 121/02), Bruksela 2000.

²⁵⁶ M. Kania, *op. cit.*, s. 130.

w Rozporządzeniu Parlamentu i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu spójności oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006²⁵⁷. Zgodnie z pkt 59 preambuły do wymienionego rozporządzenia, ppp. może stanowić skuteczny sposób wdrażania operacji, który zapewnia osiągnięcie celów polityki publicznej poprzez łączenie różnych postaci środków publicznych i prywatnych. W celu ułatwienia korzystania z Europejskich Funduszy Inwestycji Strategicznych (powoływanego dalej jako „EFSI”) na potrzeby wspierania operacji mających strukturę ppp. rozporządzenie powinno brać pod uwagę pewne, szczególne cechy partnerstwa poprzez dostosowanie wspólnych przepisów dotyczących EFSI. W definicji zawartej art. 2 pkt 24 przytoczonego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE, ppp. jest przedstawione jako forma „...współpracy między podmiotami publicznymi a sektorem prywatnym, których celem jest poprawa realizacji inwestycji w projekty infrastrukturalne lub inne rodzaje operacji realizujących usługi publiczne, poprzez działanie ryzyka, wspólne korzystanie ze specjalistycznej wiedzy sektora prywatnego lub dodatkowe źródła kapitału”. Natomiast na podstawie art. 62 powyższego rozporządzenia „EFSI mogą być wykorzystywane w celu wsparcia operacji ppp., o ile są one zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności dotyczącymi pomocy państwa i zamówień publicznych”²⁵⁸.

Niezależnie od tego, czy europejski rynek ppp. rozprzestrzenia się i przedmiotowa instytucja wdrażana jest w kolejnych krajach UE, zauważyć można, że wspomniana forma współpracy publiczno-prywatnej jest wdrażana na świecie. W 2009 r. pod względem wartości i liczby projektów na pozycji jednego z liderów, znalazły się Indie, które miały 450 zakończonych lub realizowanych przedsięwzięć w formule ppp. W tej kwestii, wysoką pozycję zajmuje też Australia. Ciekawe doświadczenia w zakresie stosowania partnerstwa w wykonywaniu inwestycji ma stan Victoria (Australia)²⁵⁹.

Przedmiotowa współpraca międzysektorowa odgrywa istotną rolę w realizacji usług publicznych w takich krajach jak: USA, Japonia, Nowa Zelandia, Republika Południowej Afryki i Kanada. Szczególnie ten ostatni kraj jest zaliczany do światowych liderów, z powodu dużej liczby

²⁵⁷ Rozporządzeniu Parlamentu i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu spójności oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347, s 320 z póź. zm. z 20.12.2013).

²⁵⁸ M. Kania, op. cit., s. 130.

²⁵⁹ M. Słodowa-Hępa, Zagraniczne doświadczenia w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego – inspiracje i rekomendacje dla Polski, „Studia BAS” 2014, Nr 3, s.17.

realizowanych inwestycji w ramach ppp. dzięki skutecznym rozwiązaniom systemowym²⁶⁰ (por. podrozdział 3.3.3). W Brazylii przedmiotowa instytucja partnerstwa jest wykorzystywana do budowy fabryk, domów, dróg oraz elektrowni. Formuła ppp. znalazła zastosowanie w projektach inwestycyjnych dotyczących przygotowania Mistrzostw Świata w Piłce Nożnej oraz w Letnich Igrzysk Olimpijskich w 2016 r.²⁶¹.

Ponadto ppp. jest wykorzystywane również w krajach azjatyckich, w tym w Jordanii, Malezji, Kazachstanie, Nepalu, Wietnamie, na Filipinach i w Pakistanie. Natomiast w Chinach przedmiotowa współpraca międzysektorowa ma zastosowanie, m.in. przy budowie infrastruktury drogowej, lotnisk, więzień, rekultywacji zdegradowanych terenów, w ochronie zlewni i przy rozwiązywaniu kwestii środowiskowych. Na rozwoju ppp. w tej części świata mają wpływ doświadczenia europejskie oraz zaangażowanie Azjatyckiego Banku Rozwoju (z ang. *Asian Development Bank*)²⁶².

W Afryce w krajach takich jak: Gambia, Kenia, Uganda oraz Rwanda również wykorzystują ppp. po wprowadzeniu regulacji umożliwiających pozyskanie partnerów zagranicznych do realizacji inwestycji o charakterze powszechnym²⁶³.

Na rozwój ppp. na świecie wpływają nie tylko UE i kraje członkowskie, ale także inne państwa oraz organizacje międzynarodowe, poprzez wykorzystanie przedmiotowej instytucji do realizacji międzynarodowych przedsięwzięć. Przykładem takim jest finansowanie przez Komisję Europejską wraz z rządami Niemiec i Norwegii, Globalnego Funduszu Efektywności Energetycznej oraz Energii Odnawialnej, która inwestuje w prywatne fundusze kapitałowe (z ang. *private equity fund*) przeznaczone do finansowania małych i średnich inwestycji i projektów²⁶⁴.

Przykładowym przedsięwzięciem realizowanym w ramach ppp. jest program „Globalny sojusz na rzecz szczepionek i szczepień” wykonywany w 72 krajach w latach 2000–2015. Polegał on na dostarczeniu i przeprowadzeniu szczepień mogących powstrzymać różne choroby u dzieci. W programie wzięły udział takie organizacje jak: UNICEF, WHO, Ministerstwo Spraw

²⁶⁰ K. Szymański, Partnerstwo publiczno-prywatne w Kanadzie. Model i czynniki sukcesu, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego”, PARP 2014, nr 10, s. 35.

²⁶¹ Firms bid for Brazil waste PPP, strona internetowa: <http://www.p3bulletin.com/news/view/80906> (dostęp z dnia 28 lipca 2014 r.); Brazil's Goiás launches prison PPP, strona internetowa: <http://www.p3bulletin.com/news/view/80709> (dostęp z dnia 26 lipca 2014 r.).

²⁶² M. Słodowa-Helpa, Zagraniczne doświadczenia w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego – inspiracje i rekomendacje dla Polski, „Studia BAS” 2014, Nr 3, s. 18.

²⁶³ Kenya seeks US PPP investors, strona internetowa: <http://www.pppbulletin.com/news/view/80504> (dostęp z dnia 20 lipca 2017 r.); Gambia to increase PPP for electricity generation, strona internetowa: <http://www.pppbulletin.com/news/view/80257> (dostęp z dnia 20 lipca 2017 r.).

²⁶⁴ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Większa rola sektora prywatnego w osiągnięciu trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu w krajach rozwijających się, COM(2014) 263 final.

Zagranicznych Holandii, Bank Światowy, instytucje badawcze z całego świata oraz reprezentanci sektora farmaceutycznego²⁶⁵.

Należy także zauważyć działania Holandii w finansowaniu przedsięwzięć ppp. przeprowadzonych w latach 2008–2010 w południowej Kolumbii w regionie Huila. Projekt ten polegał na nakłonieniu rolników do uprawiania kawy i zaprzestania zajmowania się plantacją maku i koki. Ponadto Ministerstwo Spraw Zagranicznych Holandii uczestniczyło w projekcie Fundacji Wiejskich Usług Energetycznych, którego zadaniem było powołanie małych przedsiębiorstw wykorzystujących energię słoneczną w sześciu krajach Afryki Subsaharyjskiej. Przedsięwzięcie to stanowiło tylko część większego planu, którym było stworzenie do 2015 r. w tym regionie Afryki 85 tysięcy nowych przyłączy energii słonecznej do 2015 r. W ramach tego projektu każdy z partnerów miał przeznaczyć na ten cel po 10 mln euro²⁶⁶.

2.3. Geneza i rozwój instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce

Początek współpracy publiczno-prywatnej na ziemiach Polskich sięga czasów rozbiorów. W trybie koncesji stworzono magistrale kolejowe. Rezultatem tej współpracy w zaborze rosyjskim stworzono linię kolejową w 1848 r. łączącą Warszawę z Wiedniem. Natomiast, w drugiej połowie XIX w., zbudowano linię kolejową łączącą Warszawę z Petersburgiem i Warszawę z Moskwą²⁶⁷. Inwestycje związane z siecią kolejową ożywiły konkurencję pomiędzy Leopoldem Kronenbergiem i Janem Blochem. Koncesję na budowę drogi nadwiślańskiej uzyskał Leopold Kronenberg, zaś koncesję na budowę kolei brzesko-kijowskiej wygrał Jan Bloch. Pod koniec XIX w. rząd rosyjski nie odnawiał koncesji na eksploatację kolei, powodem tego była postępująca nacjonalizacja. Sytuacja podobnie wyglądała na terenie zaboru pruskiego, w którym spółki prywatne tworzyły linie kolejowe łączące miasta Śląska. Następnie, koleje te znalazły się w sektorze publicznym do końca XIX w. Natomiast w zaborze austriackim w latach 50. kolei stanowiła własność kapitału prywatnego, aż do 1890 r., gdy rząd znacjonalizował ten sektor²⁶⁸.

W odrodzonej Polsce władze państwowe podejmowały działania zmierzające do zaangażowania podmiotów prywatnych i samorządowych w rozwój lokalnych linii kolejowych. Pomoc w tym miała ustawa o udzielaniu koncesji na koleje żelazne prywatne²⁶⁹, regulująca stosunki pomiędzy Skarbem Państwa i przedsiębiorcą. Ustawa ta przewidywała prawo do pomocy ekonomicznej ze Skarbu Rzeczypospolitej, a przyznawanie jej następowało w drodze ustawy. Koncesja na budowę i eksploatację kolei udzielana była osobom fizycznym i osobom prawnym.

²⁶⁵ H. Rachoń, System PPP..., s. 34.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ K. Brzozowska, op. cit., s. 16.

²⁶⁸ A. Panasiuk, op. cit., s. 31.

²⁶⁹ Ustawie z dnia 14 października 1921 r. o udzielaniu koncesji na koleje żelazne prywatne (Dz. U. z 1921 r. Nr 88, poz. 646).

Jednakże, z powodu braku kapitału prywatnego, tego rodzaju współpraca międzysektorowa nie cieszyła się ona zainteresowaniem²⁷⁰.

Natomiast przez cały okres Polski Ludowej przedsięwzięcia były finansowane ze środków budżetowych. Taki stan rzeczy trwał aż do transformacji ustrojowej na początku lat 90 XX w., gdy zmieniono pogląd w kwestii angażowania środków prywatnych w świadczenie usług o charakterze publicznym.²⁷¹

Pierwszym aktem prawnym normującym omawianą współpracę publiczno-prywatną jest ustawa o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym²⁷². Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej samej ustawy, określono w niej zasady finansowania budowy autostrad płatnych, zwanych dalej „autostradami”, zasady zawierania umów o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrad oraz pobierania opłat za przejazd autostradami, a także organy właściwe w tych sprawach oraz zasady zawierania umów. Na podstawie powyższego prawa budowane i eksploatowane są trzy autostrady: A1, A2 i A4²⁷³.

Głównym impulsem współpracy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym była reforma ustroju samorządu terytorialnego²⁷⁴, w wyniku której zostały stworzone jst.: gminy, powiaty i województwa. Posiadając osobowość prawną wspomniane jednostki zaczęły wykorzystywać kapitał prywatny do realizacji zadań o charakterze publicznym. Jednym z przykładów omawianej współpracy jest powstała w 1992 r. spółka Saur Neptun Gdańsk S.A., będąca spółką z ang. *joint venture* świadcząca usługi wodociągowo-kanalizacyjne i obsługującą około 500 tys. mieszkańców z terenu Gdańska, Sopotu i gmin ościennych²⁷⁵. W oparciu o ten przykład kapitał prywatny był stosowany przez inne samorzady w energetyce, gospodarce odpadami oraz w komunikacji miejskiej. Na podstawie przepisów upzp. zrealizowano pierwszą w Polsce umowę koncesji budowlanej: na budowę i eksploatację wielostanowiskowego parkingu podziemnego w Krakowie, a także opracowano szereg projektów do realizacji w tej formule (np. stadiony miejskie w Łodzi, Chorzowie i Warszawie)²⁷⁶.

Powstanie ppp. związana jest z sposobem realizowania swoich funkcji przez administrację publiczną, w oparciu o reformę NPM²⁷⁷. Cechą charakterystyczną nowego modelu zarządzania

²⁷⁰ A. Panasiuk, op. cit., s. 31.

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Ustawa z dnia 27 października 1994 r o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. Nr 127 poz. 627).

²⁷³ A. Panasiuk, op. cit., s. 31.

²⁷⁴ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 713 z późn. zm.), ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 920), ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2020 r. poz. 1668).

²⁷⁵ Informacje uzyskane z strony internetowej: <https://www.sng.com.pl/firma/ofirmie.aspx>, (dostęp z dnia 30 listopada 2020r.).

²⁷⁶ A. Panasiuk, op. cit., s. 31.

²⁷⁷ A. Zalewski (red.), Nowe zarządzanie publiczne w polskim samorządzie terytorialnym, Warszawa 2007.

publicznego jest sposób realizacji zadań publicznych, przez podmioty publiczne we współdziałaniu z partnerami prywatnymi. Na tej podstawie możliwa jest współpraca na zasadzie partnerstwa publiczno-społecznego wyrażona w ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie oraz współpraca publiczno-prywatna oparta na przepisach uppp. oraz w ukrbu. z 2009 r.²⁷⁸

Pierwszą ustawą w Polsce regulującą współpracę w ramach ppp. była uppp. z 2005 r. Na jej podstawie pojawiła się prawna forma działania administracji publicznej w postaci umowy o ppp.²⁷⁹ Przepisy uppp. z 2005 r. miały na celu wykonanie zadań publicznych przez organy administracji publicznej w sposób efektywny²⁸⁰. Istotnym zadaniem wspomnianej ustawy było zaktywizowanie inwestycji sektora publicznego przez stworzenia ram prawnych dla projektów publicznych z udziałem partnerów prywatnych przynoszących korzyści dla interesu publicznego. Ponadto, przepisy wspomnianej ustawy miały zniwelować trudności związane z przedsięwzięciem publicznym z dużym ryzykiem dla stron współpracy międzysektorowej. Wspomniana współpraca miała zapewnić wykonanie zadań publicznych w sposób sprawny i na dogodnych warunkach dla podmiotów publicznych i prywatnych²⁸¹. Powołana instytucja ppp. w Polsce wzbudziła nadzieje, iż podmioty publiczne oraz partnerzy prywatni będą zainteresowani możliwością zawiązania współpracy przy realizacji przedsięwzięć usługowych i infrastrukturalnych²⁸². Jednakże w praktyce ppp. nie było wykorzystywane, powodem tego były²⁸³:

- 1) brak aktów wykonawczych;
- 2) brak kampanii informacyjnej o ppp.;
- 3) brak spójności przepisów uppp. z 2005 r.;
- 4) obawa występowania zjawisk korupcyjnych w ramach ppp. (czwarte P, które oznaczało prokuratora);
- 5) brak sprecyzowania istotnych pojęć np.: zadania publiczne, określenie kryteriów korzyści dla interesu publicznego;
- 6) brak wzorców umownych w obszarach, w których ppp. może być wykorzystywane;
- 7) obciążenie wieloma obowiązkami stron partnerstwa powodując tym samym ich zniechęcenie do tej formy realizacji zadań publicznych.

Ponadto niezależnie od wartości projektu normy zawarte w uppp. z 2005 r. nakładały takie same wymagania. Wydatki związane z opracowaniem małego projektu w dużej mierze

²⁷⁸ M. Kania, op. cit., s. 125.

²⁷⁹ M. Kania, P. Marquardt, op. cit., s. 4 i n.

²⁸⁰ B.P. Korpus, M. Strawiński, op. cit., 282.

²⁸¹ M. Kania, P. Marquardt, op. cit., s. 14.

²⁸² M. Kania, Legal Aspect of New Possibilities for Foreign Entrepreneurs, w: B. Mikołajczyk (red.), Free Movement of Goods and Persons Cross The Polish-Czech-Slovak Border. Legal Differences and Similarities, Katowice 2012. s. 173.

²⁸³ M. Kania, op. cit., s. 126.

wpływały na redukcję oszczędności związanych z formułą partnerstwa. W konsekwencji przepisy ustawy ograniczały swobodę realizacji inwestycji przez partnerów publicznych i prywatnych oraz nakładały na nich nadmierne obciążenia administracyjne (biurokratyczne)²⁸⁴. W takiej sytuacji podmioty publiczne chcący zrealizować przedsięwzięcie publiczno-prywatne zazwyczaj wykorzystywały inne instrumenty prawne tj.: instytucję spółki komunalnej z udziałem kapitału prywatnego, koncesję na roboty budowlane, zamówienia publiczne finansowane z oszczędności z przedmiotu zamówienia (kontrakty ESCO) lub umowy najmu/dzierżawy nieruchomości podmiotom prywatnym z przeznaczeniem na realizację usług o charakterze publicznym²⁸⁵. Przyczyną tego był również niejednolity sposób definiowania pojęcia ppp. Przepisy ustawy z 2005 r. zawierały pojęcie partnerstwa, jednakże w zakresie prawnej formy współpracy międzysektorowej regulowane były innymi aktami normatywnymi takimi jak: upzp., ugg. i udupp. W celu ułatwienia w stosowaniu definicji ppp., w doktrynie określono przedmiotowe pojęcie w znaczeniu *sensu stricto*, w ujęciu definicji zawartej w art. 1 ust. 2 uppp. z 2005 r. oraz w znaczeniu *sensu largo*, dotyczącej form współpracy opartych o inne ustawy²⁸⁶.

Powyżej przytoczone aspekty, przyczyniły się do podjęcia decyzji o zmianie uppp. z 2005 r. Dominującą kwestią podczas stworzenia nowej ustawy było wyeliminowanie zbędnych obciążeń administracyjnych oraz zlikwidowanie ograniczeń, w szczególności co do przedmiotu i treści samej umowy²⁸⁷. Przepisy, które zawarto w nowej ustawie oparte są na pięciu założeniach, takich jak²⁸⁸:

- 1) przyznanie zainteresowanym jak największej swobody kształtowania partnerstwa;
- 2) ochrony najważniejszych interesów publicznych;
- 3) ochrony uzasadnionych interesów partnerów prywatnych;
- 4) ochrona długu publicznego;
- 5) zgodność z prawem Unii Europejskiej.

Obecnie podstawę prawną do zawierania współpracy między podmiotem publicznym i partnerem prywatnym jest uppp. W stosunku do przepisów uppp. z 2005 r. nowa ustawa posiada m.in.²⁸⁹:

- 1) bardziej ogólny charakter;
- 2) zawiera definicję przedsięwzięcia skonstruowaną w sposób ogólny pozwalający wykorzystywać partnerstwo do realizacji innych projektów nie związanych wyłącznie z wykonywaniem zadań publicznych;
- 3) zmniejszenie obowiązków podmiotu publicznego (brak wymogu obligatoryjnych analiz);

²⁸⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, (druk sejmowy nr 1180), s. 29.

²⁸⁵ A. Panasiuk, op. cit., s. 31.

²⁸⁶ Ibidem.

²⁸⁷ M. Kania, op. cit., s. 127.

²⁸⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, (druk sejmowy nr 1180), s. 3 i 4.

²⁸⁹ A. Panasiuk, op. cit., s. 32.

- 4) regulacje pozwalające podmiotowi publicznemu na dokonanie bieżącej kontroli wykonywanych inwestycji w ramach partnerstwa;
- 5) przepisy łagodzące wymogu uzyskania zgody na zawarcie umowy o ppp. od ministra finansów;
- 6) regulacje pozwalające na finansowanie przedsięwzięć ze środków unijnych;
- 7) szerszy katalog podmiotów publicznych;
- 8) normy obligujące do określenia skutków nienależytego wykonania i niewykonania umowy o ppp.

Ponadto w u PPP. zrezygnowano z narzucania przedmiotu partnerstwa oraz szczegółowego określania zakresu i treści umowy o ppp. oraz zniesiono wymóg obligatoryjnych analiz);

W obowiązującej ustawie zdefiniowano ppp. w inny sposób niż w u PPP. z 2005 r. Przede wszystkim wyjaśniono metodę stosowania partnerstwa w sytuacji, gdy przedsięwzięcie ma cechy umowy o ppp. Ma to miejsce, gdy określony projekt charakteryzuje się podziałem ryzyka i zadań między stronami umowy oraz partner prywatny zobowiązuje się finansować (lub współfinansować) przedsięwzięcie i zarządzać na czas umowy składnikiem majątkowym, będącym własnością publiczną²⁹⁰. Oznacza to, że przedsięwzięcia wpisujące się w definicję ppp. powinny być realizowane na podstawie przepisów u PPP.²⁹¹. Działanie takie ustawodawcy zmierza do zapewnienia przejrzystości, konkurencyjnego oraz równego dostępu do realizacji przedsięwzięć wszystkim zainteresowanym partnerom prywatnym, wyłonionym w trybie upzp. i uukrbu.²⁹²

Ponadto, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej²⁹³, jst. w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej z uwzględnieniem przepisów ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych²⁹⁴ oraz ufp. na zasadach ogólnych albo w trybie przepisów:

- 1) u PPP.;
- 2) upzp.;
- 3) ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie²⁹⁵;
- 4) ustawy o publicznym transporcie zbiorowym²⁹⁶.
- 5) uukrbu.

²⁹⁰ A. Panasiuk, op. cit., s. 32.

²⁹¹ M. Bejm (red.), op. cit., s. 15.

²⁹² A. Panasiuk, op. cit., s. 32.

²⁹³ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2019 r. poz. 712 z późn. zm.), dalej powołana jako „ugk.”.

²⁹⁴ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1398, z późn. zm.).

²⁹⁵ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1057), powołana dalej jako: „udppw.”.

²⁹⁶ Ustawa z dnia 16 grudnia 2010r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 1944).

Natomiast, zgodnie z art. 3 ust. 2 ugk. jeżeli do prowadzenia danego rodzaju działalności na podstawie innych ustaw jest wymagane uzyskanie zezwolenia, jst. mogą powierzyć wykonywanie zadań wyłącznie podmiotowi posiadającemu wymagane zezwolenie.

Przytoczona treść art. 3 ugk. wskazuje, iż w drodze umowy zadania publiczne z zakresu gospodarki komunalnej mogą być powierzone do realizacji podmiotowi prywatnemu przez jst., może się to odbyć na zasadach ogólnych albo w określonych trybach na podstawie różnych ustaw. Natomiast, gdy umowa wykonania zadania przypominać będzie koncesje, wtedy zastosowanie mają przepisy uukrbu. Jednakże, gdy strona prywatna będzie zobowiązana do zarządzania lub utrzymania składników majątkowych, a także przejmie na siebie określone ryzyka związane z realizacją przedsięwzięcia, zastosowanie będzie miało uppp. W sytuacji, gdzie partner prywatny realizujący zadania z zakresu gospodarki komunalnej otrzymuje w całości lub znacznej części wynagrodzenie od podmiotu publicznego, bez przyjmowania na siebie ryzyka oraz obowiązku utrzymania lub zarządzania składnikiem majątkowym, zastosowanie będą miały przepisy upzp. Natomiast zadania publiczne realizowane na zasadach *non profit* przez organizację pozarządową, będą miały zastosowanie przepisy udppw. Ponadto zgodnie z przepisami ugk. może zlecić jst. wykonanie zadań publicznych na zasadach ogólnych, bez stosowania przytoczonych podstaw prawnych. Podmioty te muszą działać w powyższym zakresie zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, które gwarantują realizację wspomnianych zadań w sposób oszczędny, efektywny i terminowy²⁹⁷. Oznacza to, że w powyższej przedstawionej sytuacji podmioty, publiczne nie będą zobligowane do wyłącznego stosowania uppp., jeżeli nie będzie za tym przemawiał charakter współpracy międzysektorowej²⁹⁸.

Reasumując, współpraca publiczno-prywatna inna niż określona w uppp., która charakteryzuje się przekazaniem do realizacji zadania publicznego partnerowi prywatnemu oraz związana jest z wykorzystaniem przez nią majątku publicznego, będzie możliwa na podstawie np. ugn., udppw., upzp., lub przepisy kc. W celu skorzystania z przedstawionych powyżej form współpracy konieczne będzie wyłonienie partnera prywatnego na podstawie przepisów upzp. lub ukrbu.²⁹⁹ Natomiast, w przypadkach, w których nie ma zastosowania tych ustaw na podstawie art. 4 ust. 3 uppp. do wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ugn.³⁰⁰

²⁹⁷ A. Panasiuk, op. cit., s. 33.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ Ibidem.

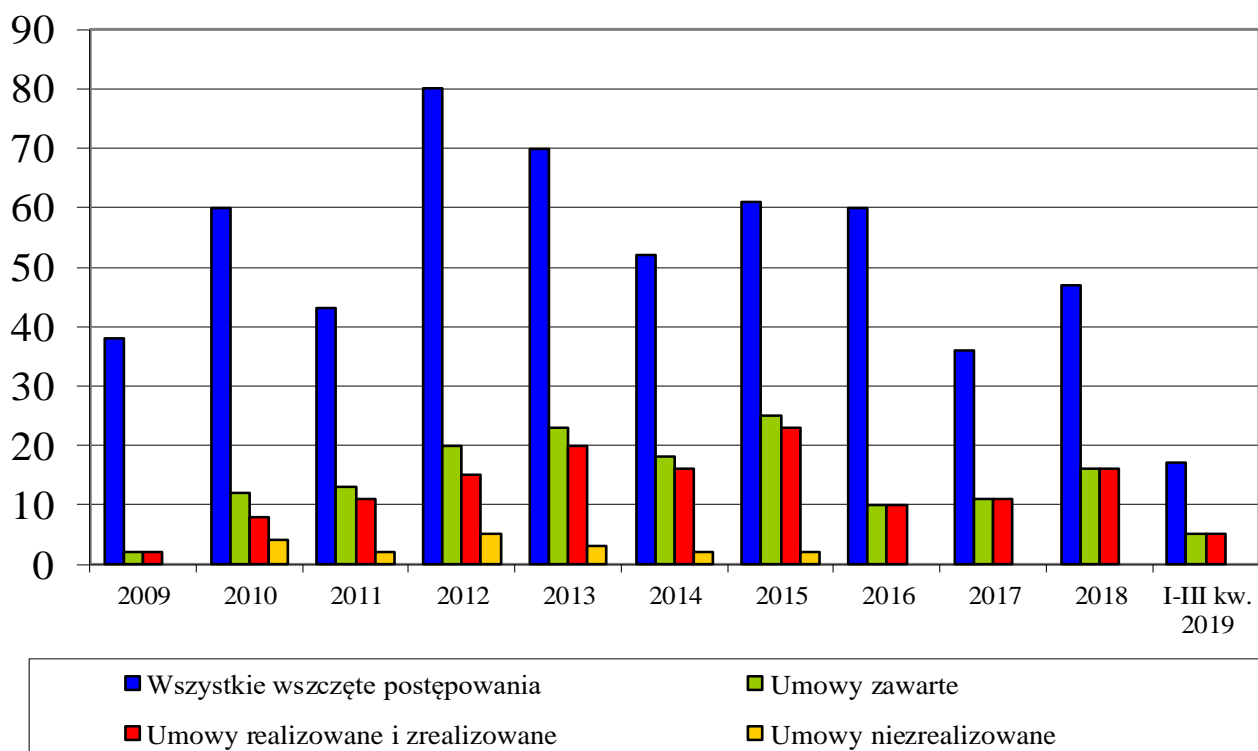
³⁰⁰ Ibidem.

2.4. Rynek partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce

Analizując rynek ppp. w Polsce od 2009 roku do III kwartału 2020 r. należy zaznaczyć, iż w sumie wszczęto 586 postępowań ppp.³⁰¹ W wyniku tego zawarto łącznie 147 umów o partnerstwo (tj. 25,08% postępowań zakończyło się podpisaniem umowy), w tym 144 (97,97%) weszło w fazę realizacji, a 18 (12,24%) nie zostało zrealizowanych. Oznacza to, że w 74,92% postępowaniach nie zawarto umowy o ppp. Natomiast, w I-III kwartale 2020 r. zawarto 6 umów na sumę ponad 200 mln zł. W tym czasie zainicjowano 17 postępowań o wartości ponad 292 mln zł. Postępowania te dotyczyły następujących obszarów: efektywności energetycznej, budynków publicznych, sportu i turystyki, wodno-kanalizacyjnym, usług transportowych, edukacji, kultury, gospodarki odpadami³⁰².

Poniżej przedstawiono w tabeli 1. i wykresie 1. Postępowania przeprowadzone w okresie od 2009 r. do I-III kwartału 2020 r. z podziałem na lata.

Wykres 1. Postępowania przeprowadzone w okresie od 2009 r. do I-III kwartału 2020 r. z podziałem na lata



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r., strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

³⁰¹ Mowa tu jest o postępowaniach mających na celu wybór partnera prywatnego i zawarcie umowy PPP, prowadzone w oparciu o przepisy upzp. lub uukrbu.

³⁰² Raport rynku PPP, 2009 - I-III kwartału 2020, strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

Tabela 1. Postępowania przeprowadzone w okresie od 2009 r. do I-III kwartału 2020 r. z podziałem na lata

Nazwa etapu	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	1-III kw. 2020	Razem
Wszystkie wszczęte postępowania	38	60	43	80	70	52	61	60	36	47	22	17	564
Umowy zawarte	2	12	13	20	23	18	25	10	11	16	9	6	155
Umowy realizowane i zrealizowane	2	8	11	15	20	16	23	10	11	16	6	3	137
Umowy niezrealizowane	0	4	2	5	3	2	2	0	0	0	0	0	18

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r., strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

W okresie 10 lat funkcjonowania ppp. w Polsce, a mianowicie od początku 2009 r. do końca III kwartału 2020 r. wszczęto łącznie 586 postępowań na wybór partnera prywatnego. Wybór ten jest dokonywany na podstawie przepisów upzp. lub uukrbu. Wykres 1., przedstawia liczbę postępowań ogłaszanych w kolejnych latach. Biorąc pod uwagę powyższy okres funkcjonowania partnerstwa w Polsce można zauważyć tendencję wzrostową w latach 2009-2012, gdzie najwyższą liczbę ogłoszonych postępowań osiągnięto w 2012 roku, która wynosiła 80. W kolejnych latach nastąpił lekki spadek, z wyjątkiem lat 2015-2016³⁰³.

Zaangażowanie podmiotów publicznych w rynek ppp. jest zależne od czynników, dotyczących podejmowania działań w zakresie przedsięwzięć publicznych, długu publicznego czy dynamiki absorpcji dotacji unijnych. Ponadto, nakłada się na to możliwość zainicjowania partnerstwa w określonych sektorach zadań publicznych³⁰⁴. Dokonując analizy wykresu 1. zauważyć można, iż ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustawach³⁰⁵ nie spowodowała wzrostu liczby zawartych umów w roku 2019 i 2020 w porównaniu do lat ubiegłych.

³⁰³ K. Szymański, B. Korbus, Analiza rynku PPP za okres od 2009 roku do 30 czerwca 2018 roku, Warszawa 2018, s. 15.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustawach (Dz. U. poz. 1693).

Ponadto należy wspomnieć, iż w okresie 10 lat zawarto 151 umów. Wykresie 1. wskazuje, iż w pierwszym okresie funkcjonowania uppp. podpisano tylko dwie umowy o ppp.³⁰⁶ W kolejnych latach nastąpił wzrost liczby zawartych umów, w których doszło do realizacji. Najwyższy poziom 23 umów osiągnięto w 2015 r. W następnych latach analizowanego okresu nastąpił spadek realizowanych umów do poziomu 10 umów w 2016 r. oraz do 11 umów w 2017 r., tj. do najniższego poziomu od 2011 r. Natomiast w 2019 r. realizowanych było 9 umów, a w I – III kwartale 2020 r. były 3 umowy. W trzecim kwartale 2020 r. nie zawarto nowych umów ppp., a liczba umów zawartych w bieżącym roku nie różni się od roku poprzedniego. W 2019 r. I - III kwartale zawarto 5 umów na łączną kwotę 147 mln zł, a w tym samym okresie w 2020 r. zawarto 6 umów na sumę 201 mln zł³⁰⁷.

Poniżej przedstawiono w tabeli 2. wartości realizowanych umów ppp. Przez wartość umowy partnerstwa należy rozumieć wartość nakładów inwestycyjnych brutto lub wartość brutto usług świadczonych w projekcie.

Tabela 2. Wartości realizowanych umów ppp. za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r.

Rok	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
mln	9	493	747	1072	3206	3481	4465	4844	5107	5955	7285	7522
zł												

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r., strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

Dokonując analizy powyższej tabeli, można zauważyć, iż do dnia 30 września 2020 r. zawarto umowy o ppp. na sumę 7,522 mld zł. Natomiast w 2013 r. podpisano umów o partnerstwo na łączną kwotę 2,134 mld zł, która stanowi najwyższą wartość w całym okresie funkcjonowania ppp. w Polsce. Po wspomnianym roku zawierane były umowy o niskiej wartości, średnia wartość wyniosła 46 mln zł. W 2019 r. można zauważyć wzrost wartości umów o ppp., gdzie podpisano 9 umów na sumę powyżej 1,3 mld zł. W tym okresie podpisano umowę o ppp. na kwotę 850 mln zł. Wspomniana umowa obejmowała wykonanie instalacji termicznego przekształcania odpadów wraz z odzyskiem energii do zapewnienia dostaw ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w Olsztynie. Natomiast, w drugim kwartale 2020 r. zawarto umów ppp. na zaprojektowanie, wybudowanie i eksploatację parkingów dla Miasta Łodzi o wartości 110 mln zł. Podobna umowa została zawarta w Warszawie³⁰⁸.

³⁰⁶ Chodzi o budowę obiektu stacji dializ Szpitala Wielospecjalistycznego w Jaworznie oraz koncesję na zbiorowe zaopatrzenie w wodę w gminie Kiszkowo.

³⁰⁷ Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r., s. 4, strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

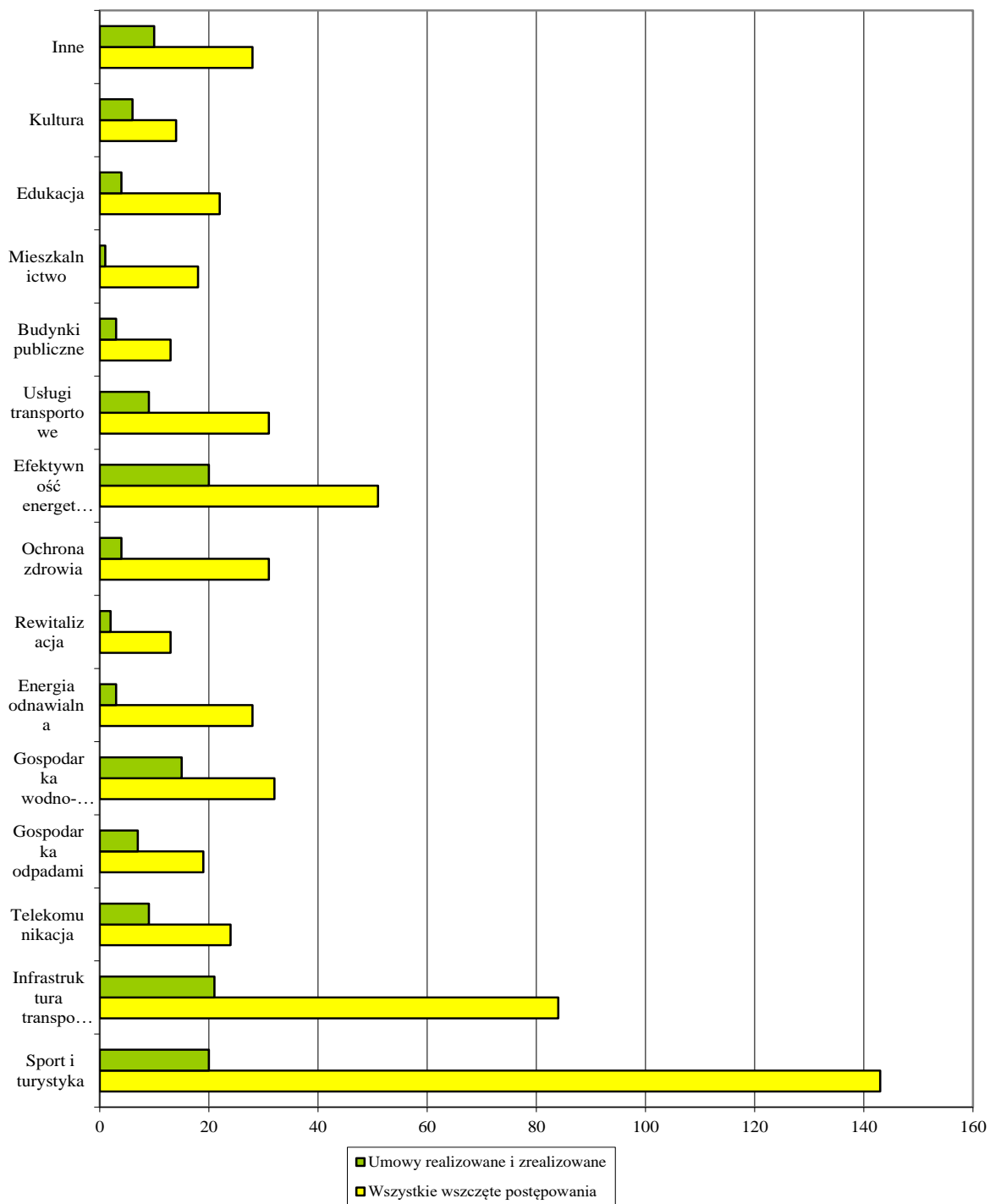
³⁰⁸ Ibidem.

Dokonując analizy rynku partnerstwa w Polsce pod względem sektorów zadań publicznych to najwięcej postępowań zainicjowano w sektorze sportu i turystyki, bo aż 152, czyli 25,93% wszystkich postępowań. Następnymi sektorami są: infrastruktura transportowa z 85 postępowaniami (14,50%) i efektywność energetyczna z 58 postępowaniami (9,89%). Wymienione powyższej sektory razem stanowią połowę tj. 50,34% wszystkich postępowań podjętych w latach 2009-2020. Ponadto, wspomniane wyżej branże przodują również w ilości zawartych i realizowanych umów, z tą różnicą, iż liderem jest sektor infrastruktury transportowej z 23 umowami, zaś sport i turystyka oraz efektywność energetyczna zajmują *ex aequo* drugie miejsce, każdy z 21 umowami. Jednakże, skuteczność wszczynanych postępowań w ujęciu zawartych umów była różna w poszczególnych branżach. Natomiast, pod względem wartości dominują dwa sektory: gospodarki odpadami oraz sektor telekomunikacji³⁰⁹.

Natomiast poniżej przedstawiono w Wykresie 2. i w Tabeli 3. liczby postępowań z uwzględnieniem podziału na sektory zadań publicznych.

³⁰⁹ Ibidem, s. 5.

Wykres 2. Liczby postępowań z uwzględnieniem podziału na sektory zadań publicznych



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r., strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

Tabela 3. Liczby postępowań z uwzględnieniem podziału na sektory zadań publicznych

Sektor	Sport i turystyka	Infrastruktura transportowa	Telekomunikacja	Gospodarka odpadami	Gospodarka wodno-kanalizacyjna	Energia odnawialna	Rewitalizacja	Ochrona zdrowia	Efektywność energetyczna	Usługi transportowe	Budynki publiczne	Mieszkalnictwo	Edukacja	Kultura	Inne	Razem
Wszystkie wszczęte postępowania	152	85	24	22	35	28	13	31	58	32	16	19	25	16	30	586
Umowy realizowane i zrealizowane	21	23	9	9	18	3	4	4	21	9	3	1	5	6	11	147

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r., strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

Badając rynek ppp. zauważyć można, iż liczba zainicjowanych postępowań na wybór partnera prywatnego jest znacząco większa niż liczba konkretnych przedsięwzięć w ramach partnerstwa, jakie podmioty publiczne proponują partnerom prywatnym z zamiarem nawiązania długoterminowej współpracy w obszarze infrastruktury usług publicznych. Powodem tego jest to, że ułamek wszczynanych postępowań kończy się wyłonieniem partnera prywatnego, a w pozostałych przypadkach podmiot publiczny rezygnuje z realizacji przedsięwzięcia ppp. i ponownie ogłasza postępowanie w tej samej formie³¹⁰.

W latach 2009-2020 najczęściej stosowanym trybem wyłaniania partnera prywatnego była koncesja. Ten rodzaj modelu był wykorzystany w 393 postępowaniach, tj. 67,06% wszystkich wszczętych postępowań. W wspomnianej powyżej koncesji podmiot publiczny dąży do stworzenia warunków umowy w ten sposób, aby strona prywatna wzięła na siebie większą część ryzyka ekonomicznego dotyczącego realizacji przedsięwzięcia. Polega to na tym, iż całość lub większość wynagrodzenia strony prywatnej pochodzi z innych źródeł niż budżet strony publicznej. Najczęściej przybiera ona postać opłat ponoszonych bezpośrednio przez użytkowników infrastruktury lub usług dostarczanych przez jego operatora, rzadziej inne pożytki. W koncesji zazwyczaj to strona prywatna ponosi znaczą część nakładów niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia³¹¹.

³¹⁰ Analiza rynku ppp za okres od 2009 r. do 31 grudnia 2018 r., s. 14, strona internetowa: <http://forumppp.pl> (dostęp z dnia 18 grudnia 2020 r.).

³¹¹ Ibidem, s. 15.

W przypadku wyłonienia koncesjonariusza na świadczenie usług było to w 175, czyli 29,863% wszystkich wszczętych postępowań. Natomiast w sytuacji wyłonienia strony prywatnej na zrealizowanie robót budowlanych w 105 postępowaniach to jest 17,91% zainicjowanych przypadków, w tej samej liczbie przypadków zastosowano uukrbu. w związku z uppp.³¹²

Tabela 4. Liczba wszystkich postępowań z uwzględnieniem podziału na podstawę prawną wyboru partnera prywatnego

Forma prawna wyboru partnera prywatnego	Ppp. w upzp. (art. 4 ust. 2)	Koncesja na usługi	Ppp. w trybie koncesji (art. 4 ust. 1)	Koncesja na roboty budowlane	Ppp. (art. 4 ust. 3)	Inne	Razem
Wszystkie wszczęte postępowania	189	175	113	105	3	1	586
Umowy realizowane i zrealizowane	50	57	21	15	1	1	147
Łączna wartość umowy realizowane i zrealizowane	4,4 mld PLN	711 mln PLN	1,5 mld PLN	479 mln PLN	10 mln PLN	410 mln PLN	7,5 mld PLN

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r., strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

Z powyższej Tabeli 4. wynika, iż 189 postępowań (32,25% wszystkich postępowań) wszczęto w celu wyłonienia partnera prywatnego przy zastosowaniu trybów opartych na przepisach upzp. Oznacza to, że partner miał otrzymywać wynagrodzenie ze środków podmiotu publicznego stosownie do ponoszonego ryzyka dostępności infrastruktury i usług świadczonych w ramach umowy ppp. Ponadto, od 2009 r. w modelu koncesji na usługi zainicjowano około 39% umów oraz 35% umów po przeprowadzeniu postępowania w trybie art. 4 ust. 1 uppp. na podstawie upzp. Powyższe tryby wyboru partnera prywatnego były podstawą zawarcia umów na sumę 5,11 mld zł³¹³. Uzasadnieniem takiego stanu rzeczy jest stosunek podmiotów publicznych do formuł koncesji i ppp., gdzie postępowanie koncesyjne jest wykorzystywane w przedsięwzięciach o małej wartości i nieskomplikowanym charakterze. Natomiast tryb upzp. stosowano w większych i bardziej złożonych inwestycjach, które obligowały do precyzyjnego ich przygotowania³¹⁴.

³¹² Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r., s. 9, strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

³¹³ Ibidem, s. 5.

³¹⁴ Analiza rynku ppp za okres od 2009 r. do 31 grudnia 2018 r., s. 17, strona internetowa: <http://forumppp.pl> (dostęp z dnia 18 grudnia 2020 r.).

Wysoki wskaźnik trybu zamówień publicznych dowodzi, iż podmioty publiczne starannie przygotowują postępowania unormowane przez upzp., zakładające wynagrodzenie partnera prywatnego w formie opłaty za dostępność zarządzanej przez niego infrastruktury, wypłacane z budżetu strony publicznej. Postępowania koncesyjne na ogół nie obciążają budżetu publicznego strony publicznej projektu. Ponadto są mniej ryzykowne w ujęciu ekonomicznym i politycznym. Powodowało to, że były częściej ogłaszane. Natomiast brak powodzenia w tym zakresie nie jest brany za powód do rezygnacji z danej inwestycji³¹⁵.

Najbardziej aktywnymi podmiotami publicznymi wykorzystującymi instytucję ppp. są gminy. Razem przeprowadziły one 381 postępowań, licząc łącznie wszystkie typy gmin oraz związki gmin, co stanowiło 65% wszystkich postępowań. Najwięcej postępowań wszczęły gminy miejskie, które zainicjowały 30,71% wszystkich postępowań, a następnie gminy wiejskie (17,23%) oraz gminy wiejsko-miejskie (16,21%). Dowodem przewagi samorządów w zakresie realizacji przedsięwzięć ramach ppp. jest również aktywność starostw powiatowych i urzędów marszałkowskich oraz podmiotów powiązanych z samorządami³¹⁶. Natomiast w ponad dziesięcioletnim okresie, administracja rządowa w sposób bierny podchodziła do postępowań ppp., jej organy wszczęły zaledwie 7 postępowań³¹⁷.

Tabela 5. Liczba wszystkich postępowań z uwzględnieniem podziału na rodzaj podmiotu publicznego

Podmioty publiczne	Wszystkie wszczęte postępowania	Umowy realizowane i zrealizowane
Gmina miejska	180	45
Gmina miejsko-wiejska	95	24
Gmina wiejska	101	30
Jednostka budżetowa	46	10
Urząd marszałkowski	33	10
Spółka komunalna	36	7
Starostwo Powiatowe	23	4
SP ZOZ (jednostki służby zdrowia)	19	3
Samorządowe	22	1

³¹⁵ Ibidem, s. 29.

³¹⁶ Np.: jednostki budżetowe lub spółki komunalne.

³¹⁷ Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r., s. 5, strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

instytucje kultury		
Uczelnie	6	2
Administracja rządowa	7	7
Związek gmin	5	1
Inne	13	3

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2019 r, strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2019 r.).

Dokonując analizy powyższej tabeli można dostrzec, iż samorzady podpisały 132 umów na 147 wszystkich zawartych i realizowanych umów. Najwięcej umów zawarły gminy miejskie tj. 45 umów oraz gminy wiejskie w liczbie 30 umowy i gminy miejsko-wiejskie, które podpisały 24 umów. Natomiast 15 umów o ppp. zostało zawartych przez podmioty publiczne niezwiązane z samorządem, w tym 7 umów których stroną była administracja rządowa.

Poniższa tabela 6. przedstawia ilość zainicjowanych postępowań dotyczących projektów partnerstwa podzielonych ze względu na wartości przedsięwzięć, rozumianą jako wartość netto nakładów inwestycyjnych lub wartość netto usług świadczonych w projekcie. Tabela 6. wskazuje, iż najwięcej umów o ppp. jest o wartości nie przekraczającej 40 mln zł – łączna ich liczba to 114 umów, co stanowi 77,55% wszystkich umów ppp. realizowanych i zrealizowanych. Kolejną grupą są projekty o dużej wartości (40 – 100 mln), bardzo duże (100 – 500 mln) oraz największe (>500 mln). W sumie liczą one 33 umowy, które stanowią 22,45% całego rynku partnerstwa w Polsce³¹⁸.

Tabela 6. Liczba wszystkich umów realizowanych i zrealizowanych

	Wartości projektu ppp.	Umowy realizowane i zrealizowane
Źródło:	Mikro (<5 mln)	64
	Małe (5 – 40 mln)	50
	Duże (40 – 100 mln)	18
	Bardzo duże (100 – 500 mln)	12
	Największe (>500 mln)	3
	Razem	147

opracowanie własne na podstawie danych Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r, strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

³¹⁸ Ibidem, s. 6.

Znaczna ilość postępowań o mikro i małej wartości projektów, świadczy o rozdrobnieniu rynku ppp. w Polsce. Taki stan rzeczy jest odzwierciedleniem wczesnego etapu rozwoju tego rynku, gdyż podmioty publiczne podchodzą do ppp. jako eksperymentalnego sposobu realizacji zadań publicznych, traktowanego na zasadzie pilotażu. Niska liczba zainicjowanych postępowań może wynikać z zamiaru ograniczenia ryzyka ekonomicznego, politycznego i medialnego przez sektor publiczny³¹⁹.

Należy nadmienić, że wszczęte przez podmiot publiczny procedury wyłonienia partnera prywatnego w związku z zainicjowanym projektem ppp. może mieć różny status. Przykładowo, może doprowadzić do zawarcia umowy o ppp. z wybranym partnerem, może zostać unieważnione bądź może ciągle pozostawać w toku. Istotnym elementem sukcesu projektów ppp. jest zapewnienie wsparcia profesjonalnych doradców. Podmioty publiczne, które korzystały z tego rodzaju usług doradczych, w 66 z 147 postępowań zakończyły się zawarciem umów. Jedną z barier, wskazaną przez podmioty publiczne jest wysoki koszt doradztwa. W tym zakresie istotna jest polityka rządu wprowadzona przez MliR, będąca wsparciem dla sektora publicznego w postaci finansowania części wydatków związanych z doradztwem³²⁰.

Najwięcej nierealizowanych przedsięwzięć to umowy koncesyjne, w których strona prywatna bierze na siebie część ryzyka ekonomicznego. Tym samym uzyskuje zwrot z zainwestowanych środków z wynagrodzenia pochodzących z innych źródeł niż sektora publicznego. Powoduje to niepewność realizacji przedsięwzięcia, które zagrożone jest w sytuacji załamania popytu na usługi świadczone w ramach partnerstwa. Istotnym elementem składającym się na sukces projektów koncesyjnych jest odpowiednio dokonana analiza popytu wykonywana na etapie oceny efektywności³²¹.

³¹⁹ Analiza rynku ppp za okres od 2009 r. do 31 grudnia 2018 r., s. 22, strona internetowa: <http://www.forumppp.pl> (dostęp z dnia 18 grudnia 2020 r.).

³²⁰ Raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do III kwartału 2020 r, s. 6, strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

³²¹ Ibidem, s. 7.

2.5. Wnioski częściowe

Analiza historyczno-porównawcza, geneza i rozwój instytucji partnerstwa w Polsce i na świecie oraz wpływ prawa UE na kształtowanie się instytucji ppp. zaprezentowane w rozdziale drugim umożliwiły sformułowanie poniższych wniosków częściowych.

Po pierwsze, współpraca międzysektorowa w realizacji zadań publicznych ma długą historię. Źródła ppp. w ustawodawstwie europejskim należy się doszukiwać w instytucji koncesji we Francji, polegała ona na wzniesieniu przez koncesjonariusza budowli i innych urządzeń, które były własnością państwa. W tym trybie wykonywano przedsięwzięcia komunikacyjne i realizowano budowle publiczne. Wynagrodzeniem koncesjonariusza były opłaty pobierane od użytkowników, a czasami wynagrodzenie to było realizowane w sposób uzupełniający przez państwo na podstawie odrębnych umów.

Natomiast w Wielkiej Brytanii rozpoczęto wprowadzanie programu rządowego PFI. W ramach tego programu podmiot publiczny uzyskiwał usługi realizowane przez partnera prywatnego, natomiast one zapewniały zasoby niezbędne do ich świadczenia. W zamian miał on prawo do korzystania z obiektu lub wykonywania usług. Wynagrodzeniem inwestora była możliwość pobierania opłat od użytkowników lub pobierania tych opłat wraz z jednoczesnymi dopłatami z budżetu jednostki publicznej. Doświadczenia francuskie oraz brytyjskie w realizacji usług publicznych na podstawie koncesji przełożyły się z czasem na ustawodawstwo i praktykę w innych krajach Unii Europejskiej.

Po drugie, w obszarze prawnym Unii Europejskiej ppp. było regulowane tzw. prawem miękkim. Wśród najistotniejszych regulacji unijnych należy wymienić wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, oraz Zieloną Księgę w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji.

Natomiast działania Komisji Europejskiej w ramach partnerstwa zmierzają do zapewnienia:

- 1) konkurencyjności;
- 2) otwartości;
- 3) jawności procedur w dostępie do tego rynku dla wszystkich zainteresowanych podmiotów.

W związku z powyższym, Komisja wnioskuje o szersze stosowanie procedur zamówieniowych i koncesyjnych. Na tej podstawie umowa o ppp., podlega regulacjom prawa UE dotyczącego zasad udzielania zamówień publicznych i koncesji, w szczególności:

- 1) dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE;
- 2) dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki,

transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE;

- 3) dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji.

Przedsięwzięcia w ramach ppp. mogą być realizowane z wykorzystaniem dofinansowania z funduszy strukturalnych UE, umożliwia to rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r., które dotyczy Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006. Natomiast w art. 2 pkt 24 wspomnianego rozporządzenia, ppp. zostało zdefiniowane jako „forma współpracy między podmiotami publicznymi a sektorem prywatnym, których celem jest poprawa realizacji inwestycji w projekty infrastrukturalne lub inne rodzaje operacji realizujących usługi publiczne, poprzez dzielenie ryzyka, wspólne korzystanie ze specjalistycznej wiedzy sektora prywatnego lub dodatkowe źródła kapitału”.

Po trzecie, geneza współpracy publiczno-prywatnej na terytorium Polski sięga czasów rozbiorów. W trybie koncesji budowano najważniejsze magistrale kolejowe. Natomiast, pierwszą regulacją prawną w odrodzonej Polsce była ustawa z dnia 14 października 1921 r. o udzielaniu koncesji na koleje żelazne prywatne. Dotyczyła ona formy współpracy mieszczącej się w definicji ppp. Wspomniana ustawa regulowała relacje pomiędzy Skarbem Państwa i partnerem prywatnym. Jednakże na podstawie tej regulacji nie powstało wiele projektów. Kolejnym aktem prawnym dotyczącym przedsięwzięć publiczno-prywatnych była ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym. Przedmiotem tej ustawy było wskazanie warunków przygotowania budowy, zasady koncesjonowania i umów o budowę oraz eksploatację autostrad płatnych.

Pierwszą regulującą, która w całości dotyczyła kwestii współpracy międzysektorowej w Polsce była uppp. z dnia 28 lipca 2005 r. Ustawa ta określała zasady i tryb współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach ppp. Na podstawie uppp. z 2005 r. powołane zostały akty wykonawcze regulujące elementy analizy przedsięwzięcia w ramach ppp., a także ryzyka związane z realizacją przedsięwzięcia partnerstwa. Z uwagi na brak zainteresowania partnerstwem ze strony podmiotów publicznych i partnerów prywatnych spowodowało, uchwalenie uppp. w 2008 r., która obowiązuje do dziś.

Po czwarte, analizując rynek ppp. w Polsce należy podkreślić, że najwięcej wszczętych

postępowania i zawartych umów było w latach 2012 – 2016. Po tym okresie można zaobserwować spadek ilości zawieranych umów partnerstwa. Tej sytuacji nie poprawiła nowelizacja uppp. z dnia 5 lipca 2018 r. Natomiast, ppp. w Polsce jest najczęściej wykorzystywane w sektorze: sportu i turystyki, infrastruktury transportu oraz efektywności. Popularną formą prawną wyboru partnera prywatnego w latach 2009-2020 była koncesja.

Rozdział 3. Partnerstwo publiczno-prywatne w wybranych krajach

3.1. Uwagi wstępne

Niniejszy rozdział przedstawia analizę prawnoporównawczą ppp. w wybranych krajach. Analiza ta pozwala zwrócić uwagę na główne problemy w funkcjonowaniu ppp. i ukazuje mechanizmy prawne, które zostały zastosowane do ich rozwiązania. Ponadto, w prezentowanym rozdziale przeprowadzone badania pozwoliły na przedstawienie rozwiązań zagranicznych, które mogą być implementowane w polskim systemie prawnym. Analizę tę rozpoczęto od przedstawienia genezy i rozwoju ppp. w wybranych krajach. Następnie ukazano problemy w stosowaniu omawianej instytucji. Na tej podstawie dokonano oceny funkcjonowania instrumentów i rozwiązań stosowanych w ppp. w wybranych krajach.

W niniejszym rozdziale, do analizy instytucji ppp. w wybranych krajach, wytypowano takie kraje jak: Wielka Brytania, Niemcy, Kanada. Kraje te wybrane zostały ze względu na rozwój omawianej instytucji, która może stanowić przykład i zarazem inspirację do powielania dobrych praktyk i działań przez wspomniane państwa, celem dalszego rozwoju partnerstwa w Polsce i na świecie. W niniejszym rozdziale została omówiona formuła ppp. funkcjonująca w Wielkiej Brytanii z uwagi na fakt, iż obecnie jest to najlepiej rozwijająca się instytucja na kontynencie europejskim. Kraj ten realizuje przedmiotową instytucję z sukcesem od ponad 20 lat.

Na szczególną uwagę zasługuje również Kanada, która jest jednym ze światowych liderów w wykorzystywaniu formuły ppp. do realizacji zadań publicznych. Kraj ten z powodzeniem wykorzystuje wspomnianą instytucję do finansowania inwestycji w obszarze infrastruktury już od wczesnych lat dziewięćdziesiątych.

Powołanie w tym rozdziale niemieckiego rynku ppp. jest istotne z uwagi na ogromny potencjał polsko-niemieckich relacji, przykładowo w zakresie wymiany z ang. *know-how*, doświadczenia niemieckie mogłyby się okazać dla Polski cenne zarówno w sferze wdrażania projektów ppp., jak i trudnościach w komunikowaniu zasad społeczeństwu³²².

3.2. Rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w wybranych krajach

3.2.1. Rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej

Brytyjski system prawny, w odróżnieniu od polskiego, jest systemem z ang. *common law*, który cechuje przede wszystkim prawem zwyczajowym oraz precedensem orzecznictwem będącym uzupełnieniem aktów prawnych podjętych przez organ ustawodawczy. Z tego względu brak jest ustawowego oraz kompleksowego uregulowania prawnego przedsięwzięć ppp., mimo to,

³²² A. Jędrzejewski, Partnerstwo publiczno-prywatne w Niemczech, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego”, PARP 2014 Nr 10, s. 19.

funkcjonuje jako jeden z najbardziej rozwiniętych i sprawdzonych modeli partnerstwa w Europie. Rozbudowany charakter ppp. Wielka Brytania zawdzięcza wypracowanym wytycznym i dobrym praktykom, a także stworzeniu standardowych reguł zawierania kontraktów tego typu przez organy odpowiedzialne za rozwój ppp.³²³

Koncepcja ppp. w Wielkiej Brytanii prezentowała się jako jeden z elementów modernistycznego spojrzenia na sektor publiczny na przełomie lat 80. i 90. ubiegłego wieku. Efektem tego była możliwość dopuszczenia sektora prywatnego do ubiegania się o wykonywanie zadań publicznych, co skutkowało wprowadzeniem PFI w 1992 r.³²⁴ Argumentem przemawiającym za powołaniem tej formy współpracy międzysektorowej, było poprawienie efektywności działania sektora publicznego poprzez poddanie go regułom rynkowym, w tym konkurencji³²⁵.

PFI stał się głównym sposobem realizacji inwestycji w trybie ppp. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, iż PFI oraz partnerstwo nie są pojęciami tożsamymi, ponieważ w Wielkiej Brytanii istnieją również inne formy ppp. niż PFI³²⁶. Jednak, to właśnie ta instytucja jest najbardziej i najszerzej stosowaną formą w Wielkiej Brytanii, dlatego też ta instytucja stała się przedmiotem badań niniejszej rozprawy doktorskiej.

PFI definiuje się jako „(...) formę partnerstwa publiczno-prywatnego łączącą elementy publicznej realizacji programu inwestycyjnego, w którym sektor publiczny nabywa od podmiotów prywatnych kapitał trwały, oraz outsourcingu, gdzie wykonywanie usług publicznych jest zlecone podmiotom prywatnym”³²⁷. Dokonując analizy powyższej definicji można stwierdzić, że PFI jest formą ppp. głównie związaną z inwestycjami infrastrukturalnymi realizowanymi przez prywatne podmioty z jednoczesnym zleceniem podmiotowi prywatnemu wykonanie usługi publicznej związanej z daną infrastrukturą. W większości przypadków będzie to partnerstwo modelu DBFO (zaprojektuj-buduj-sfinansuj-obsługuj), które jest jednym z wielu form ppp., nastawionym szczególnie na sfinansowanie koniecznych publicznych inwestycji³²⁸.

Celem brytyjskiej inicjatywy PFI było wzmocnienie zaangażowania sektora prywatnego w świadczenie usług użyteczności publicznej oraz zwiększenie możliwości ich finansowania przez instytucje finansowe sektora prywatnego. Na ukształtowanie się przytoczonego celu miał wpływ deficyt finansów publicznych mający miejsce na początku lat 90., który przekraczał w Wielkiej

³²³ A. Wachowska (red.), Analiza „Regulacje partnerstwa publiczno-prywatnego w wybranych krajach Unii Europejskiej i prawie polskim – możliwości zmian”, Warszawa 2016, s. 11.

³²⁴ P. K. Falconer., K. McLaughlin, 2000, „Public-private partnerships and the «New Labour» government in Britain” w: S.P. Osborne (red.), Public-private partnership. Theory and practice in international perspective, Routledge. 2000, s. 120.

³²⁵ A. Kopańska, Partnerstwo publiczno-prywatne – wzory brytyjskie. Czego można się z nich nauczyć?, Studia Regionalne i Lokalne Nr 3, 2006, s. 1.

³²⁶ A. Wachowska, Analiza..., s. 11.

³²⁷ G. Allen, „Private Finance Initiative”, House of Commons Research Paper, 01/117, s. 10.

³²⁸ A. Kopańska, Partnerstwo publiczno-prywatne – wzory brytyjskie. Czego można się z nich nauczyć?, Studia Regionalne i Lokalne Nr 3 (25)/2006, s. 2.

Brytanii 4% PKB (w 1993 r. wyniósł nawet 8% PKB). Tym czasem problemy finansów publicznych spowodowały ograniczenie wydatków inwestycyjnych, które malały o 15% od lat 90.³²⁹ Ponadto, wynikało z podniesienia jakości usług publicznych, podyktowanych oczekiwaniami społecznymi oraz normami unijnymi³³⁰. Oczekiwano, że PFI spowoduje wzrost wydatków inwestycyjnych na realizację zadań publicznych związanych z infrastrukturą, a wydatki te nie wpłyną ujemnie na budżet sektora finansów publicznych.

Należy podkreślić, iż zaproponowany w 1992 r. program rządowy PFI przeznaczony był dla przedsiębiorstw, które pozostały własnością publiczną po okresie prywatyzacji³³¹. Miało to na celu łączenie koncepcji przetargu na zakup dóbr i idei długoterminowego nabywania usług od sektora prywatnego³³². Istotnym elementem tego schematu było promowanie leasingu operacyjnego, który nie wpływał na część kapitałową budżetu, a pozwalał na zaliczenie do wydatków jedynie bieżących rat leasingowych³³³. W pierwszych latach od momentu powołania PFI, instytucja ta nie odniosła sukcesu, dlatego też w 1994 r. wprowadzono obowiązek przeprowadzenia rozpoznania możliwości realizacji poprzez mechanizm PFI³³⁴, bez którego żaden publiczny projekt inwestycyjny nie będzie zaakceptowany. Obowiązek weryfikowania planowanej inwestycji zniesiono w 1997 r.³³⁵

Za pomocą schematu działania PFI zrealizowano w Wielkiej Brytanii od początku jego istnienia do 2012 r. aż 550 projektów, należących do zakresu sektorów gospodarki, których wartość wynosiła 56 miliardów euro³³⁶. Z praktycznego punktu widzenia, PFI stało się instrumentem w realizacji inwestycji w obszarze szpitali, mieszkalnictwa, więzień, budowy szkół i transportu publicznego³³⁷.

W związku z podnoszonymi zarzutami w kwestii opłacalności i efektywności (z ang. *value for money*) obowiązującego PFI³³⁸, w 2012 r. przeprowadzono kontrolę. Dostrzeżono,

³²⁹ PFI-meeting the investment challenge, London: HM Treasury 2003, s. 14.

³³⁰ J. Sawkins, V. Dickie, „Affordability of Household Water and Sewerage Services in Great Britain”, *Fiscal Studies*, t. 26, nr 2, 2005.

³³¹ A. Wachowska, *Analiza...*, s. 12.

³³² *Ibidem*.

³³³ M. Bitner, *Modele partnerstwa publiczno-prywatnego w krajach Unii Europejskiej*, *Finanse Komunalne*, nr 8 2003 r., s. 25.

³³⁴ *Building better partnerships. The final report of the Commission on PPP 2001*, London: IPPR. 2001, s. 78.

³³⁵ G. Allen, *The Private Finance Initiative (PFI)*, Research Paper 01/117, grudzień 2001, s. 16, strona internetowa: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP01-117/RP01-117.pdf> (dostęp z dnia 31 lipca 2018 r.).

³³⁶ Publikacja European PPP Expertise Centre, United Kingdom – England. *PPP Units and Related Institutional Framework*, czerwiec 2012 r., strona internetowa: <http://www.eib.org/epec/library/index.htm> (dostęp z dnia 31 lipca 2018 r.).

³³⁷ *UK Private Finance Initiative Project: Summary Data as at March 2012*, HM Treasury.

³³⁸ Zob. argumentacja wprowadzenia zmian do PFI zawarta we wprowadzeniu do dokumentu publikacja HM Treasury *A new approach to public private partnerships*, 2012, s. 6, strona internetowa: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf (dostęp z dnia 31 lipca 2018 r.). Wskazano, że pomimo dużej ilości zrealizowanych oraz toczących się projektów PFI można zidentyfikować w nich problemy wpływające na wzrost ogólnego kosztu, m.in. zbyt długa i kosztowna procedura zawierania PFI, zbyt mała elastyczność kontraktów,

iż ta instytucja nie jest do końca dostosowana do potrzeb podmiotów publicznych. Głównymi wadami PFI były³³⁹:

- 1) długi czas i kosztowny proces udzielania zamówień w formule PFI;
- 2) nieelastyczność w realizacji projektów PFI w fazie operacyjnej, która była związana z niedostosowaniem założeń przedsięwzięcia do bieżących potrzeb sektora publicznego;
- 3) brak przejrzystości zobowiązań wynikających z kontraktów PFI;
- 4) niewłaściwa alokacja ryzyka między podmiotem publicznymi i prywatnym, powodująca zwiększenie kosztów współpracy;
- 5) zbyt duże zyski instytucji prywatnych płynące z realizacji projektów PFI.

Prezentowane wady wystąpiły m.in. w projekcie poszerzenie autostrady M25 w Londynie i utrzymanie jej przez kolejne 30 lat. Zwłoka w realizacji wspomnianej inwestycji przekroczyła zakładany termin o 18 miesięcy, a w konsekwencji koszt projektu wzrósł o dodatkowe 660 milionów funtów³⁴⁰. Natomiast przykładem niewłaściwej alokacji ryzyka między podmiotem publicznym i prywatnym, powodującej zwiększenie kosztów współpracy oraz osiągnięcie zbyt dużych zysków przez instytucje prywatne jest projekt polegający na pozyskaniu powietrznego tankowca. Inwestor, w sposób odpłatny i przy użyciu własnych maszyn, był zobowiązany tankować w powietrzu samoloty RAF w trakcie misji wojskowych. Ponadto, podmiot ten musiał zarządzać i utrzymać flotę powietrzną zdolną do świadczenia usług. Projekt zawierał postanowienia dające możliwość świadczenia usług komercyjnych innym podmiotom niż publiczne w trakcie trwania umowy i przy użyciu tych samych maszyn. Klauzula ta generowała nadzwyczajny poziom zysków partnerowi prywatnemu³⁴¹. Ponadto wskazano, iż zastosowana formuła przedsięwzięcia jest nieoptymalna. Podczas negocjowania umowy zmieniona została stopa dyskontowa w Modelu Porównawczym Sektora Publicznego³⁴². Gdyby ten czynnik został uwzględniony, projekt nie uzyskałby oczekiwanego poziomu efektywności inwestycji i nie mógłby być realizowany w ramach ppp., Powodem tego było zamrożenie przez Ministerstwo Skarbu wskaźnika stopy dyskontowej na poprzednim poziomie³⁴³.

W konsekwencji wdrożono Project Finance 2 (dalej powołane jako „PF2”). Jednakże,

przeniesienie zbyt wielu ryzyk na sektor prywatny skutkujące wyższą premią za ryzyko płaconą przez podmioty publiczne.

³³⁹ H. Rachoń. System PPP..., s. 27.

³⁴⁰ Wskaźnik value for money określa, czy interesariusze projektu mogą uzyskać maksymalne korzyści z towarów i usług, które nabywają, w ramach dostępnych na ten cel środków. Metodyczne propozycje obliczania tego wskaźnika zawarte są m.in. w: H. Rachoń, Okazja, z której warto skorzystać, czyli projekt value for money, Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego 2013/8, s. 55 i 56.

³⁴¹ M. Barszcz, Reforma systemu partnerstwa publiczno-prywatnego w Wielkiej Brytanii – implikacje dla systemu polskiego, Studia prawno-ekonomiczne, t. XCIV, 2015, s. 209.

³⁴² D. Lamb, A. Merna, Development and maintenance of a robust public sector comparator, The Journal of Structured And Project Finance 2004/10/1, s. 86–95.

³⁴³ National Audit Office, Delivering multi-role tanker aircraft capability, Ministry of Defence, Report by the Comptroller and Auditor General, The Stationery Office, Londyn 2010.

pozostawiono zasadnicze elementy charakterystyczne dla PFI. W szczególności należy do nich zaliczyć zobowiązanie partnera prywatnego do³⁴⁴:

- 1) harmonizacji czynności związanych z projektowaniem, tworzeniem oraz utrzymania obiektu współpracy w celu osiągnięcia konkretnego rezultatu;
- 2) zastosowania rozwiązania umożliwiającego osiągnięcie danego rezultatu, o którym mowa w pkt 1, a także świadczenie usług na podstawie wynagradzania³⁴⁵;
- 3) znacznej części finansowania projektu;
- 4) dokonania analizy *due diligence* projektu w celu zredukowania ryzyka niepowodzenia inwestycji³⁴⁶.

W PFI podmiotem prywatnym jest zazwyczaj z ang. *special purpose vehicle* (powołany dalej jako „SPV”), czyli spółka celowa. Do kompetencji SPV należy organizacja finansowania początkowej fazy konstrukcyjnej, z wykorzystaniem udziału kapitału sektora prywatnego oraz kredyty zaciągane przez podmiot prywatny. Przy tego typu kontraktach, wynagrodzeniem dla spółki celowej jest jednorodna płatność, czyli taka która będzie adekwatna do wysokości zaciągniętych kredytów wraz z odsetkami, spłacie udziałowców oraz ekwiwalent za świadczone usługi³⁴⁷. Wynagrodzenie to ma charakter okresowy i jest wypłacane po wykonaniu inwestycji i rozpoczęciu świadczenia usług, natomiast jest ona realizowana przez czas trwania umowy. Odpowiedzialność za nieprawidłową realizację usługi leży po stronie partnera prywatnego i jest egzekwowana poprzez zmniejszenie płatności w razie nieuzyskania określonej jakości świadczonej usługi. Ponadto podmiot prywatny ponosi także ryzyka w zakresie wzrostu kosztów przedsięwzięcia, opóźnień oraz jakości usług³⁴⁸.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż w Wielkiej Brytanii mamy do czynienia ze standaryzacją kontraktów PFI. Tworzeniem ich zajmuje się organ odpowiedzialny za wdrażanie i rozwój inicjatywy PFI (obecnie jest to z ang. *Infrastructure and Projects Authority*, dawniej z ang. *Infrastructure UK*) wiążąc tym samym instrukcję kształtowania postanowień umownych w PFI (z ang. *Standardisation of PFI Contracts*, powołany dalej jako „SoPC”)³⁴⁹.

SoPC ukierunkowuje sposób tworzenia kontraktu PFI. Dzieli się na sekcje, odpowiadające poszczególnym zagadnieniom podlegającym uregulowaniu w wymienionym kontrakcie. Zagadnienia te są wzbogacone szerokim komentarzem, który wyjaśnia przyczyny wprowadzenia

³⁴⁴ A. Kargol-Wasiluk, op. cit., s. 75.

³⁴⁵ wymagania co do projektu ze strony publicznej nie dotyczą wstępnych założeń określających sposób jego realizacji (tj. dotyczących projektu, specyfikacji), a jedynie koncentrują się na oczekiwaniach w zakresie końcowego rezultatu, tj. parametrów świadczonej usługi (np. zdolność szpitala przyjęcia określonej liczby pacjentów, dostosowanie więzienia do zakwaterowania określonej kategorii skazanych).

³⁴⁶ A. Buisson, From PF1 to PF2: the reform of the Public Private Partnership model in the UK, Norton Rose Fulbright LLP, listopad 2013, s. 3.

³⁴⁷ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 12.

³⁴⁸ Ibidem.

³⁴⁹ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 12.

określonych postanowień do przedmiotowego kontraktu oraz konsekwencje ich zastosowania³⁵⁰. Przytoczona instrukcja kształtowania postanowień umownych w PFI pomaga tworzyć kontrakt PFI dopasowany do danego przedsięwzięcia, jednakże nie stanowi ona przykładu gotowego wzorca umowy. Podstawowym celem SoPC jest³⁵¹:

- 1) wdrożenie odpowiedniego dla obecnej polityki PF2 podziału ryzyka w kontrakcie;
- 2) wskazanie przykładowego brzmienia postanowień umowy (zarówno obowiązkowych, jak i fakultatywnych), uzupełnienie niektórych luk w standaryzacji kontraktów;
- 3) skrócenie procedury zawierania kontraktu PFI, poprzez wytworzenie standardowego podejścia w wielu kwestiach, na które strony mogą wyrazić zgodę bez przeciągających się negocjacji³⁵².

3.2.2. Rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Republice Federalnej Niemiec

Rynek ppp. w Niemczech zasługuje w Polsce na uwagę, gdyż państwo to jest naszym sąsiadem i najważniejszym partnerem handlowym³⁵³. Interesującą kwestią w niemieckim systemie prawnym jest to, iż nie funkcjonuje akt prawny zawierający pojęcie przedsięwzięcia ppp. (z niem. *Öffentlich-Private Partnerschaft*, powołany dalej jako „ÖPP”)³⁵⁴. W projektach ppp. obowiązują ogólne przepisy regulujące sferę obrotu gospodarczego zawarte w niemieckim kodeksie cywilnym (z niem. *Bürgerliches Gesetzbuch*, powołany dalej jako: „BGB”)³⁵⁵. Przepisy te mają charakter bezwzględnie obowiązujący i w stosunkach umownych mogą być kształtowane w sposób swobodny przez strony. Ponadto, na podmioty publiczne nałożono obowiązek przestrzegania procedury budżetowej i przepisów zamówień publicznych. Podmioty tego sektora są również zobligowane do postępowania zgodnie ze standardami branżowymi w zakresie ogólnych warunków umów, tzw. ogólnymi standardami kontraktów (z niem. *Vertragsbedingungen für Bauleistungen*, powołane dalej jako „VOB”)³⁵⁶.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż istnieją w niemieckim systemie prawnym oddzielne akty prawne z zakresu ppp. regulujące wybrane gałęzie gospodarki. Ustawa ta dotyczy wdrażanie ppp. oraz polepszającego uwarunkowania prawnego dla tej instytucji (z niem. *ÖPP*

³⁵⁰ Ibidem.

³⁵¹ Ibidem, s. 14.

³⁵² HM Treasury Standardisation of PF2 Contracts. Draft, 2012, s. 2, strona internetowa: <https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-2-pf2> (dostęp z dnia 31 lipca 2020 r.).

³⁵³ Raport rynku ppp za okres od 2009 r. do 30 września 2013 r. przygotowany na zlecenie Ministerstwa Gospodarki przez Instytut PPP i Kancelarię Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz: Ocena obecnego stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego i publicznego w rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, Warszawa 2013.

³⁵⁴ A. Jędrzejewski, Partnerstwo publiczno-prywatne w Niemczech, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego”, PARP 2014, Nr 10, s. 20.

³⁵⁵ Dane na podstawie raportu “PPP In Europe” wydanego przez CMS Legal Services EEIG w sierpniu 2010 r.

³⁵⁶ Por. Christian Scherer-Leydecker, German, w: CMS Cameron McKenna, PPP in Europe, 2010.

Beschleunigungsgesetz) z 2005 r.³⁵⁷, której celem było usprawnienie wdrożenia współpracy międzysektorowej w Niemczech poprzez wprowadzenie zmian w przepisach regulujących działalność gospodarczą. W szczególności akt ten pozwolił na realizowanie zadania publicznego metodą ppp. oraz uregulował kwestie związane z uwzględnieniem i wyceną ryzyka związanego danym projektem, a także wprowadził proces dialogu konkurencyjnego³⁵⁸.

W niemieckim systemie prawnym, ppp. nie posiada formalnej definicji. Natomiast rozumie się tę instytucję jako „długoterminową i uregulowaną umownie współpracę pomiędzy sektorem prywatnym i publicznym, mającym na celu efektywne wykonywanie zadań publicznych poprzez właściwe połączenie niezbędnych zasobów (np. *know-how*, funduszy obrotowych, kapitału, personelu) przez partnerów oraz podział rodzajów ryzyka istniejących w projekcie między partnerów projektu zgodnie z ich kompetencjami w zakresie zarządzania ryzykiem”³⁵⁹. Instytucja ppp. używana jest do projektów o zróżnicowanych strukturach prawnych i finansowych, która cechuje się³⁶⁰:

- 1) osiągnięciem korzyści poprzez odpowiedni podział zadań i odpowiedzialnością pomiędzy stronami przedsięwzięcia;
- 2) kompleksową realizacją projektu;
- 3) udziałem kapitału prywatnego, będącego kluczowym elementem mechanizmu motywacyjnego modelu ppp.;
- 4) elementem wspierającym strukturę czynników motywacyjnych, który jest niezbędny w długoterminowych relacjach.;
- 5) innowacyjnością, poprzez sposób określenia usług, które będą świadczone w ramach projektu³⁶¹.

Zatem główną przesłanką wykorzystywania tej formuły działania jest zwiększenie efektywności zadań, do których wykonywania zobowiązany jest podmiot publiczny. Ponadto wskazać można, że ppp. jest postrzegane jako forma działalności uplasowanej pomiędzy zamówieniami publicznymi, a prywatyzacją wykonywaną przez sektor publiczny³⁶².

Poniżej w Tabeli 7. przedstawiono kształtowanie się ppp. w Niemczech na przestrzeni lat. Prezentowana tabela ukazuje liczbę zawartych umów w danym roku i ich wartość oraz łączną liczbę umów w danym roku.

³⁵⁷ Instrumenty wsparcia finansowego państwa dla inwestycji sektora prywatnego w rozwoju infrastruktury w formie Partnerstwa Publiczno-Prywatnego – case study na przykładzie Niemiec, Gdańsk 2012, s. 8.

³⁵⁸ A. Jędrzejewski, *Partnerstwo...*, s. 20.

³⁵⁹ Por. H. W. Alfen, A. Leupold, *Public Private Partnerships (PPP) in the German Public Real Estate Sector*, Germany Real Estate Yearbook 2007.

³⁶⁰ *Instrumenty wsparcia...*, s. 9.

³⁶¹ Odbywa to się poprzez specyfikację efektu wyjściowego, wymagań jakościowych oraz mechanizmu płatności.

³⁶² *Instrumenty wsparcia finansowego...* op. cit., s. 10.

Tabela 7. Liczba zawartych umów ppp. w Niemczech oraz ich wartość w mln euro. Według stanu na dzień 31 grudnia 2020 r.

Rok	Liczba umów zawartych w danym roku	Łączna liczba umów w danym roku	Wartość umów zawartych w danym roku
2002/2003	2	2	64
2004	12	14	350
2005	16	30	508
2006	23	53	594
2007	38	91	1507
2008	28	119	1432
2009	26	145	1187
2010	15	160	384
2011	16	176	1151
2012	8	184	150
2013	8	192	189
2014	6	198	990
2015	6	204	654
2016	5	209	697
2017	4	213	733
2018	4	217	618
2019	3	220	66

Źródło: opracowania własne na podstawie danych zawartych na stronie internetowej: <http://www.ppp-projektbank.de> (dostęp z dnia 5 grudnia 2020 r.).

Na podstawie przedstawionych danych na dzień 5 grudnia 2020 r. można zaobserwować, że zawarto 220 umów ppp. Ponadto, wydatki na inwestycyjne w budownictwie wyniosły 6 382 mln EUR, przy 199 projektach. Natomiast, inwestycje drogowe opiewały na kwotę około 4 833 mln EUR, przy 21 projektach³⁶³. Powyższa tabela wskazuje, że najwięcej umów zawarto w latach 2006 – 2009. W okresie tym zawierano ponad 23 umowy rocznie. Obecnie w Niemczech zawiera się około 4 umów rocznie, jednakże umowy te są o wyższej wartości.

³⁶³Informacje ze strony internetowej: www.ppp-projektbank.de (dostęp z dnia 5 grudnia 2020 r.).

W poniższej Tabeli 8. zaprezentowano liczbę zawartych umów ppp. w poszczególnych landach.

Tabela 8. Liczba zawartych umów ppp. wg. landów. Stan na dzień 5 grudnia 2020 r.

Land	Liczba zawartych umów ppp.
Nadrenia Północna-Westfalia	58
Bawaria	25
Szlezwik-Holsztyn	21
Hesja	21
Dolna Saksonia	21
Badenia Wirtembergia	16
Saksonia Anhalt	11
Brandenburgia	12
Turyngia	5
Saksonia	5
Nadrenia-Palatynat	2
Maklemburgia-Pomorze Przednie	2
Hamburg – miasto wydzielone	2
Berlin – miasto wydzielone	2
Saara	1
Brema – miasto wydzielone	0

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych zawartych na stronie internetowej: www.ppp-projektDatenbank.de (dostęp z dnia 5 grudnia 2020 r.).

Z powyższego zestawienia zauważyć można, że Nadrenia Północnej-Westfalia przoduje w zakresie ilości zawartych umów ppp., wskazując na region Niemiec zachodnich jako zapatrujący się pozytywnie na samą instytucję.

Istotnym bodźcem dla powstania i rozwoju ppp. w Niemczech było zjednoczenie kraju podzielonego na NRD i RFN po II wojnie światowej. W 1990 r. państwo niemieckie poniosło ogromne koszty w związku z modernizacją wschodniej części Niemiec, naruszając tym samym równowagę finansów publicznych. Spowodowało to konieczność szukania nowych form finansowania inwestycji infrastrukturalnych np. z zaangażowania prywatnego kapitału. W tym samym roku działania rządu w zakresie wdrożenia ppp. w Niemczech ograniczyły się do inwestycji drogowych i oparte były głównie na przygotowaniu projektów z wykorzystaniem

prywatnego finansowania. W 2002 r. powołano Federalne Centrum Kompetencyjne oraz grupę doradczą o nazwie z niem. *Beratergruppe* w celu opracowania zasad partnerstwa w zakresie budownictwa publicznego³⁶⁴. W ramach tzw. Inicjatywy ppp. (z niem. *ÖPP-Initiative NRW*) rozpoczętej przez Nadrenię Północną-Westfalię (z niem. *Nordrhein-Westfalen*) powstał w ramach Ministerstwa Finansów tego landu tzw. PPP-Task Force, który zapoczątkował partnerstwu w całej RFN, m.in. za sprawą opracowania standardów dla przedsięwzięć typu ppp. oraz uruchomienia projektów pilotażowych³⁶⁵. W 2003 r. został wydany raport zawierający rekomendacje dotyczące procesów realizacji projektów w ramach tej formuły. Konsekwencją tych wydarzeń były późniejsze prace Bundestagu w sierpniu 2005 r. nad ustawą o przyspieszeniu ppp.³⁶⁶

W 2006 r. Konferencja ministrów krajów związkowych przyjęła standardowe wytyczne w sposobie oceny opłacalności projektu współpracy międzysektorowej. Natomiast rok później, federalne ministerstwo finansów ogłosiło rekomendacje w sprawie rozwiązań dla ppp. w federalnym systemie budżetowym. W tym samym roku, w ramach niemieckiego ppp. utworzona została spółka doradcza z niem. *Partnerschaft Deutschland*, która pełni rolę centralnego ośrodka planistycznego i konsultacyjnego w zakresie realizacji projektów ppp. Instytucja ta miała na celu³⁶⁷:

- 1) zagwarantowanie sektorowi publicznemu doradztwa w sprawie przedsięwzięć ppp. i usunięcie obaw z nim związanych;
- 2) powołanie ogólnokrajowego punktu doradczego w sprawie ppp., świadczącego usługi podmiotom sektora publicznego z branży infrastruktury gospodarczej i społecznej dla podmiotów publicznych;
- 3) utworzenie jednolitego procesu doradczego na poziomie federalnym w sprawach ppp., konsolidującego sektor publiczny i prywatny.

Spółka ta jest przedsięwzięciem ppp., w której 60 % udziałów pozostaje w spółce, a 40 % zostaje w posiadaniu partnerów publicznych w 35 % i w 65 % do firm prywatnych³⁶⁸. Spółka zaczęła swoją działalność w 2009 r. Ponadto rozpoczęto reorganizację struktur jednostek rządowych koordynujących programy partnerstwa oraz rozwiązany został zespół PPP Task Force, zaś funkcję koordynatora w sprawach ppp. przejął Minister Finansów³⁶⁹.

W Niemczech funkcjonuje system wsparcia dla partnerstwa na dwóch płaszczyznach

³⁶⁴ Instrumenty wsparcia finansowego... op. cit., s. 12.

³⁶⁵ A. Jędrzejewski, op. cit., s. 20.

³⁶⁶ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2005, Teil I, Nr 56, ausgegeben zu Bonn am 7. September 2005).

³⁶⁷ Instrumenty wsparcia finansowego ... op. cit., s. 14.

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ Organisation for Economic Co-Operation and Development, Dedicated Public-Private Partnership Units. A. Survey of Institutional and Governance Structures. OECD 2010.

tj. centralnej oraz regionalnej (w landach). Warto w tym kontekście odnotować porozumienie w formie umowy koalicyjnej niemieckich partii, zawarte w dniu 26 października 2009 r. pomiędzy CDU/CSU i FDP, w którym zobowiązali się do promowania ppp. Na mocy tego dokumentu rząd Niemiec przy pomocy regionalnych ośrodków wspierania współpracy międzysektorowej na poziomie Landów oraz za sprawą centralnej jednostki doradczej dla podmiotów publicznych o nazwie ÖPP *Deutschland AG* (obecnie to z niem. *Partnerschaften Deutschland*) zamierzał upowszechniać ideę partnerstwa. *Partnerschaften Deutschland* to publiczna spółka konsultingowa, która ma za zadanie m.in. kontynuować rozwój ppp. Podmiot ten udziela bezpłatnego wsparcia doradczego podmiotom publicznym w ramach partnerstwa³⁷⁰.

Natomiast na płaszczyźnie administracji regionalnej funkcjonują organizacje zwane centrami kompetencji ppp. (z niem. *ÖPP-Kompetenzzentrum*) wspierające rozwój ppp., znajdujące się w strukturach landu, w bankach rozwojowych lub w instytucjach naukowych. Zadaniem ich jest udzielenie bezpłatnego doradztwa w zakresie lokalnych projektów ppp. dla jednostek samorządowych, tj. gmin (z niem. *Kommunen*) i powiatów (z niem. *Landkreise*). Wsparcie to polega na badaniu wykonalności projektów ppp., w kontekście przygotowania ich do zawarcia umowy i uzyskania finansowania. Ponadto, organizacja analizuje zainteresowania sektora prywatnego poszczególnymi projektami oraz warunkami, które akceptowaliby partnerzy prywatni³⁷¹.

Organizacjami wspierającymi ppp. w niemieckich landach są³⁷²:

- 1) PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen w Nadrenii-Północnej Westfalii;
- 2) PPP-AG Bayern (z niem. *Public-Private-Partnership-Arbeitsgruppe Bayern*) w Bawarii;
- 3) Szlezwik-Holsztyn Investitionsbank Schleswig-Holstein w Szlezwik-Holsztyn;
- 4) centrum kompetencji ppp. w strukturze Ministerstwa Finansów Hesji złożone z zarządu nieruchomości (z niem. *Hessische Immobilienmanagement*) oraz zarządu budownictwa (z niem. *Hessische Baumanagement*) w Hesji;
- 5) PPP-Kompetenznetzwerk Niedersachsen w Dolnej Saksonii;
- 6) PPP-Task Force Baden-Württemberg w Badenii-Wirtembergii;
- 7) ÖPP-Task-Force w Saksonii-Anhalt;
- 8) PPP-Kontaktstelle oraz Regionalforum PPP Berlin-Brandenburg w Berlinie;
- 9) centrum kompetencji ppp. w strukturze banku rozwojowego z niem. *Thüringer Aufbaubank* w Turyngii;

³⁷⁰ A. Jędrzejewski, ... op. cit., s. 21.

³⁷¹ Ibidem, s. 19.

³⁷² Ibidem.

- 10) ÖPP-Kompetenzzentrum Sachsen w Saksonii³⁷³;
- 11) centrum kompetencji ppp. w strukturze spółki publicznej Projektentwicklungsgesellschaft des Landes Rheinland-Pfalz mbH w Nadrenii-Palatynat;
- 12) centrum kompetencji ppp. w strukturze spółki publicznej Projektentwicklungsgesellschaft des Landes Rheinland-Pfalz mbH w Berlinie.

3.2.3. Rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Kanadzie

Partnerstwo publiczno-prywatne w Kanadzie stosowane było od początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku, dziś kraj ten jest jednym ze światowych liderów w rozwoju ppp.³⁷⁴ Według bazy projektów prowadzonej przez Kanadyjską Radę Partnerstwa Publiczno-Prywatnego (z ang. *The Canadian Council for Public-Private Partnerships*, powołanej dalej jako „CCPPP”), od 1991 r. do końca 14 listopada 2019 r. w Kanadzie zainicjowano w sumie 291 projektów ppp. o łącznej kwocie wynoszącej 139,483 mld USD³⁷⁵. Rynek ten jest dobrze oceniany pod względem liczbowym i kwotowym realizowanych przedsięwzięć oraz ze względu na efektywność rozwiązań systemowych i projektowych. Dowodem tego jest fakt, że spośród wspomnianych 291 projektów aż 243 projekty, czyli 83,83%, jest w fazie budowy lub fazie eksploatacji³⁷⁶. Jakość procesu planowania i przygotowania projektów ppp. w tym kraju przekłada się na krótki czas trwania fazy przed realizacyjnej projektu. Natomiast, sama formuła kanadyjskiego partnerstwa zapewnia racjonalny podział ryzyka między partnerem publicznym, a prywatnym. Potwierdzeniem pozycji Kanady jako lidera partnerstwa były wyniki badań przeprowadzonych w 2012 r. przez firmę Deloitte i wydawnictwo Partnerships Bulletin wśród ekspertów z branży ppp.³⁷⁷

Należy podkreślić, iż na sukces kanadyjskiego partnerstwa wpłynęło otoczenie instytucjonalne, ekonomiczne i finansowe, które stworzyły korzystne warunki do realizacji projektów w ramach współpracy międzysektorowej. Wspomnianymi czynnikami warunkującymi powodzenie partnerstwa są³⁷⁸:

³⁷³ Tłumaczenie na podstawie ÖPP-Kompetenzzentrum Sachsen am Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management, Universität.

³⁷⁴ Partnerstwo publiczno-prywatne określane jest zazwyczaj w Kanadzie, podobnie jak w Stanach Zjednoczonych, mianem „P3”. Ponadto w niektórych prowincjach stosowane są w oficjalnych dokumentach jeszcze inne nazwy, np. w prowincji Ontario, najbardziej aktywnej pod względem liczby projektów PPP, używane jest pojęcie „Alternative Financing and Procurement” (powołany dalej jako „AFP”).

³⁷⁵ Stan na 14.06.2018 r., strona internetowa: www.pppcouncil.ca (dostęp z dnia 30 listopada 2020r.).

³⁷⁶ Stan z 6.12.2020 r., strona internetowa: www.p3spectrum.ca (dostęp z dnia 6 grudnia 2020r.).

³⁷⁷ Por. Partnerships Bulletin, The Global ppp Market 2012 r. A ppp Bulletin and Partnerships Bulletin survey In association with Deloitte, s. 5.

³⁷⁸ K. Szymański, Partnerstwo publiczno-prywatne..., s. 36.

- 1) stabilne otoczenie prawne dla biznesu;
- 2) postawa i profesjonalizm sektora publicznego, odpowiedzialnego za rozwój i zarządzanie infrastrukturą, umożliwiający pomiotom publicznym wejść w rolę równoważnego partnera wobec firm prywatnych;
- 3) wspieranie rozwoju ppp. przez państwo kanadyjskie całego systemu administracji, w tym rządu federalnego, rządów poszczególnych prowincji i terytoriów oraz samorządów miejskich i lokalnych;
- 4) atrakcyjny rynek inwestycji infrastrukturalnych, zapewniający stałą obecność m.in. firm budowlanych i deweloperskich, wyspecjalizowanych funduszy inwestycyjnych, firm konsultingowych, kancelarii prawniczych;
- 5) dobrze rozwinięty rynek kapitałowy, umożliwiający prywatnym konsorcjom pozyskiwanie na korzystnych warunkach długoterminowego finansowania na realizację projektów;
- 6) pozytywny odbiór społeczeństwa i opinii publicznej na stosowanie ppp. w Kanadzie.

Rezultatem stworzenia obecnego programu partnerstwa w Kanadzie był rozwój polegający na poszukiwaniach i działaniach podejmowanych na zasadzie prób i błędów, co pozwoliło dojść do właściwych wniosków, aby wypracować skuteczniejszy model ppp.³⁷⁹

Pomimo, iż Kanada posiada złożony system prawny i polityczny, nie przeszkadza to jej w realizowaniu inwestycji w ramach współpracy publiczno-prywatnej. Natomiast, elastyczność i pragmatyzm działań są tu czynnikiem wspierającym rozwój ppp. Kanada jest monarchią konstytucyjną³⁸⁰, państwem federalnym oraz demokracją parlamentarną. W jej skład wchodzi 10 prowincji i 3 autonomiczne terytoria. Natomiast oficjalnymi językami są angielski i francuski. Funkcjonuje tam również ponad 4000 samorządów lokalnych i miejskich, których działalność jest regulowana i kontrolowana przez rządy lub parlamenty właściwych prowincji. Natomiast, kanadyjska konstytucja daje prowincjom silną pozycję ustawodawczą i administracyjną, dla tego projekty ppp. w tym kraju są realizowane na szczeblu prowincji. Natomiast w kraju tym około 95% majątku infrastrukturalnego jest własnością prowincji, terytoriów i samorządów lokalnych³⁸¹. Sytuacja ta powoduje, iż w większości kanadyjskich projektów ppp. realizowana jest przez rządy prowincjonalne lub ich agendy³⁸².

Zgodnie z kanadyjską konstytucją działalność prowincji dotyczy takich obszarach jak: służba zdrowia, zasoby naturalne, edukacja, działalność gospodarcza i transport o charakterze lokalnym i opieka społeczna. Ponadto podmioty te określają „prawa własności i obywatelskie”

³⁷⁹ Ibidem.

³⁸⁰ Głową państwa jest suweren Wielkiej Brytanii, ale brytyjski i kanadyjski tytuł królewski są od siebie prawnie całkowicie niezależne.

³⁸¹ Jobs, Growth and Long-Term Prosperity. Economic Action Plan 2013. Tabled In the House of Commons by the Honourable James M. Flaherty. P.C., M.P., Minister of Finance., 2013, s. 161.

³⁸² K. Szymański, op. cit., s. 36.

(z ang. *property and civil rights*). Oznacza to, iż prowincje regulują większość stosunków majątkowych, sferę kontraktów handlowych i stosunków pracowniczych. Natomiast administracja szczebla federalnego wykonuje zadania z zakresu działalności gospodarczej, transportu i komunikacji o charakterze narodowym i międzynarodowym³⁸³.

W Kanadzie ważną rolę odgrywa orzecznictwo sądów, które działa na szczeblu federalnym i prowincjonalnym. Istotnym elementem judykatury kanadyjskiej są tzw. wyższe sądy prowincjonalne (z ang. *superior provincial courts*), które wydają wyroki w sprawach gospodarczych i w zakresie prawa tworzonego na szczeblu federalnym oraz prowincjonalnym, jak i samorządowym. Sędziowie tych sądów są powoływani przez władze federalne³⁸⁴. W Kanadzie istnieje anglosaski model prawa (z ang. *common law*)³⁸⁵. W związku z tym brak jest kompleksowych regulacji prawnych normujących ppp., na szczeblu federalnym i na szczeblach prowincji³⁸⁶. Przy orzekaniu sądy kanadyjskie korzystają także z zagranicznych rozwiązań prawnych³⁸⁷.

Projekty partnerstwa są realizowane w oparciu o przepisy dotyczące funkcjonowania usług użyteczności publicznej i inwestycji oraz o przepisy o zamówieniach publicznych i zarządzaniu majątkiem sektora publicznego oraz o udzielaniu koncesji i innych formach świadczenia usług w sferze infrastruktury. Ponadto, niektóre zagadnienia charakterystyczne dla partnerstwa, funkcjonują w Kanadzie w sposób zwyczajowy. Przykładem takim jest uprawnienie podmiotów publicznych do wykonywania wieloletnich płatności na rzecz partnera prywatnego w ppp.³⁸⁸.

Natomiast na szczeblu rządu federalnego i rządów prowincji zostały powołane specjalne jednostki do planowania projektów ppp. Jednostki, te działają jako centrum konsultingowe w zakresie ppp. dla podmiotów sektora publicznego. W tym zakresie kanadyjskie rozwiązania odpowiadają standardom „najlepszych praktyk” w zakresie partnerstwa, określonymi przez Organizację Współpracy i Rozwoju Gospodarczego (powołany dalej jako „OECD”)³⁸⁹.

Równie ważną rolę w ppp. odgrywają agendy rządów prowincji, których celem jest przygotowanie i prowadzenie projektów przedmiotowej formuły. Agendami tymi są³⁹⁰:

- 1) Partnerships BC w Kolumbii Brytyjskiej;
- 2) Société Québécoise des Infrastructures w Quebec;
- 3) Infrastructure Ontario w Ontario;

³⁸³ Ibidem.

³⁸⁴ W każdej prowincji w Kanadzie działają także sądy niższe (z ang. *interior provincial courts*), które w przeciwieństwie do sądów wyższych mają jurysdykcję ograniczoną terytorialnie lub przedmiotowo.

³⁸⁵ Wyjątkiem jest prowincja Québec, gdzie obowiązuje prawo oparte na Kodeksie Napoleona.

³⁸⁶ K. Szymański, op. cit., s. 37.

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Ibidem.

³⁸⁹ OECD, *Dedicated Public-Private Partnership Units. A Survey of Institutional and Governance Practices*, 2010.

³⁹⁰ K. Szymański op. cit., s. 38.

- 4) Alternative Capital Financing Office w Albert,
- 5) Partnerships New Brunswick w Nowym Bruszwiku;
- 6) SaskBuilds Corporation w Saskatchewan.

Rozwój partnerstwa w Kanadzie odbywał się w dwóch kolejnych falach projektów infrastrukturalnych³⁹¹. Są to dwie fale okresów rozwoju ppp., odzwierciedlające jego ewolucję w Kanadzie. Pierwsza fala projektów (1991-2004) jest postrzegana w Kanadzie jako pionierski okres rozwoju. Projekty były inicjowane przez podmioty publiczne na szczeblu federalnym, prowincjonalnym i samorządowym, bez wzajemnej koordynacji i przy zastosowaniu różnorodnych rozwiązań prawno-finansowych. Druga fala projektów rozpoczęła się w 2004 r., powodując ukształtowanie się głównego modelu ppp. w Kanadzie, który spowodował znaczący wzrost liczby i wartości realizowanych projektów³⁹².

Tabela 9. ukazuje liczbę projektów ppp. wchodzących do realizacji w poszczególnych latach, począwszy od 1991 r. do 2019 r., według bazy danych The Canadian Council for Public-Private Partnerships.

Tabela 9. Liczba projektów ppp. w bazie danych CCPPP w latach 1991-2019, według roku zamknięcia finansowego

Rok	Liczba projektów ppp.
1991	1
1992	1
1993	1
1994	0
1995	1
1996	3
1997	4
1998	4
1999	3
2000	3
2001	3
2002	6
2003	3
2004	10
2005	8

³⁹¹ Referat Matti Siemiatyckiego przygotowany na konferencję P3 zorganizowaną przez University of British Columbia w czerwcu 2013 r. pt. „Is There a Distinctive Canadian ppp Model? Reflections on Twenty Years of Practice”, oraz raport „The Conference Board of Canada, Dispelling the Myths. A Pan-Canadian Assessment of Public-Private Partnerships for Infrastructure Investments”, January 2010.

³⁹² K. Szymański op. cit., s. 39.

2006	4
2007	19
2008	14
2009	12
2010	20
2011	18
2012	15
2013	10
2014	5
2015	22
2016	11
2017	12
2018	12
2019	8

Źródło: opracowania własne na podstawie danych zawartych na stronie internetowej: www.p3spectrum.ca/graphs/ (dostęp z dnia 30 listopada 2020 r.).

Z powyższej tabeli zauważyć można, iż od daty rozpoczęcia drugiej fali projektów ppp., nastąpił wzrost realizowanych projektów w skali roku, czyli średnio 10 projektów rocznie, gdzie w latach 1991-2003 realizowano 2-3 projekty rocznie.

Pierwsza fala projektów to okres rozwoju partnerstwa w Kanadzie, a rozwiązania projektowe i struktury instytucjonalne nie ukształtowały się dostatecznie. Projekty te realizowane były na zasadzie *ad hoc*, polegające na wykonaniu pojedynczej inwestycji. Podczas tej fali podmioty publiczne prowadzące projekty ppp. dopiero uczyły się nowego modelu. W tym momencie, brak było jednostek wyspecjalizowanych w organizacji projektów, które mogłyby zapewniać odpowiednie doradztwo. Ta fala projektów cechowała się nieekonomicznym podejściem sektora publicznego do projektów ppp. oraz wiążącego się z ich realizacją rachunku korzyści i strat. Ponadto, w projektach pierwszej fali nie przeprowadzano analizy VfM, która była decydującym kryterium w zakresie wyboru projektu w formule ppp.³⁹³

Kolejną charakterystyczną cechą pierwszej fali projektów było dokonanie przez podmioty publiczne jak największego transferu ryzyka na rzecz partnera prywatnego, w tym ryzyka dochodu i popytu³⁹⁴. W tego rodzaju przedsięwzięciach optymalnym rozwiązaniem w podziale ryzyka, było powierzenie go tej stronie, która najlepiej potrafi nim zarządzać.

³⁹³ The Canadian Council for Public-Private Partnerships, *Public Sector Accounting for Public-Private Partnership Transactions In Canada*, 2008.

³⁹⁴ Ryzyko dochodu/popytu polega na tym, że dochody projektu osiągnięte w efekcie faktycznego korzystania z infrastruktury przez końcowych użytkowników mogą okazać się niższe od zaplanowanych i spowodować

Początkowo sektor publiczny, przenosił ryzyko dochodu i popytu na stronę prywatną sądząc, że ppp. zniesie z nich ryzyko i odpowiedzialność dotyczącą wykonania przedsięwzięcia. Natomiast problemy wynikające ze złej alokacji ryzyka ujawniały się przy kwestiach finansowych lub operacyjnych. Partner prywatny przejmując na siebie ryzyko dochodu, jednocześnie zabezpieczył się rozwiązaniami umożliwiającymi podnoszenie opłat lub pozwalającymi na działania ograniczające konkurencję. W takiej sytuacji podmiot publiczny nie był świadomy skutków wynikających z umowy o ppp. W praktyce strona publiczna musiała renegocjować warunki lub zgodzić się na pokrycie strat albo przejęcie jego zadłużenia³⁹⁵.

Jednym z projektów realizowanych w pierwszej fali ppp. była inwestycja budowy i eksploatacja autostrady 407 ETR (z ang. *Express Toll Route*) w rejonie Toronto. Początkiem tego projektu była sprzedaż w 1999 r. przez rząd w prowincji Ontario już wybudowanego odcinka płatnej autostrady 407 o długości 69 km prywatnemu konsorcjum za 3,1 mld CAD. Przedmiotem umowy było udzielenie partnerowi prywatnemu koncesji na 99 lat na eksploatację autostrady oraz jej wydłużenie o kolejne 40 km do 2001r. Wynagrodzeniem partnera prywatnego była pobierana przez niego opłata. Jednocześnie to na nim spoczywało ryzyko ruchu³⁹⁶.

Pomiędzy stronami dochodziło do nieporozumień lub sporów sądowych w sprawie opłat za przejazd, które były zbyt drogie. W 2012 r. rząd Ontario zainicjował z Cintrą i SNC-Lavalin zawarcie nowej umowy o ppp., która posiadała wszystkie cechy drugiej fali³⁹⁷:

- 1) realizacja projektu w modelu DBFO z ang. *Design-Build-Finance-Operate* na okres 3 lat budowy / 30 lat eksploatacji od 2012 do 2045;
- 2) opłaty ustala podmiot publiczny;
- 3) partner prywatny otrzymuje opłaty za dostępność³⁹⁸.

Zaobserwowane wady w pierwszej fali projektów ppp. doprowadziły do zmiany w podejściu sektora publicznego do celów ppp. oraz wdrożenia nowych rozwiązań instytucjonalnych i projektowych. W rezultacie stworzono kanadyjski model ppp. stosowanego do dziś. Na rozwój tej formy współpracy międzysektorowej, wpłynęło kilka czynników. Z jednej strony dążenie sektora publicznego do zwiększenia inwestycji infrastrukturalnych, Z drugiej strony próby wdrożenia rozwiązań ppp.³⁹⁹

niewypłacalność projektu.

³⁹⁵ K. Szymański op. cit., s. 41.

³⁹⁶ Ibidem, s. 42.

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ The World's First All-Electronic Open-Access Toll Highway, prezentacja spółki koncesyjnej przygotowana na konferencję TD Securities, 2014 Engineering and Construction Conference, 2014.

³⁹⁹ K. Szymański, op. cit., s. 43.

Zasadnicze cechy nowego modelu ppp. można określić następująco⁴⁰⁰:

- 1) doprecyzowanie celu i przyjęcie opłacalności ekonomicznej projektu ppp. wyrażonej przez VfM jako podstawowego kryterium wyboru tej formuły realizacji inwestycji infrastrukturalnej;
- 2) stworzenie struktur instytucjonalnych programu ppp. poprzez powołanie agend funkcjonujących jako centrum doradcze w zakresie ppp. oraz jednostki pomagające w realizacji projektu i wyboru partnera prywatnego;
- 3) przeprowadzenie optymalnej alokacji ryzyka projektu między stronami ppp., poprzez akceptację ryzyka dochodu/popytu przez stronę publiczną oraz wprowadzenie opłat za dostępność jako wynagrodzenia partnera prywatnego;
- 4) odmienne podejście do finansowania projektów ppp., poprzez odejście od dążenia do maksymalizacji udziału strony prywatnej w finansowaniu projektu oraz rezygnacji z preferowania pozabilansowych struktur finansowania.

Wyżej wymienione cechy kanadyjskiego modelu partnerstwa były ściśle ze sobą powiązane i uwarunkowane.

W nowym podejściu do współpracy międzysektorowej zamierzano uniknąć błędów towarzyszących w wyborze ppp. do realizacji projektu. Chodziło o ekonomiczne uzasadnienie podjętej decyzji. Dzięki wprowadzeniu procesu przygotowania projektu i wyboru partnera prywatnego, dokonano odpolitycznienie ppp. oraz podniesiono jego efektywność, co w konsekwencji przełożyło się na strategię rozwoju infrastruktury, jaka była do dyspozycji organu publicznego. Ponadto stworzono zasady postępowania przy określaniu priorytetów przedsięwzięć i sposobie ich realizacji. Pierwszą prowincją, która przyjęła regulacje dotyczące zasady postępowania w zakresie przygotowania projektów infrastrukturalnych była Kolumbia Brytyjska, która w maju 2002 r. ogłosiła dokument o nazwie Capital Asset Management Framework (powołaną dalej jako „CAMF”). Następną prowincją była Ontario, która ogłosiła w 2004 r. dokument o nazwie Building a Better Tomorrow: An Infrastructure Planning, Financing and Procurement Framework for Ontario's Public Sector. W wymienionych powyżej dokumentach podkreślono, że sektor publiczny powinien rozpatrzyć możliwe opcje przygotowania i realizację projektu oraz na podstawie VfM wybrać opłacalny model ppp. w tym również te zakładające współdziałanie partnerów z sektora prywatnego oraz wybrać najbardziej opłacalny w oparciu o analizę VfM. Omawiana forma współpracy międzysektorowej była postrzegana jako element zapewniający istotną kontrolę nad rozwojem infrastruktury publicznej⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Ibidem.

⁴⁰¹ K. Szymański op. cit., s. 43.

Istotnym elementem nowego podejścia do ppp. było utworzenie jednostek specjalizujących się w przygotowaniu projektów rozwoju infrastruktury. Jednostki te podlegały określonemu ministerstwu (z reguły było to ministerstwo finansów lub ministerstwo infrastruktury) bądź komórkom właściwego resortu lub instytucji rządowej. Przykładem takiej jednostki była powołana w Kolumbii Brytyjska, agenda pod nazwą się z ang. *Partnerships BC* (powołana dalej jako „PBC”). w ramach PBC funkcjonowali eksperci z *Partnerships UK* i *Partnerships Victoria*. powyższa agenda rozpoczęła przygotowywanie projektów ppp. Pierwszym z nich był projekt obejmujący budowę i eksploatację szpitala z ang. *Abbotsford Regional Hospital and Cancer Centre* (powołane dalej jako „ARHCC”) w aglomeracji Vancouver, o koszcie inwestycji 344 mln CAD⁴⁰².

Powołanie przez prowincje kanadyjskie agend ppp. było istotnym elementem budowy nowego modelu partnerstwa. Podczas pierwszej fali projektów ppp. podmioty publiczne nie miały doświadczenia ani kwalifikacji w zakresie realizacji projektów partnerstwa. W związku z tym, istotne było powołanie profesjonalnej kadry z doświadczeniem biznesowym, która byłaby zdolną do negocjowania z partnerami prywatnymi. Agendy nie tylko dostarczały wiedzy i doświadczenia biznesowego podmiotom publicznym w realizacji ppp., ale również wydawały podręczniki i wytyczne, a także opracowywały zasady polityki rządów poszczególnych prowincji w odniesieniu do⁴⁰³:

- 1) standaryzowanego procesu postępowania w fazie planowania i przygotowania projektu;
- 2) standardowych wariantów projektu/kontraktu ppp.⁴⁰⁴

Czynnikiem pobudzającym konkurencyjność realizowanych projektów ppp., była wysoka jakość fazy przygotowawczej, która redukowałą ryzyko, czas i koszty związane z przygotowaniem ofert i udziałem w postępowaniach przetargowych. Powyższe działania były istotne z punktu widzenia partnera prywatnego, a w efekcie przyciągnęły na kanadyjski rynek większość firm ze światowej branży ppp.

Krótki czas postępowania, przewidywalne reguły finalizowania projektów i wyboru partnera prywatnego, są konsekwencją stosowania standardowych rozwiązań prawnych oraz przygotowania założeń projektu zawartych w zapytaniach przed kwalifikacyjnych (z ang. *Request for Qualifications*, powołana dalej jako „RFQ”) i następnie w zapytaniach ofertowych (z ang. *Request for Proposals*, powołana dalej jako „RFP”). Istotną kwestią są negocjacje z oferentami na etapie RFP, tj. przed złożeniem przez nich ostatecznej ofert⁴⁰⁵. W kanadyjskim ppp. powyższy proces

⁴⁰² Ibidem, s. 44 i 45.

⁴⁰³ Ibidem, s. 45.

⁴⁰⁴ Każda prowincja opracowała własne rozwiązania, w zasadniczych sprawach wykazują one duże podobieństwo. Kluczowe znaczenie ma jednak fakt, że w projektach inicjowanych przez organy publiczne danej prowincji proces jest scentralizowany w jednym ręku (tj. prowadzony przez agendę ppp.), wysoce przejrzysty i przewidywalny.

⁴⁰⁵ Por. Graham McLeod, *Current Trends In Canadian PPP and Infrastructure Projects*, January 2014 (prezentacja kancelarii prawniczej Blake, Cassel & Graydon LLP).

zaowocował tym, że jeśli trafiają na rynek ppp. mają duże szanse na zamknięcie finansowe. Natomiast czas od momentu RFQ do zamknięcia finansowego projektu wynosi od 12 do 18 miesięcy⁴⁰⁶.

Na kanadyjskim rynku ppp. powszechnie stosowanym typem kontraktu jest z ang. *Design-Build-Finance-Maintain* (powołany dalej jako „DBFM”) oraz z ang. *Design-Build-Finance-Maintain-Operate* (powołany dalej jako „DBFMO”). Natomiast typem kontraktów stosowanym w mniejszym zakresie z ang. *Design-Build-Finance* (powołana dalej jako „DBF”) i z ang. *Build-Finance* (powołana dalej jako „BF”). Wymienione ostatnie typy kontraktów wykorzystuje się w projektach, w których długoterminowe finansowanie pochodzące od partnera prywatnego pogarsza VfM. Należy zaznaczyć, że element standaryzacji w procesie ppp., działa głównie w prowincjach posiadających infrastrukturę mogącą być przedmiotem inwestycji. Mniejsze prowincje, w których realizowana jest niewielka ilość projektów, nie mają możliwości standaryzowania własnych doświadczeń. W takiej sytuacji mogą korzystać z rozwiązań funkcjonujących na rynkach ppp.⁴⁰⁷

W projektach ppp. kluczowy jest transfer ryzyka między stronami partnerstwa. Podstawową zasadą w tych przedsięwzięciach było przeniesienie ze strony publicznej na stronę prywatną ryzyka budowy i ryzyka dostępności infrastruktury. W drugiej fali projektów dbano, aby ryzyka były rozmieszczone u strony partnerstwa, która będzie mógł najlepiej nim zarządzać. Powyższe działania były korzystne, gdyż eliminowała napięcia występujące podczas realizacji projektów w okresie pierwszej fali. Przerzucenie na partnera prywatnego ryzyka dochodu i popytu, stwarzało zagrożenie dla podmiotu publicznego, że w przypadku niewypłacalności strony prywatnej, jednostka publiczna poniesie koszty całego projektu. Natomiast, partner prywatny zabezpieczał się w ten sposób, że podnosił opłatę lub wzmacniał pozycję konkurencyjną projektu. Odmienne podejście w drugiej fali projektu skutkowało pozostawieniem ryzyka dochodu i popytu po stronie publicznej. Takie rozwiązanie umożliwiało użytkownikom korzystanie z infrastruktury za darmo. Natomiast w sytuacji, gdy usługi są płatne, dochód z opłat jest przejmowany przez podmiot publiczny⁴⁰⁸.

Należy zaznaczyć, że w obu przypadkach opłaty za dostępność ponosi podmiot publiczny. W pierwszej sytuacji, gdzie usługi dla użytkownika są darmowe, koszty pokrywane byłyby ze środków publicznych. Natomiast, w drugim przypadku, gdyby usługa była płatna, koszty są pokrywane z opłaty, a w razie braku następnie ze środków publicznych. Analizując powyższą sytuację, można stwierdzić, iż umiejscowienie ryzyka dochodu i popytu po stronie publicznej

⁴⁰⁶ Royal Institution of Chartered Surveyors, *The Global Infrastructure Challenge: The Role of PPP In a New Financial and Economic Paradigm*, 2013.

⁴⁰⁷ K. Szymański, op. cit., s. 46.

⁴⁰⁸ Ibidem, s. 47.

zapewnia większą stabilność projektów. Natomiast zastosowanie odpłatności usług, narażało stronę publiczną na pokrycie w kosztach. Przykładem takiej sytuacji jest projekt budowy mostu Golden Ears Bridge w obszarze metropolitalnym Vancouver, w którym dochody z opłat były niższe od planowanych. Spowodowało to konieczność subsydiowania opłat za dostępność przez TransLink, regionalnego operatora transportu publicznego⁴⁰⁹.

W drugiej fali projektów dokonano zmiany wynagrodzenia partnerów prywatnych poprzez zastąpienie opłat od użytkowników opłatami za dostępność. Tym samym nastąpiło odejście sektora publicznego od postrzegania ppp. jako instytucji pozabudżetowego finansowania rozwoju infrastruktury. Założeniem formuły partnerstwa jest, że partner prywatny zapewnia całość lub istotną część finansowania inwestycji, natomiast fundusze te pozyskiwane są od banków lub na rynku kapitałowym, w postaci finansowania dłużnego. Jeżeli postanowienie umowy o ppp. wskazuje, że wynagrodzeniem partnera prywatnego są opłaty od użytkowników, wtedy są źródłem spłaty zadłużenia projektu. W takiej sytuacji wpływy z opłat mają miejsce poza sektorem publicznym, do momentu niewypłacalności partnera prywatnego. W drugim przypadku, gdy umowa ppp. stanowi, że wynagrodzeniem strony prywatnej jest opłata za dostępność w okresie eksploatacji przez sektor publiczny, wówczas następuje zmiana źródła inwestycji. Oznacza to, że projekt jest finansowany przez stronę prywatną, za pomocą kredytu bankowego, natomiast jego spłata następuje ze środków publicznych. Wynagrodzenie to jest wypłacane w momencie przekazania inwestycji do eksploatacji i zostaje rozłożone na cały okres trwania umowy o ppp.⁴¹⁰

Uzyskane dzięki partnerstwu przesunięcie obciążeń finansowych w czasie, może być ważnym czynnikiem przy wyborze partnerstwa. W szczególności może to dotyczyć podmiotów publicznych posiadających wysoki poziom długu publicznego, które nie są w stanie realizować dużych projektów z powodu braku środków, pomimo potrzeb społecznych. Negatywną stroną opłat za dostępność jest związanie tego podmiotu zobowiązaniami na przyszłość. Zastosowanie opłat za dostępność w kanadyjskim modelu ppp. prowadzi do wzrostu zobowiązań po stronie publicznej, jednakże może być uznane za racjonalne, z uwagi na jego wysoki standing finansowy.

W zakresie polityki fiskalnej, kanadyjskie prowincje posiadają autonomię, która została im dana m.in. na podstawie konstytucji Kanady. Zagwarantowała ona prowincjom szereg uprawnień w zakresie nakładania podatków. Natomiast, prowadzona przez nie konserwatywna polityka finansów publicznych zapewnia w większości z nich wysoki rating na rynku obligacyjnym, tym samym przekłada się to na niski koszt długu. Mocna pozycja fiskalna prowincji kanadyjskich

⁴⁰⁹ M. Siemiatycki, *Is There a Distinctive Canadian ppp Model?*, op.cit. Golden Ears Bridge zbudowany został kosztem 808 mln CAD i oddany do użytku w czerwcu 2009 r.

⁴¹⁰ K. Szymański, op. cit., s. 48.

pozwałała na uczestniczenie w finansowaniu inwestycji w postaci udzielenia bezzwrotnych dotacji kapitałowych oraz kredytów. Współfinansowanie wielkich projektów ppp. pozwalało domknąć finansowanie projektu, co mogło być utrudnione przy wielomiliardowych inwestycjach. Natomiast, włączenie w strukturę finansowania projektu dotacji lub kredytów publicznych o niskim oprocentowaniu, obniżało koszt całego finansowania projektu i poprawiało VfM⁴¹¹.

3.3. Rozwiązania partnerstwa publiczno-prywatnego w wybranych krajach

3.3.1. Rozwiązania brytyjskie

Projekty PFI dały Wielkiej Brytanii pozycję światowego lidera w dziedzinie realizowanych przedsięwzięć w formule ppp. Istotnym elementem PFI były organy krajowe tworzone z inicjatywy rządowej, które wspierały rozwój partnerstwa w Wielkiej Brytanii. Pierwszym takim organem była grupa z ang. *Treasury Taskforce* (powołana dalej jako „TTF”) uformowana w ramach struktury Ministerstwa Skarbu w 1997 r.⁴¹². Celem tej grupy było wspieranie i promowanie aktywności oraz angażowanie się różnych organów administracji rządowej. Ponadto, TTF pomagał departamentom w wyznaczeniu istotnych kierunków w procesie udzielania zamówień oraz w dokonaniu oceny VfM⁴¹³.

Kolejną instytucją był powołany w 1999 r. organ obsługujący program PFI o nazwie *Partnerships UK* (powołany dalej jako „PUK”), będący następcą TTF. Organ ten przyjął formę spółki z ang. *joint venture*⁴¹⁴, w której udziałowcami były podmioty prywatne oraz centralna administracja rządowa. Podmioty publiczne angażujące się w przedsięwzięcie PFI, mogły w sposób dobrowolny zwrócić się o pomoc do PUK., jednakże organ ten nie miał monopolu w zakresie zarządzania procesami PFI. Wspomniana spółka współpracowała z podmiotami publicznymi i prywatnymi w zakresie realizacji ppp. Zarząd tego organu składał się z członków pochodzących z sektora prywatnego i publicznego. W ramach PUK powołana została rada doradcza, której celem było dbanie o interes publiczny. W skład rady wchodził głównie udziałowcy sektora publicznego. Natomiast w marcu 2011 r. nastąpiło przejęcie 51% udziałów w PUK przez sektor prywatny i pozostawienie 49% udziałów sektorowi publicznemu. Ponadto, utworzono również z ang. *Office of Government Commerce* (powołane dalej jako „OGC”), które przejęło zadania modernizacji zamówień rządowych oraz reprezentacji Wielkiej Brytanii w sprawach związanych z ppp. na arenie międzynarodowej. W ramach OGC funkcjonowała instytucja z ang. *Private Finance Unit*

⁴¹¹ K. Szymański, op. cit., s. 49.

⁴¹² Ibidem.

⁴¹³ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 15.

⁴¹⁴ Spółka handlowa firm krajowych i zagranicznych lub spółek zagranicznych zawiązanych na terenie jakiegoś państwa, A. Dyczkowski, Nowy Leksykon PWN, Warszawa 1998, s. 1641.

(powołana dalej jako „PFU”), której powierzono rozwijanie i promowanie polityki PFI dla podmiotów publicznych⁴¹⁵.

W 2010 r. PUK zastąpiła z ang. *Infrastructure UK* (powołana dalej jako „IUK”), która stała się jednostką odpowiedzialną za ppp. w Wielkiej Brytanii. Działania jej były szersze niż zakres czynności wykonywanych przez poprzedni organ, a mianowicie koncentrowała się na długoterminowych i długofalowych inwestycjach sektora prywatnego. IUK była organem prowadzącym politykę ppp. Ponadto, zajmowała się rozpowszechnianiem dobrych praktyk i egzekwowaniem wytycznych takich jak SoPC. Zadaniem omawianego organu było prowadzenie kontroli nad zarządzaniem inicjatywą PFI oraz doradztwem na rzecz ministerstw. Organ ten odpowiadał także za prowadzenie prac nad reformami PFI oraz przygotowywanie i publikowanie kluczowych dokumentów i wytycznych. IUK posiadał również zespół kontrolujący ekonomiczne aspekty umów, a także przeprowadzał weryfikację wniosków⁴¹⁶.

W 2010 r. w miejsce OGC powołany został organ o nazwie z ang. *Efficiency and Reform Group* (powołany dalej jako „ERG”), a rok później utworzono jednostkę z ang. *Major Projects Authority* (powołaną dalej jako „MPA”), zajmujący się zarządzaniem istotnymi rządowymi projektami ppp. Natomiast końcowym efektem rozwoju PFI w Wielkiej Brytanii było połączenie IUK oraz MPA w 2016 r. w ramach z ang. *Infrastructure and Projects Authority* (powołanej dalej jako „IPA”), która skupiała się na doradztwie w zakresie infrastruktury, realizacji i wsparcia głównych projektów, a jej działanie rozciąga się na wszystkie sektory rządowe. Wszystkie wymienione instytucje zostały powołane na poziomie krajowym, ich celem jest usprawnienie, popularyzowanie oraz promowanie ppp. w Wielkiej Brytanii⁴¹⁷.

Ponadto, w Wielkiej Brytanii funkcjonowały lokalne podmioty z ang. *Local Partnerships*, które świadczyły usługi doradcze w zakresie realizacji PFI na rzecz lokalnych władz. Przykładem takiej działalności jest *Local Partnerships Procurement Pack Portal* będący portalem internetowym, w którym znajdowały się informacje dotyczące m.in. dobrych praktyk, wytycznych oraz innych dokumentów pomocnych w realizowaniu PFI na szczeblu lokalnym⁴¹⁸.

Wszystkie wymienione powyżej instytucje szczebla krajowego wpływały na rozwój PFI. Organy te tworzyły politykę i strategię współpracy międzysektorowej⁴¹⁹. Poniżej została przedstawiona Tabela 10. prezentująca etapy rozwoju instytucji wspierające rozwój PFI w Wielkiej Brytanii w sposób chronologiczny.

⁴¹⁵ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 16.

⁴¹⁶ Ibidem.

⁴¹⁷ Ibidem.

⁴¹⁸ Ibidem, s. 17.

⁴¹⁹ UK infrastructure projects—relevant sources, government bodies and guidance, komentarz praktyczny, strona internetowa: http://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/bankingandfinance/document/391290/5D5H-YVP1-F185-S4CK-00000-00/UK_infrastructure_projects_relevant_sources__government_bodies_and_guidance (dostęp z dnia 31 lipca 2019 r.).

Tabela 10. Rozwój instytucjonalny PFI

Rozwój instytucjonalny PFI	
1993	Stworzenie <i>Private Finance</i>
1997	Stworzenie <i>Treasury Taskforce</i> jako jednostki koordynującej działanie w zakresie PFI międzysektorowo, łączącej ramię projektowe oraz strategiczne
1999	Wydanie pierwszej standaryzacji kontraktów PFI
2000	Uruchomienie <i>Partnerships UK</i> Utworzenie <i>Office of Government Commerce (OGC)</i>
2001	PUK samo staje się ppp. i otrzymuje wkład kapitałowy sektora prywatnego
2003	Publikacja " <i>PFI: meeting the investment challenge</i> "
2004	Uruchomienie bazy projektów, uruchomienie programu <i>Partnerships for Schools</i>
2006	Wzmocnienie operacyjnego wsparcia dla 600 działających projektów Publikacja " <i>PFI: strengthening long-term partnerships</i> "
2009	PUK tworzy joint venture – <i>Local Partnerships</i> , celem wsparcia lokalnych projektów ppp.
2010	Rozpoczęcie wygaszania działalności PUK i integrowania operacji do <i>HM Treasury</i> OGC zastąpione zostało przez <i>Efficiency and Reform Group (ERG)</i>
2011	<i>Infrastructure UK</i> rozpoczyna działanie na pełną skalę w ramach <i>HM Treasury</i> jako następcą PUK Uruchomienie <i>Major Projects Authority</i>
2016	IUK oraz MPA połączone zostały w ramach <i>Infrastructure and Projects Authority</i>

Zródło: A. Wachowska (red.), Analiza „Regulacje partnerstwa publiczno-prywatnego w wybranych krajach Unii Europejskiej i prawie polskim – możliwości zmian”, Warszawa 2016 r.

Model PFI w Wielkiej Brytanii jest formą zaktywizowania sektora prywatnego do realizacji potrzeb użyteczności publicznej. Realizacja tych potrzeb odbywa się w ramach przedmiotowego modelu znajdującego się pomiędzy prywatyzacją polegającą na nabyciu usług lub umożliwieniu realizacji przedsięwzięcia, a zleceniem świadczenia usług bez zapewnienia aktywów trwałych wykorzystywanych do świadczenia usług. Polega ona na maksymalnym wykorzystaniu przewagi komparatywnej polegającej na tworzeniu dóbr lub usług po niższym koszcie przez poszczególnych uczestników procesów gospodarczych, niż są to w stanie zrobić inne podmioty, z jednoczesnym zoptymalizowaniem ogólnych kosztów projektu⁴²⁰.

W celu zrealizowania powyższego założenia, konieczne jest przeprowadzenie analizy VfM, będącej istotnym etapem wstępnym dla schematu PFI. Wskaźnik VfM to kryterium efektywności

⁴²⁰ G. Allen, The Private Finance Initiative (PFI), Research Paper 01/117, 2001, strona internetowa: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP01-117/RP01-117.pdf> (dostęp z dnia 31 lipca 2019 r.).

projektu, określany jako relacja korzyści uzyskanych z przedsięwzięcia przez sektor publiczny, wobec jego kosztów⁴²¹. Analiza ta polega na badaniu ryzyka, towarzyszącego realizowanemu zadaniu i sprawdzeniu, czy jego wystąpienie nie wywoła nadmiernych kosztów dla sektora publicznego. Inaczej mówiąc, jeżeli wartość uzyskanych korzyści przewyższała koszty wykonania danej inwestycji to projekt PFI wykaże pozytywny VfM⁴²².

Dla ulepszenia badania efektywności projektu realizowanego w ramach PFI wprowadzono trzystopniową ewaluację VfM, funkcjonującą na każdym etapie realizacji projektu, aż do jego finansowego zamknięcia⁴²³. Tym samym zakłada ona przeprowadzenie⁴²⁴:

- 1) oceny na poziomie programowym. Dokonanie jej ma na celu zapewnienie, że w ramach PFI dopuszczane będą projekty, które uzyskały zadowalający poziom VfM. Odbywa się w trakcie corocznego planowania budżetu przez podmiot publiczny, gdy zapadają decyzje odnośnie wydatkowania środków publicznych. Ocena na etapie pierwszym jest istotna, a odpowiedzialna za nią jednostka prowadząca projekt musi zapewnić istnienia elastyczności pozwalającej na wyjście z formuły PFI dla danego projektu, jeżeli na etapie 2 lub 3 okaże się, że wynik VfM jest negatywny;
- 2) oceny na poziomie projektu. Ma ona na celu dokonanie wstępnej oceny przedsięwzięcia według zakresu z ang. *Outline Business Case* (powołana dalej jako: „OBC”). Pozwala to na zweryfikowanie zasadności stosowania trybu PFI;
- 3) oceny na poziomie zamówienia. Pozwala ona na zapewnienie konkurencyjności oraz realnego powiązania planowanego przedsięwzięcia z rynkowymi realiami. Ten etap oceny powinien rozpocząć się po zakończeniu drugiego etapu i powinien być kontynuowany aż do momentu finansowego zamknięcia projektu. Pozwala to na zweryfikowanie istnienia mechanizmów konkurencyjności, który wpływa na poziom VfM.

W etapie pierwszym i drugim sprawdza się, czy projekt spełnia poniższe warunki⁴²⁵:

- 1) wykonalność – wymaga ocenienia możliwości wystąpienia problemów związanych z efektywnością, rozliczeniem lub udziałami w przedsięwzięciu, mogące przemawiać za jego realizacją przez podmiot publiczny w trybie innym niż PFI. W ramach tego kryterium należy ocenić, czy jest możliwość określenia wymogów usług oraz skutecznego ukształtowania podziału ryzyka poprzez te wymogi;

⁴²¹ A. Matuszewska, *Możliwość wykorzystania partnerstwa publiczno-prywatnego w komunikacji miejskiej w Polsce*, rozprawa doktorska, Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, Wydział Ekonomii, Katedra Teorii i Historii Ekonomii, Poznań 2011, s. 25–32.

⁴²² M. Bitner, op. cit., s. 26.

⁴²³ Publikacja HM Treasury *Value for Money Assessment Guidance*, listopad 2006, s. 5, strona internetowa: <https://www.gov.uk/government/publications/procurement-and-contract-management> (dostęp z dnia 1 grudnia 2016 r.).

⁴²⁴ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 19 i 20.

⁴²⁵ *Ibidem*, s. 16.

- 2) atrakcyjność – polegające na porównaniu korzyści wynikających z zastosowania różnych trybów zamówienia. Wymagane jest tu zbadanie korzyści i strat związanych z długoterminowym związaniem umownym sektora publicznego i prywatnego oraz przeanalizowanie mechanizmów mogących mieć zastosowanie dla zapewnienia korzyści stronom;
- 3) osiągalność – wymaga dokonania prognozy zainteresowania sektora prywatnego gotowością na przyjęcie ryzyka oraz sprawdzenie zdolności podmiotu publicznego do zarządzania przedsięwzięciem.

W etapie trzecim, skupiono się na jak wcześniejszym wykryciu uwarunkowań, mogących mieć negatywny wpływ na realizację danego PFI. Na podmiocie publicznym ciążył obowiązek ustalenia wytycznych sektorowych i uwzględnienia ich w projekcie. Na tym etapie jest poruszana kwestia związana z przeniesieniem ryzyka na partnera prywatnego dla osiągnięcia odpowiedniego poziomu VfM⁴²⁶.

Słabością dotychczasowego systemu współpracy międzysektorowej był brak finansowej transparentności. W reakcji na to, wprowadzono narzędzia monitoringu przetargów PFI, oraz nałożono obowiązek na podmioty publiczne do publikowania i aktualizowania przebiegu procesu zawierania współpracy z podmiotami, które zawarły umowę. Ponadto stwierdzono, że partner publiczny powinien być mniejszościowym udziałowcem kapitałowym w projektach PF2. Rozwiązanie te da możliwość monitorowania realizowanego przedsięwzięcia oraz poprawi poziom VfM, poprzez udział partnera publicznego w przyszłych zyskach. W celu uniknięcia konfliktu interesów w związku z pełnieniem przez stronę publiczną jednocześnie roli zamawiającego i inwestora projektu, powołano osobną jednostkę organizacyjną znajdującą się w strukturach ministerstwa skarbu. Inwestowanie środków przez tę jednostkę ma odbywać się na zasadach rynkowych, przez podmioty do tego wyspecjalizowane np. fundusze inwestycyjne. Celem takiego działania jest centralizacja systemu ppp.⁴²⁷ Elementy mające pozytywnie wpłynąć na wzrost ogólnej opłacalności przedsięwzięć dla strony publicznej i podatnika, a tym samym zwiększenie VfM w projektach to w szczególności.⁴²⁸:

- 1) współudział kapitału publicznego w projektach, celem zapewnienia zbieżności celów i poprawienia transparentności;
- 2) ułatwienie i usprawnienie procesu udzielania zamówienia w celu przyspieszenia realizacji przedsięwzięcia;

⁴²⁶ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 20.

⁴²⁷ M. Barszcz, Reforma systemu partnerstwa publiczno-prywatnego w Wielkiej Brytanii – implikacje dla systemu polskiego, *Studia prawno-ekonomiczne*, t. XCIV, 2015, s. 210.

⁴²⁸ Publikacja HM Treasury A new approach to public private partnerships, 2012, strona internetowa: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_parnerships_051212.pdf (dostęp z dnia 2 grudnia 2016 r.).

- 3) dbanie o jego szybkość i jakość, zamówień podmiotu publicznego, tym samym proces ten stanie się oszczędny;
- 4) elastyczne podejście do świadczenia usług, polegające na oddzieleniu od zamawianych usług zasadniczych towarzyszących im z reguły w poprzednim modelu PFI tzw. z ang. *soft services* których świadczenia również wymagano od partnera prywatnego;
- 5) swoboda podmiotu publicznego w zakresie poziomu wkładu kapitałowego, będącego w jego posiadaniu, bez zaburzenia transferu ryzyka na podmiot prywatny;
- 6) wykorzystanie dostępnych środków celem pozyskania większego wachlarza źródeł finansowania kredytowego, na jak najkorzystniejszych warunkach.

Istotnym aspektem było zapewnienie wyższej opłacalności projektów PF2 od zamówień publicznych, a VfM jest ważnym elementem dla prowadzenia przedsięwzięcia PF2. Jego analiza jest kluczowa dla sformułowania postanowień umowy w zakresie podziału ryzyka, wynagrodzenia partnera prywatnego i finansowania. Podmiot publiczny jest zobowiązany do dokonania tej analizy, gdyż tylko prawidłowo przeprowadzona analiza VfM może wpływać na stworzenie warunków dla pomyślnego przeprowadzenia przedsięwzięcia w ramach ppp.⁴²⁹

W tym miejscu trzeba zaznaczyć, iż PFI realizuje inwestycje infrastrukturalne w oparciu o pozabilansowym ujęciu długu, który jest konsekwencją finansowania projektów infrastrukturalnych⁴³⁰. Polega to na tym, że wykonawca prywatny projektu otrzymuje jednorodne wynagrodzenie, w wysokości pokrycia kosztów w tym kosztów zdobycia pierwotnego kapitału oraz wynagrodzenie za świadczenie usług. Wypłaca się je od momentu rozpoczęcia świadczenia usług, czyli od uruchomienia świadczenia usług, władza publiczna płaci partnerowi prywatnemu za dostępność usług z uwzględnieniem możliwości zmniejszenia wynagrodzenia w związku ze spadkiem standardów i jakości realizacji projektu⁴³¹.

W formule PFI, inwestycje zalicza się w ten sposób, że stworzenie lub nabycie trwałych dóbr traktuje się jako aktywa, natomiast inwestycje polegające na zakupie usług jako wydatki bieżące. Stąd wydatki publiczne polegające na nabywaniu usług, za które przewidziana jest okresowa zapłata, spoczywają na podmiocie prywatnym. Zatem, zobowiązanie zapłaty wystawione za konstrukcję nowego obiektu oraz zdobycie finansowania początkowo reguluje wykonawca prywatny, natomiast środki pochodzące od podatników zapewniają mu przychód na czas trwania umowy PFI, powodując, że miejsce terażniejszej inwestycji kapitału przez podmiot publiczny zajmują przyszłe wydatki bieżące⁴³². Tego rodzaju sytuacja w realizacji kontraktu PFI

⁴²⁹ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 22.

⁴³⁰ A. Jachowicz, Partnerstwo publiczno-prywatne narzędziem efektywnej realizacji zadań publicznych. Warszawa 2015, s. 138.

⁴³¹ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 22.

⁴³² Ibidem.

powoduje, że podmiot publiczny uwalnia się od potrzeby wykazania w bilansie jednorazowych inwestycji. Jednakże wiąże się on w ten sposób na kilkanaście lat zobowiązaniem do wypłaty wynagrodzenia partnerowi prywatnemu za usługi. Następstwem tego, w reformie PF2 postanowiono objąć kontrolą długoterminowych zobowiązań publicznych wynikających z inwestycji, które nie są przedstawione w aktualnym bilansie⁴³³.

Kolejną kwestię, którą należy poruszyć, to zasady powołania SPV, której celem jest zarządzanie projektami PFI. Podmiot ten nie należy identyfikować ze spółką typu z ang. *joint venture*⁴³⁴. SPV standardowo jest tworzona przez podmiot prywatny, w formie spółki. Podmiot ten inwestuje 10% potrzebnego kapitału, a pozostałe 90% zapewnia instytucja finansowa. Reforma PF2 wpłynęła na aspekt udziału kapitału własnego podmiotu publicznego w przedsięwzięciach PFI⁴³⁵. Wszystkie przyszłe projekty prowadzone będą z udziałem sektora publicznego jako mniejszościowego udziałowca w SPV. Chodzi tu o zwiększenie zaangażowania udziału państwa w SPV. Zwiększenie kapitału publicznego w SPV ma na celu stworzenie warunków dla współpracy pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. W tym celu powołano osobną jednostkę rządową w ramach ministerstwa skarbu, tj. PF2 Equity Unit, która odpowiadała za zarządzanie projektami PF2. PF2 Equity Unit jest grupą ekspertów działających w IUK⁴³⁶. Omówiony powyżej SPV jest istotnym elementem finansowania projektu w modelu tzw. z ang. *project finance*. Ten rodzaj finansowania jest atrakcyjny dla podmiotów ją zawiązujących, zwłaszcza dla inwestorów kapitałowych, ponieważ pozwala na zdjęcie z nich obciążenia kredytem, który jest zaciągany przez SPV⁴³⁷.

Poniżej przedstawiona została tabela 11., w której zaprezentowano rodzaje udziałowców ze względu na moment inwestowania i na typ inwestora

Tabela 11. Rodzaje udziałowców w SPV

Rodzaje udziałowców w SPV	
Ze względu na moment inwestowania:	
Inwestorzy pierwotni	Pełni kierowniczą rolę w realizacji projektu, bywa powiązany z podwykonawcami.
Inwestorzy następczy	Jest nabywcą udziału w już w istniejącym projekcie istniejącym
Ze względu na typ inwestora:	
Inwestorzy branżowi	Zazwyczaj są inwestorami pierwotnymi, którzy zarządzają przedsięwzięciem,

⁴³³ Ibidem.

⁴³⁴ Introduction to the Private Finance Initiative and Public Private Partnerships, komentarz praktyczny, strona internetowa: http://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/bankingandfinance/document/391290/5D5H-YVP1-F185-S3W8-00000-00/Introduction_to_the_Private_Finance_Initiative_and_Public_Private_Partnerships (dostęp z dnia 3 grudnia 2016 r.).

⁴³⁵ A. Buisson, From PF1 to PF2: the reform of the Public Private Partnership model in the UK, Norton Rose Fulbright LLP, 2013, s. 4.

⁴³⁶ Publikacja HM Treasury A new approach public private partnerships, Londyn 2012, s. 29 i n.

⁴³⁷ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 24.

Inwestorzy kapitałowi	Celem ich jest uzyskanie maksymalnej stopy zwrotu z inwestycji.
Inwestorzy instytucjonalni	Podmioty te angażują się w SPV celem pozyskania stabilnej wypłaty środków na pokrycie swoich okresowych zobowiązań.

Źródło: A. Wachowska (red.), Analiza... op. cit., s. 25.

W brytyjskim modelu współpracy między sektorowej funkcjonuje instytucja tzw. z ang. *step in rights* mająca na celu zabezpieczenie interesów kredytodawców obejmujących udziały w SPV. Odbywa się to na podstawie porozumienia zawieranego z podmiotem publicznym pełniącym rolę zamawiającego w PF2⁴³⁸.

Natomiast uprawnienie kredytodawcy do wstąpienia w realizację umowy wynika z porozumienia tzw. z ang. *Funders Direct Agreement* (powołane dalej jako „FDA”). Zawierane jest pomiędzy kredytodawcą, a podmiotem publicznym. Porozumienie to ma na celu zabezpieczenie interesu kredytodawcy sektora prywatnego na wypadek rozwiązania kontraktu lub zagrożenia rozwiązaniem kontraktu z winy podmiotu prywatnego. Instytucja ta daje możliwość kredytodawcy do wstąpienia w prawa i obowiązki przypisane partnerowi prywatnemu i ma możliwość naprawy sytuacji oraz kontynuowania wykonywania kontraktu w razie niewykonywania lub nienależytego wykonywania kontraktu. Oznacza to, że porozumienie FDA powinna regulować takie kwestie jak⁴³⁹:

- 1) okoliczności, w których kredytodawca może skorzystać z instytucji *step-in rights*;
- 2) zakres przejścia przez kredytodawcę odpowiedzialności spoczywającej na wykonawcy;
- 3) zakres wykonania przez kredytodawcę naprawy naruszenia kontraktu ze strony wykonawcy.

Obecna praktyka jest taka, że dla wykonania praw *step in* przez kredytodawcę, nie jest konieczne z góry przyjęcie na siebie odpowiedzialności w określonej wysokości.

Kluczowym zagadnieniem dla realizacji PFI jest jego finansowanie w oparciu o *project finance*⁴⁴⁰, który dobrze sprawdza się w odniesieniu do długoterminowych projektów. *Project finance* jest to sposób finansowania projektów infrastrukturalnych, oparty na przewidywanych przepływach środków z projektu. Struktura takiego projektu obejmuje określoną liczbę inwestorów oraz bank lub grupę kapitałowych lub innych instytucji kredytowych, zapewniających pożyczki i kredyty na realizację przedsięwzięcia. Kredyty te są zabezpieczone na majątku projektu i spłacane z opłat uzyskanych za usługi świadczone w projekcie. Natomiast nie stanowi zabezpieczenia majątek kredytobiorcy lub jego zdolność kredytowa⁴⁴¹. Długoterminowy charakter kontraktów PFI

⁴³⁸ HM Treasury Standardisation of PF2 Contracts, Londyn 2012, s. 242 i n.

⁴³⁹ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 26 i 27.

⁴⁴⁰ Opracowanie EPEC dotyczące project finance, strona internetowa: <http://www.eib.org/epec/g2g/annex/1-project-finance/index.htm> (dostęp z dnia 14 grudnia 2016 r.).

⁴⁴¹ HM Treasury Standardisation of PF2 Contracts. Draft, 2012, strona internetowa:

w odniesieniu do zobowiązań finansowych, które nie ulegają zmiennym warunkom gospodarczym może prowadzić do zdezaktualizowania się ich opłacalności w perspektywie wieloletniej i w takiej sytuacji wzrasta potrzeba ich zmian lub rozwiązania kontraktu. Odpowiadając na tą potrzebę, IUK przygotowała w 2011 r. dokument zawierający wytyczne co do sposobów i możliwości nowelizowania przedmiotowych umów w fazie operacyjnej, umożliwiając zredukowanie kosztów⁴⁴².

W przedsięwzięciach PFI można zmodyfikować umowę na 3 sposoby, czyli poprzez⁴⁴³:

- 1) rozwiązanie;
- 2) zmianę, przeprowadzaną za pomocą protokołu zmiany;
- 3) istotną modyfikację (z ang. *variation*), mającą charakter poważniejszy niż zmiana.

Przyczyną rozwiązania umowy może być m. in.: brak VfM, ograniczenia budżetowe, spadek zapotrzebowania społecznego na usługi. Natomiast, rozwiązanie kontraktu PFI może nastąpić:

- 1) z winy partnera publicznego;
- 2) z winy partnera prywatnego;
- 3) lub z przyczyn niezależnych od wymienionych powyżej stron, np. siły wyższej.

Ponadto, podmioty publiczne niekiedy mają możliwość rozwiązania umowy bez podania przyczyny, np.: prawo do zatrzymania budowanej infrastruktury przez partnera prywatnego.

W sytuacji rozwiązania umowy, obiekt będący przedmiotem PFI pozostaje w posiadaniu podmiotu publicznego niezależnie od przyczyny rozwiązania umowy. Natomiast, gdy odpowiedzialność za rozwiązanie umowy leży po stronie partnera publicznego, jest on zobowiązany do pokrycia wszelkich kosztów związanych z projektem, m.in. koszty kredytu, spłaty udziałowców danego przedsięwzięcia. W tej sytuacji, partner prywatny jest uprawniony do zachowania części wynagrodzenia, która przypada mu w zakresie zrealizowanej umowy. Rozwiązanie takie pozwala na zachowanie partnerskiego charakteru umowy PFI. Wynagrodzenie dla partnera prywatnego ustala się poprzez przeprowadzenie wyceny zrealizowanego projektu. Istnieje również możliwość, aby obiekt przedmiotowy projektu był przeniesiony na własność partnera prywatnego w ramach wynagrodzenia. Natomiast pożądane jest, aby umowa o PFI z góry określała, komu przypadnie przedmiot kontraktu po jego zakończeniu

<https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-2-pf2>, s. 282 (dostęp z dnia 31 lipca 2018 r.).

⁴⁴² HM Treasury Making savings in operational PFI contracts, 2011 r., strona internetowa: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211210/iuk_making_savings.pdf (dostęp z dnia 31 lipca 2018 r.).

⁴⁴³ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 29.

oraz w razie jego rozwiązania. Element ten istotnie wpływa na ocenę kosztów projektu, a tym samym na kryterium VfM⁴⁴⁴.

W zakresie rozwiązywania umowy kredytodawcy również mogą pełnić funkcje kontrolną, której przedmiotem może być nadzór nad przedsięwzięciem po stronie partnera prywatnego i wykonywaniem uprawnień związanych z rozwiązaniem kontraktu. Niekiedy to od ich zgody może zależeć czy podmiot prywatny będzie mógł odstąpić od umowy. W sytuacji, gdy podmiot publiczny grozi odstąpieniem od umowy, kredytodawca może wejść w miejsce wykonawcy celem renegotjacji kwestii powodujących groźbę odstąpienia lub zaproponowania modyfikacji kontraktu lub zmiany wykonawcy. Natomiast podmiot publiczny ma, ograniczoną możliwość zablokowania proponowanych przekształceń umowy PFI, co umacnia pozycję negocjacyjną kredytodawcy.

W przypadku rozwiązania umowy PFI, strony muszą się liczyć z wystąpieniem ryzyka związanego z⁴⁴⁵:

- 1) wykazaniem przez stronę przeciwną braku naruszenia przez nią kontraktu w sposób uzasadniający jego rozwiązanie;
- 2) utratą finansowania przedsięwzięcia przez dotychczasowych kredytodawców;
- 3) brakiem możliwości wykonania uprawnień inwestorów zapobiegających rozwiązaniu przez zaproponowanie alternatywnych wykonawców.

Kolejnym rodzajem modyfikacji może być zmiana umowy PFI, która następuje poprzez sporządzenie protokołu zmiany obejmującego zakres usług świadczonych przez partnera prywatnego. Wspomniany protokół pozwala na stworzenie procedury niezbędnej do zmiany ramy kontraktu PFI, działania te obejmują m.in. zaproponowanie konkretnej zmiany, wycenę, realizację umowy. Nie musi on jednak określać z góry zakresu lub warunków zmiany. Obowiązkowe elementy procesu zmiany, regulowane protokołem zmiany, to kolejno⁴⁴⁶:

- 1) notyfikacja zmian zgodnie z odpowiednim okresem 'wypowiedzenia', uwzględniająca ich zakres, miejsce, proponowany czas realizacji;
- 2) oszacowanie dotyczące zmian przeprowadzane przez wykonawcę;
- 3) zgoda podmiotu publicznego;
- 4) ustalenie wynagrodzenia i w razie potrzeby organizacja finansowania zmiany;
- 5) finansowa, techniczna i prawna analiza *due diligence* zmiany, którą ma prawo przeprowadzić kredytodawca (zwykle co do zmian wyższej wartości);
- 6) implementacja zmian;
- 7) dokumentacja i monitorowanie.

⁴⁴⁴ Ibidem, s. 30.

⁴⁴⁵ Ibidem, s. 30.

⁴⁴⁶ Ibidem.

W oparciu o wytyczne IUK, w tabeli 12. zostały przedstawione rodzaje modyfikacji, które mogą być objęte protokołem zmiany.

Tabela 12. Typowa struktura *project finance*

Rodzaje zmian kontraktu ⁴⁴⁷	
1) ze względu na inicjatora zmiany	
Zmiana przez podmiot publiczny	Zmiana dotycząca usług lub robót, którą dokonuje podmiot publiczny informując o tym partnera prywatnego, nie wynika ona ze zmiany prawa.
Zmiana przez podmiot prywatny	Zmiana dotycząca usług lub robót, którą dokonuje partner prywatny informując o tym podmiot publiczny, nie wynika ona ze zmiany prawa.
Zmiana wynikająca ze zmiany prawa	Zmiana dotycząca usług lub robót, wynikająca ze zmiany prawa.
2) ze względu na rozmiar zmiany:	
Zmiany z Katalogu Zmian Niskiej Wartości	Zmiana dotycząca usług lub robót wskazana w Katalogu Zmian Niskiej Wartości lub w inny sposób uzgodniony przez strony (np. poprzez odniesienie do katalogów wyceniających dane usługi/roboty). Taki katalog dotyczy zmian w fazie operacyjnej jest ustalany w każdym roku tej fazy i określa koszt oraz czas wykonania niewielkich zmian w infrastrukturze/obiekcie. Zmiany takie nie powinny indywidualnie przekraczać kosztu 10 000 funtów.
Zmiany o średniej wartości	Zmiana dotycząca usług lub robót niewskazana w ww. katalogu, której przewidywany koszt implementacji nie przekracza 200 000 funtów ⁴⁴⁸ lub która wymaga zmiany okresowego wynagrodzenia dla partnera prywatnego o mniej niż 2%.
Zmiany o dużej wartości	Zmiana dotycząca usług lub robót niewskazana w ww. katalogu, której przewidywany koszt implementacji przekracza 200 000 funtów lub która wymaga zmiany okresowego wynagrodzenia dla partnera prywatnego o więcej niż 2%.

Źródło: opracowania własne na podstawie HM Treasury Change Protocol Principles, 2012 r., s. 3.

W sytuacji, gdy zmiany są proponowane przez podmiot publiczny, wykonawca może odmówić ich przeprowadzenia jedynie w określonych przypadkach, tj. niezgodności z prawem,

⁴⁴⁷ HM Treasury Change Protocol Principles, 2012 r., s. 3, strona internetowa: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/215078/pfi_change_protocol_principles.pdf (dostęp z dnia 31 lipca 2018 r.).

⁴⁴⁸ Zgodnie z Change Protocol Principles, progi określone dla zmian o średniej i wysokiej wartości (w tabeli umieszczone w kwadratowych nawiasach) nie są określone sztywno i mogą być kształtowane odpowiednio do danego przypadku kontraktu.

istotnego negatywnego wpływu zmiany na możliwość świadczenia usługi, nierealnego czasu zmiany, zagrożenia dla życia lub zdrowia. Natomiast, gdy inicjatywa zmian jest przedkładana przez partnera prywatnego, podmiot publiczny może ją przyjąć lub odrzucić.

W wielu projektach możliwe jest prognozowanie potrzeby zmiany kontraktu w trakcie realizacji. Dlatego istotne jest stworzenie protokołu zmiany, który przewiduje na taką ewentualność. Natomiast, w sytuacji w których nie można przewidzieć, to prawidłowo napisany protokół zmiany może posłużyć do jej przeprowadzenia w sposób pozwalający zmniejszyć ryzyko niepowodzeń.

Oprócz zmiany przeprowadzonej za pomocą protokołu, modyfikację kontraktu można dokonać przy pomocy aneksu. Tego rodzaju istotne modyfikacje dotyczą np. finansowania przedsięwzięcia, zmian zbyt licznych lub skomplikowanych. Omawiany typ modyfikacji wymaga zgody kredytodawcy biorącego udział w finansowaniu SPV. Biorąc pod uwagę narażenie kontraktu PFI na zmienne warunki rynkowe, mogące decydować o istotnych przekształceniach popytu na usługi będące jego przedmiotem, przygotowanie na istotną modyfikację już od zawarcia kontraktu jest obowiązkowa. Dzięki tym działaniom możliwe jest szybkie i sprawne przeprowadzenie procedury⁴⁴⁹.

Jednym z kluczowych elementów ppp. jest skuteczny transfer ryzyka na podmiot prywatny, w taki sposób by był on narzędziem nakierowanym na stworzenie zachęty do świadczenia usług na najwyższym poziomie przez partnera prywatnego. Zgodnie z rozumowaniem stojącym za tym aspektem, ponoszenie ryzyka ewentualnej porażki przedsięwzięcia PFI powinno motywować partnera prywatnego do zrealizowania inwestycji z najwyższą jakością i w sposób oszczędny. Podmiot publiczny wypłaca wynagrodzenie dopiero po rozpoczęciu świadczenia usług, takie rozwiązanie stanowi mobilizację zdolności menedżerskich i finansowych sektora prywatnego⁴⁵⁰. Transfer ryzyka na podmiot prywatny jest zarazem motywacją do zidentyfikowania i zarządzania nim do dokonania jego analizy. Jednocześnie podział ryzyka musi być dokonany w taki sposób, by zapewnić osiągnięcie VfM danego projektu. Warunek ten będzie spełniony, gdy dane ryzyko zostanie ulokowane do tego podmiotu, który najlepiej sobie z nim poradzi. Należy zaznaczyć, iż niewłaściwe rozmieszczenie ryzyka między stronami może skutkować wzrostem kosztów usług, tym samym negatywnie wpłynie to na VfM⁴⁵¹. Natomiast przez nie zastosowanie się do powyższej zasady, w projektach PFI zbyt dużą część ryzyka obciążano partnera prywatnego. Prowadziło to do kreowania nadmiernej premii za ryzyko⁴⁵². Oznacza to, że wybranie partnera prywatnego

⁴⁴⁹ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 34.

⁴⁵⁰ D. Corner, The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk, OECD Journal on Budgeting, Nr 3, 2006, s. 45.

⁴⁵¹ Ibidem, s. 47.

⁴⁵² A. Jachowicz, op. cit., s. 141.

biorącego na siebie najwięcej ryzyka⁴⁵³, w konsekwencji skutkuje większymi kosztami dla strony publicznej⁴⁵⁴.

W związku z tym podjęto decyzję, co do optymalnego rozkładu ryzyka w ramach PF2. Polegało to na tym, że ryzyka, będące wcześniej u partnera prywatnego, mają pozostać po stronie podmiotu publicznego⁴⁵⁵. W tabeli 13. przedstawiono sposób zmiany alokacji ryzyka w PF2⁴⁵⁶.

Tabela 13. Zmiany rozkładu ryzyka w modelu PF2

Źródło ryzyka	Zmiany rozdziału ryzyka w PF2
Zmiany w prawie o charakterze ogólnym	W związku z marginalnym ryzykiem wystąpienia w praktyce dodatkowego kosztu wynikającego z nieprzewidzianej zmiany prawa o ogólnym charakterze, władza publiczna przestała widzieć potrzebę zabezpieczania się przed nim poprzez jego przeniesienie na partnera prywatnego. Zdecydowano, że ta dotychczasowa praktyka, negatywnie oddziałująca na VfM, jest niepotrzebna i to ryzyko powinno pozostać po stronie podmiotu publicznego.
Zużycie mediów	W przeszłości rekomendowane było przejście ryzyka kosztów zużycia mediów w obiektach będących przedmiotem kontraktu PFI przez partnera prywatnego, jednakże odpowiednie postanowienia musiały być dostosowane do warunków indywidualnego kontraktu, co powodowało nadmierne przeciąganie się negocjacji i wzrost kosztowności całego procesu udzielania zamówienia. Obecnie, w związku z usunięciem ze schematu PF2 usług tzw. <i>soft services</i> (czyli sprzątnięcie, zaopatrzenie w żywność i podstawowe produkty) świadczonych wcześniej przez partnera prywatnego jako element PFI (w związku z projektami budowy szkół, mieszkań socjalnych, więzień), również ryzyko kosztów zużycia mediów jest przeniesione na podmiot publiczny. Pewnym buforem bezpieczeństwa pozostaje dwuletni okres testowania obiektu wykonanego w ramach PFI, poprzedzający przekazanie ryzyka, w czasie którego obiekt musi wykazać nieprzekraczanie określonych standardów

⁴⁵³ Przykładem jest umowa PFI z 1996 r. w ramach którego firma Pathway miała wdrożyć elektroniczny system wypłacania zasiłków społecznych oparty na kartach magnetycznych, przez poniesienie ryzyka za wyeliminowanie oszustw w systemie.

⁴⁵⁴ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 34.

⁴⁵⁵ HM Treasury A new approach ..., s. 61 i nast.

⁴⁵⁶ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 35.

	<p>zużycia prądu, wody, itp., a w przeciwnym razie partner prywatny poniesie odpowiedzialność odszkodowawczą lub będzie musiał dokonać ulepszeń.</p>
Zanieczyszczenie terenu obiektu	<p>Za nieuzasadnione zostało obecnie uznane przeniesienie na podmiot prywatny ryzyka zanieczyszczenia terenu inwestycji przez immisję z sąsiednich terenów, w sytuacji, gdy teren jest zapewniany przez partnera publicznego a partner prywatny nie może mieć wpływu na powstanie zanieczyszczeń. Powyższe ryzyko ma obciążać podmiot publiczny.</p>
Odpowiedzialność za <i>due diligence</i>	<p>W przeszłości od partnera prywatnego wymagano weryfikacji tytułu prawnego do nieruchomości nawet jeżeli była ona przed rozpoczęciem inwestycji w posiadaniu podmiotu publicznego, co istotnie opóźniało jej realizację. Obecnie podmiot publiczny wnoszący nieruchomość dawać ma gwarancję tytułu prawnego do niej i ponosić ryzyko z tym związane.</p>
Obowiązek ubezpieczenia	<p>Także w zakresie obowiązku ubezpieczenia sektor publiczny dostrzegł potrzebę modyfikacji dotychczasowej praktyki, w której na barkach partnera prywatnego spoczywał obowiązek ubezpieczenia inwestycji. Dotychczas standardową praktyką było ubezpieczenie przez wykonawcę obiektu oraz przerzucenie kosztu ubezpieczenia z powrotem do podmiotu prywatnego, poprzez uwzględnienie go w płatnym okresowo wynagrodzeniu dla partnera prywatnego. Obecnie uznano, że sztywny obowiązek wykupienia ubezpieczenia przez partnera prywatnego może niepotrzebnie zwiększać kosztowność inwestycji. Po pierwsze partner publiczny ponosić może część ryzyka związanego z wzrostem kosztu ubezpieczenia, a po drugie, wskazane jest, w przypadku ubezpieczenia od niektórych ryzyka, przejęcie obowiązku jego zapewnienia przez podmiot publiczny, do czego nadają się jednak projekty jedynie o określonych uwarunkowaniach, jak np. rozczłonkowanie/rozłożystość infrastruktury projektu, niskie prawdopodobieństwo katastrof, prawdopodobieństwo uzyskania odszkodowania od podmiotów trzecich.</p> <p>Wskazuje się, że przykładami projektów, w których rezygnacja z ich komercyjnego</p>

	<p>ubezpieczenia i obciążania tym obowiązkiem partnera prywatnego jest:</p> <ul style="list-style-type: none"> - wymiana oświetlenia ulicznego przez partnera prywatnego, - inwestycje drogowe w fazie operacyjnej, - inwestycje w sektorach, gdzie rynek ubezpieczeniowy jest wąski i niedostatecznie rozwinięty, np. mające za przedmiot specjalistyczną infrastrukturę lub obiekty narażone na niebezpieczeństwo, np. infrastruktura obronna.
--	---

Źródło: A. Wachowska (red.), Analiza „Regulacje partnerstwa publiczno-prywatnego w wybranych krajach Unii Europejskiej i prawie polskim – możliwości zmian”, Warszawa 2016, s.35-37.

Zaprezentowane powyżej kwestie pokazują, jak ważna jest świadomość powiązania podziału ryzyka z kosztem realizacji projektów ppp. Z tego względu, podstawą podziału ryzyka musi być rzetelna analiza radzenia sobie z ryzykiem jak najmniejszym kosztem.

Kolejnym elementem formuły PFI jest sposób wynagradzania partnera prywatnego, który zazwyczaj odbywa się w postaci „jednorodnej” płatności (z ang. *unitary payment, unitary charge*). Rozpoczyna się ona od momentu świadczenia usług. Natomiast początkowe sfinansowanie inwestycji spoczywa po stronie partnera prywatnego. Wynagrodzenie wypłacane przez podmiot publiczny za usługi jest rozkładany w czasie trwania umowy. Tego rodzaju płatności przekładają się wprost na sposób rozłożenia ryzyka pomiędzy stronami⁴⁵⁷. Ten element PFI obowiązkowo powinien znajdować się w umowie, zgodnie ze standardowymi zasadami konstruowania kontraktów PF2⁴⁵⁸. Wysokość okresowych płatności może być uzależniona od poziomu jakości realizowanych usług. Wynagrodzenie okresowe nie w różnych wysokościach, gdyż byłoby to niezgodne z zasadą PFI. Natomiast podmiot publiczny uprawniony jest do obniżenia wynagrodzenia w razie zaistnienia przesłanek. Przykładem takim jest dochodzenie zastrzeżonych kar umownych⁴⁵⁹. Niniejsza forma wynagrodzenia, nie tylko umożliwia odzyskanie kosztów inwestycji, ale także stanowi zachętę do udziału w inicjatywie PFI. Jednocześnie wynagrodzenie jest zabezpieczeniem ryzyka zmienności popytu na usługę oraz przedmiot zabezpieczenia udzielonego w ramach PFI⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ European PPP Expertise Centre, United Kingdom – England. PPP Units....., s. 12 i nast.

⁴⁵⁸ HM Treasury Standardisation of PF2 Contracts....., s. 157 i nast.

⁴⁵⁹ Ibidem, s. 158.

⁴⁶⁰ A. Wachowska (red.), op. cit., s. 38.

3.3.2. Rozwiązania niemieckie

Standardowy proces przygotowania i realizacji projektów ppp. w Niemczech odbywa się w czterech fazach⁴⁶¹. Pierwsza z nich polega na identyfikacji i wstępnej analizie wariantów realizacji projektu. Podczas tej fazy dokonuje się analizy ekonomicznych potrzeb na określone usługi użyteczności publicznej, a także następuje identyfikacja i selekcja potencjalnych wariantów zaspokojenia wspomnianych potrzeb. Następnie warianty te są oceniane z punktu widzenia finansowego, technicznego i prawnego. Efektem pierwszej fazy projektu jest wstępna decyzja partnera publicznego o kontynuowaniu prac nad realizacją projektu ppp. lub jego odrzuceniu⁴⁶².

Druga faza polega na przygotowaniu i planowaniu projektu. Następuje ona poprzez określenie charakterystyki projektu, wyboru modelu partnerstwa i przygotowaniu umowy z partnerem prywatnym. W trakcie tej fazy definiuje się również specyfikację usług i warunków, a także ustala się model finansowania. Na tym etapie dochodzi do porównania opłacalności ekonomicznej planowanego projektu w formie ppp. z zamówieniem publicznym. Konsekwencją tej fazy jest ogłoszenie przetargu lub alternatywnej procedury wyłonienia partnera publicznego⁴⁶³.

Sam wybór partnera prywatnego stanowi trzecią fazę realizacji projektu ppp. Skupia się on na analizie otrzymanych ofert oraz na negocjacjach warunków projektów, a także podejmowana jest decyzja o wyborze partnera prywatnego. Efektem jest podpisanie umowy ppp. Należy przy tym zaznaczyć, że fakt podpisania umowy nie oznacza, iż projekt wchodzi w fazę realizacji. Elementami umów są warunki zawieszające, których spełnienie umożliwia wejście w życie umowy. Przykładami takich warunków są m.in.: uzyskanie pozwoleń administracyjnych, ustalenia zabezpieczenia wymaganych przez banki itp. W momencie spełnienia warunku zawieszającego umowa staje się wiążąca, a taki stan rzeczy nazywa się zamknięciem finansowym projektu⁴⁶⁴.

Realizacja projektu stanowi ostatnią fazę. Faza ta dzieli się na dwa etapy. Pierwszy z nich to etap budowy, czyli realizacja projektu inwestycyjnego. Drugim etapem jest działalność operacyjna, polegająca na eksploatacji wybudowanych obiektów. Działalność operacyjna jest prowadzona przez partnera prywatnego. Rola partnera publicznego sprowadza się do monitorowania przebiegu projektu zgodnie z planami i warunkami umowy. Wskazania ukazujące wzajemne relacje pomiędzy partnerem prywatnym, a podmiotem publicznym w trakcie realizacji projektu ppp. są regulowane przez modele kontraktowe z niem. *Vertragsmodelle*. W niemieckim partnerstwie istnieje siedem modeli kontraktowych. Pod względem strukturalnym przypominają model określany w praktyce międzynarodowej jako DBFO (z ang. *Design, Build,*

⁴⁶¹ Por. Organisation for Economic Co-Operation and Development, Dedicated Public-Private Partnership Units. A Survey of Institutional and Governance Structures. OECD 2010.

⁴⁶² Instrumenty... op. cit., s.15.

⁴⁶³ Ibidem.

⁴⁶⁴ Ibidem.

Finance, Operate)⁴⁶⁵, obejmującym zarówno budowę jak i eksploatację infrastruktury. Główne różnice dotyczą kwestii własności obiektów lub aktywów będących przedmiotem projektu oraz mechanizmów rozliczania partnerów⁴⁶⁶.

Jednym z modeli jest model własnościowy (z niem. *PPP-Inhabermodell*, powołany dalej jako „I-Modell”). Polega on na tym, iż właścicielem budowanego lub modernizowanego obiektu lub budynku jest podmiot publiczny. Natomiast partner prywatny otrzymuje wybudowany i eksploatowany obiekt w użytkowanie wieczyste, co pozwala mu na realizację uprawnień do zarządzania nieruchomością. Wynagrodzeniem dla partnera prywatnego jest płatność otrzymywana od podmiotu publicznego, określona w umowie⁴⁶⁷.

Kolejnym modelem jest model nabywcy (z niem. *PPP-Erwerbermodell*, powołany dalej jako „E-Modell”). W odróżnieniu do poprzedniego, w tym modelu formalnym właścicielem wybudowanej nieruchomości jest podmiot prywatny. Po zakończeniu okresu eksploatacji wynikającego z umowy ppp., własność obiektu przechodzi na podmiot publiczny. Wynagrodzeniem partnera prywatnego jest płatność pochodząca od podmiotu publicznego⁴⁶⁸.

Następnym w niemieckim ppp. jest model leasingowy (z niem. *PPP-Leasingmodell*, powołany dalej jako „L-Modell”), w którym właścicielem aktywów projektów jest partner prywatny. W modelu tym podmiot publiczny ma możliwość zakupu obiektu po z góry określonej cenie. Nieskorzystanie z tego uprawnienia powoduje, że obiekt pozostaje po stronie partnera prywatnego. Należy pamiętać, iż projektowanie i budowanie w tym modelu nie jest przedmiotem umowy ppp⁴⁶⁹.

Czwartym modelem jest model dzierżawy (z niem. *PPP-Vermietungsmodell*, *PPP-Mietmodell*, powołany dalej jako: „M-Modell”). W modelu tym partner prywatny jest odpowiedzialny za projektowanie, budowanie, sfinansowanie i zarządzanie obiektem, którego jest właścicielem. Natomiast partner prywatny nie posiada prawa do zakupu obiektu. Partner prywatny otrzymuje płatność odpowiadającą kosztom dzierżawy powiększone o wynagrodzenie za zarządzanie obiektem⁴⁷⁰.

Kolejnym modelem jest model kontraktowy (z niem. *PPP-Contractingmodell*), którego przedmiotem jest projektowanie, instalacja i eksploatowanie urządzeń technicznych. Praca jest wykonywana na istniejącym obiekcie należącym do podmiotu publicznego. Przy tego typu modelu, okresem projektu jest czas eksploatacji urządzeń⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ Informacje uzyskane ze strony internetowej: www.ppp-projekt-datenbank.de (dostęp z dnia 5 grudnia 2020 r.).

⁴⁶⁶ Instrumenty... op. cit., s.15.

⁴⁶⁷ Ibidem.

⁴⁶⁸ Ibidem, s. 17.

⁴⁶⁹ Ibidem.

⁴⁷⁰ Ibidem, s. 18.

⁴⁷¹ Ibidem, s. 19.

W niemieckim ppp. funkcjonuje także model koncesyjny (z niem. *PPP-Konzessionsmodell*, powołany dalej jako „K-Modell”), który występuje w sytuacji, gdy ostatecznym źródłem finansowania budowy i eksploatacji aktywów są opłaty użytkowników, a nie płatności pochodzące od podmiotów publicznych. Partner publiczny otrzymuje koncesję upoważniającą go do pobierania opłat od użytkowników. Opłaty te umożliwiają pokrycie kosztów budowy i eksploatacji obiektu oraz osiągnięcie zysków. Tego rodzaju model jest stosowany w infrastrukturze gospodarczej, jak i w budownictwie publicznym⁴⁷².

Ostatnim modelem jest model spółki (z niem. *PPP-Gesellschaftsmodell*, powołany dalej jako „G-Modell”), inaczej zwanym modelem z ang. *joint venture*. Model ten zakłada założenie spółki celowej przez partnera publicznego i prywatnego w celu zrealizowania projektu. W tym wypadku, podstawą prawną projektu jest dokument statutowy spółki, a nie umowa ppp., jak ma to miejsce w poprzednio omówionych modelach. Tego rodzaju spółki przybierają formę spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. W Niemczech, tego rodzaju model jest wykorzystywany do rozwoju lub modernizacji przestrzeni miejskiej. Polega to na tym, iż podmiot publiczny wnosi do spółki celowej grunty lub nieruchomości, zaś partner prywatny wykonuje funkcje deweloperskie zgodnie z ustaleniami władz miasta i planem zagospodarowania przestrzennego, prowadząc tym samym do budowy i użytkowania określonych obiektów⁴⁷³.

3.3.3. Rozwiązania kanadyjskie

Ważną rolę w rozwoju ppp. odgrywa stabilność polityczna i wsparcie rządu, gdzie rozwój infrastruktury jest traktowany jako jeden ze strategicznych celów polityki gospodarczej państwa. Kluczową formą wspierania przez rząd inwestycji infrastrukturalnych jest pomoc udzielana prowincjom i samorządom finansowana ze środków budżetowych⁴⁷⁴.

Wspieranie przez rząd kanadyjski rozwoju ppp. w sposób naturalny odzwierciedla wspomniany wyżej dualizm struktury własnościowej majątku infrastrukturalnego w Kanadzie. Działania te sprowadzają się do⁴⁷⁵:

- 1) promowania ppp. w inwestycjach rozpoczętych wdrażanych przez prowincje, terytoria i samorzady;
- 2) wprowadzania formuły ppp. do projektów realizowanych na szczeblu federalnym.

Natomiast od 2008 r. rządową agendą ds. rozwoju partnerstwa w Kanadzie o nazwie PPP Canada łączyła wyżej wymienione działania.

⁴⁷² Ibidem.

⁴⁷³ Ibidem, s. 21.

⁴⁷⁴ K. Szymański, op. cit., s. 52.

⁴⁷⁵ Ibidem, s. 53.

W 2006 r, idea gospodarcza rządu w programie pod nazwą Przewaga Kanada: budowanie silnej gospodarki dla Kanadyjczyków (z ang. *Advantage Canada: Building a Strong Economy for Canadians*). Program ten zapowiadał przygotowanie wieloletniego planu wsparcia dla infrastruktury, w celu zapewnienia podmiotom publicznym stabilność i przewidywalność dostępu do środków inwestycyjnych⁴⁷⁶. Ponadto, wskazywał na konieczność podjęcia kroków mających promować omawianą instytucję, poprzez⁴⁷⁷:

- 1) utworzenie funduszu rządowego celem współfinansowania projektów ppp., dostępnego na zasadzie konkursu wniosków inwestycyjnych (z ang. *accessible on a merit basis*);
- 2) zobowiązanie władz prowincji, terytoriów i samorządów do rozpatrzenia wariantu ppp. przypadku, gdyby chciały one realizować projekt infrastrukturalny z funduszy rządu federalnego;
- 3) utworzenie agencji rządu federalnego do spraw ppp. (z ang. *federal P3 office*) na wzór instytucji powołanych m.in. przez Kolumbii Brytyjskiej i Quebec.

Dokument Advantage Canada zawierał postanowienia o utworzeniu 7-letniego planu wsparcia finansowego rządu dla inwestycji infrastrukturalnych na lata fiskalne od 2007-2008 do 2013-2014⁴⁷⁸, o nazwie z ang. *Building Canada Plan*. (powołany dalej jako „BCP”)⁴⁷⁹.

W ramach tego planu środki z budżetu federalnego w ramach BCP podzielono na dwa bloki⁴⁸⁰:

- 1) finansowanie bazowe, przeznaczone na potrzeby rozwoju infrastruktury na szczeblu samorządów lokalnych i miejskich;
- 2) trzy programy skierowane do najistotniejszych obszarów infrastruktury o nazwie z ang. *Program Funding*, które były przeznaczone dla większych inwestycji w autostrady, transport publiczny i ochronę środowiska.

Fundusz przeznaczony na ppp. miał wspierać projekty infrastrukturalne o takiej samej charakterystyce, jak projekty wykorzystujące środki Building Canada Fund. Zakładano, że oba fundusze będą się wzajemnie wspierać. Jednostki starające się o finansowanie na kwotę powyżej 50 mln CAD w ramach Building Canada Fund musiały przeprowadzać analizę weryfikacji opłacalności ppp.⁴⁸¹

Natomiast przyczyną powołania nowej instytucji rządu federalnego, która pełniłaby funkcję centrum spraw ppp., był budżet na rok 2007-2008. Na ten cel przeznaczono kwotę 25 mln CAD,

⁴⁷⁶ Por. Advantage Canada: Building a Strong Economy for Canadians. Department of Finance, Canada, November 23, 2006.

⁴⁷⁷ K. Szymański, op. cit., s. 54.

⁴⁷⁸ Infrastructure Canada, Departmental Performance Report 2007-2008, s. 11.

⁴⁷⁹ K. Szymański, op. cit., s. 54.

⁴⁸⁰ Ibidem.

⁴⁸¹ Ibidem.

która miała pokryć wydatki związane z jej utworzeniem i działalnością⁴⁸². Działalność nowej jednostki miała być nadzorowana przez ministra finansów oraz ministra ds. transportu, infrastruktury i samorządów, której celem było⁴⁸³:

- 1) identyfikowanie możliwości realizowania projektów ppp. na szczeblu rządu federalnego oraz doradzanie w tym zakresie;
- 2) nadzorowanie wykonywania wymogu analizy wariantu ppp. przez prowincjonalnych i samorządowych sponsorów projektów.

Wspomniany budżet na lata 2007-2008 wraz z zawartym w nim planem BCP rozpoczął okres wspierania inwestycji infrastrukturalnych na wszystkich szczeblach sektora publicznego, przy zaangażowaniu środków federalnych Kanady. Natomiast z powodu przyjęcia przez rząd programu działań antykryzysowych, wsparcie te zostało następnie zwiększone w 2009 r. Program ten przewidywał wydatkowanie na poziomie 11,8 mld CAD.

Oprócz wspierania rozwoju infrastruktury, rząd w dalszym ciągu promował ppp. Jednakże kolidowało to z postulatem angażowania środków budżetowych w inwestycje infrastrukturalne. Natomiast z powodu kryzysu finansowego w 2008 r. i późniejszej recesji, wymogu P3 Screen przez rząd federalny musiał być zawieszony na okres dwóch lata⁴⁸⁴. Celem takiego działania, było przyspieszenie wykorzystania federalnego wsparcia finansowego dla infrastruktury. Początkowo nowa instytucja była powiązana z Canada Development Investment Corporation, zaś w 2008 r. uzyskała status Federal Crown Corporation, nadzorowanej przez parlament za pośrednictwem ministra finansów. Uzyskała wówczas nazwę ppp. PPP Canada Inc., w skrócie P3C. Proces tworzenia PPP Canada zakończono w 2009 r. Instytucja ta była w pierwszych latach działalności skoncentrowana na zarządzaniu Funduszem P3⁴⁸⁵. Finalnie fundusz wsparcia ppp. uzyskał nazwę P3 Canada Fund (powołany dalej jako „P3CF”). Pierwotnie P3C dokonała analizy rynku ppp. w Kanadzie celem określenia kierunków działania P3CF. Badanie to pokazało, że efekt inwestycji P3CF powinien zostać zrealizowany poprzez zaangażowanie w najsłabiej rozwinięte sektory rynku, którym jest sektor mniejszych projektów oraz komunalny. Ponadto, założono, że środki z P3CF pozwolą na realizację projektów ppp. w kwocie najmniej 5 mld CAD. Ustalono również istotne sektory dla zaangażowania P3CF przy jednoczesnym założeniu, że fundusz powinien współfinansować projekty w sektorach reprezentujących największe obszary inwestycji samorządowych oraz sektory, w których aktywność ppp. była dotąd słabo rozwinięta⁴⁸⁶. W tym zakresie wyróżniono takie obszary jak: transport publiczny, lokalna

⁴⁸² The Budget Plan 2007, op. cit., s. 169.

⁴⁸³ K. Szymański, op. cit., s. 55.

⁴⁸⁴ Por. PPP Canada Inc., Corporate Plan for the 2011-2012 to 2015-2016 Planning Period, s. 18 i 19.

⁴⁸⁵ K. Szymański, op. cit., s. 56.

⁴⁸⁶ Ibidem.

infrastruktura drogowa, infrastruktura wodno-kanalizacyjna oraz oczyszczalnie ścieków⁴⁸⁷. Zgodnie z założeniami P3CF przeprowadził pięć rund zbierania wniosków o dofinansowanie projektów ppp. gromadząc w sumie 294 wnioski⁴⁸⁸. Natomiast zaakceptowano 19 wniosków o dofinansowanie na kwotę 870 mln CAD⁴⁸⁹. Całkowita kwota wydatków inwestycyjnych projektów przyjętych w ciągu pięciu pierwszych rund wynosiła 3,7 mld CAD⁴⁹⁰.

Działalność P3CF można ocenić pozytywnie. Z 19 projektów przyjętych przez P3CF w 2014 r., w wypadku 6 projektów kwota zobowiązań przekroczyła 50 mln CAD. Natomiast sektorem największego zaangażowania funduszu był transport publiczny (6 projektów z kwotą 425,2 mln CAD,), drugim sektorem były oczyszczalnie ścieków (6 projektów z kwotą 189,5 mln CAD). W tym okresie, 7 projektów było na etapie realizacji, a 12 projektów było na etapie przygotowań⁴⁹¹. W rezultacie podjętych przez rząd kanadyjski działań ujętych w siedmioletnim programie BCP⁴⁹², kwota roczna wydatków na inwestycje infrastrukturalne wzrosła z około 3 mld CAD do przeciętnie 5,5 mld CAD w latach 2012-2013⁴⁹³.

Pozytywne przyjęcie BCP, skutkowało planami przedłużenia okresu funkcjonowania programu lub zastąpić go innym pakietem. W odpowiedzi na te postulaty, rząd federalny rozpoczął prace nad nowym wsparciem inwestycji infrastrukturalnych na rok 2011-2012.

W 2003 r. został ogłoszony przez rząd w dokumencie fiskalnym na rok fiskalny 2013-2014⁴⁹⁴., nowy program o nazwie z ang. *New Building Canada Plan* (powołana dalej jako „NBCP”) Fundusz ten przewiduje inwestycje infrastrukturalne w prowincjach, terytoriach i samorządach lokalnych na okres 10 lat⁴⁹⁵, w kwocie 47,5 mld CAD oraz kwotę 5 mld CAD. Struktura NBCP kontynuuje z pewnymi modyfikacjami rozwiązania, które występowały w poprzednim programie BCP. Nowy plan składa się z trzech komponentów. Pierwszy to Community Improvement Fund, o wartości 32,2 mld CAD, przeznaczony jest na inwestycje samorządów miejskich i lokalnych o szeroko określonym zakresie i dużej elastyczności w wykorzystaniu wsparcia rządu. Drugim komponentem jest New Building Canada Fund i podzielona jest na dwie części. Część pierwsza dotyczy projektów o znaczeniu narodowym, na które przeznaczono kwotę 4 mld CAD. Natomiast druga część przeznaczona jest na inwestycje dla większej liczby sektorów na szczeblu prowincji

⁴⁸⁷ PPP Canada, Amended Corporate Plan Summary for the 2008 to 2012 planning period, s. 13.

⁴⁸⁸ Obliczenia na podstawie PPP Canada Annual Report, różne wydania; PPP Canada Quarterly Financial Report, Second Quarter 2013- 2014, Period ended September 30, 2013. oraz informacji prasowych.

⁴⁸⁹ PPP Canada Annual Report 2012-2013 oraz PPP Canada Quarterly Financial Report, Second Quarter 2013-2014.

⁴⁹⁰ K. Szymański, op. cit., s. 56.

⁴⁹¹ Wszystkie dane pochodzą z raportu PPP Canada Annual Report 2012-2013.

⁴⁹² Por. Jobs, Growth and Long-Term Prosperity. Economic Action Plan 2013. Tabled In the House of Commons by the Honourable James M. Flaherty, Minister of Finance, 2013, s. 170-171.

⁴⁹³ K. Szymański, op. cit., s. 56.

⁴⁹⁴ Por. Jobs, Growth and Long-Term Prosperity. Economic Action Plan 2013, op. cit., s. 171.

⁴⁹⁵ Informacje na temat [Fundusz New Building Canada z 2014 r.: pochodzą z strony internetowej www.infrastructure.gc.ca](http://www.infrastructure.gc.ca) (dostęp z dnia 6 grudnia 2020 r.).

i terytoriów, a kwota na ten cel wynosi 6 mld CAD. Trzecim komponentem NBCP jest odnowiony P3CF, który otrzymał na okres 5 lat środki w wysokości 1,2 mld CAD. Dzięki temu P3CF rozpoczęły w 2014 r. kolejną rundę przyjmowania wniosków o finansowanie. Ponadto powrócono do P3 Screen poprzez nałożenie na prowincje i samorzady wymogu dokonania oceny możliwości realizacji w formule ppp. projektów o wartości ponad 100 mln CAD⁴⁹⁶.

Pomimo, iż zasady NBCP zostały ogłoszone w 2013 r., to plan ogłoszony w 2014 r., został nieznacznie zmodyfikowany. Natomiast, reguły dotyczące P3 Screen pozostały niezmienione⁴⁹⁷. Wywołało to obawy wśród beneficjentów pomocy rządowej, zwłaszcza samorządów miejskich i lokalnych⁴⁹⁸.

Rząd federalny w Kanadzie dysponuje różnymi aktywami infrastrukturalnymi, w skład których wchodzi m.in. gmachy publiczne; budowle i instalacje o specjalistycznym przeznaczeniu (laboratoria naukowe, instalacje telekomunikacyjne, przejścia graniczne, bazy wojskowe itd.); obiekty inżynieryjne (np. tamy); niektóre drogi, mosty i tunele o szczególnym znaczeniu dla ogólnokrajowego systemu transportowego; niektóre lotniska oraz porty handlowe i rybackie. W inwestycjach związanych z procesem rozbudowy, restrukturyzacji i modernizacji majątku infrastrukturalnego zarządzanego przez komitety szczebla federalnego, instytucje te zaczęły wykorzystywać formułę ppp. już w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku. W okresie tym został zbudowany most Confederation Bridge, będący pierwszym prawdziwym kanadyjskim projektem ppp.⁴⁹⁹

Jednakże niewielka liczba realizowanych projektów w połączeniu z ich różnorodnością była jednym z powodów, dla których wprowadzenie standardowych rozwiązań projektowych w sektorze rządowym było utrudnione. Powyższa sytuacja sprawiła, że przez długi czas partnerstwo było podejmowane *ad hoc* na szczeblu federalnym. Brakowało także ram instytucjonalnych i procedur mogące zapewnić systematyczny charakter aktywności nad wdrażaniem ppp. Zmianę powyższą zapoczątkowało utworzenie PPP Canada, która rozpoczęła działalność promującą ppp. wśród jednostek rządowych. Ponadto wdrożono narzędzia oceny inwestycji pod kątem zastosowania partnerstwa⁵⁰⁰. Przykładem takim jest P3 Suitability Screening Matrix⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ K. Szymański, op. cit., s. 57.

⁴⁹⁷ Por. The Road to Balance: Creating Jobs and Opportunities. Tabled In the House of Commons by the Honourable James M. Flaherty, Minister of Finance, February 11, 2014.

⁴⁹⁸ Por. Federation of Canadian Municipalities, The New Building Canada Plan. What It Means for Cities and Communities, 18 February 2014.

⁴⁹⁹ K. Szymański, op. cit., s. 58.

⁵⁰⁰ Ibidem.

⁵⁰¹ Por. PPP Canada, Identifying P3 Potential. A Guide for Federal Departments & Agencies, January 2014.

Istotnym elementem dla wdrożenia ppp. w projektach federalnych było wprowadzenie procedury Federal P3 Screen⁵⁰², polegającej na obligatoryjnym weryfikowaniu opłacalności zastosowania partnerstwa w dużych projektach planowanych przez jednostki federalne. Dużymi projektami były inwestycje o wartości ponad 100 mln CAD, o dwudziestoletnim okresie eksploatacji⁵⁰³.

Analizując powyższe rozwiązania wprowadzone do kanadyjskiego ppp. można zauważyć, iż na jego sukces składają się takie elementy jak: stabilne prawo, polityka państwa, silne struktury instytucjonalne, sprawny proces wdrażania projektów na rynek, a także efektywna alokacja ryzyka między stronami współpracy międzysektorowej. Sukces tej formy realizacji potrzeb użyteczności społecznej jest efektem prób i błędów, które towarzyszyły Kanadzie podczas wdrażania ppp. Istotnym momentem było stworzenie scentralizowanego procesu przygotowywania projektów, które pozwoliły na szybkie zamknięcie finansowe projektu oraz na prawidłowe rozlokowanie ryzyka. W kanadyjskim partnerstwie, podmiot publiczny przyjmuje na siebie ryzyko dochodu i popytu oraz części ryzyka finansowania projektu, natomiast u partnera prywatnego jest ryzyko budowy i ryzyko operacyjne projektu⁵⁰⁴. W projektach ppp. nie bez znaczenia pozostaje wsparcie dla realizacji programów inwestycji infrastrukturalnych udzielane przez rząd, co stanowi zachętę do tworzenia sprzyjających warunków rozwoju dla partnerstwa. Wszystkie te elementy sprawiły, że obecnie Kanada jest światowym liderem⁵⁰⁵ w wykorzystywaniu ppp. i chętnie dzieli się swoimi doświadczeniami w innych krajach⁵⁰⁶.

3.4. Rynek partnerstwa publiczno-prywatnego w wybranych krajach

3.4.1. Rynek Private Finance Initiative w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej

W Wielkiej Brytanii do dnia 31 marca 2018 r. istniało 704 aktualnych projektów PFI i PF2, z czego 700 projektów miało charakter operacyjny, a 16 było w realizacji⁵⁰⁷. Warto w tym miejscu wspomnieć, iż łączna wartość projektów wyniosła 57 miliardów funtów. Spośród tych projektów, aż 631 zostało podpisanych przed majem 2010 r. Natomiast ich wartość kapitałowa wynosi 50,6 mld GBP (86% całości)⁵⁰⁸.

⁵⁰² Wprowadzenie Federal P. Screen nastąpiło w ramach pakietu budżetowego 2011. Por. A Low-Tax Plan for the Jobs and Growth. The Next Phase of Canada's Economic Action Plan. Tabled in the House of Commons by the Honourable James M. Flaherty, Minister of Finance, 2011.

⁵⁰³ K. Szymański, op. cit., s. 59.

⁵⁰⁴ Ibidem.

⁵⁰⁵ Por. The Conference Board of Canada, Canada as a Global Leader. Delivering Value through Public-Private Partnerships at Home and Abroad, 2013.

⁵⁰⁶ K. Szymański, op. cit., s. 60.

⁵⁰⁷ Powyższe dane dotyczą 2019 r.

⁵⁰⁸ Private Finance Initiative and Private Finance 2 projects: 2018 summary data, s. 2, strona internetowa: www.gov.pl (dostęp z dnia 2 grudnia 2020 r.).

Poniższa Tabela 14. pokazuje liczbę projektów PFI i PF2, które zostały podpisane (osiągnęły zamknięcie finansowe) w każdym roku finansowym. Ponadto, przedmiotowa tabela ukazuje również wartość poszczególnych projektów.

Tabela 14. Liczba podpisanych projektów w danym roku i odpowiadające im wartość projektów

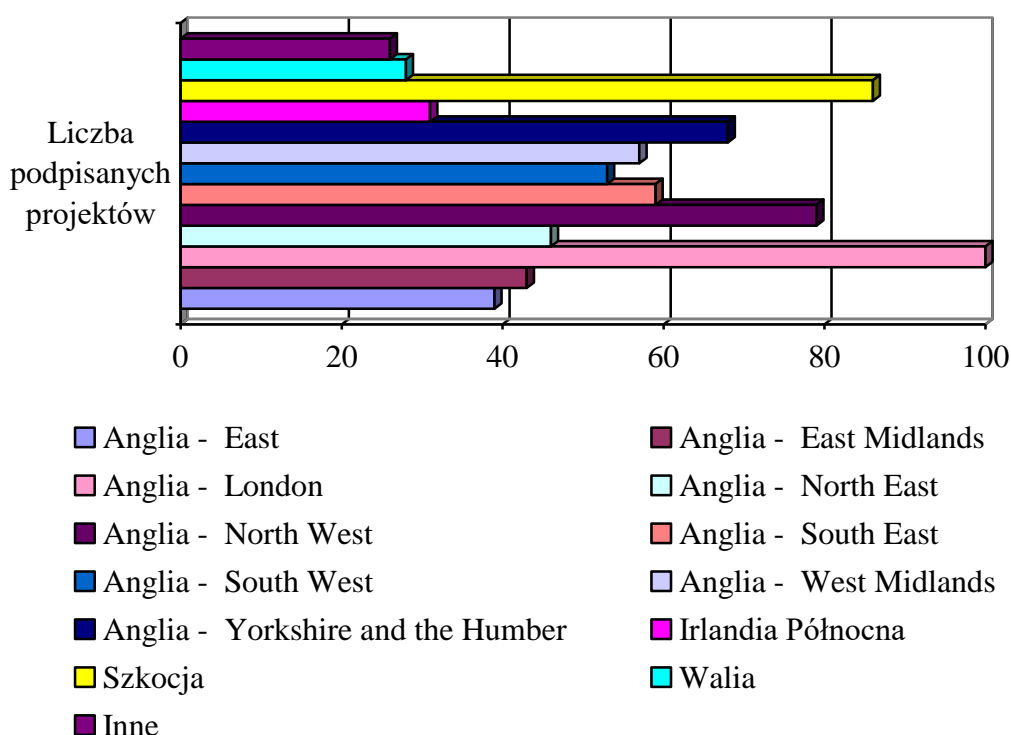
Rok	Liczba podpisanych projektów	Wartość projektów (£ mln)
1990	1	331,0
1991	0	0
1992	1	485,0
1993	0	0
1994	0	0
1995	1	68,0
1996	13	1057,7
1997	16	1907,4
1998	35	2191,7
1999	50	2179,5
2000	59	4476,3
2001	46	1586,8
2002	51	2297,7
2003	49	4389,9
2004	68	4363,3
2005	49	3208,1
2006	55	7269,3
2007	58	5363,1
2008	31	4469,3
2009	35	4025,5
2010	34	2599,8
2011	23	2091,6
2012	18	1685,1
2013	9	1062,9
2014	6	864,2
2015	6	958,7
2016	1	123,5
Razem	715	59055,4

Źródło: opracowania własne na podstawie danych z strony internetowej:

<https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-initiative-and-private-finance-2-projects-2017-summary-data> (dostęp z dnia 31 lipca 2018 r.).

Dokonując analizy powyższego wykresu i tabeli zauważyć można, iż najwięcej podpisanych umów było w 2004 r. w liczbie 68. Natomiast w 2006 r. podpisano umów o najwyższej wartości kapitałowej w porównaniu do pozostałych lat, to jest na kwotę 7269,3 (£ mln). Poniżej, przedstawiony został Wykres 3. ukazujący w sposób graficzny ilość podpisanych projektów w danym roku i odpowiadające im wartości projektów z uwzględnieniem podziału na regiony. Pod Wykresem 3. została również zaprezentowana Tabela 15. zawierająca dane liczbowe podpisanych projektów.

Wykres 3. Liczba podpisanych projektów w danym roku i odpowiadające im wartości projektów z uwzględnieniem podziału na regiony



Źródło: opracowania własne na podstawie danych z strony internetowej:

<https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-initiative-and-private-finance-2-projects-2017-summary-data> (dostęp z dnia 31 lipca 2018 r.).

Tabela 15. Liczba podpisanych projektów w danym roku i odpowiadające im wartości projektów z uwzględnieniem podziału na regiony

Region	Liczba podpisanych projektów	Wartość projektów (£ mln)
Anglia – East	39	3324,0
Anglia - East Midlands	43	2597,7
Anglia – London	100	8049,8
Anglia - North East	46	2352,8

Anglia - North West	79	6012,4
Anglia - South East	59	6109,1
Anglia - South West	53	3504,6
Anglia - West Midlands	57	5143,3
Anglia - Yorkshire and the Humber	68	4923,8
Irlandia Północna	31	1737,2
Szkocja	86	5829,5
Walia	28	885,1
Inne	26	8593,9
Razem	715	59055,4

Zródło: opracowania własne na podstawie danych z strony internetowej:

<https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-initiative-and-private-finance-2-projects-2017-summary-data> (dostęp z dnia 31 lipca 2018 r.).

Analizując powyższe dane można zauważyć, iż regionem o najwyższej liczbie zawartych umów jest Londyn, który podpisał ich 100. Następnymi w kolejności są: Szkocja – 86, region North West – 79, oraz Yorkshire and the Humber – 68.

3.4.2. Rynek Öffentlich-Private Partnerschaft w Republice Federalnej Niemiec

W Niemczech do dnia 31 grudnia 2019 r. zawarte zostały 215 umowy o partnerstwie, wartość tych umów wynosiła 11,114 mld euro. Według danych⁵⁰⁹ centralnej jednostki ds. ppp. w Niemczech (z niem. *ÖPP Deutschland AG*) oraz raportu Ministerstwa Gospodarki o polskim rynku ppp.⁵¹⁰, umowy zawierano w sektorach, które przedstawia poniższa tabela 15.

Tabela 15. Liczba umów ppp. zawartych w poszczególnych sektorach

Sektory	Niemcy	Polska
Edukacja	76	2
Sport, rekreacja, kultura	43	12
Budynki administracyjne	29	0
Drogownictwo	16	2
Bezpieczeństwo	10	0
Ochrona zdrowia	10	4

⁵⁰⁹ Na podstawie danych z strony internetowej: www.ppp-projektdatenbank.de, (dostęp z dnia 30 listopada 2019).

⁵¹⁰ Raport rynku PPP za okres od 2009 r. do 30 września 2013 r. przygotowany na zlecenie Ministerstwa Gospodarki przez Instytut PPP i Kancelarię Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz: Ocena obecnego stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego i publicznego w rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, Warszawa 2013.

Wymiar sprawiedliwości	6	0
Pozostałe	6	6
Budownictwo komunalne	0	1
Transport publiczny	0	2
Gospodarka odpadami	0	4
Infrastruktura transportowa	0	5
Energetyka i termomodernizacja	0	5
Sieci miejskie	0	6
Sieci szerokopasmowe	0	9

Zródło: opracowania własne na podstawie raportu rynku PPP za okres od 2009 r. do 30.09.2013 r. przygotowany na zlecenie Ministerstwa Gospodarki przez Instytut PPP i Kancelarię Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz: Ocena obecnego stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego i publicznego w rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, Warszawa 2013.

Analizując powyższą tabelę, można dostrzec, że partnerstwo w Niemczech ma zastosowanie w sektorach, w których instytucja ppp. w Polsce jest wykorzystywana w mniejszym stopniu. Odnosi się do takich obszarów jak: edukacji, budynków administracyjnych, bezpieczeństwa, wymiaru sprawiedliwości, drogownictwa. Tymczasem w Polsce współpraca międzysektorowa funkcjonuje w: gospodarce odpadami, energetyce, sieci miejskiej, transporcie publicznym, budowę sieci szerokopasmowych. Natomiast, istnieją branże, w których ppp. stosowane w Polsce i w Niemczech, należą do nich: sport, rekreacja, turystyka i kultura.

Powodem takiej rozbieżności w stosowaniu partnerstwa jest odmienne wykorzystywanie przedmiotowej instytucji. Polega to na zainicjowaniu ppp. w projektach, w których działanie partnera prywatnego jest finansowane ze środków publicznych w formie opłaty za dostępność. Natomiast w Polsce realizowany jest typ projektów, w którym nie występuje płatność z budżetu publicznego lub jest realizowana w mniejszym stopniu. W Polsce, wynagrodzenia strony prywatnej w formie opłaty za dostępność występuje w 15% przypadków⁵¹¹.

Poniżej zostały zaprezentowane w Tabeli 16. przykłady przedsięwzięć ppp. realizowanych w Niemczech⁵¹².

⁵¹¹ Raport rynku PPP za okres od 2009 r. do 30.09.2013 r. przygotowany na zlecenie Ministerstwa Gospodarki przez Instytut PPP i Kancelarię Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz: Ocena obecnego stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego i publicznego w rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, Warszawa 2013.

⁵¹² Dane z Platformy PPP (ÖPP-Plattform) prowadzonej przez Główny Związek Niemieckiego Przemysłu Budowlanego (Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.), strona internetowa: <http://www.oep-plattform.de>, (dostęp z dnia 14 czerwca 2018 r.).

Tabela 16. Przykładowe przedsięwzięcia realizowane w ramach ppp.

Przykładowych przedsięwzięć ppp.	Centrum Dziecięce w gminie <i>Wentorf bei Hamburg (Kinderzentrum Wentorf)</i> Zaprojektowanie, budowa, finansowanie i zarządzanie Centrum Dziecięcym złożonym ze szkoły podstawowej, przedszkola, żłobka oraz parkingu.	Jednostka strażacko-ratunkowa w Dortmundzie (<i>Feuer- und Rettungswache in Dortmund</i>) Zaprojektowanie, budowa, finansowanie i zarządzanie jednostką strażacko-ratunkową.	Zakład karny i areszt w Monachium-Stadelheim (<i>Justizvollzugsanstalt München-Stadelheim</i>) Zaprojektowanie, budowa, finansowanie i techniczne zarządzanie zakładem karnym dla kobiet oraz aresztem dla młodocianych dla 220 osób (miejsc).	Siedziba władz Hesji w Heppenheim (<i>Behördenzentrum Heppenheim</i>) Zaprojektowanie, budowa, finansowanie i zarządzanie budynkiem administracyjnym dla ok. 300 pracowników.
Sektor:	Edukacja	Bezpieczeństwo	Wymiar sprawiedliwości	Budynki administracyjne
Land:	Szlezwik-Holsztyn	Nadrenia Północna-Westfalia	Bawaria	Hesja
Podmiot publiczny:	gmina Wentorf bei Hamburg	Miasto Dortmund	Bawaria (Land)	Hesja (Land) reprezentowana przez własny zarząd nieruchomości (Hessische Immobilienmanagement)
Partner prywatny:	Otto Wulff PPP Kinderzentrum Wentorf GmbH	A. Frauenrath BauConcept GmbH / Derwald Bauunternehmung GmbH & Co. KG	Müller-Altvatter Bauunternehmung GmbH	Goldbeck Public Partner GmbH
Długość umowy:	20 lat	30 lat	20 lat	30 lat
Wartość umowy:	26,3 mln euro	15,9 mln euro (nakłady inwestycyjne)	54 mln euro	45,5 mln euro (w tym 25% wkładu własnego podmiotu publicznego)

Źródło: opracowania własne na podstawie danych zawartych na stronie internetowej: www.ppp-projektdatenbank.de (dostęp z dnia 31 listopada 2019 r.).

3.4.3. Rynek the Canadian Council for Public-Private Partnerships w Kanadzie

Kanada osiągnęła wysoki wynik realizowanych projektów, dzięki stworzeniu efektywnego modelu ppp. oraz przeprowadzenie prawidłowej alokacji ryzyka między stronami partnerstwa. Wskutek takich działań do 2020 r. r wprowadzono 291 projektów o wartości ponad 139 mld USD⁵¹³. Kanadyjska współpraca międzysektorowa jest wykorzystywana najbardziej w sektorze zdrowia i transportu.

Widać to w zamieszczonej poniżej Tabeli 12., zawierającej dane liczbowe realizowanych projektach w latach 1991-2019, z uwzględnieniem podziału na sektory.

Tabela 17. Liczba projektów ppp. i w Kanadzie, z uwzględnieniem podziału na sektory, lata 1991-2019

Sektor	Liczba projektów
Transport	83
Szpitala i służba zdrowia	102
Sądownictwo i więzienia	23
Energetyka	11
Szkolnictwo	15
Kultura i wypoczynek	15
Nieruchomości	10
Administracja publiczna	6
Infrastruktura IT	5
Łącznie	291

Źródło: opracowania własne na podstawie danych zawartych na stronie internetowej: <http://www.p3spectrum.ca/graphs/> (dostęp z dnia 5 grudnia 2020 r.).

Największym sektorem pod względem ilości otwartych projektów, okazał się sektor służby zdrowia z 102 projektami (35% rynku), a następnie transport z 83 (28%). Obecnie, oba sektory stanowią 63% kanadyjskiego rynku ppp.

W okresie 2005-2012 blisko 84 projekty ppp. uzyskało zamknięcie finansowe w Kanadzie, których wartość wynosiła 32,7 mld USD. W tym przedziale czasowym zawarto 23 projekty transportowe na kwotę 13,7 mld USD (co stanowiło 42% całego rynku) oraz 37 projekty służby zdrowia na sumę 12,1 mld USD (co stanowiło 37% całego rynku). Łącznie oba sektory realizowały projekty o wartości 25,8 mld USD, co stanowią tu 79% całego kanadyjskiego rynku ppp.⁵¹⁴ Specyfiką kanadyjskich projektów jest to, że formuła partnerstwa dotyczy tylko wąskiej gałęzi transportu. Zauważyć można, iż zainicjowane w Kanadzie w sektorze transportu projekty dotyczyły

⁵¹³ Dane podane z strony internetowej: <http://www.p3spectrum.ca> (dostęp z dnia 5 grudnia 2020 r.).

⁵¹⁴ Royal Institution of Chartered Surveyors, The Global Infrastructure Challenge: The Role of PPP In a New Financial and Economic Paradigm, 2013.

tylko dwóch segmentów: drogownictwa oraz miejskiego transportu publicznego. Oznacza to, że kanadyjskie ppp. nie jest wykorzystywane w infrastrukturze kolejnictwa, portów morskich i transportu lotniczego⁵¹⁵.

W wielu krajach formuła ppp. jest w niewielkim zakresie wykorzystywana w sektorze służby zdrowia. Spowodowane jest tym, iż finansowanie jego jest skomplikowane. W przypadku Kanady stało się inaczej. Po pokonaniu wspomnianych wyżej barier, w niektórych prowincjach formuła ppp. przyczyniła się do budowy nowych szpitali⁵¹⁶.

Liderem wśród prowincji w wykorzystywaniu formuły partnerstwa jest Ontario z 105 projektami (36% całkowitej liczby), następnymi prowincjami stosującymi inicjującymi projekty ppp. są; Kolumbia Brytyjska (36 projektów), Quebec (15 projektów) i Alberta (17 projektów). Łącznie prowincje te wprowadziły na rynek 173 projektów, a więc 82% całkowitej ich liczby. Największa ilość projektów dotyczyła sektora służby zdrowia⁵¹⁷.

Kanadyjska formuła ppp. odgrywa istotną rolę w gospodarce tego kraju. Szacuje się, że wartość inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w ramach omawianej współpracy międzysektorowej wynosi pomiędzy 10% a 20%. Ponadto, w 2013 r. łączna wartość 121 projektów ppp. wyniosła 51,2 mld CAD. Kwota ta, poprzez realizowanie projektów ppp. zasilila gospodarkę Kanady⁵¹⁸. Natomiast uwzględniając pośrednie i wtórne efekty ekonomiczne, w postaci wydatków podwykonawców, kwota ta wyniosła 92,1 mld CAD. Dokonując przeliczenia ogólnych wydatków, projekty ppp. na PKB, efekt ekonomiczny projektów z uwzględnieniem efektów pośrednich wyniósł 48,2 mld CAD⁵¹⁹. Oznacza to, że korzyści ekonomiczne uzyskane z projektów ppp., spowodowały obniżenie kosztów ich realizacji w porównaniu z tradycyjną formą finansowania z budżetu. Oszczędności wynikające z omówionych powyżej 121 projektów wyniosły 9,9 mld CAD, a przychody podatkowe uzyskane wyniosły 7,5 mld CAD⁵²⁰.

3.5. Wnioski częściowe

Analiza prawno-porównawcza instytucji ppp. w wybranych krajach zaprezentowane w rozdziale trzecim umożliwiła sformułowanie poniższych wniosków.

Po pierwsze, w Wielkiej Brytanii obowiązuje system z ang. *common law*, to ppp. funkcjonuje jeden z najbardziej rozwiniętych i sprawdzonych modeli partnerstwa w Europie. Tego rodzaju instytucja charakteryzuje się wypracowanymi wytycznymi i dobrymi praktykami oraz zawiera standardowe reguły umów ppp. Powodem powołania tej formy współpracy międzysektorowej,

⁵¹⁵ K. Szymański, op. cit., s. 51.

⁵¹⁶ Ibidem.

⁵¹⁷ Ibidem, s. 52.

⁵¹⁸ 10 -Year Economic Impact Assessment of Public-Private Partnerships In Canada (2003-2012).

⁵¹⁹ RICS, The Global Infrastructure Challenge, op. cit., s. 42.

⁵²⁰ K. Szymański, op. cit., s. 52.

było poprawienie efektywności działania sektora publicznego poprzez wprowadzenie zasad rynkowych. W tym celu powołano PFI, którego celem było zaangażowanie sektora prywatnego w świadczenie usług użyteczności publicznej oraz finansowanie ich przez sektor prywatny. Początkowo brytyjskie partnerstwo było dotknięte wadami, w szczególności: długi czas i kosztowny proces realizacji przedsięwzięcia, nieelastyczność projektów PFI, brak przejrzystości, niewłaściwa alokacja ryzyka między stronami partnerstwa. Rezultatem tego było wdrożony PF2, pozostawiając istotne elementy PFI. Pozwoliło to na finansowanie projektów w większości przez partnerów prywatnych oraz do przeprowadzenia analizy *due diligence* projektu, w celu ograniczenia niepowodzenia danego przedsięwzięcia. Dodatkowo wprowadzono standaryzację kontraktów PFI. Tworzeniem ich zajmował się organ odpowiedzialny za wdrażanie i rozwój projektów ppp. Ponadto skrócono postępowanie dotyczące zawierania umów PFI, dzięki standardowemu podejściu do kwestii, które strony mogą się zgodzić bez przeciągających się negocjacji. W przedsięwzięciach PFI można zmodyfikować umowę poprzez: rozwiązanie, zmianę przeprowadzaną za pomocą protokołu zmiany, istotną modyfikację (z ang. *variation*). Ponadto ustanowiono obowiązek przeprowadzenia analizy VfM, który jest istotny dla projektów PFI, analiza ta była trzystopniowa i funkcjonowała na każdym etapie realizacji projektu, aż do finansowego zamknięcia. W ramach tej analizy dokonywano oceny projektu na poziomie programowym, na poziomie projektu, na poziomie zamówienia. Projekty PFI były zarządzane przez SPV, która była spółką typu *joint venture*⁵²¹. Natomiast projekty te były finansowane w oparciu o *project finance*, które sprawdzały się w długoterminowych przedsięwzięciach. W skład strukturalny takiego projektu wchodziła określona liczba inwestorów oraz banki lub grupy kapitałowe lub inne instytucje kredytowe. Sukcesem w rozwoju brytyjskiego PFI było skuteczne dokonanie alokacji ryzyka na podmiot prywatny w ten sposób, aby stanowiło zachętę do świadczenia usług na najwyższym poziomie przez ten podmiot. Nieodpowiednie rozłożenie ryzyka między stronami mogło skutkować wzrostem kosztów usług oraz negatywną oceną VfM. Wynagradzaniem partnera prywatnego w PFI było „jednorodna” płatność (z ang. *unitary payment, unitary charge*). Wypłacana od momentu świadczenia usług przez podmiot publiczny. Wynagrodzenie to stanowiło ekwiwalent rozłożony na czas obowiązywania umowy. Tego rodzaju płatności odzwierciedlała sposób rozłożenia ryzyka pomiędzy stronami. Natomiast zgodnie ze standardowymi zasadami tworzenia umów PF2, wspomniany sposób wynagradzania partnera prywatnego był obowiązkowym elementem kontraktu.

Po drugie, W niemieckim systemie prawnym obowiązują akty prawne dotyczące tematyki ppp., które regulują wybrane gałęzie gospodarki. Ustawa ta dotyczy wdrażanie ppp.

⁵²¹ Introduction to the Private Finance Initiative and Public Private Partnerships, komentarz praktyczny, strona internetowa: http://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/bankingandfinance/document/391290/5D5H-YVP1-F185-S3W8-00000-00/Introduction_to_the_Private_Finance_Initiative_and_Public_Private_Partnerships (dostęp z dnia 3 grudnia 2016 r.).

oraz polepszającego uwarunkowania prawnego dla tej instytucji (z niem. *ÖPP Beschleunigungsgesetz*). Celem tej ustawy jest zainicjowanie współpracy międzysektorowej w Niemczech. Wspomniany akt umożliwił realizowanie zadania publicznego w ramach ppp., uregulował kwestie związane z ryzykiem przedsięwzięcia, a także wprowadził dialog konkurencyjny. Niemieckie ppp. nie ma normatywnej definicji. Natomiast określa się je jako długoterminową współpracę międzysektorową, której celem jest efektywne wykonanie zadań publicznych poprzez połączenie zasobów przez partnerów oraz podział ryzyka między partnerów projektu na podstawie umiejętności w zakresie zarządzania ryzykiem. W Niemczech proces przygotowania i realizacji projektów ppp. jest realizowany w czterech fazach. Pierwsza z nich polega na identyfikacji i wstępnej analizie wariantów realizacji projektu. Druga faza dotyczy przygotowania i planowania przedsięwzięcia. Trzecią fazą jest wybór partnera prywatnego. Natomiast czwarta faza składa się z dwóch etapów. Faza ta dzieli się na dwa etapy. Pierwszy to etap budowy i polega na wykonaniu projektu inwestycyjnego. Drugim etapem jest działalność operacyjna, która skupia się na eksploatacji powstałych obiektów. Ponadto w zakresie funkcjonowania niemieckiego ppp. utworzono centralną jednostkę ds. ppp. pod nazwą *ÖPP Deutschland AG*, która jest wspomagana przez administrację rządową. Głównym jej zadaniem jest pomoc podmiotom publicznym w opracowywaniu i wykonywaniu projektów oraz umów ppp. Ponadto w niemieckim partnerstwie powołane zostały regionalne jednostki ds. ppp. w poszczególnych landach, które wspomagały lokalne jednostki publiczne w przedsięwzięciach publiczno-prywatnych. W rozwoju niemieckiej współpracy międzysektorowej swój udział miało stworzenie bazy danych projektów ppp. Pozwoliło to na dostarczenie niezbędnych informacji stronom uczestniczącym w partnerstwie. Natomiast na większą liczbę dobrze przygotowanych projektów i zawartych umów ppp. wpływało dokładne przeprowadzenie analizy efektywności przedsięwzięcia.

Po trzecie, Kanada jest jednym ze światowych liderów w rozwoju ppp. Na sukces kanadyjskiego partnerstwa wpłynęły kwestie instytucjonalne, ekonomiczne i finansowe, które stworzyły korzystne warunki do realizacji projektów w ramach współpracy międzysektorowej. Rozwój tej instytucji był możliwy dzięki: polityce państwa wspierająca ppp., optymalnemu rozłożeniu ryzyka między stronami ppp., stabilnemu systemowi prawnemu, strukturze instytucjonalnej, profesjonalnej postawie sektora publicznego, rozwiniętemu rynkowi kapitałowemu, pozytywnej opinii publicznej. Obecny kształt kanadyjskiego partnerstwa jest rezultatem wyciągniętych wniosków z działań podejmowanych metodą prób i błędów. Ponadto utworzone zostały jednostki do planowania projektów ppp. funkcjonujące na szczeblu rządu federalnego i rządów prowincji, które działały jako centrum konsultingowe dla podmiotów publicznych. W rozwoju ppp. w Kanadzie odegrały agendy rządów prowincji,

które przygotowywały i pilotowały projekty partnerstwa.

Partnerstwa w Kanadzie rozwijały się w dwóch falach projektów infrastrukturalnych. W pierwszej fali projektów były realizowane przedsięwzięcia w sposób *ad hoc*, a podmioty publiczne dopiero uczyły się tej formy współpracy. Nie było jednostek wyspecjalizowanych, mogących zapewniać doradztwo. W projektach pierwszej fali nie przeprowadzano analizy VfM. Podczas tych projektów podmioty publiczne dokonywały jak największego transferu ryzyka na rzecz partnera prywatnego, w tym ryzyka dochodu i popytu. W wyniku błędów popełnionych podczas pierwszej fali projektów, wyciągnięto wnioski i rozpoczęto realizację projektów drugiej fali. W nowy model ppp. wprowadzono kryterium opłacalności wyrażone przez VfM. Ponadto powołano struktury instytucjonalne ppp. w formie agend, które pomagały, m.in. w realizacji projektu i w wyłonieniu partnera prywatnego. Utworzone jednostki podlegały określonemu ministerstwu lub komórkom właściwego resortu lub instytucji rządowej. Dodatkowo podjęto decyzje o stworzeniu scentralizowanego procesu przygotowywania projektów, które pomogło przy optymalnym rozłożeniu ryzyka. W kanadyjskim ppp. podmioty publiczne brały na siebie części ryzyka finansowania projektu oraz ryzyko popytu lub dochodu, pozostawiając partnerom prywatnym zarządzać ryzykiem budowy i ryzykiem operacyjnym projektu. W drugiej fali projektów wprowadzono wynagrodzenia partnera prywatnego w formie opłat za dostępność. Ponadto odstąpiono od dążenia do maksymalnego finansowania przedsięwzięć przez stronę prywatną w finansowaniu projektu oraz od pozabudżetowego finansowania projektów ppp. Czynnikiem wpływającym na rozwój partnerstwa była również aprobatą społeczeństwa do tego rodzaju projektów. Pozytywne nastawienie opinii publicznej było podyktowane pomyslnym realizowaniem kolejnych projektów. Natomiast powodzenie tych przedsięwzięć promowało tą formę realizacji zadań publicznych, zachęcając partnerów prywatnych do uczestnictwa w ppp. Przekładało się to na konkurencyjność przy ich wyborze. Warto też wspomnieć, iż elementem wpływającym na wzmocnienie modelu ppp. jest wysoka pozycja Kanady w rynku *know-how* oraz działania władz państwa, pobudzające do inicjonowania nowych projektów publiczno-prywatnych.

Rozdział 4. Funkcjonowanie partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce

4.1. Uwagi wstępne

W niniejszej rozprawie przedstawiono wpływ ppp. na finanse publiczne na szczeblu rządowym i samorządowym, w szczególności na wydatkowanie środków publicznych. Ponadto przybliżono procedury wyłaniania partnera prywatnego przez podmiot publiczny. W dalszej części rozprawy dokonano analizy problemów i barier zgłaszanych podczas realizacji przedsięwzięć w ramach ppp., a także omówiono rozwiązania prawne wprowadzone przepisami tzw. tarczy antykryzysowej celem przeciwdziałania skutkom epidemii COVID-19 we współpracy międzysektorowej.

Dokonana analiza pozwoliła potwierdzić stawianą w rozprawie doktorskiej hipotezę, iż przyczyną ograniczonego wykorzystywania instytucji partnerstwa w Polsce są problemy interpretacji obecnie obowiązujących przepisów, a normy prawne regulujące przedmiotową instytucję są skonstruowane nieprawidłowo. Przeprowadzone badania pozwoliły na sformułowanie wniosku, iż obecne uwarunkowania prawne wymagają doprecyzowania. Natomiast, wnioski zaprezentowane w pierwszych trzech rozdziałach niniejszej pracy umożliwiły sformułowanie stwierdzenia, iż bez nowelizacji przepisów dotyczących ppp. w Polsce, nie będzie można stworzyć dobrego impulsu do spopularyzowania tego rodzaju formuły współpracy międzysektorowej dla realizacji nowych przedsięwzięć.

Uwzględniając przeprowadzoną analizę w trzecim rozdziale niniejszej dysertacji oraz poglądy doktryny przedstawione w niniejszej pracy, należy dojść do wniosku, iż podmiotami publicznymi mogącymi efektywnie wykorzystać przedmiotową współpracę międzysektorową w wykonywaniu zadań publicznych są jst.

Niniejszy rozdział składa się z siedmiu podrozdziałów ukazujących m.in. stosowanie ppp. w praktyce, jego wpływ na finanse publiczne oraz bariery towarzyszące przy wykorzystywaniu przedmiotowej instytucji w Polsce. Ponadto w niniejszym rozdziale zaprezentowane zostały rozwiązania prawne zawarte w tzw. pakiecie antykryzysowym związanym z epidemią COVID-19 w odniesieniu do ppp.

4.2. Partnerstwo publiczno-prywatne w polskiej praktyce

W rozdziale pierwszym niniejszej rozprawy doktorskiej wyjaśniono, iż ppp. to współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego. Wspomniana współpraca jest realizowana przez świadczenie usług publicznych. Terminem ppp. w literaturze są określane „projekty inwestycyjno-eksploatacyjne realizowane na podstawie umowy długoterminowej wspólnie – przez władze publiczne i podmioty sektora prywatnego – których celem jest stworzenie niezbędnej infrastruktury rzeczowej, finansowej i organizacyjnej, umożliwiającej świadczenie usług publicznych”⁵²².

Dalsza realizacja przedsięwzięć ppp. w kolejnych latach jest niepewna. Pomimo zapowiedzi, iż liczba zainicjowanych postępowań oraz zawieranych umów będzie systematycznie wzrastać⁵²³, niestety tak się nie stało. Nowelizacja uppp. z 2018 r. również nie poprawiła sytuacji ppp. w Polsce.

Projekty powinny być przede wszystkim uznawane za inicjatywy o dużej wartości, tj. od 20 do 100 mln zł. Charakterystyką polskiego rynku ppp. jest znaczna ilość małych projektów. Jednakże nie zniechęca to instytucji finansowych i podmiotów prywatnych do realizowania projektów w ramach ppp. w oparciu o „zasadę mniejszy projekt to mniejsze ryzyko”. Stosunek podmiotów publicznych, które decydują się na małe projekty wydaje się z ekonomicznego punktu widzenia niewłaściwe. Wynika to z nieproporcjonalnej wartości inwestycji do wysokości kosztów koniecznych do jej realizacji⁵²⁴. Dlatego też realizacja małych projektów jest zbyt kosztowna. Przykładowy stan rzeczy ma miejsce, gdy koszty obsługi projektu przekraczają koszt samej inwestycji⁵²⁵. Dodatkowo można zauważyć brak zdolności do określenia wydatków czynności podmiotu publicznego przy wykonaniu projektu. Powoduje to, iż podmioty te mają problemy dotyczące przeprowadzenia oceny wydatków realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych i kosztów, które powstałyby przy wykonaniu projektów w tradycyjnych zamówieniach publicznych⁵²⁶. Deficyt danych statystycznych obejmujących takie wartości jak koszty ogłoszenia oraz czas, a także przeprowadzenie postępowań, przyczynia się do odrzucenia formuły ppp. na etapie planowania projektu. Zauważyć można także niedostosowanie projektów do uwarunkowań gospodarczych, które wynikają z nieodpowiedniego oszacowania popytu na dane usługi. Dodatkowo podmiot publiczny dokonuje nieprawidłowej oceny zainteresowania partnerów

⁵²² I. Herbst, A. Jadach-Sepiolo, T. Korczyński, Raport o partnerstwie publiczno-prywatnym w Polsce, Centrum Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, Warszawa 2013, s. 12.

⁵²³ I. Herbst, T. Jagusztyn-Krynicky, Raport z badania rynku PPP wśród przedsiębiorców, firm doradczych i instytucji finansowych, sporządzony na potrzeby „Analizy potencjału podmiotów publicznych i przedsiębiorstw do realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego” dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, PARP, Warszawa 2013, s. 13.

⁵²⁴ Ibidem.

⁵²⁵ Ł. Bernatowicz, Partnerstwo publiczno-prywatne z punktu widzenia doświadczeń strony prywatnej, „Studia BAS” 2014, Nr 3, s. 217.

⁵²⁶ Ibidem, s. 218.

prywatnych wykonaniem przedsięwzięcia, w którym przejęłyby one większe ryzyka i odpowiedzialność⁵²⁷.

Z kolei, na dynamizmowi ppp. w Polsce wspomaga czynnik w postaci perspektywy unijnej na lata 2014–2020 oraz brak możliwości finansowania ze środków publicznych wszystkich przedsięwzięć. W dniu 13 września 2014 r. weszła w życie przygotowana przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju ustawa o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020⁵²⁸. Wspomniana ustawa definiuje projekt hybrydowy, który realizowany jest w formie ppp. oraz współfinansowany jest z funduszy UE. Zgodnie z art. 34 ustawy wdrożeniowej, „projekt hybrydowy polega na wspólnej realizacji projektu przez partnerstwo utworzone w celu realizacji inwestycji infrastrukturalnej. Inwestycją infrastrukturalną jest budowa, przebudowa lub remont obiektu budowlanego lub wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem przedmiotem tej inwestycji za wynagrodzeniem”. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 17 grudnia 2013 r. Nr 1303/2013 w sprawie polityki spójności UE na lata 2014-2020, do którego odwołuje się ustawa we wspomnianym art. 34 ust. 1 definiuje partnerstwo w art. 2 pkt 24 wspomnianego rozporządzenia jako „formę współpracy między podmiotami publicznymi a sektorem prywatnym, których celem jest poprawa realizacji inwestycji w projekty infrastrukturalne lub inne rodzaje operacji realizujących usługi publiczne, poprzez dzielenie ryzyka, wspólne korzystanie ze specjalistycznej wiedzy sektora prywatnego lub dodatkowe źródła kapitału”. Zgodnie z ustawą wdrożeniową, projekty hybrydowe są realizowane przez podmioty publiczne i partnerów prywatnych zajmujących się przedsięwzięciami infrastrukturalnymi. Natomiast partnerzy prywatni wykonujący projekty hybrydowe, o których jest mowa w art. 34 ust. 3 ustawy, wyłaniani są na podstawie przepisów uppp., uukrbu., upzp. oraz ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym⁵²⁹.

Sytuacji ppp. w Polsce nie poprawia brak instytucji oraz rozwiązań ograniczających ryzyko finansowe, które leży po stronie prywatnej oraz brak możliwości stosowania innych instrumentów finansowych przy realizacji oraz finansowaniu projektów, innych niż kredyt bankowy⁵³⁰. Rynek bankowy w Polsce wyróżnia się płynnością finansową. Taki stan rzeczy powinien sprzyjać dla tego typu instytucjom do inwestowania w projekty ppp. Jednakże w tym zakresie brak jest zainteresowania ze strony banków takimi projektami. Natomiast, strony ppp. przejawiają gotowość

⁵²⁷ I. Herbst, T. Jagusztyn-Krynicki, Raport z badania rynku PPP..., s. 17.

⁵²⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z dnia 2020 r. poz. 818), powoływana dalej jako „ustawa wdrożeniowa”.

⁵²⁹ Ł. Bernatowicz, Partnerstwo publiczno-prywatne z punktu widzenia doświadczeń strony prywatnej, „Studia BAS” 2014, Nr 3, s. 219

⁵³⁰ Ibidem.

do współpracy z instytucjami finansowymi w realizacji projektów ppp. Dlatego też istotne jest zaangażowanie banków do pomocy w realizacji przedsięwzięć publiczno-privatnych na etapie planowania i negocjacji prowadzonych między stronami ppp.⁵³¹ Istotną rolę w tym aspekcie może odegrać Bank Gospodarstwa Krajowego⁵³².

Instytucja ppp. umożliwia wykonanie przedsięwzięć przy użyciu zasobów i potencjału obu stron współpracy. Omawiana współpraca międzysektorowa pozwala zaoszczędzić czas, ograniczyć wydatki oraz sfinalizować projekt. W gestii partnera prywatnego jest sfinansowanie przedsięwzięcia oraz uzyskanie zysków. Natomiast, działania podmiotu publicznego zmierzają do zapewnienia przedsiębiorcom zwrotu zainwestowanych środków w projekty ppp. Może ona mieć formę, np. w postaci bezpośrednich korzyści finansowych lub ulg podatkowych⁵³³. Ponadto, istotne jest dokonanie prawidłowej alokacji ryzyka w sposób pobudzający zainteresowanie partnerów prywatnych przedsięwzięciami ppp. Należy mieć na uwadze, iż projekty partnerstwa związane są z zadaniami publicznymi, z którymi wiąże się wielka odpowiedzialność. W tym zakresie istotne dla strony prywatnej jest postawa podmiotów publicznych, przykładowo ich elastyczność podczas wykonywania przedsięwzięcia ppp.⁵³⁴ Ważne może być także biznesowe spojrzenie przez podmioty publiczne i nastawienie na zyski⁵³⁵.

4.3. Wpływ partnerstwa publiczno-privatnego na finanse publiczne

4.3.1. Wpływ partnerstwa publiczno-privatnego na finanse publiczne na szczeblu rządowym

Partnerstwo publiczno-privatne jest traktowane jako alternatywna forma finansowania wykonywania zadań publicznych. Początkowo sektor publiczny postrzegał współpracę z partnerami prywatnymi jako odpowiedź na wystarczającą ilość środków budżetowych uniemożliwiający realizację zadań publicznych. Podmioty publiczne w Polsce, dokonując wiele istotnych przedsięwzięć publicznych, widzą w partnerstwie narzędzie do realizacji projektów o charakterze publicznym bez potrzeby angażowania własnych środków finansowych⁵³⁶. Postrzeganie ppp. w sposób taki, iż jest to pozabudżetowa lub alternatywna forma finansowania zadań publicznych może znacznie ograniczyć zalety płynące wykorzystania formuły partnerstwa przy realizowaniu przedsięwzięć. Należy zaznaczyć, że podmioty publiczne nie powinny posługiwać się omawianą instytucją współpracy międzysektorowej w projektach, które nie byłyby w ogóle wykonane. Zaletą ppp. jest efektywne i innowacyjne realizowanie zadań publicznych lub wprowadzanie innowacyjnych sposobów ich wykonywania, polegające m.in. na transferowaniu wiedzy

⁵³¹ Ł. Bernatowicz, Partnerstwo publiczno-privatne..., s. 219.

⁵³² I. Herbst, T. Jagusztyn-Krynicki, Raport z badania rynku PPP... s. 37.

⁵³³ Ł. Bernatowicz, op. cit., s. 219.

⁵³⁴ Ibidem.

⁵³⁵ I. Herbst, A. Jadach-Sepiolo, E. Marczevska, Raport z badania wśród polskich przedsiębiorców, PARP, Warszawa 2012, s. 10–11.

⁵³⁶ H. Sochacka-Krysiak, Partnerstwo publiczno-privatne – szansa czy konieczność, Warszawa 2008, s. 9 i n.

i umiejętności z sektora prywatnego do sfery wykonywania usług publicznych. Omawiana instytucja współpracy publiczno-prywatnej umożliwi dokonanie transferu wiedzy, umiejętności i standardów wykonawczych oraz zarządczych wypracowanych przez sektor prywatny, które są wykorzystywane przy wykonywaniu zadań publicznych. Natomiast ppp. nie należy traktować jako jedyną formę finansowania nowych projektów o charakterze powszechnym. Przyczyną tego jest to, że partnerstwo pod względem ekonomicznym jest bardziej kosztownym sposobem realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego, niż samodzielne zrealizowanie planowanej inwestycji przez podmioty publiczne. W ramach ppp., przedsięwzięcia są w znacznej części finansowane przez partnera prywatnego. Natomiast partner ten uzyskuje zwrot kosztów w trakcie całego okresu funkcjonowania projektu, w postaci wynagrodzenia poprzez obciążenie opłatami podmiotu publicznego oraz jednostek korzystających z infrastruktury publicznej, które finansują wydatki marżę partnera prywatnego⁵³⁷.

Na popularyzację ppp. w Polsce w zakresie realizacji zadań publicznych wpłynęła koncepcja NPM, która stosowana jest jst. Powyższa koncepcja zrodziła się na gruncie działalności zarządczej w sektorze publicznym na zasadzie menadżeryzmu, opierającym się na tzw. zasadzie 3E – z ang. *economy, effectiveness, efficiency*⁵³⁸. Na podstawie tej koncepcji jst. podjęty działania zmierzające do racjonalizacji wydatków publicznych⁵³⁹. Ideą przytoczonego modelu zarządzania publicznego jest zwiększenie efektywności nakładów ponoszonych przez podmioty publiczne na realizację zadań publicznych. Nakłady te mogą być zróżnicowane. Należy podkreślić, iż dostarczenie przez sektor publiczny określonych dóbr i usług publicznych nie musi być wytwarzane przez podmioty tego sektora. Nabycie ze środków publicznych dóbr i usług stworzonych przez partnera prywatnego daje możliwość podniesienia poziomu ich jakości przy niższych lub niezmiennych kosztach finansowych⁵⁴⁰. Instytucja ppp. może być instrumentem umożliwiającym wdrożenie NPM w sektorze publicznym. Z perspektywy nowego zarządzania publicznego, partnerstwo stanowi interesującą formułą realizacji zadań publicznych z uwagi na to, że⁵⁴¹:

- 1) umożliwia wykonanie przedsięwzięć, powodujących podniesienie poziomu świadczenia usług publicznych bez angażowania środków finansowych podmiotów publicznych;
- 2) wykorzystywane są zasoby sektora prywatnego zamiast zasobów sektora publicznego;
- 3) umożliwia na rozłożenie i odroczenie wydatków publicznych na czas funkcjonowania

⁵³⁷ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., Komentarz do rozdziału 5., s. 392-394.

⁵³⁸ K. Mataśka, Istota i zakres partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce w: J. Rutkowski (red.) Partnerstwo publiczno-prywatne w Polsce i jego funkcjonowanie na przykładzie wybranych projektów, Łódź 2010, s. 21–24, J. Zysnarski, Partnerstwo publiczno-prywatne w sferze usług komunalnych, Gdańsk 2007, s. 15.

⁵³⁹ A. Zalewski (red.), Nowe zarządzanie publiczne w polskim samorządzie terytorialnym, Warszawa 2007, s. 66.

⁵⁴⁰ H. Sochacka-Krysiak, Partnerstwo publiczno-prywatne..., s. 10.

⁵⁴¹ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., Komentarz do rozdziału 5., s. 394 i 395.

- przedsięwzięcia;
- 4) pozwala na dokonanie płatności wynagrodzenia na rzecz strony prywatnej od momentu rozpoczęcia świadczenia usług po finalizacji inwestycji;
 - 5) umożliwia dokonanie analizy inwestycji określonego przedsięwzięcia pod względem efektywności i skuteczności liczonej dla całości kosztów poniesionych przez cały okres funkcjonowania projektu;
 - 6) istnienie konieczności określenia wszystkich kosztów przed podjęciem decyzji inwestycyjnej, zdefiniowanie potrzeb budżetu publicznego w przyszłości i wskazanie przez partnera publicznego właściwej ilości oraz jakości usług przed wykonaniem danego przedsięwzięcia;
 - 7) następuje zastosowanie mechanizmu wynagrodzenia będącego narzędziem stymulującym uzyskanie określonego w kontrakcie ilości oraz jakości świadczonych usług;
 - 8) ma miejsce określenie ról poszczególnych stron ppp., tj. wskazanie, że podmiot publiczny odpowiada za świadczenie usług, natomiast partner prywatny za ulokowanie kapitałów w celu osiągnięcia korzyści ekonomicznych.

Wadą ppp. jest pozyskanie przez partnera prywatnego finansowania przedsięwzięcia kosztem znacznych nakładów, w stosunku do nakładów pochodzących bezpośrednio od sektora publicznego. Wynika to ze znacznego zaufania finansowego do strony publicznej. Jednakże, wyższy koszt pozyskania kapitału nie musi wpływać na ostateczną wysokość wydatków potrzebnych do zrealizowania przedsięwzięcia publiczno-prywatnego. Pozytywnym aspektem ppp. jest osiągnięcie najwyższego zysku z danego projektu przez partnera prywatnego lub zarządzanie nim przez stronę prywatną w celu uzyskania oszczędności pozwalających pokryć wydatki określonego przedsięwzięcia⁵⁴².

Poruszając tematykę wpływu ppp. na finanse publiczne na szczeblu rządowym, należy rozpocząć od zaznaczenia, iż przepisy z zakresu finansów publicznych znajdujących się w obecnie obowiązującej uppp., ustawodawca umieścił w piątym rozdziale przedmiotowej wspomnianej ustawy, określając:

- 1) łączną kwotę zobowiązania finansowego z tytułu umów o ppp.;
- 2) wymóg zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych;
- 3) treść wniosku o wydanie zgody;
- 4) poziom państwowego długu publicznego, deficyt sektora finansów publicznych;

Wskazując łączną kwotę zobowiązania finansowego z tytułu umów o ppp. należy przytoczyć treść art. 17 uppp., zgodnie z którym łączną kwotę, do wysokości której organy administracji rządowej mogą w danym roku zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów

⁵⁴² Ibidem, s. 396.

o ppp., określa ustawa budżetowa. Przytoczony przepis wskazuje na konieczność określenia w ustawie budżetowej łącznej kwoty wydatków budżetu państwa dotyczących realizacji projektów w ramach partnerstwa. Kwota ta jest ustalana każdego roku w ustawie budżetowej, która to wpływa na poziom państwowego długu publicznego⁵⁴³.

Przepis art. 17 uppp. dotyczy procedur ostrożnościowych i sanacyjnych określonych w rozdziale trzecim ufp., które wskazują na działania organów publicznych podejmowanych w momencie osiągnięcia poziomów wartości relacji państwowego długu publicznego do produktu krajowego brutto. Wspomniane procedury mają charakter instrumentów kontrolno-nadzorczych, których celem jest ograniczenie państwowego długu publicznego. W doktrynie nazywane są „ścieżką dojścia” do poziomu wskazanego w art. 216 ust. 5 Konstytucji RP który stanowi, iż „Nie wolno zaciągać pożyczek lub udzielać gwarancji i poręczeń finansowych, w następstwie których państwowy dług publiczny przekroczy 3/5 wartości rocznego produktu krajowego brutto”⁵⁴⁴. Procedury ostrożnościowe i sanacyjne zawarte w normach ufp. mają na celu przestrzeganie przez Polskę tzw. kryteriów konwergencji, o których mowa w art. 140 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵⁴⁵.

Kwota zobowiązania finansowego z tytułu umów o ppp, o której mowa w art. 17 uppp., dotyczy zobowiązań finansowych organów administracji rządowej. Natomiast, zobowiązania finansowe wskazane we wspomnianych wyżej umowach nie muszą być określone w ustawie budżetowej, jeżeli stroną tych umów są podmioty publiczne inne niż organy administracji rządowej. Zgodnie z ustawą o działach administracji rządowej⁵⁴⁶, organami administracji rządowej jest Rada Ministrów, która na podstawie art. 147 Konstytucja RP składa się z Prezesa RM oraz ministrów, a także powoływani w skład RM przewodniczący określonych w ustawach komitetów, kierownicy urzędów centralnych, wojewodowie, organy kolegialne i instytucje realizujące zadania państwa w postaci agencji⁵⁴⁷.

Ustawodawca w art. 17 uppp. posługuje się pojęciem zobowiązania finansowego, które to w ufp. ma charakter pieniężny. Natomiast błędem jest użycie pojęcia zobowiązania finansowego definiowanego w art. 3 ust. 1 pkt 27 ustawy o rachunkowości⁵⁴⁸. Zgodnie z tym przepisem wspomniane zobowiązanie „rozumie się przez to zobowiązanie jednostki do wydania aktywów finansowych albo do wymiany instrumentu finansowego z inną jednostką, na niekorzystnych warunkach”. Obowiązujące przepisy uppp. nawiązują do pojęcia zobowiązania

⁵⁴³ Ibidem, s. 398.

⁵⁴⁴ L. Lipiec, Ustawa o finansach publicznych. Komentarz oraz powołana tam literatura; C. Kosikowski, Z. Szpringer, Finanse publiczne. Komentarz do ustawy z 26.11.1998 r., Zielona Góra 2000, s. 138; E. Chojna-Duch, Dług publiczny i deficyt budżetowy, w: E. Ruśkowski (red.), Finanse publiczne i prawo finansowe, t. 1, Warszawa 2000, s. 119.

⁵⁴⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE z 2012 r., C 326).

⁵⁴⁶ Ustawa z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 1220).

⁵⁴⁷ Ibidem, s. 399.

⁵⁴⁸ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2020 r., poz. 568 z późn. zm.).

finansowego, przyjmujące je wyłącznie za zobowiązania pieniężne, które są realizowane poprzez wydanie aktywów finansowych w postaci środków pieniężnych na podstawie zawartej umowy⁵⁴⁹. Innymi słowy, zobowiązaniami pieniężnymi są zobowiązania z tytułu zaciągniętych kredytów i pożyczek, a także z tytułu wyemitowanych papierów wartościowych oraz inne zobowiązania polegające na spełnieniu świadczenia pieniężnego, w tym poręczenia i gwarancje. Dokonując analizy art. 17 uPPP, należy przyjąć, że odnosi się on tylko do zobowiązań wymagalnych, czyli istnienia obowiązku świadczenia poprzez przekazanie wkładu własnego w formie pieniężnej i zobowiązania do wypłaty wynagrodzenia⁵⁵⁰. Należy podkreślić, że powyższy przepis nie dotyczy kwestii ujętych w umowie PPP, oraz wskazanych innych zobowiązań nie będących częścią umowy, przykładowo do kary umownej. Zgodnie z art. 483 kc. „karę umowną można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy”. W ujęciu art. 17 uPPP, kary umowne, mimo określenia z góry wysokości kwoty lub wskazanie podstaw jej obliczenia w umowie o partnerstwo, stanowią zobowiązanie warunkowe. Oznacza to, że jest to zdarzenie przyszłe i niepewne, od którego uzależnione jest powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej. Tym samym obowiązek zapłaty kary umownej przez podmiot publiczny następuje dopiero po ziszczeniu się warunku, do którego może nigdy nie dojść. Natomiast zobowiązanie w postaci wniesienia wkładu lub dokonanie wypłaty wynagrodzenia jest zobowiązaniem przyszłym i pewnym, które jest warunkiem *sine qua non* wykonania projektu PPP. Jednakże, gdy po stronie organu administracji rządowej zobowiązania do zapłaty kary umownej z umowy stało się wymagalne wpływ tego zdarzenia na stan finansów publicznych może być uwzględniony, poprzez zmianę wysokości łącznej kwoty zobowiązań finansowych w danym roku budżetowym. Reasumując, kary umowne wymagane do zapłaty przez organy administracji rządowej, rozumie się jako zobowiązania finansowe w ujęciu art. 17 uPPP.⁵⁵¹

Przepisy uFP, zawierają normy dotyczące opracowywania projektów i uchwalania budżetu państwa oraz budżetów jst. Zgodnie z art. 109 ust. 1 uFP, „ustawa budżetowa jest podstawą gospodarki finansowej państwa w danym roku budżetowym”. W ujęciu Zgodnie z art. 109 ust. 2 uFP, ustawa budżetowa składa się z:

- 1) budżetu państwa;
- 2) załączników;
- 3) postanowień, których obowiązek zamieszczenia w ustawie budżetowej wynika z niniejszej ustawy lub z odrębnych ustaw.

⁵⁴⁹ M. Bitner, A. Kozłowska, M. Kulesza, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Warszawa 2006, s. 102.

⁵⁵⁰ Ibidem, s. 103.

⁵⁵¹ M. Bejm (red.), op. cit., s. 400-402.

Budżet państwa ma formę ustawy, która zgodnie z art. 109 ust. 1 ufp. jest podstawą gospodarki finansowej państwa w danym roku budżetowym, na który jest uchwalana (zasada roczności). Natomiast w ujęciu art. 109 ust. 4 ufp. rokiem budżetowym jest rok kalendarzowy. Należy nadmienić, iż ustawa budżetowa nie może zawierać przepisów zmieniających inne ustawy. Treść art. 110 ufp. wskazuje, iż budżet państwa określa, m.in., kwotę planowanych dochodów i wydatków oraz łączną kwotę planowanych przychodów i rozchodów organów władzy publicznej. Na podstawie art. 219 ust. 1 Konstytucji RP to Sejm uchwała budżet państwa na rok budżetowy w formie ustawy budżetowej. Można przyjąć, iż budżet istnieje, gdy uchwalona zostanie ustawa budżetowa, która go ustanawia⁵⁵². Jednakże, niewłaściwe jest utożsamianie budżetu z ustawą budżetową⁵⁵³.

Budżet państwa jest traktowany jako plan finansowy, natomiast ustawa budżetowa jako akt prawny nadający moc prawną i dyrektywność budżetowi⁵⁵⁴. Ponadto, podkreślana jest odmienność ustawy budżetowej względem innych ustaw⁵⁵⁵, wynika m.in. z odrębnego trybu prac parlamentarnych nad projektem ustawy budżetowej wskazanym w art. od 222 do 224 Konstytucji RP oraz wyłącznej inicjatywy ustawodawczej w zakresie ustawy budżetowej, ustawy o prowizorium budżetowym, zmiany ustawy budżetowej, ustawy o zaciąganiu długu publicznego oraz ustawy o udzielaniu gwarancji finansowych przez państwo przysługującej Radzie Ministrów, o czym jest mowa w art. 221 Konstytucji RP. Oznacza to, że dokonanie zmiany ustawy budżetowej w zakresie określającym łączną kwotę zobowiązania finansowego z tytułu umów o ppp., będzie wymagało zachowania procedury właściwej dla uchwalenia ustawy budżetowej, przy czym inicjatywę ustawodawczą w tym zakresie posiada wyłącznie Rada Ministrów.

Zgodnie z art. 34 ustawy budżetowej na rok 2019⁵⁵⁶, łączna kwota, do wysokości której organy administracji rządowej mogą zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o ppp. w 2019 r. została ustalona w wysokości 1 000 000 000 zł. Do tej wysokości organy administracji rządowej mogą we wspomnianym roku budżetowym zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o ppp. Natomiast, w art. 34. w ustawie budżetowej na rok 2020⁵⁵⁷ przewidywana łączna kwota, do której organy administracji rządowej mogą zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o ppp. wynosi 31 000 000 000 zł. To o 30 000 000 000 zł więcej niż w roku 2019. Jednakże zaznaczyć należy, iż powyższa łączna kwota wskazana w ustawie budżetowej nie powoduje samoczynnego przekazywania organom administracji rządowej środków budżetowych

⁵⁵² A. Borodo, Problematyka prawna ustawy budżetowej, w: *Ex iniuria non ortitur ius*. Księga ku czci Profesora Wojciecha Łączkowskiego, Poznań 2003, s. 76.

⁵⁵³ C. Kosikowski, *Odmienności w tworzeniu ustawy budżetowej*, *Przegląd Sejmowy*. 1998, Nr 4, s. 8.

⁵⁵⁴ E. Ruśkowski, *Finanse publiczne...*, s. 173.

⁵⁵⁵ W. Sokolewicz, *O osobliwościach ustawy budżetowej i trybu jej uchwalenia*, *PL 2004*, Nr 2, s. 36.

⁵⁵⁶ Ustawa budżetowej na rok 2019 z dnia 16 stycznia 2019 r. (Dz. U. poz. 198).

⁵⁵⁷ Ustawa budżetowa na rok 2020 z dnia 14 lutego 2020 r. (Dz. U. 571 z późn. zm.), ustawa z dnia 31 października 2020 r. o zmianie ustawy budżetowej na rok 2020 (Dz. U. poz. 1919).

na finansowanie zobowiązań wynikających z tytułu umów o ppp., wydatki te są realizowane przez poszczególnych dysponentów w ramach posiadanych środków.

Dokonując wykładni art. 17 uppp. w ujęciu zasady roczności ważne jest, aby w ustawie budżetowej zostały ujęte łączne kwoty zobowiązania finansowego z tytułu umów o partnerstwo, które są wymagalne oraz będą zrealizowane przez organy administracji rządowej w danym roku budżetowym, tj. od 1 stycznia do 31 grudnia danego roku kalendarzowego. Natomiast przepisy uppp. nie wskazują na ograniczenia w kwestii zaciągania zobowiązań z tytułu umów o ppp. w wysokości przekraczającej ponad kwotę wskazaną w ustawie budżetowej w danym roku. Pod warunkiem, że zobowiązania te nie będą wymagalne⁵⁵⁸. Przepisy ufp. obligują do uwzględnienia w projekcie budżetu, przygotowanym przez Ministra Finansów wydatków związanych z zobowiązaniami wynikającymi z umów o partnerstwo zawartych w poprzednich latach budżetowych, wymagalnymi w roku budżetowym, na który opracowany został projekt budżetu. Wcześniejsze określenie wysokości wspomnianych zobowiązań jest możliwe ze względu na funkcjonowanie instytucji, jaką jest Wieloletni Plan Finansowy Państwa (dalej powołany jako „WPFPP”), w art. 103 i następnym ufp. Na podstawie art. 103 ufp. plan ten jest sporządzany na dany rok budżetowy i trzy kolejne lata. Zgodnie z art. 105 ust. 1 ufp. stanowi on podstawę przygotowywania projektu ustawy budżetowej na kolejny rok budżetowy. Mając na uwadze art. 104 ufp. WPFPP zawiera m.in. planowane działania oraz ich wpływ na poziom dochodów lub wydatków sektora instytucji rządowych i samorządowych⁵⁵⁹.

Kolejnym aspektem wpływu ppp. na finanse publiczne jest wymóg uzyskania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych. Mianowicie, zgodnie z art. 18 ust. 1 uppp. sfinansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100 000 000 zł wymaga zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych z wyłączeniem środków przeznaczonych na finansowanie programów operacyjnych, o których mowa w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju⁵⁶⁰ oraz w ustawie o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020⁵⁶¹. Udzielając zgody, Minister Finansów uwzględnia wpływ planowanych wydatków z budżetu państwa na bezpieczeństwo finansów publicznych.

W ujęciu art. 18 ust. 2 uppp. zgoda, o której mowa powyżej, udzielana jest na wniosek podmiotu publicznego. Wniosek ten powinien zawierać takie dane jak:

- 1) określenie podmiotu publicznego;

⁵⁵⁸ M. Bitner, A. Kozłowska, M. Kulesza, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, s. 100–101.

⁵⁵⁹ M. Bejm (red.), op. cit., s. 402–405.

⁵⁶⁰ Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2020 r. poz. 1295).

⁵⁶¹ Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818).

- 2) określenie planowanego przedsięwzięcia;
- 3) przewidywaną wysokość środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia.

Na podstawie art. 18 ust. 3 i 4 uppp. zgodę albo odmowę wydania zgody udziela Minister Finansów, w terminie 6 tygodni od dnia otrzymania wniosku. Zgoda i odmowa zgody nie są decyzją administracyjną. Podmiot publiczny może złożyć kolejny wniosek o wydanie zgody na realizację tego samego przedsięwzięcia w przypadku zmiany przewidywanej wysokości środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia.

Ustawodawca w uppp. użył terminu „sfinansowanie przedsięwzięcia”. O ile samo pojęcie przedsięwzięcia zostało zaprezentowane w rozdziale pierwszym, to znaczenie pojęcia sfinansowanie nie zostało wyjaśnione. Dokonując wykładni językowej, sfinansowanie oznacza pokrycie kosztów jakiegoś przedsięwzięcia, jakiejś działalności. Mając powyższe na uwadze, zgoda Ministra Finansów, o której mowa w art. 18 ust. 1 uppp. będzie wymagana w związku z pokryciem kosztów przedsięwzięcia ppp., dokonywanego środkami budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100 000 000 zł. Zgoda ta będzie wymagana w sytuacji, gdy do rozporządzenia środkami budżetu państwa będzie dochodziło poprzez wniesienie przez podmiot publiczny wkładu własnego lub dokonanie wypłaty wynagrodzenia dla partnera prywatnego⁵⁶².

Zgodnie z art. 18 ust. 1 uppp., obowiązek uzyskania zgody Ministra Finansów na sfinansowanie przedsięwzięcia ppp. z budżetu państwa dotyczy kwoty powyżej 100 000 000 zł. W sytuacji, gdy wykonanie projektu w ramach partnerstwa potrzebowałoby wielokrotnego finansowania przedsięwzięcia ze środków budżetu państwa w następnych latach budżetowych, wspomniana zgoda wymagana jest wówczas, kiedy kwota nakładów na przedsięwzięcie wyniesie powyżej 100 000 000 zł. Dane finansowanie przedsięwzięcia w ramach partnerstwa jest określane jako odrębne i nie podlega sumowaniu w sytuacji, gdy nie było prognozowane. Inaczej jest w modelu finansowania projektów, które przewidują systematyczne oraz kilkukrotne finansowanie inwestycji środkami budżetu państwa w łącznej wysokości powyżej 100 000 000 zł. Wtedy dany projekt powinien uzyskać zgodę ministra na podstawie art. 18 ust. 1 uppp. do jego całościowego finansowania. Istotnym aspektem dla wejścia w życie umowy o ppp. w celu realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa jest uzyskanie wcześniej zapewnienia, iż uzyska on wsparcie z budżetu państwa w kwocie powyżej 100 000 000 zł. Jest to ważne pod względem przygotowania projektu ppp. w postępowaniu dotyczącym wyłonienia partnera prywatnego prowadzonym w procedurze o charakterze negocjacyjnym, ponieważ wpływa to na przyjęcie ostatecznego modelu finansowego przedsięwzięcia, który powinien być znany w chwili składania oferty przez partnera prywatnego. Dlatego też, w przypadku wystąpienia przesłanek uzyskania zgody Ministra Finansów

⁵⁶² M. Bejm (red.), op. cit., s. 407.

powinna być wskazana cała kwota tych rozporządzeń⁵⁶³.

W ppp. występuje wiele modeli finansowania angażujących środki pieniężne pochodzące z różnych źródeł. Mając na uwadze dyspozycję art. 18 ust. 1 uppp. ważne jest by środki te właściwie zidentyfikować jako pochodzące z budżetu państwa. Zaznaczyć należy, że wspomniany przepis wyłącza konieczność uzyskania zgody Ministra Finansów w zakresie środków przeznaczonych na finansowanie programów operacyjnych wskazanych w ustawie o zasadach prowadzenia polityki oraz ustawie o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020.

Określenie pułapu w postaci kwoty przekraczającej 100 000 000 zł wskazuje, iż zgoda Ministra Finansów będzie konieczna do uzyskania przy dużych projektach ppp., które będą wymagały sporych środków budżetowych. Udzielając zgody, minister uwzględnia wpływ, jaki na bezpieczeństwo finansów publicznych będą miały planowane wydatki w związku z finansowaniem przedsięwzięcia ppp. ze środków budżetu państwa. Zgodnie z art. 18 ust. 1 zd. 2 uppp. jest to kryterium, jakim powinien kierować się minister, decydując się na udzielenie lub odmowę udzielenia zgody na pokrycie kosztów realizacji projektu partnerstwa środkami budżetu państwa. Ustawodawca w uppp. nie wskazuje innego kryterium będącego podstawą dokonania przez ministra oceny zasadności wyrażenia zgody na sfinansowanie przedsięwzięcia. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu uppp. wskazuje się, że: „Dodatkowo wprowadzono wytyczne, zgodnie z którymi Minister Finansów udzielając zgody kieruje się bezpieczeństwem finansów publicznych. Ma to na celu uniknięcie wątpliwości co do zakresu oceny wniosku – merytoryczna wartość przedsięwzięcia zasadniczo nie powinna być przedmiotem analizy Ministra Finansów”⁵⁶⁴. Reasumując powyższe, ma to na celu ograniczenie uznaniowości Ministra Finansów. Jednakże nie jest sprecyzowane, jakie inne kryteria mogą być wykorzystywane przez minister w kwestii dokonania oceny przedsięwzięcia pod kątem finansów publicznych. W tym miejscu nasuwa się wniosek *de lege ferenda*, iż konieczne jest przeprowadzenie nowelizacji art. 18 ust. 1 zd. 2 uppp, polegającej na precyzyjnym sformułowaniu kryteriów, którymi minister będzie mógł się kierować przy wyrażaniu zgody lub odmowie jej udzielenia. Istniejąca w obecnym stanie prawnym niejednoznaczność powoduje kolejne ryzyko prawne dla realizacji przedsięwzięcia. Kolejnym wnioskiem *de lege ferenda* jest konieczność jednoznacznego zdefiniowania pojęcia bezpieczeństwa finansów publicznych, występującego w art. 18 ust. 1 zd. 2 uppp., której to definicji legalnej nie znajduje się w ufp.⁵⁶⁵

Jak już wspomniano, minister właściwy do spraw finansów publicznych wydaje zgodę

⁵⁶³ Ibidem, s. 408-409.

⁵⁶⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, (druk sejmowy nr 1180), s. 24 i 25.

⁵⁶⁵ Biuletyn z posiedzenia Komisji Gospodarki z dnia 7 listopada 2008 r., Nr 1502/IV kadencji, s. 5 i 6.

na sfinansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100 000 000 zł, na wniosek podmiotu publicznego. Wyłączono tym samym możliwość podejmowania działania przez ministra z urzędu. W art. 18 uppp. ustawodawca nie wskazuje, w jakim momencie przygotowania lub realizacji przedsięwzięcia ppp. podmiot publiczny powinien wystąpić z wnioskiem o zgodę do ministra finansów⁵⁶⁶. Oznacza to, że złożenie wniosku o wyrażenie zgody jest dopuszczalne na każdym etapie przygotowania oraz realizacji przedsięwzięcia. W praktyce, złożenie takiego wniosku do ministra będzie możliwe na etapie dysponowania wiedzą przez podmiot publiczny, pozwalającą na określenie zakresu planowanego przedsięwzięcia ppp. oraz przewidywanej wysokości środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na jego realizację⁵⁶⁷. Z punktu widzenia przygotowania modelu finansowego partnerstwa, istotne jest uzyskanie zgody od ministra na wczesnym etapie jego przygotowywania. Jednakże, zbyt wczesne złożenie przedmiotowego wniosku opartego na niezweryfikowanych danych może oznaczać konieczność ponownego ubiegania się o zgodę ministra na sfinansowanie przedsięwzięcia ppp. Ma to miejsce, gdy parametry zawarte w pierwotnym wniosku uległy zmianie np. tak istotnej, że do jego realizacji niezbędne będzie uzyskanie środków z budżetu państwa w kwocie wyższej niż poprzednio zakładano. W takiej sytuacji, konieczność wystąpienia z wnioskiem o ponowne wydanie zgody wskutek zmiany danych będzie stanowiła dodatkowe ryzyko dla przedsięwzięcia ppp. Wobec powyższego, podmiot publiczny powinien wstrzymać się ze złożeniem wniosku o wyrażenie zgody, co najmniej do momentu przygotowania studium wykonalności dla zadań inwestycyjnych objętych przedsięwzięciem⁵⁶⁸.

W art. 18 uppp. brak jest ograniczeń do tego, żeby strona publiczna złożyła wniosek o zgodę po zawarciu umowy o ppp. Jedynie wskazuje się na skutki otrzymania lub nieudzielenia zgody Ministra Finansów. Natomiast samo uzyskanie wspomnianej zgody będzie zazwyczaj traktowane jako warunek zawieszający⁵⁶⁹ wejście w życie umowy o ppp. Jednakże nie wyklucza się możliwości składania przedmiotowego wniosku w fazie realizacji projektu, tj. po wejściu w życie umowy o ppp. Będzie to możliwe w momencie, gdy model finansowy przewiduje wykorzystanie środków pochodzących z budżetu państwa w następnych etapach przedsięwzięcia. Jeżeli chodzi o formę wniosku o udzielenie zgody przez Ministra Finansów na sfinansowanie przedsięwzięcia ppp., nie została ona określona w uppp. Ponadto, wspomniana zgoda ministra nie jest decyzją administracyjną. Jednakże zasadnym by było, aby przedmiotowy wniosek został

⁵⁶⁶ M. Bejm (red.), op. cit., s. 410-412.

⁵⁶⁷ Ibidem., s. 413.

⁵⁶⁸ Ibidem. s. 414.

⁵⁶⁹ Warunkiem zawieszającym jest zastrzeżeniem, które uzależnia powstanie skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2007 r., s. 286.

sporządzony w formie pisemnej. Forma ta jest gwarancją tego, że sporządzony wniosek wpłynął w określonym terminie, zaś adresat obowiązany jest bez zbędnej zwłoki do przeprowadzenia czynności administracyjnych celem dokonania oceny wniosku. Ponadto, ta forma wniosku daje gwarancję obrotu⁵⁷⁰.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 uppp. wniosek do Ministra Finansów powinien zawierać takie dane jak:

- 1) określenie podmiotu publicznego;
- 2) określenie planowanego przedsięwzięcia;
- 3) przewidywaną wysokość środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia.

Jest to niezbędne minimum wskazane przez ustawodawcę, jakie przedmiotowy wniosek powinien zawierać.

Jeżeli chodzi o pojęcie podmiotu publicznego, to zostało ono zdefiniowane przez ustawodawcę w art. 2 pkt. 1 uppp. i szerzej omówione w rozdziale pierwszym niniejszej rozprawy. Interesująca jest kwestia „beneficjenta”, będącego podmiotem publicznym odrębnym od podmiotu publicznego będącego wnioskodawcą. Z taką sytuacją mamy do czynienia, gdy istnieje konieczność ubiegania się przez wnioskodawcę o zgodę na sfinansowanie projektu ppp. realizowanego przez beneficjenta. Powyższy przykład ma swoje odzwierciedlenie we wzorcach zagranicznych, gdzie organy administracji rządowej lub jst. zdecydowały się na połączenie pojedynczych mniejszych projektów inwestycyjnych w jedno przedsięwzięcie partnerstwa. Składany był jeden wniosek przez np. Ministra Edukacji określający inne podmioty publiczne, tj. gminy (beneficjenci) w odniesieniu do programu ppp. w postaci budowy i utrzymania szkół podstawowych⁵⁷¹.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 pkt 2 uppp., kolejnym elementem przedmiotowego wniosku jest określenie planowanego przedsięwzięcia ppp. Mając na uwadze, iż minister finansów nie jest władny do oceny merytorycznej danej inwestycji, dopuszczalne jest dokonanie ogólnego opisu projektu, pod warunkiem, że pozwoli to ministrowi na uzyskanie podstawowych informacji odnośnie danego przedsięwzięcia, wskazując przedmiot, strony, model finansowania i strukturę prawną⁵⁷².

Trzecim elementem wniosku do ministra właściwego do spraw finansów publicznych jest wskazanie przewidywanej wysokości środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia ppp., o którym mowa w art. 18 ust. 2 pkt 3 uppp. Stanowi ona istotny element do wydania przez ministra zgody

⁵⁷⁰ M. Bejm (red.), op. cit., s. 414 i 415.

⁵⁷¹ Ibidem. s. 416.

⁵⁷² Ibidem.

lub odmowy udzielenia zgody na pokrycie kosztów danego projektu z budżetu państwa. Istotność tego elementu znajduje swe potwierdzenie w art. 18 ust. 4 uppp. Podkreślić należy, iż każda zmiana danych w tym zakresie wiąże się z potrzebą złożenia nowego wniosku o wydanie zgody Ministra Finansów. Dlatego tak ważne jest wskazanie wysokości środków niezbędnych do sfinansowania całości projektów ppp., którą należy dokonać przez rzetelną analizę finansową. Oczywiście problem pojawia się przy długoterminowych przedsięwzięciach, które przewidują pokrycie nakładów z budżetu państwa w dłuższym okresie, np. przez 20 – 30 lat. Jednakże nie zawsze kwestia sfinansowania danego projektu ppp. musi leżeć po stronie podmiotu publicznego, przykładem mogą być stosowne sformułowania w umowie wskazujące na ryczałtowe wynagrodzenie strony prywatnej⁵⁷³.

Na tym etapie omawianego zagadnienia należy zwrócić uwagę na niekonsekwentne posługiwanie się terminologią finansową przez ustawodawcę. Przykładem tego jest art. 18 ust. 2 pkt 3 uppp. używający wyrażenie „okres budżetowy” oraz art. 219 ust. 1 Konstytucji RP i art. 109 ust. 4 ufp. posługują się pojęciem „lat budżetowych”. Ten ostatni zwrot wynika z zasady roczności budżetowej, który jest związany z rokiem kalendarzowym⁵⁷⁴. Kolejnym potwierdzeniem tego stanu rzeczy jest wyrażenie „przewidywana wysokość środków z budżetu państwa”, natomiast w art. 18 ust. 1 zd. 2 uppp. mówi się o „planowanych wydatkach z budżetu państwa”. Taka niekonsekwencja ustawodawcy w posługiwaniu się nazewnictwem nie może wywoływać problemów w ich interpretacji. Jednakże może być płaszczyzną nieporozumień stanowiących źródło nowych rodzajów ryzyka dla realizacji przedsięwzięcia oraz zniechęcać do korzystania z formuły ppp.⁵⁷⁵

Zgodnie z art. 18 ust. 4 uppp., podmiot publiczny może złożyć kolejny wniosek o wydanie zgody na realizację tego samego przedsięwzięcia w przypadku zmiany przewidywanej wysokości środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia ppp. Dotyczy to zarówno tego, gdy strona publiczna uzyskała wcześniej zgodę Ministra Finansów oraz gdy odmówiono jej takiej zgody. Natomiast Minister Finansów nie może wydać zgody na sfinansowanie projektu ppp. kwotą o odmiennej wysokości niż ta, która została określona we wniosku. Strona publiczna może w tym wniosku wskazać sumę na pokrycie kosztów przedsięwzięcia środkami budżetu państwa w sposób alternatywny. Takie skonstruowanie wniosku nie stoi w sprzeczności z przepisami uppp. W przypadku zmiany danych polegająca na obniżeniu wysokości środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia ppp., podmiot publiczny powinien złożyć kolejny wniosek o wydanie

⁵⁷³ Ibidem, s. 417.

⁵⁷⁴ C. Kosikowski, Z. Szpringer, *Finanse publiczne. Komentarz*, s. 215.

⁵⁷⁵ M. Bejm (red.), *op. cit.*, s. 418.

zgody. Powinno być to dokonane w sytuacji, gdy zlecenie przelewu środków budżetowych na sfinansowanie przedsięwzięcia byłoby samoczynnie realizowane wraz z upływem terminu, bez potrzeby dokonywania dodatkowych czynności przez ten podmiot. Warto podkreślić, że niezłożenie wspomnianego wniosku nie wywiera negatywnego wpływu na zawarcie umowy bez uzyskania zgody od Ministra Finansów. Przepisy uppp. nie wskazują, w jakim terminie podmiot publiczny jest uprawniony do złożenia nowego wniosku o wydanie zgody, gdy nastąpi zmiana wysokości środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia. Brak takiego ograniczenia powoduje, że podmiot ten będzie mógł złożyć wniosek w dowolnie wybranym przez siebie czasie, dający mu dogodną sposobność na uzyskanie zgody dotyczącej podwyższenia kwoty dofinansowania projektu ppp. W sytuacji, gdy mowa jest o kwocie niższej niż kwota określona we wcześniejszej zgodzie, wniosek o wydanie zgody na sfinansowanie przedsięwzięcia, powinien być złożony najpóźniej do dnia stworzenia pierwszego projektu budżetu na dany rok budżetowy poprzedzający rok budżetowy, w którym będzie obejmować tą zmianę. Przepisy uppp. zobowiązują podmiot publiczny do złożenia omawianego wniosku w momencie, gdy sfinansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa będzie wynosiła powyżej 100 000 000 zł. Natomiast dokonując analizy art. 18 ust. 1 uppp. można zauważyć, iż obowiązek ten nie dotyczy przypadków, gdy kwota dofinansowania nie przewyższy wspomnianej sumy⁵⁷⁶.

Minister Finansów wydaje zgodę albo odmawia wydania zgody w terminie sześciu tygodni od dnia otrzymania wniosku. Okres ten biegnie od momentu otrzymania wniosku. Wspomniany termin ma charakter instrukcyjny, a zatem brak jest skutków prawnych za jego niedotrzymanie przez ministra. Oznacza to, że pomimo upływu sześciu tygodni, zgoda lub odmowa wydania zgody będzie rozstrzygnięciem ważnym. Ryzyko opóźnienia w wydaniu zgody przez ministra, powinno być ujęte w harmonogramie przygotowania i realizacji przedsięwzięcia ppp. Należy zaznaczyć, iż mimo braku skutków prawnych za niedotrzymanie terminu przez ministra, opóźnienie to może być przedmiotem skargi na bezczynność, wnoszonej do Prezesa RM na podstawie art. 229 pkt 8 w zw. z art. 227 kodeksu postępowania administracyjnego⁵⁷⁷.

Jak wspomniano wcześniej, wydanie zgody albo odmowa wydania zgody nie są decyzją administracyjną, a zatem nie przysługuje od niej odwołanie na podstawie art. 127 kpa. W przypadku wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia ministra finansów, będzie ono przedmiotem oceny w zakresie art. 134 kpa. Na tej podstawie, organ odwoławczy stwierdzi niedopuszczalność odwołania w drodze postanowienia, które będzie ostateczne. Natomiast zgoda albo odmowa zgody

⁵⁷⁶ Ibidem., s. 418 i 419.

⁵⁷⁷ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 z późn. zm.), powołana dalej jako „kpa.”.

stanowią zakres uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, o których mowa w art. 3 § 2 pkt 4 Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁵⁷⁸. Oznacza, że przedmiotem skargi do sądu administracyjnego będą czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, które nie są decyzją oraz postanowieniem. Jednakże rozstrzygnięcia dotyczące uprawnień lub obowiązków danego podmiotu wynikają bezpośrednio z przepisów prawa nie muszą być dokonane w formie decyzji administracyjnej. Taki stan rzeczy występuje w sytuacji, gdy akty lub czynności są realizowane przez organy administracji publicznej, których przedmiotem jest stwierdzenie, potwierdzenie lub ustalenie konkretnego uprawnienia lub obowiązku wynikającego z prawa⁵⁷⁹. Mowa jest tu o czynnościach dotyczących indywidualnych sprawach⁵⁸⁰. Konieczne jest, aby wspomniane czynności miały charakter publicznoprawny i zawierać istotę władztwa administracyjnego. Oznacza to, że o treści tego uprawnienia lub obowiązku decyduje organ administracji publicznej w sposób jednostronny. Polega to na zakwalifikowaniu danego aktu lub czynności w zakres administracji publicznej⁵⁸¹. Tym samym spełnione są wszystkie przesłanki do zastosowania art. 3 § 2 pkt 4 ppsa. Pierwszą z nich jest to, że udzielenie zgody lub odmowa jej udzielenia nie jest decyzją, o czym mowa jest wprost w art. 18 ust. 3 zd. 2 uppp. Drugą przesłanką jest uprawnienie oraz obowiązek w zakresie wydania zgody odmowa jej wydania na sfinansowanie przedsięwzięcia w kwocie przekraczającej 100 000 000 zł przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych, wynikającą z art. 18 ust. 3 zd. 1 uppp. Trzecią przesłanką jest to, że Minister Finansów rozstrzyga tą kwestię w sposób jednostronny. Reasumując, gdy wnioskodawca ubiegający się o zgodę na sfinansowanie przedsięwzięcia ppp. uzyska odmowę, jest uprawniony do złożenia skargi administracyjnej do WSA⁵⁸².

W kwestii dotyczących skutków zawarcia umowy bez uzyskania zgody Ministra Finansów na sfinansowanie przedsięwzięcia, M. Bitner, A. Kozłowska oraz M. Kulesza⁵⁸³ stoją na stanowisku, że umowa taka jest nieważna, a skutki te normowałby art. 39 kc. Ich zdaniem w tej sytuacji, nie ma zastosowania art. 103 kc. do zasad reprezentowania osób prawnych. Pogląd ten znajduje swoje ugruntowanie w orzecznictwie SN oraz SA w Warszawie⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2019 r. poz. 11 z późn. zm.), powołana dalej jako „ppsa”.

⁵⁷⁹ Uchwała pięciu sędziów NSA z dnia 23.6.1997 r., OPK 1/97, ONSA 1997, Nr 4, poz. 149 oraz wyrok WSA w Olsztynie z dnia 20 września 2006 r. sygn. II SA/ OL 456/06.

⁵⁸⁰ B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz, Kraków 2006.

⁵⁸¹ B. Adamiak, Z problematyki właściwości sądów administracyjnych (art. 3 § 2 pkt 4 ppsa.), Warszawa 2006, Nr 2, s. 15.

⁵⁸² M. Bejm (red.), op. cit., s. 421.

⁵⁸³ M. Bitner, A. Kozłowska, M. Kulesza, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Warszawa 2006 r., s. 126.

⁵⁸⁴ Wyrok SN z dnia 26 czerwca 1997 r., sygn. I CKN 130/97; wyrok SN z dnia 12 grudnia 1996 r., sygn. I CKN 22/96 (OSNC 1997, Nr 6–7, poz. 75); wyrok SA w Warszawie z dnia 8 maja 2003 r., sygn. I ACA 1874/01 (OSA 2004, Nr 9, poz. 26); wyrok SA w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2000 r., sygn. I ACA 1326/99 (PG 2001, Nr 7–8, s. 95); wyrok SA

Natomiast J. Jacyszyn i T. Kalinowski wskazują, że niezłożenie wniosku do ministra oraz brak jego zgody, nie spowoduje nieważności umowy. Odnoszą się oni do art. 21 uppp. z 2005 r., który określa przyczyny nieważności umowy o ppp. Argumentując, że przepis ten nie wskazuje, aby niezłożenie wniosku o wyrażenie zgody przez Ministra Finansów spowodowało nieważność umowy. Natomiast, brak przedmiotowej zgody spowoduje nieprzekazanie środków z budżetu państwa i wpłynie negatywnie na realizację umowy⁵⁸⁵. Ten ostatni pogląd wydaje się być zasadny w obecnym stanie prawnym. Zgodnie z treścią art. 18 uppp. Minister Finansów nie wydaje zgodę na realizację przedsięwzięcia ppp., a na jego sfinansowanie. Brak przedmiotowej zgody będzie dotyczyć źródła finansowania. W tej sytuacji realizacja umowy ppp. po nieudzieleniu wspomnianej zgody na jej sfinansowanie ze środków budżetu państwa może być w dalszym ciągu możliwa⁵⁸⁶.

Zdaniem M. Bejm, P. Bogdanowicz oraz P. Piotrowski inaczej kształtuje się kwestia sfinansowania projektów ppp. ze środków budżetu państwa w kwocie ponad 100 000 000 zł bez zgody ministra lub gdy zostanie sfinansowane w kwocie wyższej niż zostało to określone w wydanej zgodzie. Wydaje się, że takie zdarzenie nie będzie powodować nieważności umowy. Po pierwsze, zgoda ministra nie stanowi części czynności prawnej umowy ppp. Natomiast sprzeczne z prawem mogą być czynności naruszające ustawowe zakazy oraz nakazy⁵⁸⁷. Po drugie, art. 18 uppp. nie stanowi, że zawarcie umowy bez przedmiotowej zgody ministra jest nieważne. Nieważnością są dotknięte tylko czynności sprzeczne z prawem, które zostały wskazane w ustawie⁵⁸⁸. Przykładem jest art. 16 ust. 3 uppp., zgodnie z którym zbycie przez partnera prywatnego akcji albo udziałów z naruszeniem prawa pierwokupu jest nieważne⁵⁸⁹.

Pomimo braku sankcji nieważności, podmiot publiczny obciążony jest odpowiedzialnością wynikającą z umowy o ppp. oraz z umowy dofinansowania⁵⁹⁰. Ponadto, podmioty te ponoszą odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁵⁹¹.

Omawiając wpływ partnerstwa na finanse publiczne, należy przeanalizować kwestie związane z państwowym długiem publicznym i deficytem sektora finansów publicznych. Powyższe zagadnienia zostały uregulowane w art. 18a uppp. Ustawodawca w tym przepisie wskazuje, iż zobowiązania wynikające z umów nie wpływają na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych w sytuacji, gdy partner prywatny ponosi większość

w Warszawie z dnia 6 czerwca 2002 r., sygn. I ACA 1372/01 (OSA 2004, Nr 1, poz. 2, s. 44).

⁵⁸⁵ M. Bitner, A. Kozłowska, M. Kulesza, Ustawa o partnerstwie ..., s. 81.

⁵⁸⁶ M. Bejm (red.), op. cit., s. 423.

⁵⁸⁷ M. Gutowski, Nieważność czynności prawnej, Warszawa 2008, s. 218 oraz Z. Radwański (red.), System Prawa Prywatnego, t. 2, Warszawa 2002, s. 224.

⁵⁸⁸ M. Bejm (red.), op. cit., s. 424.

⁵⁸⁹ Ibidem.

⁵⁹⁰ np. umowy dotacji, w przypadku braku zwrotu niesłusznie wypłaconej nadwyżki.

⁵⁹¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 284).

ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu - z uwzględnieniem wpływu na wymienione ryzyka czynników takich jak gwarancje i finansowanie przez partnera publicznego oraz alokacji aktywów po zakończeniu trwania umowy. Ponadto, minister właściwy do spraw gospodarki w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych oraz po zasięgnięciu opinii Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego może określić, w drodze rozporządzenia, zakres poszczególnych rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnionych przy ich ocenie, mając na względzie zapewnienie przejrzystości poszczególnych rodzajów ryzyka.

Przepis art. 18a został wprowadzony do uppp. nowelizacją z dnia 1 stycznia 2013 r. na podstawie art. 16 ustawy o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce⁵⁹². Wspomniana ustawa została uchwalona w celu poprawienia sytuacji prowadzenia działalności gospodarczej. Miało to polegać na zniesieniu niepotrzebnych oraz problematycznych uciążliwych i zbędnych restrykcji administracyjnych, a także uproszczeniu przepisów stanowiących trudnościami w rozwoju przedsiębiorczości. Za taką barierę wskazano brak unormowania kwestii związanych z klasyfikacją aktywów powstałych podczas realizacji przedsięwzięcia ppp.⁵⁹³

Dodanie wspomnianego art. 18a uppp. uzasadniano tym, że EUROSTAT, Urząd Statystyczny Wspólnot Europejskich, podjął decyzję z dnia 11 lutego 2004 r. odnośnie sposobu rejestracji w rachunkach narodowych kontraktów zawieranych przez jednostki sektora instytucji rządowych i samorządowych w ramach ppp. z jednostkami spoza sektora. Decyzja ta wskazywała ich wpływ na deficyt i dług sektora. EUROSTAT wskazuje, żeby aktywa wykorzystywane w ppp. były zaliczane jako środki nienależące do sektora publicznego, a umiejscawiane poza bilansem tego sektora po spełnieniu łącznie dwóch warunków: partner prywatny ponosi ryzyko konstrukcyjne (budowy) oraz partner prywatny ponosi co najmniej ryzyko dostępności lub ryzyko popytu. Sytuacja wygląda odmiennie, gdy sektor publiczny weźmie na siebie ryzyko konstrukcyjne lub gdy partner prywatny przejmie na siebie jedynie ryzyko konstrukcyjne i żadnego z pozostałych ryzyka. Wtedy, aktywa są ujmowane jako środki sektora publicznego. Odgrywa to duże znaczenie dla finansów publicznych tego sektora, w szczególności na kształtowanie się deficytu i długu. Decyzja EUROSTATU wpłynęła na uppp. w ten sposób, że zobowiązania wynikające z tytułu umów o ppp. nie wpływają na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych, jeżeli partner prywatny weźmie na siebie znaczącą część ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu. Należy podkreślić, że art. 18a uppp. dopuszcza też inne czynniki, które mogłyby być postrzegane za powodujące powrotne przeniesienie ryzyka na sektor publiczny. Ustawodawca upoważnił ministra właściwego do spraw gospodarki,

⁵⁹² Ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce (Dz. U. z 2012 r. poz. 1342).

⁵⁹³ M. Bejm (red.), op. cit., s. 425.

aby w porozumieniu z Ministrem Finansów oraz po zasięgnięciu opinii Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego do określenia, w drodze rozporządzenia, zakresu poszczególnych rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie, mając na względzie zapewnienie przejrzystości poszczególnych rodzajów ryzyka⁵⁹⁴.

W prawie unijnym dokumentem wskazującym sposób przygotowania danych statystycznych na temat długu i deficytu państw członkowskich jest Europejski System Rachunków Narodowych i Regionalnych we Wspólnocie (ESA95) wprowadzony na podstawie Rozporządzenia Rady (WE) Nr 2223/96 z 25.6.1996 r. (Dz. Urz. UE L Nr 310, s. 1 z późn. zm.), a następnie zastąpiony ESA2010, Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 549/2013 z dnia 21 maja 2013 r. Europejski System Rachunków Narodowych i Regionalnych we Wspólnocie nie posiada norm dotyczących projektów ppp. Ponadto, Urząd Statystyczny Unii Europejskiej wydał w dniu 11 lutego 2004 r. decyzję Nr 18/2004 dotyczącą ujmowania zobowiązań z umów partnerstwa w perspektywie deficytu oraz długu sektora instytucji rządowych i samorządowych. Wspomniana decyzja miała pozwolić na pogrupowanie aktywów będących przedmiotem umowy o ppp. w sposób jednolity przez wszystkie państwa członkowskie UE⁵⁹⁵.

Zalecenia EUROSTAT zostały ujęte w krajowym systemie prawnym. Kwestie dotyczące wyodrębnienia umów na poziom państwowego długu publicznego i deficyt sektora finansów publicznych, dokonano w rozporządzeniu Ministra Gospodarki w sprawie ryzyka związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego⁵⁹⁶. Wspomniane rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 11 ust. 3 uppp. z 2005. Należy nadmienić, iż część kwestii zawartych w decyzji EUROSTAT znalazły swoje odzwierciedlenie w aktach wykonawczych do ufp. Przykładem takich aktów są: rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie sprawozdawczości budżetowej⁵⁹⁷, rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych⁵⁹⁸ oraz rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym do długu Skarbu Państwa⁵⁹⁹, które zostało zmienione rozporządzeniem Ministra Finansów w sprawie szczegółowego sposobu

⁵⁹⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce z dnia 29 października 2012 r. (druk sejmowy nr 833), s. 23 i 24.

⁵⁹⁵ M. Bejm (red.), op. cit., s. 427.

⁵⁹⁶ Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz. U. Nr 125, poz. 868).

⁵⁹⁷ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. Nr 20, poz. 103).

⁵⁹⁸ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych (Dz. U. Nr 43, poz. 247).

⁵⁹⁹ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym do długu Skarbu Państwa (Dz. U. Nr 252, poz. 1692).

klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego⁶⁰⁰. Natomiast w efekcie końcowym kwestie w decyzji EUROSTAT zostały umiejscowione w uppp. Złożony charakter ryzyka dotyczącego przedsięwzięć wykonywanych w ramach partnerstwa wskazuje, iż dokładne odzwierciedlenie rekomendacji EUROSTAT do uppp. nie niweluje komplikacji związanych z interpretowaniem użytych w niej pojęć⁶⁰¹.

W związku z tym, wydane zostało rozporządzenie w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie⁶⁰². Zgodnie z § 1 tego rozporządzenia określa on zakres poszczególnych rodzajów ryzyka mających wpływ na sposób klasyfikacji zobowiązań wynikających z umów o ppp. oraz czynniki uwzględniane przy ocenie ryzyka. Ponadto przedmiotowe rozporządzenie wymienia w § 2 – 4 ryzyka, w szczególności:

- 1) ryzyko budowy, które dotyczy zdarzeń powodujących zmianę kosztów lub terminów wytworzenia nowych środków trwałych lub ulepszenia już istniejących;
- 2) ryzyko dostępności, które dotyczy zdarzeń skutkujących niższą ilością lub gorszą jakością świadczonych w ramach umowy o ppp. usług w porównaniu z wielkościami i wymaganiami uzgodnionymi w tej umowie;
- 3) ryzyko popytu, które dotyczy zdarzeń wpływających na zmienność popytu na dane usługi.

Przepis art. 18a ust. 1 uppp. wymienia trzy rodzaje ryzyka, które brane są pod uwagę przy ocenianiu projektu pod względem klasyfikacji aktywów ujętych w umowę o ppp., są to: ryzyko budowy, ryzyko dostępności i ryzyko popytu⁶⁰³. Ponadto podmioty publiczne powinny ocenić, czy zobowiązania wynikające z umowy o ppp. mają wpływ na państwowy dług publiczny oraz na deficyt sektora finansów publicznych. Zgodnie z normą zawartą w art. 18a uppp. chodzi tu o zobowiązania dotyczące wniesienia przez podmiot publiczny pieniężnego wkładu własnego lub zapłaty wynagrodzenia parterowi prywatnemu, które będą neutralne dla państwowego długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych w sytuacji, gdy partner prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu, z uwzględnieniem wpływu na wymienione ryzyka czynników takich jak gwarancje i finansowanie przez partnera publicznego oraz alokacja aktywów po zakończeniu trwania umowy. Natomiast przeprowadzając ocenę wpływu zobowiązań z umowy o ppp. na państwowy dług publiczny oraz deficyt sektora finansów publicznych, istotną rolę odgrywa alokacja ryzyka pomiędzy stronami umowy o ppp. Przez ponoszenie większości ryzyka w ujęciu art. 18a uppp., należy mieć na uwadze odpowiedzialność finansową, jednej ze stron umowy w sposób całkowity lub w stopniu

⁶⁰⁰ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego (Dz. U. Nr 298, poz. 1767).

⁶⁰¹ M. Bejm (red.), op. cit., s. 427.

⁶⁰² Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie (Dz. U. z 2015 r. poz. 284).

⁶⁰³ M. Bejm (red.), op. cit., s. 427.

porównywalnie większym niż odpowiedzialność drugiej strony⁶⁰⁴. Dlatego istotne jest dokonanie analizy przez podmioty publiczne ustalonego sposobu rozlokowania ryzyka z uwzględnieniem wpływu zobowiązań z przedmiotowej umowy na dług publiczny przed jej zawarciem. Nie przeprowadzenie wspomnianej analizy może doprowadzić do nieprawidłowej oceny poziomu państwowego długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych w przypadku zawarcia umowy o ppp.⁶⁰⁵

4.3.2. Wpływ partnerstwa publiczno-prywatnego na finanse publiczne na szczeblu samorządowym

Partnerstwo publiczno-prywatne to rodzaj współpracy międzysektorowej, w której stronami są podmiot publiczny i partner prywatny. Jak to już zostało wskazane w podrozdziale 1.3., w ujęciu art. 2 pkt 1 lit. a uppp. podmiotem publicznym mogą być jst. Kwestia ta jest istotna, gdyż poniżej zostanie przedstawiony wpływ ppp. na finanse publiczne na szczeblu samorządowym.

Przedmiotowa instytucja nie tylko umożliwia pozyskanie dodatkowego źródła finansowania projektów ppp., ale również pozwala odmiennie spojrzeć na sposób realizacji zadań publicznych przez jst. Tego rodzaju współpraca międzysektorowa wiąże się z nowym zarządzaniem publicznym, którego celem jest podniesienie poziomu jakości świadczonych usług i efektywności wydatków publicznych⁶⁰⁶. Ponadto celem formuły ppp. jest⁶⁰⁷:

- 1) uczynienie z podmiotu publicznego dostawcą usług, odpowiadającym potrzebom społeczności lokalnych;
- 2) wykorzystanie nowych rozwiązań technicznych i technologicznych do usług publicznych;
- 3) zaktywizowanie kapitału prywatnego do realizacji zadań publicznych;
- 4) dokonanie alokacji ryzyka inwestycyjnego pomiędzy strony ppp.;
- 5) rozwoju infrastruktury;
- 6) podniesienie efektywności świadczenia usług infrastrukturalnych;
- 7) zwiększenie poziomu efektywności nakładów inwestycyjnych;
- 8) wprowadzenie alternatywnych opcji finansowania przedsięwzięć publicznych;
- 9) racjonalizacja wydatków powodująca oszczędności w budżecie sektora finansów publicznych;
- 10) skrócenie czasu realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych;
- 11) wzrost poziomu efektywności eksploatacji;

⁶⁰⁴ Ibidem.

⁶⁰⁵ Ibidem.

⁶⁰⁶ B. Koźuch, Zarządzanie publiczne. W teorii i praktyce polskich organizacji, Warszawa 2004, s.72.

⁶⁰⁷ K. Brzozowska, op. cit., s. 23.

- 12) zagwarantowanie długoterminowych dostaw usług;
- 13) zmniejszenie ryzyka politycznego w podejmowaniu decyzji inwestycyjnych i eksploatacyjnych;
- 14) wykorzystanie zasobów sektora prywatnego do zaspokojenia potrzeb społecznych na wysokim poziomie;
- 15) pobudzenie gospodarki.

Formuła ppp. umożliwia rozłożenie kosztów wykonania przedsięwzięć publicznych przez cały czas jego realizacji oraz daje możliwość przewyższenia krótkoterminowych limitów budżetowych wywołanych brakiem dochodów własnych lub ograniczeniami w zadłużeniu jst. Mimo, że realizacja inwestycji w formule ppp. wiąże się z ryzykiem, to jednak ten rodzaj współpracy międzysektorowej jest korzystny dla wykonywania zadań publicznych.

Przepis w art. 243 ufp. wprowadza ograniczenie zadłużenia jst. w postaci indywidualnego wskaźnika zadłużenia, który przedstawia możliwości danej jednostki na spłatę zobowiązań⁶⁰⁸. Wskaźnik wskazany w przytoczonym powyżej przepisie wskazuje, iż organ stanowiący jst. nie może uchwalić budżetu, którego realizacja spowoduje, że w roku budżetowym oraz w każdym roku następującym po roku budżetowym relacja łącznej kwoty przypadających w danym roku budżetowym spłat zobowiązań oraz ich kosztów do planowanych dochodów bieżących budżetu przekroczy średnią arytmetyczną z obliczonych dla ostatnich siedmiu lat relacji jej dochodów bieżących pomniejszonych o wydatki bieżące do dochodów bieżących budżetu. Wspomniane ograniczenie odbiera możliwość rozwoju jst. przy wystąpieniu nadmiernego zadłużenia. W takiej sytuacji wykonanie przedsięwzięcia w ramach ppp. jest alternatywą dla samorządów realizujących zadania publiczne w sytuacji, gdy zgodnie z art. 18a ust. 1 uppp. zobowiązania wynikające z umów o ppp. nie wpływają na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych. Natomiast wspomniane zobowiązania nie będą wpływały na poziom długu oraz deficyt jst., jeżeli partner prywatny będzie ponosił większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu – z uwzględnieniem wpływu na wymienione ryzyka czynników, takich jak gwarancje i finansowanie przez partnera publicznego oraz alokacja aktywów po zakończeniu trwania umowy. Ponadto konieczne jest przeprowadzenie analizy wpływu zobowiązań z umów o ppp. na dług publiczny oraz dokonanie kwalifikacji wydatków związanych z tą umową, jako majątkowe lub operacyjne, co wpływa na deficyt budżetu jst.⁶⁰⁹

Badając wpływ partnerstwa na finanse publiczne na szczeblu samorządowym, istotne

⁶⁰⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 o finansach publicznych (druk sejmowy. nr 1181), s. 39.

⁶⁰⁹ P. Walczak, Zadłużenie jednostek samorządu terytorialnego, Wyzwania w obliczu nowej perspektywy finansowej UE, Warszawa 2014.

jest odwołanie się do przepisów unijnych w zakresie zaliczenia zobowiązań wynikających z umowy o ppp. do długu publicznego, co wyraża klasyfikacja aktywów powstałych w wyniku tej umowy. Kwestia ta kształtuje się podobnie jak na szczeblu rządowym, która została omówiona w poprzednim podrozdziale, tj. 4.3.1. Jeżeli aktywa zakwalifikowane są do sektora publicznego to wpływają na dług tego sektora. Jednakże, gdy aktywa te nie należą do powyższego sektora, to wpływ na dług jst. jest rozłożony na czas trwania umowy. Należy nadmienić, iż EUROSTAT⁶¹⁰ wskazuje na trzy rodzaje ryzyka: ryzyko konstrukcyjne (budowy), ryzyko dostępności i ryzyko popytu, które mają wpływ na sposób zakwalifikowania aktywa. Na podstawie regulacji unijnych państwa członkowskie dokonują analizy wpływu umowy o ppp. na dług w ujęciu statystycznym. W państwach członkowskich UE obowiązuje procedura unikania nadmiernego deficytu, o której mowa w art. 126 TFUE. Procedura ta została wprowadzona na mocy Traktatu z Maastricht., której celem jest zapewnienie stabilności finansów publicznych w UE. Komisja Europejska podejmuje działania celem ewidencjonowania umów o ppp. dla określenia długu państw członkowskich. Kwestie związane z długiem publicznym w UE zostały uregulowane m.in. w: przepisach TFUE, Rozporządzenie Rady w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie⁶¹¹. Ponadto, istotne znaczenie dla statystyk sektora publicznego ma implementacja ESA2010, tj. międzynarodowego standardu metodycznego: Europejskiego Systemu Rachunków Narodowych i Regionalnych w UE⁶¹². Również wprowadzone zostały uszczegółowione zapisy Podręcznika Deficytu i Długu Sektora Instytucji Rządowych i Samorządowych (powoływany dalej jako „podręcznik”) oraz rozporządzenie Komisji (UE) nr 220/2014 z dnia 7 marca 2014 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 479/2009 w zakresie odniesień do europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych w Unii Europejskiej⁶¹³. Wprowadzone wytyczne odnoszą się do rejestracji wybranych transakcji oraz zasad klasyfikacji podmiotów do sektora publicznego. Natomiast nie uległo zmianie pojęcie długu. Jednakże w związku z wspomnianym rozporządzeniem 220/2014, definicja odsetek i deficytu używana w Procedurze Nadmiernego Deficytu (EDP) poddano ujednoczeniu z treścią ESA2010. Polega to na tym, iż nie ujęte zostały przepływy dotyczące transakcji na instrumentach pochodnych⁶¹⁴.

⁶¹⁰ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 479/09 z 25.5.2009 r.

⁶¹¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 549/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 174 z 26.06.2013, s. 1), (powołany dalej jako „ESA 2010”).

⁶¹² Informacje ze strony internetowej: <https://stat.gov.pl> (dostęp z dnia 21 grudnia 2020r.).

⁶¹³ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 220/2014 z dnia 7 marca 2014 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 479/2009 w zakresie odniesień do europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 69/101).

⁶¹⁴ Notatka informacyjna GUS dotycząca wdrożenia Europejskiego Systemu Rachunków Narodowych i Regionalnych w Unii Europejskiej (ESA2010) do polskich rachunków narodowych. Zmiany metodologiczne oraz ich wpływ na główne agregaty makroekonomiczne, Warszawa 2014, s.5.

W ujęciu statystycznym istotne jest pogrupowanie aktywów wykorzystywanych w umowie ppp., na aktywa podmiotu publicznego lub partnera prywatnego. Aktywa można uznać za nienależące do sektora publicznego, jeżeli partner prywatny będzie ponosił większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu. Dlatego w tym ujęciu istotna jest dokładna analiza alokacji ryzyka pomiędzy stronami ppp. Wspomniany powyżej podręcznik rozstrzyga kwestie odnoszące się do wpływu zewnętrznego finansowania przedsięwzięć partnerstwa na deficyt i dług sektora publicznego. W przypadku projektów współfinansowanych z funduszy unijnych, środki te nie powinny być postrzegane, jako pochodzące od podmiotu publicznego. W związku z tym wspomniane dotacje nie wpływają na klasyfikację aktywów po stronie sektora publicznego⁶¹⁵.

Na gruncie prawa krajowego przed realizacją projektów w ramach partnerstwa jst. powinna dokonać analizę wpływu zobowiązań wynikających z umowy o ppp. na deficyt i państwowy dług publiczny. Wspomniane zobowiązania będą miały charakter pieniężny. Zobowiązania te mogą być zaciągnięte z tytułu wynagrodzenia dla partnera prywatnego lub wniesienia wkładu własnego przez podmiot publiczny. Przepisy uppp. nie wskazują na inny rodzaj świadczenia pieniężnego realizowanego przez podmiot prywatny na podstawie umowy o ppp.

Finanse publiczne obejmują procesy związane z gromadzeniem środków publicznych oraz ich rozdysponowywaniem, w szczególności zarządzanie długiem publicznym. Odpowiedzialnym za ten proces jest również jst., który zgodnie z art. 9 pkt 2 ufp. tworzą sektor finansów publicznych. Natomiast art. 72 ust. 1 ufp. wskazuje, iż państwowy dług publiczny obejmuje zobowiązania sektora finansów publicznych z następujących tytułów:

- 1) wyemitowanych papierów wartościowych opiewających na wierzytelności pieniężne;
- 2) zaciągniętych kredytów i pożyczek;
- 3) przyjętych depozytów;
- 4) wymagalnych zobowiązań:
 - a) wynikających z odrębnych ustaw oraz prawomocnych orzeczeń sądów lub ostatecznych decyzji administracyjnych,
 - b) uznanych za bezsporne przez właściwą jednostkę sektora finansów publicznych będącą dłużnikiem.

Ponadto zgodnie z 72 ust. 1a ufp. tytuły dłużne, wskazane w pkt 1–3, obejmują zobowiązania finansowe wynikające ze stosunków prawnych, które nazwą odpowiadają tym tytułom dłużnym, oraz z innych stosunków prawnych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do skutków wynikających z papierów wartościowych opiewających na wierzytelności

⁶¹⁵ P. Walczak, Zadłużenie jednostek samorządu terytorialnego, Wyzwania w obliczu nowej perspektywy finansowej UE, Warszawa 2014.

pieniężne, umów kredytowych i pożyczek oraz przyjętych depozytów. Dokonując analizy powyższego przepisu można zauważyć, że bezpośrednio nie obejmuje on zobowiązań wynikających z umów ppp. wpływające na państwowy dług publiczny oraz deficyt jst. Jednakże przepis ten będzie miał zastosowanie w sytuacji, gdy przedmiotem tych zobowiązań będzie jeden z wymienionych powyżej instrumentów finansowych. Dlatego istotne jest zbadanie przez jst. wpływu umowy ppp. na poziom deficytu i długu publicznego. W tym celu należy poddać wpływ zobowiązań wynikających z umowy o ppp. na wynik operacyjny danego roku budżetowego⁶¹⁶. Planowane wydatki bieżące budżetu, w szczególności wynikające z tytułu umowy o ppp., nie mogą być większe niż planowane dochody bieżące budżetu powiększone o nadwyżkę budżetową z lat ubiegłych i wolne środki⁶¹⁷. Zgodnie z art. 124 ust. 1 ufp. wydatki budżetu państwa dzielą się na grupy wydatków, w których możemy wyróżnić wydatki bieżące i majątkowe. Natomiast ich klasyfikacje następuje na podstawie rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów i wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych⁶¹⁸ oraz rozporządzenia Ministra Finansów zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów i wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych⁶¹⁹. Wzrost wydatków bieżących negatywnie wpływa na wskaźnik zadłużenia, o którym mowa w art. 243 ufp. Poza przeprowadzeniem wspomnianej analizy zobowiązań wynikających z umów o ppp. pod kątem ich wpływu na budżet jst., podmioty te muszą także zbadać znaczenie umowy dla państwowego długu publicznego⁶²⁰.

Wspomniany art. 72 ust. 1 ufp. zawiera zamknięty katalog tytułów dłużnych, który to przepis powinien być interpretowany w połączeniu z rozporządzeniem Ministra Finansów w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego⁶²¹. Rozporządzenie to określa szczegółowy sposób klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym rodzaje zobowiązań zaliczanych do tytułów dłużnych. Zgodnie z § 3 pkt 2 wspomnianego rozporządzenia tytuły dłużne zaliczane do państwowego długu publicznego dzielą się m.in. na kredyty i pożyczki, przy czym do tej

⁶¹⁶ Ibidem.

⁶¹⁷ M. Dylewski, Zadłużenie jst – problemy nowej perspektywy finansowej UE, *Studia ekonomiczne* 2014, s. 129.

⁶¹⁸ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów i wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1053 z późn. zm.).

⁶¹⁹ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 5 sierpnia 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów i wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych (Dz. U. poz. 1340).

⁶²⁰ Analiza, Wpływ zobowiązań finansowych z umów o PPP na deficyt budżetu i dług publiczny, *Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2019, s. 6.

⁶²¹ Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego (Dz. U. Nr 298 poz. 1767).

kategorii zalicza się również umowy o ppp., które mają wpływ na poziom długu publicznego. Natomiast nie każda umowa o partnerstwo będzie tytułem dłużnym zaliczanym do państwowego długu publicznego o skutkach podobnych do kredytu i pożyczki. Kwestia ta została uregulowana przez ustawodawcę we wspomnianym już art. 18a uppp.

Natomiast kwestia dotycząca wpływu zobowiązań wynikająca z umów o ppp. łączy się z obowiązkiem sporządzenia sprawozdań przez jsfp., o których mowa w rozporządzeniu Ministra Finansów w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych⁶²². Oznacza to, że jst. jest zobowiązana do złożenia sprawozdanie Rb-Z – kwartalne sprawozdanie o stanie zobowiązań według tytułów dłużnych oraz poręczeń i gwarancji⁶²³, gdy zobowiązania wynikające z umowy o ppp. wpływają na państwowy dług publiczny. Dane umieszczone w powyższym sprawozdaniu są istotne do określenia poziomu państwowego długu publicznego. Dodatkowo jsfp. zobowiązane zostały do składania sprawozdań o stanie zobowiązań wynikających z umów o ppp. na podstawie rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie sprawozdawczości budżetowej⁶²⁴. Oznacza to, że jst. przygotowuje i przekazuje sprawozdanie Rb-Z-PPP – kwartalne sprawozdanie o stanie zobowiązań wynikających z umów o ppp.⁶²⁵ W sprawozdaniu tym należy wskazać kwotę zobowiązania z tytułu umowy o partnerstwo. Reasumując, realizacja obowiązków wynikających z obu rozporządzeń przytoczonych powyżej, wskazuje na konieczność dokonania przez jst. oceny zobowiązań wynikających z umów o ppp. w ujęciu art. 18a uppp. Zagadnienie dotyczące tej oceny jest omówione w rozporządzeniu Ministra Gospodarki w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględniających przy ich ocenie, o którym mowa była w dziale 4.3.1.

Przytoczony w poprzednim dziale niniejszego podrozdziału, art. 17 uppp. ma zastosowanie również do jst., natomiast systemowym dopełnieniem tego przepisu jest art. 226 ust. 3 i 4 ufp., który zaleca dołączenie do wieloletniej prognozy finansowej (powołanej dalej jako „WPF”)

⁶²² Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych (Dz. U. Nr 43, poz. 247 z późn. zm.).

⁶²³ Załącznik nr 1 – sprawozdanie Rb-Z – kwartalne sprawozdanie o stanie zobowiązań wg tytułów dłużnych oraz poręczeń i gwarancji do rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych (Dz. U. Nr 43, poz. 247 z późn. zm.).

⁶²⁴ Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 9 stycznia 2018 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 1564).

⁶²⁵ Załącznik nr 34 – sprawozdanie Rb-Z-PPP – kwartalne sprawozdanie o stanie zobowiązań wynikających z umów partnerstwa publiczno-prywatnego, Załącznik nr 41 Instrukcja sporządzania sprawozdań budżetowych o stanie zobowiązań z tytułu umów partnerstwa publiczno-prywatnego, do rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 9 stycznia 2018 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 1564). Zgodnie z sprawozdaniem Rb-Z-PPP i załączoną do niego Instrukcją szczegółową, umowy partnerstwa publiczno-prywatnego nie są wykazywane w bilansie sektora rządowego i samorządowego, zgodnie z decyzją EUROSTATU nr STAT/04/18 z dnia 11 lutego 2004 r., jeżeli partner prywatny przejmuje na siebie „ryzyko związane z budową” oraz co najmniej jeden z następujących rodzajów ryzyka: „ryzyko związane z popytem”, lub „ryzyko związane z dostępnością”. Celem sprawozdania jest udzielenie szczegółowych informacji o wydatkach i zobowiązaniach powstałych z konkretnych umów partnerstwa publiczno-prywatnego.

informacji o obowiązujących umowach o ppp. i wynikających z nich zobowiązaniach. Przepisy uppp. nie posiadają regulacji odnoszących się do uchwał budżetowych jst. w sposób podobny do przyjętego rozwiązania w art. 17 uppp. Jednakże jst. jest zobligowana do uwzględnienia w uchwałach budżetowych zawartych umów o ppp. Zgodnie z art. 226 ust. 3 ufp., w załączniku do uchwał w sprawie WPF określa się odrębnie dla każdego przedsięwzięcia, w tym również dla projektów realizowanych w ramach ppp. informacje obejmujące: nazwę i cel umowy, jednostkę organizacyjną odpowiedzialną za realizację lub koordynującą wykonywanie przedsięwzięcia, okres realizacji umowy i łączne nakłady finansowe, limity wydatków w poszczególnych latach oraz limit zobowiązań. Powyższy obowiązek wynika z zasady przejrzystości i jawności finansów jst. Zasady te są także zagwarantowane w art. 41 ufp., zgodnie z którym jednostki sektora finansów publicznych sporządzają sprawozdania z wykonania procesów związanych z gromadzeniem środków publicznych oraz ich rozdysponowywaniem⁶²⁶.

Kwestie dotyczącą wpływu ppp. na dług publiczny i deficyt jst. należy analizować pod kątem budżetowym, księgowym i statystycznym. W ujęciu budżetowym, przed zawarciem umowy ppp., zarząd jst. opracowuje i przedkłada organowi stanowiącemu projekt budżetu i uchwały w sprawie WPF, w którym zawarte są wydatki związane z przedsięwzięciem realizowanym w ramach partnerstwa.

Zgodnie z art. 230b pkt 1 ufp. Minister Finansów określa, w drodze rozporządzenia wzór wieloletniej prognozy finansowej jst. Na tej podstawie wydano rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 stycznia 2013 r. w sprawie wieloletniej prognozy finansowej jednostek samorządu terytorialnego⁶²⁷, które określa wzór WPF. Natomiast wydatki związane z przedsięwzięciem realizowanym w ramach ppp. są ujmowane w załączniku nr 2 do wzoru WPF pod nazwą: „wykaz przedsięwzięć wieloletnich”, w pozycji pod nazwą: „wydatki na programy, projekty lub zadania związane z umowami ppp.”, która to pozycja jest rozbita na wydatki bieżące i majątkowe. Umieszczenie przedsięwzięć do uchwały w sprawie WPF, jest zarazem upoważnieniem udzielonym przez organ stanowiący na zaciągnięcie zobowiązania z tytułu umów o ppp. Dlatego w fazie planowania tych zobowiązań istotne jest ich prawidłowe zaklasyfikowanie m.in. na wydatki majątkowe i wydatki bieżące. Wydatkami majątkowymi z umowy o ppp., niemające wpływ na państwowy dług publiczny, są⁶²⁸:

- 1) inwestycje i zakupy inwestycyjne, w szczególności finansowania wytworzenia, nabycia lub ulepszenia środków trwałych albo nabycia wartości niematerialnych i prawnych

⁶²⁶ M. Bejm (red.), Ustawa o partnerstwie..., s. 399.

⁶²⁷ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 stycznia 2013 r. w sprawie wieloletniej prognozy finansowej jednostek samorządu terytorialnego (Dz. U. poz. 86 z późn. zm.).

⁶²⁸ Analiza, Wpływ zobowiązań finansowych z umów o PPP na deficyt budżetu i dług publiczny, Praktyczny przewodnik, Warszawa 2019, s. 5.

w ramach realizacji przedsięwzięcia;

- 2) pieniężnego wkładu własnego polegającego na dofinansowaniu kosztów realizacji inwestycji;
- 3) zakupu i objęcia akcji i udziałów w Spółce PPP;
- 4) wniesienia wkładów do Spółki PPP.

Wydatkami bieżącymi z umowy o PPP są wszystkie wydatki, które nie są wspomnianymi wydatkami majątkowymi, m.in.⁶²⁹:

- 1) koszty finansowania wytworzenia, nabycia lub ulepszenia środków trwałych albo wartości niematerialnych i prawnych, płatne po dniu przyjęcia środka trwałego do użytkowania;
- 2) płatności podmiotu publicznego z tytułu wynagrodzenia partnera prywatnego za świadczenie usług utrzymania lub zarządzania składnikiem majątkowym wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia PPP, lub z nim związanym;
- 3) sfinansowanie dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia.

Należy zaznaczyć, iż wydatki bieżące wpływają negatywnie na wynik operacyjny budżetu, tym samym na indywidualny wskaźnik zadłużenia, o którym mowa w art. 243 ufp. Ponadto należy mieć na uwadze art. 242 ufp. podczas planowania budżetu. Zgodnie z tym przepisem, Organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego nie może uchwalić budżetu, w którym planowane wydatki bieżące są wyższe niż planowane dochody bieżące powiększone o przychody.

W ujęciu księgowym, umowy o ppp. są ujęte w księgach rachunkowych jednostki budżetowej jst. na podstawie rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie rachunkowości oraz planu kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jednostek budżetowych, samorządowych zakładów budżetowych, państwowych funduszy celowych oraz państwowych jednostek budżetowych mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej⁶³⁰. Jednostki te prowadzą politykę rachunkowości polegającą na określeniu kont księgowych dla transakcji dotyczących przedsięwzięć ppp. Mając na uwadze art. 18a uppp. wspomniane jednostki powinny prowadzić ewidencję pozabilansową środków trwałych powierzonych partnerom prywatnym przez podmioty publiczne oraz prowadzić rejestr zobowiązań wobec strony prywatnej wpływające na poziom długu publicznego. Oznacza to, że w księgach rachunkowych jst. przedsięwzięcia realizowane w ramach ppp. będą ujmowane np. na koncie pozabilansowym 998 – Zaangażowanie wydatków budżetowych roku bieżącego oraz na koncie 999

⁶²⁹ Ibidem.

⁶³⁰ Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 września 2017 r. w sprawie rachunkowości oraz planu kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jednostek budżetowych, samorządowych zakładów budżetowych, państwowych funduszy celowych oraz państwowych jednostek budżetowych mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 342).

– Zaangażowanie wydatków budżetowych przyszłych lat⁶³¹. Każdego roku następuje przeksięgowanie części wydatków danego roku z konta 999 na konto 998. Konto 998 służy do ewidencji zaangażowanie wydatków budżetowych danego roku budżetowego, a także pozwala ująć niewygaśnięte wydatki, które będą realizowane w bieżącym roku budżetowym. Natomiast konto 999 służy do ewidencji zaangażowanie wydatków budżetowych przyszłych lat, a także pozwala ująć niewygaśnięte wydatki, które będą realizowane w następnych latach. Saldo tego konta musi zgadzać się z WPF. Na podstawie rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie sprawozdawczości budżetowej, jst. wskazują wydatki w sprawozdaniu Rb-28S – sprawozdanie z wykonania planu wydatków budżetowych samorządowej jednostki budżetowej lub jst., które jest sporządzone w oparciu o ewidencję księgową, a mianowicie⁶³²:

- 1) dowód księgowy określający zapłatę wynagrodzenia partnerowi prywatnemu w postaci opłaty za dostępność, która stanowi wynagrodzenie za realizację robót budowlanych, eksploatację i zarządzanie oraz dodatkowe koszty obsługi kredytu, zewidencjonowanych na kontach zespołu 2 Rozrachunki i rozliczenia w relacji z kontami zespołu 4 – Koszty według rodzajów i ich rozliczenie;
- 2) dowód księgowy odnoszący się do wkładu własnego jst., np. dotyczący środka trwałego, zewidencjonowanych na kontach zespołu 2 Rozrachunki i rozliczenia w relacji z kontami zespołu 0 – Majątek trwałe.

Ponadto, zgodnie z § 18 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie sprawozdawczości budżetowej, sprawozdanie Rb-28S sporządza się narastająco na każdy kolejny miesiąc roku budżetowego.

W ujęciu statystycznym istotne jest dla umów ppp. alokacja ryzyka oraz metoda wykazania zobowiązań w bilansie. Natomiast ujęcia ich w bilansie lub poza nim należy dokonać w sposób indywidualny, z uwagi na zróżnicowaną strukturę projektów partnerstwa. Narzędzie metodologiczne wypracowane na bazie ESA 2010 umożliwiające przeprowadzenie analizy tego projektu jest m.in. lista sprawdzająca stworzona przez Europejskie Centrum Ekspertyz PPP (z ang. *The European PPP Expertise Center*, dalej powołana jako „EPEC”). Wspomniana lista sprawiająca służy do klasyfikowania projektów ppp. w ujęciu statystycznym. Należy jednak rozdzielić partnerstwo od koncesji, gdyż wobec nich mają odmienne zasady statystyczne. Dlatego, że oba te instytucje mogą być ujęte w bilansie jst. lub poza nim.

⁶³¹ Załącznik nr 3 do Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 września 2017 r. w sprawie rachunkowości oraz planu kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jednostek budżetowych, samorządowych zakładów budżetowych, państwowych funduszy celowych oraz państwowych jednostek budżetowych mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 342).

⁶³² P. Walczak, *Zadłużenie jednostek samorządu terytorialnego, Wyzwania w obliczu nowej perspektywy finansowej UE*, Warszawa 2014.

Przedmiotowa lista sprawdzająca zawiera 95 pytań, które podzielono na 11 rozdziałów, wszystkie rozdziały mają zastosowanie do partnerstwa, jednakże części z nich dotyczą koncesji. Analizując pytania można zauważyć, iż znaczna ich część jest ze sobą powiązana, jednakże udzielenie większości odpowiedzi nie rozstrzyga sposobu raportowania projektu. Natomiast stwierdzenie zasadności ujęcia projektu w bilansie sektora publicznego, można dokonać po przeprowadzeniu analizy całej struktury projektu⁶³³.

W 2013 r. Najwyższa Izba Kontroli (powołanej dalej jako „NIK”) przedstawił informacje o wynikach kontroli realizacji przedsięwzięć w systemie ppp.⁶³⁴, w których wskazano: „Ministerstwo Finansów poinformowało NIK m.in., że jednostki sektora finansów publicznych nie są zobowiązane do sporządzania Rb-Z-PPP, jeżeli w procesie wyboru partnera prywatnego, jak i w czasie zawierania umowy, nie miały zastosowania przepisy ustawy. Według Ministerstwa dane zawarte w sprawozdaniu RB-Z-PPP wykorzystywane są w celu identyfikowania, czy jakiegokolwiek podmioty w Polsce realizują przedsięwzięcia na podstawie ustawy. Natomiast Rb-Z-PPP, co do zasady nie są wykorzystywane w celu szacowania poziomu długu i deficytu, bowiem dane niezbędne dla szacowania długu są przekazywane na podstawie innych przepisów (...). Ministerstwo Finansów stoi na stanowisku, że podstawą warunkującą konieczność złożenia sprawozdania Rb-Z-PPP jest fakt zawarcia umowy, a nie fakt istnienia zobowiązania z umowy ppp.”.

Ponadto Prezes Głównego Urzędu Statystycznego (dalej powołany jako „Prezes GUS”) w piśmie adresowanym do Sekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego zaznaczył, m.in. że⁶³⁵: „Podstawą kwalifikacji przedsięwzięć realizowanych w formule partnerstwa, w kontekście rachunków narodowych i oceny wpływu tych przedsięwzięć na deficyt i dług sektora instytucji rządowych i samorządowych jest rozporządzenie Rady w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie⁶³⁶ oraz interpretacje opracowane przez Komisję Europejską – Eurostat, tj.: decyzja Eurostatu z dnia 14 lutego 2004 r. w sprawie traktowania ppp. i Podręcznik deficytu i długu sektora instytucji rządowych i samorządowych”.

Mając na uwadze powyższe, dotyczy to umów o ppp. w zakresie wygenerowanych aktywów

⁶³³ PPP w statystyce – podział ryzyk i raportowanie zobowiązań, EPEC, 2011 i 2014, s. 14 i 15, strona internetowa: https://www.ppp.gov.pl/Publikacje/E_przewodnik/Documents/Podzial_ryzyk_i_raportowanie_zobowiazan_druga_edycji_aEPEC.pdf (dostęp z dnia 1 stycznia 2018 r.).

⁶³⁴ Informacje o wynikach kontroli NIK o realizacji przedsięwzięć w systemie ppp., strona internetowa: www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-partnerstwie-publiczno-prywatnym.html. (dostęp z dnia 13 czerwca 2019 r.).

⁶³⁵ Pismo Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 30 sierpnia 2011 r., nr sprawy GP-08-028-524/2011 adresowany do Sekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego, strona internetowa: http://www.ppp.gov.pl/KonferencjeIseminaria/Documents/Opinia%20GUS_290911.pdf (dostęp z dnia 13 czerwca 2019 r.).

⁶³⁶ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 2223/96 z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie (Dz. U. L 310 z dnia 30 listopada 1996 r., s. 1).

oraz świadczenia określonej ilości i jakości usług. W ujęciu rachunków narodowych pojęcie partnerstwa ma zastosowanie do długoterminowych umów zawieranych między sektorem instytucji rządowych lub samorządowych i przedsiębiorstwami, których przedmiotem jest dostarczenie aktywów publicznych. Przyjmuje się, że są one zawierane na okres minimum 3 lat. Określają one prawa i obowiązki każdej ze stron. Na podstawie tych umów sektor instytucji rządowych i samorządowych wypłaca wynagrodzenie partnerowi prywatnemu w całości lub znacznej części, niezależnie od wytworzenia popytu przez sektor instytucji rządowych i samorządowych lub przez stronę trzecią. Treść umowy ppp. może dotyczyć nowych aktywów lub do znaczącego ulepszenia (przebudowy, rozbudowy, rekonstrukcji lub modernizacji) istniejących aktywów, będące już w posiadaniu sektora instytucji rządowych i samorządowych lub przez nich wykorzystywane⁶³⁷.

W powyżej przytoczonym piśmie Prezes GUS wskazał, iż „Całkowicie odrębną sprawą jest kwalifikacja sektorowa przedsięwzięcia ppp., a zatem ocena wpływu na dług i deficyt sektora, która dokonywana jest przede wszystkim na podstawie oceny różnych kategorii ryzyka i czynników je determinujących. Należy nadmienić, że podstawą do oceny rozkładu ryzyka i w konsekwencji kwalifikacji sektorowej przedsięwzięcia mogą być wyłącznie postanowienia umowy, a nie wstępne i niesprecyzowane założenia projektu”⁶³⁸.

Należy nadmienić, iż Prezes GUS nie udziela opinii na temat danego przedsięwzięcia ppp. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 6 ustawy o statystyce publicznej⁶³⁹ do zadań Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego należy opracowywanie standardowych klasyfikacji, nomenklatur i definicji podstawowych kategorii, ustalanie wzajemnych relacji między nimi oraz ich interpretacji. Natomiast na podstawie art. 40 ust. 1 u.stat.pub. Prezes GUS, w porozumieniu z właściwymi naczelnymi organami administracji państwowej, opracowuje podstawowe do określenia przebiegu i opisu procesów gospodarczych i społecznych, standardowe klasyfikacje i nomenklatury, wzajemne relacje między nimi oraz ich interpretacje. Zgodnie z art. 40 ust. 2 u.stat.pub. standardowe klasyfikacje i nomenklatury, o których mowa powyżej, wprowadza Rada Ministrów w drodze rozporządzenia. Natomiast w sytuacji pojawienia się wątpliwości dotyczących reguł ESA2010 i określonej umowy ppp., istnieje możliwość skierowania się z opinią do Eurostatu przez GUS. Wnioski o wyrażenie opinii może dotyczyć projektów realizowanych oraz będących w fazie przygotowania.

⁶³⁷ Podręcznik deficytu i długu sektora instytucji rządowych i samorządowych (Tłumaczenie robocze opracowane przez Główny Urząd Statystyczny – bez przykładów ujęcia w rachunkach), Warszawa 2014, s. 1-4.

⁶³⁸ Pismo Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 30 sierpnia 2011 r., nr sprawy GP-08-028-524/2011 adresowany do Sekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego, strona internetowa: http://www.ppp.gov.pl/KonferencjeIseminaria/Documents/Opinia%20GUS_290911.pdf (dostęp z dnia 13 czerwca 2019 r.).

⁶³⁹ Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. 2020 r. poz. 443 z późn. zm.), powołana dalej jako „u.stat.pub.”.

Wielowymiarowym aspektem jest wpływ projektów hybrydowych ppp. na finanse publiczne, w szczególności na poziom długu publicznego i na wysokość deficytu budżetu jst. W polskim systemie prawnym projekty hybrydowe zostały zdefiniowane w ustawie o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020⁶⁴⁰. Zgodnie z art. 34 ust. 1 przytoczonej ustawy projekt hybrydowy polega na wspólnej realizacji projektu przez ppp., utworzone w celu realizacji inwestycji infrastrukturalnej. Natomiast w ujęciu ust. 2 tego samego przepisu, „inwestycją infrastrukturalną jest budowa, przebudowa lub remont obiektu budowlanego lub wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem przedmiotem tej inwestycji za wynagrodzeniem”. Projekty te charakteryzują się tym, iż do realizacji danego przedsięwzięcia wykorzystywane są środki publiczne, prywatne oraz pozyskiwane z UE. Ustalenie zasad współpracy ppp. w ramach projektu hybrydowego wymaga precyzyjnych norm prawnych. Powyższa współpraca jest realizowana najczęściej na podstawie umowy o ppp. i umowy dofinansowania⁶⁴¹

Podmioty publiczne i partnerzy prywatni realizując przedsięwzięcia w oparciu o projekty hybrydowe ppp. mogą korzystać ze wsparcia doradczego ekspertów inicjatywy o nazwie Wspólna Inicjatywa Wsparcia Projektów w Regionach Europejskich (z ang. *Joint Assistance to Support Projects in European Regions*, pol. *Wspólna Pomoc we Wspieraniu Projektów dla Europejskich Regionów*, dalej powołana jako „JASPERS”). Inicjatywa ta powołana została przez Komisję Europejską, Europejskiego Banku Inwestycyjnego oraz Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju⁶⁴².

Inicjatywa JASPERS⁶⁴³ wskazuje na cztery główne modele projektów hybrydowych ppp. Pierwszym schematem jest eksploatacja i konserwacja ze środków prywatnych. Model ten składa się z dwóch umów. Pierwsza obejmuje zaprojektowanie i budowę obiektu, której przedmiotem jest budowa infrastruktury przez wykonawcę projektu i budowy. Natomiast druga umowa dotyczy eksploatacji i konserwacji obiektu, która ma zagwarantować eksploatację i utrzymanie infrastruktury przez wykonawcę operacyjnego. Zaletą tego modelu jest możliwość bezpośredniego połączenia dotacji i ppp. W konsekwencji pozwala na skorzystanie z dofinansowania w fazie projektowania i budowy infrastruktury. Ponadto omawiany schemat obniża wydatki dla operatora

⁶⁴⁰ Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818).

⁶⁴¹ Partnerstwo publiczno-prywatne w ramach funduszy UE 2014-2020 (projekty hybrydowe), Warszawa 2015, s. 43, strona internetowa: <https://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 20 grudnia 2020 r.).

⁶⁴² Ibidem, s. 58.

⁶⁴³

Strona internetowa: https://www.ppp.gov.pl/Dzialania_platfomy/PPP_fundusze_UE/Dokumenty/Documents/Jaspers%202_100311.pdf (dostęp z dnia 13 czerwca 2019 r.).

usług. Drugi model o nazwie projektuj, buduj, eksploatuj (z ang. *Design, Built, Operate*, powołane dalej jako „DBO”) opiera się na jednej umowie, której przedmiotem jest zaprojektowanie, wybudowanie i eksploatacja obiektu przez partnera prywatnego. Dotacje w tym schemacie mają zastosowanie na etapie przygotowania i budowy, które są rozliczne po finalizacji inwestycji. Trzeci model polega na równoległym dofinansowaniu wydatków inwestycyjnych. Model ten pozwala na finansowanie dwóch uzupełniających się infrastruktur i jest oparty na dwóch umowach. Pierwsza dotyczy zaprojektowanie i wybudowanie pierwszej infrastruktury przez partnera prywatnego. Umowa ta nie obejmuje eksploatacji i konserwacji. Przedmiotem drugiej umowy jest zaprojektowanie, budowa i sfinansowanie drugiej infrastruktury przez partnera prywatnego, a następnie jej obsługa całej infrastruktury poprzez jej eksploatację i konserwację. W tym modelu pierwsza umowa jest finansowana ze środków publicznych i unijnych. Natomiast koszty drugiej umowy są pokrywane przez partnera prywatnego, których zwrot następuje poprzez opłaty uzyskane z obsługi infrastruktury na rzecz partnera prywatnego. Ostatni model polega na projektowaniu, budowie, finansowaniu i eksploatacji (z ang. *Design, Build, Finance, Operate*, powołana dalej jako „DBFO”). Powyższe czynności są realizowane przez partnera prywatnego. Schemat ten opiera się na opłatach za dostępność lub opłatach od użytkowników, a finansowanie tego rodzaju modelu odbywa się ze środków pochodzących od partnera prywatnego lub z dotacji unijnych⁶⁴⁴.

W ujęciu wpływu umów ppp. na deficyt i dług jst., korzystnym modelem hybrydowego ppp. jest ten, który pozwala wykorzystać znaczne środki z dotacji unijnych. Natomiast jst. wnioskowały o dokonanie zmian wzoru obliczania wskaźnika spłaty zadłużenia przez wydłużenie z trzech do przykładowo lat pięciu. Ponadto jednostki te chcą, żeby przy określaniu wskaźnika nie były uwzględniane m.in. odsetki od kredytów i pożyczek pozyskanych w celu wykonania przedsięwzięć, które są współfinansowane z dotacji unijnych. Część tych wniosków została ujęta w ustawie o zmianie ustawy o finansach publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁶⁴⁵. Przykładem takim jest zmiana sposobu określenia indywidualnego sposobu określenia wskaźnika zadłużenia przez wyłączenie z niego spłaty środków wykorzystanych przez samorzady do projektów unijnych zainicjowanych po dniu 1 stycznia 2013 r., a także środki pochodzące od UE finansujące powyżej 60% kosztów projektu⁶⁴⁶.

Należy podkreślić, że art. 18a uppp. nie rozstrzyga kwestii wpływu zobowiązań z tytułu

⁶⁴⁴ Połączenie finansowania za pomocą dotacji UE z partnerstwem publiczno-prywatnym (PPP) za rzecz infrastruktury. Modele koncepcyjne i indywidualne przykłady, Warszawa 2010, s. 35 i n., strona internetowa: <https://www.ppp.gov.pl/projekty-hybrydowe/> (dostęp z dnia 20 grudnia 2020 r.).

⁶⁴⁵ Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o finansach publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz. 1646).

⁶⁴⁶ P. Walczak, Zadłużenie jednostek samorządu terytorialnego, Wyzwania w obliczu nowej perspektywy finansowej UE, Warszawa 2014.

umów ppp. na dług oraz deficyt jst. w sposób jednoznaczny, a obecna konstrukcja wspomnianego przepisu wywołuje wątpliwości.

Ponadto w polskim systemie prawnym dalej brak jest⁶⁴⁷:

- 1) precyzyjnych norm dotyczących sposobu ewidencjonowania przez sektor publiczny projektów ppp. w księgach rachunkowych, w szczególności dotyczy to klasyfikacji na wydatki bieżące i majątkowe zobowiązań z tytułu umów o partnerstwo;
- 2) określenia aspektów ekonomicznych oraz finansowych dotyczących podziału ryzyka, wynagrodzeń, a także kwestie związane z naliczeniem opłat przez sektor publiczny;
- 3) określenia aspektów metodologicznych dotyczących sposobu przeprowadzenia analizy podziału ryzyka w celu wskazania, iż partner prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu.

Warto dodać, iż wydatki majątkowe podmiotów publicznych związane z umowy o ppp. nie wpływają na poziom długu publicznego, gdy dotyczy zakupu lub objęcia akcji i udziałów w spółce ppp.⁶⁴⁸ oraz wniesienia wkładów do tej spółki. Ponadto wszystkie wydatki majątkowe i bieżące spółki ppp. nie wpływają na dług jst. Zgodnie z art. 9 pkt 14 ufp. spółki komunalne są wyłączone z sektora finansów publicznych. Dlatego ten rodzaj partnerstwa nie wpływa na poziom długu publicznego, jeżeli jst. nie będzie realizował wydatków bieżących na rzecz tej spółki⁶⁴⁹.

Przy realizacji projektów w ramach ppp. ważne jest wskazanie zakresu prac, w szczególności opisanie programu funkcjonalno-użytkowego lub innego podobnego dokumentu. Umożliwia to na uniknięcie nieporozumienia przy wykonaniu przedmiotowej umowy. a tym samym nie narażenie projektu na dodatkowe koszty.

Instytucją nadzorującą jst. w sprawach finansowych, w szczególności w kwestii zaciągania zobowiązań z umów o ppp. jest Regionalna Izba Obrachunkowa (dalej powołana jako „RIO”) funkcjonująca na podstawie przepisów ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych⁶⁵⁰. Zgodnie z art. 1 niniejszej ustawy RIO jest państwowym organem nadzoru i kontroli gospodarki finansowej podmiotów, sprawując nadzór nad działalnością jst. w zakresie spraw finansowych oraz dokonują kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych:

- 1) jednostek samorządu terytorialnego;
- 2) związków metropolitalnych;

⁶⁴⁷ Ibidem.

⁶⁴⁸ Zgodnie z art. 14 ust. 1 uppp. umowa o partnerstwo. może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiązą spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółkę akcyjną.

⁶⁴⁹ Analiza, Wpływ zobowiązań finansowych z umów o PPP na deficyt budżetu i dług publiczny, Praktyczny przewodnik, Warszawa 2019, s. 5.

⁶⁵⁰ Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2137), dalej powołanej jako „urio.”.

- 3) związków międzygminnych;
- 4) stowarzyszeń gmin oraz stowarzyszeń gmin i powiatów;
- 5) związków powiatów;
- 6) związków powiatowo-gminnych;
- 7) stowarzyszeń powiatów;
- 8) samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych;
- 9) innych podmiotów, w zakresie wykorzystywania przez nie dotacji przyznawanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego.

Dodatkowo organ ten opracowuje raporty, analizy i opinie, a w zakresie objętym nadzorem i kontrolą prowadzą działalność informacyjną, instruktażową oraz szkoleniową. Działalność informacyjna i szkoleniowa może być prowadzona odpłatnie. Dochody z tego tytułu są dochodami budżetu państwa. Ponadto RIO posiada instrumenty pozwalające na zbadanie prawidłowości kwot długu jst. wskazanych w uchwale w sprawie WPF, a także rzetelność sprawozdań w zakresie zobowiązań z tytułów dłużnych, poręczeń oraz gwarancji. Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 3 zakresem działalności nadzorczej RIO objęte są uchwały i zarządzenia podejmowane przez organy jst. w sprawach zaciągania zobowiązań wpływających na wysokość długu publicznego jst. oraz udzielania pożyczek. Warto zauważyć, iż powyższy organ nadzoru będzie odbiorcą kwartalnych sprawozdań o stanie zobowiązań według tytułów dłużnych oraz poręczeń i gwarancji – Rb-Z. Zgodnie § 10 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych „jednostki będące odbiorcami sprawozdań sprawdzają prawidłowość otrzymywanych sprawozdań pod względem formalno-rachunkowym. Jednostki te mogą również kontrolować merytoryczną prawidłowość złożonych sprawozdań”. Czynności kontrolne w zakresie powyższego sprawozdania dotyczące umów o ppp. mogących mieć wpływ na dług publiczny, mogą sprowadzać się do przedstawienia wyjaśnień przez jst. treści zawartych umów o partnerstwo oraz alokacji ryzyka z nią związanych. W konsekwencji RIO może zażądać przedłożenia przedmiotowej umowy, a następnie dokonać analizy ryzyka budowy, dostępności i popytu⁶⁵¹.

Ponadto RIO dokonuje na podstawie art. 230 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ufp. zaopiniowania projektu uchwały w sprawie WPF lub jej zmiany wraz z projektem uchwały budżetowej. Opinia ta jest wydawana ze szczególnym uwzględnieniem zapewnienia przestrzegania przepisów ustawy dotyczących uchwalania i wykonywania budżetów w następnych latach, na które zaciągnięto i planuje się zaciągnąć zobowiązania. Oznacza to, że w zakresie WPF i uchwały budżetowej RIO przedkłada jst. opinię w sprawie prawidłowości prognozowanego poziomu długu wynikającego

⁶⁵¹ Analiza, Wpływ zobowiązań finansowych z umów o PPP na deficyt budżetu i dług publiczny, Praktyczny przewodnik, Warszawa 2019, s. 44.

z już zaciągniętych oraz planowanych na przyszłość zobowiązań. W powyższym zakresie może być również dokonana przez RIO ocena umowy o ppp., której stroną jest jst. Wydanie przez RIO odmiennej oceny w przedmiocie alokacji ryzyka budowy, dostępności i popytu określonego w umowie partnerstwa, może przyczynić się do przedstawienia negatywnej opinii odnośnie wskazanego w WPF poziomu długu jst. W takiej sytuacji, na podstawie art. 230 ust. 5 ufp. podmiot publiczny w postaci jst. dokonuje zmiany takiej uchwały⁶⁵².

Należy zauważyć, iż RIO badając uchwały w sprawie WPF oraz uchwały budżetowej dokonuje oceny ich zgodności z prawem. W tym zakresie również analizuje uchwały organu stanowiącego jst. dotyczące zaciągnięcia długoterminowego zobowiązania w tym umów o ppp. mających wpływ na poziom długu publicznego, które na podstawie art. 72 ust. 1 pkt 2 ufp. są tytułem dłużnym. Dodatkowo przepisy ufp. obligują zarząd jst. do uzyskania opinii RIO w sprawie spłaty zobowiązań zaliczanych do tytułu dłużnego, które nie są w *sensu stricto* kredytami lub pożyczkami. Oznacza to, że do zawarcia umowy o ppp. wpływającej na poziom długu publicznego, konieczne jest wcześniejsze otrzymanie w tym przedmiocie opinii RIO⁶⁵³.

Ponadto polski system prawny daje możliwość jst. zwrócenie się do RIO o wydanie opinii odnośnie zobowiązań wynikających z umów o ppp. wpływające na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt jst. Powyższe uprawnienie jst. pozwala na wyeliminowanie różnic interpretacyjnych dotyczących poszczególnych postanowień umowy o ppp. Jest ono realizowane na podstawie art. 13 pkt. 11 urlo., zgodnie z którym RIO udziela wyjaśnień na wystąpienia w sprawach dotyczących stosowania przepisów o finansach publicznych. Prośba o udzielenie przez RIO wyjaśnień powinna być skonstruowana w sposób precyzyjny i odnosić się do konkretnej umowy o ppp. Przedmiotowa prośba powinna głównie dotyczyć zobowiązania wynikającego z umowy o ppp. zwiększających dług publiczny lub deficyt jst. Natomiast powyższe zapytanie nie powinny być kierowane do Ministerstwa Finansów lub GUS, gdyż organy te nie są właściwe do prowadzenia nadzoru i kontroli gospodarki finansowej jst.⁶⁵⁴

4.4. Bariery i problemy w stosowaniu partnerstwa publiczno-prywatnego w polskim systemie prawnym

W Polsce wykorzystując formułę ppp. celem realizacji zadań publicznych wszczęto łącznie 586 postępowań ppp. W ich wyniku zawarto 165 umów, z których 147 umów weszło w fazę realizacji, a 18 umów nie zostało zrealizowanych. Natomiast w krajach europejskich i na całym świecie, ppp. jest szeroko wykorzystywanym instrumentem do realizacji zadań publicznych.

Pomimo problemów związanych z finansowaniem inwestycji publicznych, należy rozważyć

⁶⁵² Ibidem, s. 45.

⁶⁵³ Ibidem.

⁶⁵⁴ Ibidem.

podjęcie działań celem zwiększenia rozwoju partnerstwa, które jako instrument finansowania zadań publicznych posiada wiele zalet. W literaturze wskazuje się, że finansowanie przedsięwzięć ppp. z budżetu podmioty prywatne, powoduje wzrost wydatków w odniesieniu do finansowania ich w ramach długu publicznego przez podmiot publiczny, rocznie około 2-3%⁶⁵⁵. Ponadto sektor publiczny posiada lepszą zdolność do alokacji ryzyka niż dzieje się to po stronie prywatnej⁶⁵⁶ oraz dysponuje możliwością rozłożenia w czasie płatności netto⁶⁵⁷. Współpraca między sektorem prywatnym i publicznym w Polsce odbiega od współpracy omawianej w Niemczech, Kanadzie i Wielkiej Brytanii, w szczególności w zakresie wykorzystywania zasobów partnera prywatnego do realizacji zadań publicznych.

W doktrynie wskazuje się wiele barier w wykorzystywaniu ppp. do realizacji zadań. M. Bitner wskazuje głównie na bariery prawne, brak standaryzacji usług publicznych oraz umów o ppp.⁶⁵⁸ Natomiast zdaniem D.P. Mikołajczyk⁶⁵⁹ jst. nie są przygotowane do realizowania zadań publicznych w ramach ppp. Główną przyczyną tego stanu rzeczy jest brak znajomości przepisów uppp. Rozpoczynając analizę barier w stosowaniu partnerstwa, należy zacząć od treści zawartej w uppp. Można zauważyć, że niektóre jej postanowienia wydają się przeregulowaniem⁶⁶⁰, a inne są niedoprecyzowane. Przykładem mogą być regulacje dotyczące wynagrodzenia za świadczenie usług publicznych. Można zauważyć, że ustawa niedaje zbyt wielkie udogodnień podatkowych, ani także wiele przywilej i dotyczących gospodarki nieruchomościami publicznymi. Z badań przeprowadzonych w 2011 r. ⁶⁶¹ wynika, że największą barierą rozwoju ppp. według ankietowanych, jest brak dobrych praktyk. W tamtym okresie liczba projektów realizowanych w kraju była niewielka i były to małe przedsięwzięcia, o niewielkiej wartości⁶⁶².

Zdaniem D. Maciejewskiego⁶⁶³ najważniejszym problem rozwoju ppp. jest brak wiedzy i doświadczenia podmiotów zainteresowanych realizacją zadań publicznych w ramach przedmiotowej współpracy międzysektorowej ppp. Wynika to ze zbyt dużych oczekiwań wobec

⁶⁵⁵ M. Speckman, Public-private partnership: lessons from the British approach, *Economic Systems*, 2002, s. 26.

⁶⁵⁶ E. R. Yescombe, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Zasady wdrażania i finansowania*. Kraków 2008.

⁶⁵⁷ D. P. Mikołajczyk (2010), *Teoretyczne aspekty partnerstwa publiczno-prywatnego – zalety, wady, bariery rozwoju w Polsce oraz związek z ideą nowego zarządzania publicznego, prywatyzacji i zamówień publicznych*, *Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Oeconomica*, 2010, s. 243.

⁶⁵⁸ M. Bitner, *Bariery rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego jako metody wykonywania zadań związanych z realizacją inwestycji lokalnych i regionalnych w Polsce*. w: E. Kronenberg-Sokołowska (red.), *Realizacja zadań publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego we współpracy z sektorem prywatnym*. Warszawa: Uniwersytet Warszawski, Centrum Studiów Samorządu Terytorialnego i Rozwoju Lokalnego, 2008, s. 29.

⁶⁵⁹ D. M. Mikołajczyk, *Teoretyczne aspekty partnerstwa publiczno-prywatnego – zalety, wady, bariery rozwoju w Polsce oraz związek z ideą nowego zarządzania publicznego, prywatyzacji i zamówień publicznych*, *Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Oeconomica* 2010, nr 243., s. 117.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, s. 118.

⁶⁶¹ Strona internetowa: https://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Documents/Raport_PPPORTAL_031111.pdf (dostęp z dnia 31 lipca 2019 r.).

⁶⁶² A. Borowiec, *Partnerstwo publiczno-prywatne: zagrożenia i bariery stosowania w polskim przedsiębiorstwach w świetle badań empirycznych*, *Zeszyty naukowe politechniki poznańskiej*, Nr 75, 2017 r., s. 69

⁶⁶³ D. Maciejewski, *Partnerstwo publiczno-prywatne: zalety i ograniczenia*. Enterprise Europe Network. Warszawa: PARP. 2016.

podmiotów sektora prywatnego oraz brak elastyczności podczas negocjowania i błędny podział ryzyka i zadań. Natomiast podmioty prywatne postrzegają umowę w zakresie ppp. krótkoterminowo. Podejście takie jest błędne, gdyż tego rodzaju umowy są zawierane na okres kilkudziesięciu lat. Problem stanowi również niskie zaangażowanie społeczeństwa w sprawach publicznych w Polsce⁶⁶⁴. Jak słusznie zauważa M. Trojanek, zaangażowanie publiczne włącza do prac osoby, które popierają dane przedsięwzięcie⁶⁶⁵. Tymczasem K. Brzozowska wskazuje, iż zachowanie tych osób może być niebezpieczne z punktu widzenia integralności projektu⁶⁶⁶. Ponadto autorka wskazuje na uwarunkowania polityczne, które nie wspierają rozwoju ppp. w Polsce. Chodzi tu o problem kadencyjności, który powoduje najczęściej krótkowzroczne działania obliczone na politykę tzw. małych kroków⁶⁶⁷.

Należy wskazać w tym miejscu, iż barierą rozwoju partnerstwa w Polsce może być również sposób myślenia społeczeństwa, prowadzący do obaw, np. do wzrostu opłat za usługi. Dotyczy to również podmiotów publicznych, które obawiają się utraty kontroli nad podmiotami komunalnymi⁶⁶⁸. Kolejną barierą wykorzystywania ppp. jest brak standardów w zakresie pozyskiwania funduszy europejskich na finansowanie umów⁶⁶⁹.

Stosując instytucję ppp. w Polsce można także dostrzec barierę finansową. W dalszym ciągu realizacja zadań publicznych w formie zamówień publicznych jest tańsza w stosunku do kosztów realizacji przedsięwzięć w formule partnerstwa⁶⁷⁰. Znaczna część kosztów wynika z potrzeby dokonania analizy ryzyka oraz analizy dokumentacji prawnej i kredytowej⁶⁷¹.

Analizując tabele 18 można zauważyć, iż najważniejszymi barierami rozwoju ppp. w Polsce okazały się bariery finansowe, prawne, instytucjonalne oraz związane z postawą strony publicznej.

Tabela 18. Podstawowe bariery rozwoju ppp. w Polsce

Bariery rozwoju ppp.	Partner prywatny	Podmiot publiczny
Finansowe	16%	7%
Prawne	32%	59%
Instytucjonalne	13%	6%
Postaw strony publicznej	35%	3%
Inne	4%	1%

⁶⁶⁴ A. Borowiec, Partnerstwo publiczno-prywatne: zagrożenia i bariery stosowania w polskim przedsiębiorstwach w świetle badań empirycznych, Zeszyty naukowe politechniki poznańskiej, Nr 75, 2017 r., s. 69.

⁶⁶⁵ M. Trojanek, Oddziaływanie władzy lokalnej na efektywność przedsięwzięć inwestycyjnych, Zeszyty Naukowe AE w Poznaniu, 1994, 137, s. 9-10.

⁶⁶⁶ K. Brzozowska, op. cit., s. 75-80.

⁶⁶⁷ Ibidem, s. 80-82.

⁶⁶⁸ J. Zysnarski, Partnerstwo publiczno-prywatne. Teoria i praktyka. Gdańsk: Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, 2003, s. 45.

⁶⁶⁹ D. P. Mikołajczyk, Teoretyczne aspekty partnerstwa publiczno-prywatnego – zalety, wady, bariery rozwoju w Polsce oraz związek z ideą nowego zarządzania publicznego, prywatyzacji i zamówień publicznych, Acta Universitatis Lodzensis, Folia Oeconomica, 243., 2010, s. 119.

⁶⁷⁰ W. Grzybowski, Droga prywatna? Przegląd Komunalny, 2006, s. 98.

⁶⁷¹ A. Borowiec, Partnerstwo publiczno-prywatne..., s. 70.

Źródło: opracowania własne na podstawie danych zawartych w artykule A. Borowiec, Partnerstwo publiczno- prywatne: zagrożenia i bariery stosowania w polskim przedsiębiorstwach w świetle badań empirycznych, Zeszyty naukowe politechniki poznańskiej, Nr 75, 2017 r.

Jak wskazuje powyższa tabela dominującymi barierami w opinii podmiotów publicznych oraz partnerów prywatnych są bariery prawne i związane z postawami strony publicznej. Jeśli chodzi o pierwsze z nich, to regulacje dotyczące instytucji ppp. zostały w Polsce ujęte w trzech aktach prawnych: uppp., uukrbs. oraz upzp. Bariery te w większym stopniu były wskazywane przez urzędników⁶⁷².

W tabeli 19. Zostały przedstawione rodzaje barier prawnych, z którymi stykają się wykonawcy i zamawiający.

Tabela 19. Rodzaje barier prawnych

Rodzaje barier prawnych	Partner prywatny	Podmiot publiczny
Problem ujęcia księgowego projektów ppp.	16%	14%
Niestabilność ze strony Ministerstwa Finansów	27 %	32%
Brak możliwości długo terminowego szacowania przychodów	13%	9%
Niedostosowanie ustawy o zamówieniach publicznych do potrzeb ppp.	15%	22%
Wprowadzenie zmian podmiotowych	19%	19%
Inne	10%	4 %

Źródło: opracowania własne na podstawie danych zawartych w artykule A. Borowiec, Partnerstwo publiczno- prywatne: zagrożenia i bariery stosowania w polskim przedsiębiorstwach w świetle badań empirycznych, Zeszyty naukowe politechniki poznańskiej, Nr 75, 2017 r.

Partnerzy prywatni oraz podmioty publiczne za istotną barierę prawną wskazują niestabilność interpretacji obowiązujących przepisów prawnych przez Ministerstwa Finansów, która dotyczy aspektu księgowego określenia przedsięwzięcia ppp. odnoszącego się do jego wpływu na poziom długu publicznego. Skupia się to głównie na problemie stosowania tej instytucji w obawie przed powiększeniem wspomnianego długu. Istotną barierą prawną wskazywaną przez sektor publiczny jest kwestia niedostosowania upzp. do przepisów uppp. Dotyczy to kwestii niewiedzy pracowników sektora publicznego, co do sposobu wykorzystania przepisów upzp. w umowach ppp. Ponadto podkreślono w niej brak przepisów dotyczących tzw. spółek celowych, które tworzone są do realizacji danego przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Problemem jest również brak możliwości długoterminowego określenia przychodów dotyczących jednorocznymi

⁶⁷² Ibidem.

zasadami kontraktowania, przykładem tego może być NFZ w zakresie ochrony zdrowia. Natomiast partnerzy prywatni zwrócili uwagę na niski poziom wiedzy sektora publicznego w zakresie procedur realizacji ppp.⁶⁷³

W tabeli 20. Przedstawione zostały rodzaje barier związanych z postawami urzędników.

Tabela 20. Rodzaje barier związanych z postawami urzędników

Barier związanych z postawami urzędników w wprowadzaniu umów ppp.	Partner prywatny	Podmiot publiczny
Zbyt krótkie terminy	10%	18%
Lęk przed nieznanym	45%	13%
Zrozumienie wspólnych interesów	2%	33%
Zły podział ryzyka	2%	26%
Inne	41%	10%

Źródło: opracowania własne na podstawie danych zawartych w artykule A. Borowiec, Partnerstwo publiczno-prywatne: zagrożenia i bariery stosowania w polskim przedsiębiorstwach w świetle badań empirycznych, Zeszyty naukowe politechniki poznańskiej, Nr 75, 2017 r.

W kwestii niskiego poziomu wszczynania postępowań o partnerstwo, podmioty publiczne wskazują na obawy przed problemami związanymi z nieznanymi przepisami prawnymi w tym zakresie. Sektor ten wskazywał także na brak dobrych wzorców i małą liczbę instytucji, które mogłyby doradzić lub udzielić pomocy. Partnerzy prywatni wskazują na problem ze strony podmiotów publicznych polegający na braku zrozumienia wspólnego interesu dotyczącego zawarcia umowy ppp. W relacjach międzysektorowych występują bariery komunikacyjne. Ponadto sektor prywatny podkreślał swoje obawy odnośnie transparentności i rozrzutności strony publicznej. Wspomniany sektor wskazał na brak równowagi strony publicznej w zakresie alokacji ryzyka polegającego na przetrzuceniu go w całości na partnerów prywatnych. Dokonując analizy powyższej tabeli zauważyć można, obawy obu sektorów przed wejściem w obszar nowych dla stron przepisów prawa i procedur ppp.⁶⁷⁴

Analizując tabelę 21, dostrzec należy bariery finansowe wskazane przez partnerów prywatnych. Zwrócili oni uwagę na niedostateczny dostęp do źródeł kapitału obcego oraz poziom środków wymaganych do realizacji inwestycji. W poniższej tabeli wskazano najważniejsze rodzaje barier finansowych w realizacji umów o ppp. Wystąpienie tych barier finansowych może przyczynić się do zaniechania i udziału w przedsięwzięciach ppp.

Zdaniem T. Łuczka, bariera ekonomiczna jest jedną z istotnych przeszkód, z którą zmagają

⁶⁷³ Ibidem, s. 72.

⁶⁷⁴ Ibidem, s. 73.

się sektor prywatny.⁶⁷⁵ Partnerzy prywatni wskazali także na problemy z wieloletnim planowaniem strategii finansowania. Powyższa sytuacja wprawia w konsternację, gdyż sektor małych i średnich przedsiębiorstw podkreślał, że tego rodzaju strategia nie jest tak formalistyczna, jak to ma miejsce w przypadku dużych podmiotów⁶⁷⁶.

Tabela 21. Rodzaje barier finansowych

Rodzaje barier finansowych	Podmiot publiczny	Partner prywatny
brak gwarancji rządowych	46%	1%
problemy z rozliczeniem	25%	5%
duża wartość inwestycji	3%	42%
problemy z finansowaniem obcym	1%	39%
Inne	25%	13%

Źródło: opracowania własne na podstawie danych zawartych w artykule A. Borowiec, Partnerstwo publiczno-prywatne: zagrożenia i bariery stosowania w polskim przedsiębiorstwach w świetle badań empirycznych, Zeszyty naukowe politechniki poznańskiej, Nr 75, 2017 r.

Analizując powyższą tabelę, można stwierdzić, że kwestia barier finansowych dotyka również podmiotów publicznych. Jednostki sektora publicznego wskazały na brak gwarancji rządowych przy realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych. Sektor ten wskazał jednocześnie na korzyści płynące z realizacji inwestycji w ramach ppp., z uwagi na finansowanie ich ze środków sektora prywatnego. Takie działanie neutralizuje ryzyko ekonomiczne po stronie publicznej i redukuje czas postępowania⁶⁷⁷.

Poniżej przedstawiona została tabela 22. ukazująca rodzaje barier instytucjonalnych wpływające na rozwój ppp. w Polsce.

Tabela 22. Rodzaje barier instytucjonalnych

Bariery instytucjonalne	Podmiot publiczny	Partner prywatny
brak działań edukacyjnych	21%	34%
strach przed prokuratorem	43%	2%
brak dobrych praktyk	19%	31%
brak organizacji odpowiedzialnej	16%	15%
Inne	1%	18%

⁶⁷⁵ T. Łuczka, Bariery rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce. In: T. Łuczka (red.), Małe i średnie przedsiębiorstwa – szkice o współczesnej przedsiębiorczości, Poznań: Wyd. Politechniki Poznańskiej, 2005, s. 29-50.

⁶⁷⁶ M. Rembiasz, Rola strategii w zarządzaniu małymi i średnimi przedsiębiorstwami. w: S. Trzcieleński (red.), Wybrane problemy zarządzania. Terażniejszość i przyszłość. Poznań: Wyd. Politechniki Poznańskiej, 2013, s. 60.

⁶⁷⁷ A. Borowiec, Partnerstwo publiczno-prywatne: zagrożenia i bariery stosowania w polskim przedsiębiorstwach w świetle badań empirycznych, Zeszyty naukowe politechniki poznańskiej, Nr 75, 2017 r., s. 74.

Źródło: opracowania własne na podstawie danych zawartych w artykule A. Borowiec, Partnerstwo publiczno-prywatne: zagrożenia i bariery stosowania w polskim przedsiębiorstwach w świetle badań empirycznych, Zeszyty naukowe politechniki poznańskiej, Nr 75, 2017 r.

Przed przystąpieniem do analizy powyższej tabeli należy wskazać, iż w polskim ppp. organem właściwym w sprawach ppp. w zakresie uregulowanym w ustawie jest minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego. Zgodnie z art. 16a ust. 2 u PPP. do zadań ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego należy w szczególności:

- 1) wydawanie opinii na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego;
- 2) wydawanie opinii w przedmiocie sposobu realizacji inwestycji;
- 3) upowszechnianie i promowanie dobrych praktyk z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego, w szczególności dotyczących projektów hybrydowych
- 4) przygotowywanie i upowszechnianie przykładowych wzorów umów o ppp., wytycznych oraz innych dokumentów stosowanych przy planowaniu i realizacji partnerstwa;
- 5) prowadzenie bazy ppp.;
- 6) wsparcie merytoryczne podmiotów publicznych realizujących przedsięwzięcia;
- 7) dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania ppp., w tym stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego.

Natomiast podmioty publiczne na podstawie art. 16b ust. 1 u PPP. zostały zobligowane do przekazania ministrowi właściwemu do spraw rozwoju regionalnego informacji dotyczących ppp., w szczególności:

- 1) wszczęcia postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego;
- 2) zawarcia umowy o ppp.;
- 3) zmiany umowy o ppp., powodującej zmianę danych, o których mowa w pkt 2;
- 4) zawiązania i wpisu do rejestru przedsiębiorców spółki, a także jej rozwiązania.

Podmiot publiczny przekazuje informacje, ministrowi właściwemu do spraw rozwoju regionalnego w terminie 30 dni od dnia wystąpienia zdarzenia. Na podstawie tych informacji, minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego sporządza i publikuje informacje w bazie ppp., udostępnianej na stronie internetowej prowadzonej przez urząd obsługujący tego ministra. Ponadto na podstawie art. 16c u PPP. minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego może zwrócić się do podmiotu publicznego z żądaniem udzielenia informacji dotyczących wykonywania umowy o ppp., a podmiot publiczny jest obowiązany niezwłocznie takich informacji udzielić. Jeżeli udzielenie informacji nie jest możliwe w terminie 30 dni od dnia otrzymania żądania, podmiot publiczny zawiadamia o tym.

W tabeli 22 ukazano, iż główną barierą instytucjonalną jest brak dostatecznych działań

edukacyjnych dla stron uczestniczących w ppp., a także brak określonych zasad w formie norm prawnych regulujących działania. Podmioty publiczne obawiają się również organów ścigania za działania związane z transakcjami ppp. oraz podejrzenie ich o korupcję. Strony współpracy międzysektorowej zasygnalizowały, że w Polsce jest mała ilość kierunków studiów i szkół pozwalających uzyskać wiedzę i umiejętności dotyczących ppp., a koszty edukacji w tym zakresie są wysokie⁶⁷⁸.

4.5. Wybór partnera prywatnego w partnerstwie publiczno-prywatnym

Partnerstwo publiczno-prywatne wydaje się być istotnym zagadnieniem dotyczącym sposobu realizacji zadań publicznych. Instytucja ta zyskuje na wartości w związku z rosnącymi potrzebami społeczeństwa ukierunkowanymi na polepszenie jakości oraz ilości oferowanych świadczeń, przy jak najniższych nakładach do ich realizacji ze strony podmiotu publicznego. Taka forma współpracy pozwala odciążyć finanse publiczne i przeznaczyć środki finansowe na inne inwestycje⁶⁷⁹. W związku z tym, czyni ppp. alternatywą dla zamówień publicznych. Jednakże, realizowanie projektów w ramach partnerstwa stanowi wyzwanie dla sektora publicznego. Powodem tego jest konieczność spojrzenia na przedsięwzięcie ppp. pod kątem zagadnień społeczno-politycznych, ekonomicznych i prawnych. Powyższe zagadnienia pozwalają zrozumieć istotę współpracy międzysektorowej, a tym samym wyodrębnić partnerstwo w systemie zamówień publicznych, obok umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz zamówień publicznych. Takie wyodrębnienie obliguje podmioty publiczne do znajomości przepisów uukrbu. i upzp. Wiedza ta jest niezbędna do przeprowadzenia prawidłowej analizy i podjęcia decyzji, co do wyboru odpowiedniej formy realizacji przedsięwzięcia oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych⁶⁸⁰.

Podmiot publiczny w celu wykonania inwestycji w ramach ppp. musi podjąć decyzję o wyborze między ppp., zamówieniem publicznym lub koncesją, z jednoczesnym uwzględnieniem ich specyfiki prawnej i ekonomicznej⁶⁸¹. W przypadku, gdy przeprowadzona analiza wskaże możliwość zastosowania ppp., kolejnym krokiem podmiotu publicznego będzie wybór partnera prywatnego na podstawie art. 4 uppp., korzystając z trybu zamówień publicznych, regulowanego przepisami upzp. lub trybu umowy o koncesję w oparciu o przepisy uukrbu. Należy podkreślić, iż wybór partnera prywatnego nie odbywa się w sposób dowolny, wpływa na to kilka elementów wynikających z umiejscowienia ppp. w systemie zamówień publicznych. Natomiast decyzje

⁶⁷⁸ Ibidem, s. 74 i 75.

⁶⁷⁹ P. Nowicki, Partnerstwo publiczno-prywatne jako sposób realizacji inwestycji publicznych – zarys problematyki w: A. Brzezińska-Rawa, H. Nowicki (red.), Państwo a gospodarka, 2012, s. 91.

⁶⁸⁰ H. Nowicki, P. Nowicki, Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych, „Studia BAS” 2014, nr 3 s. 80.

⁶⁸¹ P. Nowicki, Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych, PARP, Warszawa 2013, s. 16.

te są istotne z punktu widzenia zamierzonego przedsięwzięcia⁶⁸².

Przepisy uppp. nie zawierają procedury wyłaniania partnera prywatnego przez podmiot publiczny. Jedyne odsyłają do innych ustaw proceduralnych, tj. upzp. i uukrbu.⁶⁸³ Taki stan rzeczy utrzymał się również po wejściu w życie nowelizacji z dnia 19 września 2018 r.⁶⁸⁴. Wybór partnera prywatnego odbywa się na podstawie art. 4 uppp. Jednakże podmiot publiczny nie ma swobody w wyborze trybu jego wyłonienia. Dopiero po spełnieniu przesłanek, podmiot publiczny jest uprawniony do zastosowania danej ustawy proceduralnej. Ponadto odesłanie do upzp. i uukrbu. na wypadek ich niezastosowania w danej sytuacji, wybór partnera prywatnego jest dokonywany w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy zastosowaniu przepisów uppp. a w przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ugn. Obecnie oraz w stanie sprzed nowelizacją uppp., wspomniane przepisy będą miały także zastosowanie do umów o ppp. zawartych na podstawie ustaw proceduralnych. Wynika to z faktu, iż regulacje uppp. nie normują wielu kwestii, które zostały określone w upzp. i uukrbu.⁶⁸⁵

Przed nowelizacją uppp., elementem istotnym w wyborze trybu wyłonienia partnera prywatnego było jego wynagrodzenie. W sytuacji, gdy partner prywatny uzyskiwał wynagrodzenie w postaci pobierania pożytków z przedmiotu albo to prawo wraz z płatnością, podmiot publiczny wyłaniał partnera prywatnego w oparciu o uukrbu. Natomiast w innych sytuacjach był zobowiązany wyłonić partnera prywatnego w procedurze upzp. Oznacza to, że tryb koncesyjny był stosowany, gdy przeniesiono znaczną część ryzyka ekonomicznego na partnera prywatnego. Ma to miejsce, gdy podmiot prywatny uzyskał opłatę od odbiorcy za zrealizowaną usługę w ramach ppp. W sytuacji, gdy partner prywatny otrzymywał wynagrodzenie za dostępność od podmiotu publicznego nie ponosił ryzyka ekonomicznego. W takim wypadku wybór partnera powinien być nastąpić na podstawie przepisów upzp. Podmiot publiczny wybierając procedurę wyłonienia partnera prywatnego powinien najpierw zdecydować o formie wynagrodzenia tego partnera. Zobowiązany jest tego dokonać przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, tj. najpóźniej w momencie publikacji ogłoszenia o postępowaniu. Nałożenie na podmiot publiczny obowiązku podjęcia decyzji o sposobie wynagrodzenia i podziału ryzyka w ramach przedsięwzięcia na wczesnym etapie, tj. przed przeprowadzeniem negocjacji z partnerem prywatnym, było problematyczne dla podmiotu publicznego. Podczas zainicjowania

⁶⁸² H. Nowicki, P. Nowicki, Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych, „Studia BAS” 2014, nr 3 s. 80.

⁶⁸³ Uzasadnienie do ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 5.

⁶⁸⁴ Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1693).

⁶⁸⁵ G. Mateusz (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz art. 4, Warszawa 2019.

postępowania podmiot publiczny nie wiedział, czy partner prywatny ponosi ryzyka ekonomicznego przedsięwzięcia publiczno-prywatnego. Alokacja ryzyka wpływający na rodzaj wynagrodzenia partnera prywatnego i konstrukcja umowy ppp. jest rezultatem prowadzonych negocjacji między stronami partnerstwa w procedurze wyłaniania partnera prywatnego. Podmioty publiczne wybierają ppp., gdyż zamawiający nie posiadają wiedzy, doświadczenia i zasobów do ustalenia warunków i sposobu finansowania przedsięwzięcia. Formuła partnerstwa pozwala podmiotowi publicznemu na uzyskanie *know-how* od partnerów prywatnych. Dopiero na etapie formalnych negocjacji podmioty publiczne mogą uzyskać informację od partnerów prywatnych m.in. na temat warunków realizacji przedsięwzięcia. W takiej sytuacji podmiot publiczny nie mógł zmienić trybu wyboru partnera prywatnego, z powodu nieprawidłowego podziału ryzyka. Rozwiązanie te było nieelastyczne i mogło to skutkować unieważnieniem i powtórzeniem procedury wyłonienia partnera prywatnego w innym trybie, co wydłużało czas realizacji projektu ppp. Niejednokrotnie było to przyczyną zaniechania realizacji przedsięwzięcia w formie partnerstwa przez stronę publiczną⁶⁸⁶.

W uzasadnieniu do nowelizacji uppp. wskazano, iż zmiana art. 4 ust. 1 i 2 uppp. miała poprawić relacje między uppp., a ustawami proceduralnymi. Rozwiązanie to miało na celu sprawienie, aby przepisy dotyczące partnerstwa nie powtarzały i nie zmieniały warunków zastosowania upzp. i uukrbu. Dlatego, uzależnienie wyboru trybu wyłonienia partnera prywatnego od rodzaju wynagrodzenia, zostało zmienione ogólną przesłanką odesłania do stosowania przepisów upzp. albo uukrbu., bez powtarzania pojęć w nich uregulowanych⁶⁸⁷.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 uppp. do wyboru partnera prywatnego i umowy o ppp. stosuje się upzp. w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partnerstwie. Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 2 uppp., jeśli umowa o ppp. ma spełniać warunki określone w art. 3 uukrbu., do wyboru partnera prywatnego i umowy o ppp. stosuje się przepisy uppp. albo upzp. w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partnerstwie z tym, że w przypadku wyboru partnera prywatnego na podstawie przepisów upzp. zastosowanie mają przepisy art. 6 i art. 45 uukrbu. Tryb koncesyjny ma zastosowanie w sytuacji, gdy umowa o ppp. spełnia warunki określone w art. 3 uukrbu. Warunki te są spełnione w momencie przejścia przez partnera prywatnego ryzyka ekonomicznego, popytu i podaży. Zastosowanie uukrbu. jest fakultatywne, gdyż art. 4 ust. 2 uppp. wskazuje, że w takiej sytuacji podmiot publiczny może zastosować przepisy upzp. do wyłonienia partnera prywatnego i umowy o ppp. Oznacza to, że wyłonienie partnera prywatnego przez podmiot publiczny jest możliwy w każdym przypadku w procedurze upzp., gdy umowa o ppp. spełnia przesłanki zawarte w uukrbu. Natomiast, gdy na etapie wszczęcia postępowania podmiot publiczny

⁶⁸⁶ G. Mateusz (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz art. 4, Warszawa 2019.

⁶⁸⁷ Uzasadnienie do ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 5.

nie ma informacji o prognozowanym sposobie alokacji ryzyka przedsięwzięcia i formie wynagrodzenia partnera prywatnego, powinien zastosować tryb upzp. Umożliwi to uniknięcie ryzyku zastosowania niewłaściwej procedury wyłaniania partnera prywatnego, niezależnie od wyniku negocjacji. Powyższe rozwiązanie, umożliwiające podmiotowi publicznemu wybór partnera prywatnego w procedurze upzp., można ocenić pozytywnie w stosunku do poprzedniego stanu prawnego.

Konstrukcja przepisu art. 4 ust. 1 i 2 uppp. pozwala wyeliminować ryzyko doboru nieprawidłowej procedury wyboru partnera prywatnego przez umożliwienie podmiotom publicznym zastosowanie trybu upzp. również, gdy spełnione zostaną przesłanki określone w przepisach uukrbu. W takiej sytuacji będą miały zastosowanie normy prawne działu II dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia, którymi są:

- 1) przepisy ogólne dotyczące zamawiającego i wykonawcy zawarte w art. 14–38 upzp.;
- 2) tryb udzielenia zamówienia publicznego określony w art. 39–81 upzp.;
- 3) wybór najkorzystniejszej oferty, w art. 82–95 upzp.;
- 4) regulacje dotyczące sposób dokumentowania postępowań art. 96–98 upzp.

Tryb wyłonienia partnera prywatnego określony w art. 4 ust. 2 uppp. będzie miał zastosowanie, gdy umowa o ppp. spełnia przesłanki zawarte w art. 3 uukrbu., a mianowicie:

- 1) umowa partnerstwa polega na powierzeniu partnerowi prywatnemu przez podmiot publiczny wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem;
- 2) wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane);
- 3) wynagrodzenie za świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi);
- 4) strona prywatna ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą.

Zgodnie z art. 3 ust. 4 uukrbu. „przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne”. Natomiast oceniając ryzyko ekonomiczne w ujęciu art. 3 ust. 5 uukrbu. należy uwzględnić w sposób spójny i jednolity wartość

bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów partnera prywatnego.

Wyłonienie partnera prywatnego może również odbyć się z wyłączeniem przepisów upzp. i uukrbu. Zgodnie z art. 4 ust. 3 uppp. gdy nie mają zastosowania przepisy wspomnianych ustaw proceduralnych, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ugn.

Oznacza to, że podmiot publiczny dokonuje wyboru partnera prywatnego z uwzględnieniem ogólnych zasad prawa UE. Zgodnie z Komunikatem wyjaśniającym komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02), „Podmioty zamawiające pochodzące z państw członkowskich są zobowiązane do przestrzegania postanowień i zasad zawartych w traktacie WE w każdym przypadku, gdy zawierają umowy w ramach zamówień publicznych objęte zakresem tego traktatu. Wymienione zasady obejmują swobodny przepływ towarów (art. 28 traktatu WE – aktualnie art. 34 TFUE), prawo przedsiębiorczości (art. 43 – aktualnie art. 49 TFUE), swobodę świadczenia usług (art. 49 – aktualnie art. 56 TFUE), niedyskryminację i równe traktowanie, przejrzystość, proporcjonalność i wzajemne uznawanie”. Mając na uwadze przytoczoną treść komunikatu wyłonienie partnera prywatnego odbywa się z zachowaniem⁶⁸⁸:

- 1) zasady równego traktowania, która nie pozwala na różnicowanie partnerów prawnych przy procedurze jego wyłaniania na każdym etapie postępowania, a podmioty powinny mieć równe szanse na przygotowanie ofert⁶⁸⁹;
- 2) zasady przejrzystości, która obliguje podmioty publiczne do publicznego ogłoszenia o wszczęciu postępowania wyłonienia partnera prywatnego oraz wskazanie jasnych reguł wyboru najkorzystniejszej oferty, a w tym zakresie użycia metod upowszechniania informacji o wszczętym postępowaniu z uwzględnieniem zakresu, wartości i zwyczajów przyjętych w danym sektorze⁶⁹⁰;
- 3) zasady proporcjonalności, która polega na zastosowaniu przez stronę publiczną mechanizmów ograniczających konkurencyjność procedury wyboru najkorzystniejszej

⁶⁸⁸ G. Mateusz (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz art. 4, Warszawa 2019.

⁶⁸⁹ Zasada ta została również ujęta w art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny”.

⁶⁹⁰ Pkt 2.1.2 Komunikat wyjaśniający komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02)

oferty w postaci przeprowadzenia testu niezbędności, adekwatności oraz minimalnej restrykcyjności;

- 4) zasad uczciwej i wolnej konkurencji, która jest pojęciem szerokim i niedefiniowanym w polskim systemie prawnym, jednakże w systemie tym istnieje pojęcie nieuczciwej konkurencji określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁶⁹¹. Zgodnie z art.3 ust. 1 wspomnianej ustawy „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Natomiast w przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością, zgodnie z art. 4 ust. 3 uppp. do wyłonienia strony prywatnej mają zastosowanie przepisy ugn. W tej sytuacji, wybór partnera prywatnego odbywa się na podstawie trybu określonego w art. 38–42 ugn.

Należy nadmienić, iż przepis art. 4 uppp. nie zawiera żadnych regulacji dotyczącej środków ochrony prawnej przysługujących partnerom prywatnym. W tym zakresie wydają się być istotne, aby w zależności od trybu wyboru partnera prywatnego w powyższym artykule pojawiły się normy pozwalające na korzystanie ze środków ochrony prawnej, które wynikają z upzp. i uukrbu. W przypadku wyłonienia partnera prywatnego w trybie zamówień publicznych lub koncesji mają zastosowanie środki ochrony prawnej w postaci odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach określonych w art. 179–198g upzp. oraz art. 54–56 uukrbu. Zgodnie z art. 179 ust. 1 upzp. środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy⁶⁹². Oznacza to, że środki ochrony prawnej wymienione w powyższych ustawach przysługują partnerom prywatnym, którzy wykazali interes prawny oraz ponieśli szkodę w rozumieniu przepisów kc.⁶⁹³, spowodowaną przez podmiot publiczny⁶⁹⁴. Partnerstwo publiczno-prywatne wydaje się istotnym zagadnieniem dotyczącym sposobu realizacji zadań publicznych. Instytucja ta zyskuje na wartości w związku z rosnącymi potrzebami społeczeństwa ukierunkowanym na polepszenie jakości oraz ilości oferowanych świadczeń, przy jak najniższych

⁶⁹¹ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913).

⁶⁹² Zgodnie z art. 54 ust. 1 uukrbu. „wykonawcy, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy”.

⁶⁹³ Zgodnie z art. 361 kc. zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Natomiast, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

⁶⁹⁴ G. Mateusz (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz art. 4, Warszawa 2019.

nakładach do ich realizacji ze strony podmiotu publicznego. Taka forma współpracy pozwala odciążyć finanse publiczne i przeznaczyć środki finansowe na inne inwestycje⁶⁹⁵. W związku z tym, czyni ppp. alternatywą dla zamówień publicznych. Jednakże, realizowanie projektów w ramach partnerstwa stanowi wyzwanie dla sektora publicznego. Powodem tego jest konieczność spojrzenia na przedsięwzięcie ppp. pod kątem zagadnień społeczno-politycznych, ekonomicznych i prawnych. Powyższe zagadnienia pozwalają zrozumieć istotę współpracy międzysektorowej, a tym samym wyodrębnić partnerstwo w systemie zamówień publicznych, obok umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz zamówień publicznych. Takie wyodrębnienie obliguje podmioty publiczne do znajomości przepisów uukrbu. i upzp. Wiedza ta jest niezbędna do przeprowadzenia prawidłowej analizy i podjęcia decyzji co do wyboru odpowiedniej formy realizacji przedsięwzięcia oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych⁶⁹⁶.

Podmiot publiczny w celu wykonania inwestycji w ramach ppp. musi podjąć decyzję o wyborze między ppp., zamówieniem publicznym lub koncesją, z jednoczesnym uwzględnieniem ich specyfiki prawnej i ekonomicznej⁶⁹⁷. W przypadku, gdy przeprowadzona analiza wskaże możliwość zastosowania ppp., kolejnym krokiem podmiotu publicznego będzie wybór partnera prywatnego na podstawie art. 4 uppp., korzystając z trybu zamówień publicznych, regulowanego przepisami upzp. lub trybu umowy o koncesję w oparciu o przepisy uukrbu. Należy podkreślić, iż wybór partnera prywatnego nie odbywa się w sposób dowolny, wpływa na to kilka elementów wynikających z umiejscowienia ppp. w systemie zamówień publicznych. Natomiast decyzje te są istotne z punktu widzenia zamierzonego przedsięwzięcia⁶⁹⁸.

Przepisy uppp. nie zawierają procedury wyłaniania partnera prywatnego przez podmiot publiczny. Jedynie odsyłają do innych ustaw proceduralnych, tj. upzp. i uukrbu.⁶⁹⁹ Taki stan rzeczy utrzymał się również po wejściu w życie nowelizacji uppp. Wybór partnera prywatnego odbywa się na podstawie art. 4 uppp. Jednakże podmiot publiczny nie ma swobody w wyborze trybu jego wyłonienia. Dopiero po spełnieniu przesłanek, podmiot publiczny jest uprawniony do zastosowania danej ustawy proceduralnej. Ponadto odesłanie do upzp. i uukrbu. na wypadek ich niezastosowania w danej sytuacji, wybór partnera prywatnego jest dokonywany w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy zastosowaniu przepisów uppp.,

⁶⁹⁵ P. Nowicki, Partnerstwo publiczno-prywatne jako sposób realizacji inwestycji publicznych – zarys problematyki w: A. Brzezińska-Rawa, H. Nowicki (red.), Państwo a gospodarka, 2012, s. 91.

⁶⁹⁶ H. Nowicki, P. Nowicki, Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych, „Studia BAS” 2014, nr 3 s. 80.

⁶⁹⁷ P. Nowicki, Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych, PARP, Warszawa 2013, s. 16.

⁶⁹⁸ H. Nowicki, P. Nowicki, Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych, „Studia BAS” 2014, nr 3 s. 80.

⁶⁹⁹ Uzasadnienie do ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 5.

a w przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ugn. Obecnie oraz w stanie sprzed nowelizacją uppp., wspomniane przepisy będą miały także zastosowanie do umów o ppp. zawartych na podstawie ustaw proceduralnych. Wynika to z faktu, iż regulacje uppp. nie normują wielu kwestii, które zostały określone w upzp. i uukrbu.⁷⁰⁰

Przed nowelizacją uppp., elementem istotnym w wyborze trybu wyłonienia partnera prywatnego było jego wynagrodzenie. W sytuacji, gdy partner prywatny uzyskiwał wynagrodzenie w postaci pobierania pożytków z przedmiotu albo to prawo wraz z płatnością, podmiot publiczny wyłączał partnera prywatnego w oparciu o uukrbu. Natomiast w innych sytuacjach był zobowiązany wyłonić partnera prywatnego w procedurze upzp. Oznacza to, że tryb koncesyjny był stosowany, gdy przeniesiono znaczną część ryzyka ekonomicznego na partnera prywatnego. Ma to miejsce, gdy podmiot prywatny uzyskał opłatę od odbiorcy za zrealizowaną usługę w ramach ppp. W sytuacji, gdy partner prywatny otrzymywał wynagrodzenie za dostępność od podmiotu publicznego nie ponosił ryzyka ekonomicznego. W takim wypadku wybór partnera powinien być nastąpić na podstawie przepisów upzp. Podmiot publiczny wybierając procedurę wyłonienia partnera prywatnego powinien najpierw zdecydować o formie wynagrodzenia tego partnera. Zobowiązany jest tego dokonać przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, tj. najpóźniej w momencie publikacji ogłoszenia o postępowaniu. Nałożenie na podmiot publiczny obowiązku podjęcia decyzji o sposobie wynagrodzenia i podziału ryzyka w ramach przedsięwzięcia na wczesnym etapie, tj. przed przeprowadzeniem negocjacji z partnerem prywatnym, było problematyczne dla podmiotu publicznego. Podczas zainicjowania postępowania podmiot publiczny nie wiedział, czy partner prywatny ponosi ryzyko ekonomiczne przedsięwzięcia publiczno-prywatnego. Alokacja ryzyka wpływającego na rodzaj wynagrodzenia partnera prywatnego i konstrukcja umowy ppp. jest rezultatem prowadzonych negocjacji między stronami partnerstwa w procedurze wyłaniania partnera prywatnego. Podmioty publiczne wybierają ppp., gdyż zamawiający nie posiadają wiedzy, doświadczenia i zasobów do ustalenia warunków i sposobu finansowania przedsięwzięcia. Formuła partnerstwa pozwala podmiotowi publicznemu na uzyskanie *know-how* od partnerów prywatnych. Dopiero na etapie formalnych negocjacji podmioty publiczne mogą uzyskać informację od partnerów prywatnych m.in. na temat warunków realizacji przedsięwzięcia. W takiej sytuacji podmiot publiczny nie mógł zmienić trybu wyboru partnera prywatnego, z powodu nieprawidłowego podziału ryzyka. Rozwiązanie te było nieelastyczne i mogło to skutkować unieważnieniem i powtórzeniem procedury wyłonienia partnera prywatnego w innym trybie, co wydłużało czas realizacji projektu ppp. Niejednokrotnie było

⁷⁰⁰ G. Mateusz (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz art. 4, Warszawa 2019.

to przyczyną zaniechania realizacji przedsięwzięcia w formie partnerstwa przez stronę publiczną⁷⁰¹.

W uzasadnieniu do nowelizacji uppp. wskazano, iż zmiana art. 4 ust. 1 i 2 uppp. miała poprawić relacje między uppp., a ustawami proceduralnymi. Rozwiązanie to miało na celu sprawienie, aby przepisy dotyczące partnerstwa nie powtarzały i nie zmieniały warunków zastosowania upzp. i uukrbu. Dlatego, uzależnienie wyboru trybu wyłonienia partnera prywatnego od rodzaju wynagrodzenia, zostało zmienione ogólną przesłanką odesłania do stosowania przepisów upzp. albo uukrbu., bez powtarzania pojęć w nich uregulowanych⁷⁰².

Zgodnie z art. 4 ust. 1 uppp. do wyboru partnera prywatnego i umowy o ppp. stosuje się upzp. w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partnerstwie. Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 2 uppp., jeśli umowa o ppp. ma spełniać warunki określone w art. 3 uukrbu., do wyboru partnera prywatnego i umowy o ppp. stosuje się przepisy uppp. albo upzp. w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partnerstwie z tym, że w przypadku wyboru partnera prywatnego na podstawie przepisów upzp. zastosowanie mają przepisy art. 6 i art. 45 uukrbu. Tryb koncesyjny ma zastosowanie w sytuacji, gdy umowa o ppp. spełnia warunki określone w art. 3 uukrbu. Warunki te są spełnione w momencie przejścia przez partnera prywatnego ryzyka ekonomicznego, popytu i podaży. Zastosowanie uukrbu. jest fakultatywne, gdyż art. 4 ust. 2 uppp. wskazuje, że w takiej sytuacji podmiot publiczny może zastosować przepisy upzp. do wyłonienia partnera prywatnego i umowy o ppp. Oznacza to, że wyłonienie partnera prywatnego przez podmiot publiczny jest możliwy w każdym przypadku w procedurze upzp., gdy umowa o ppp. spełnia przesłanki zawarte w uukrbu. Natomiast, gdy na etapie wszczęcia postępowania podmiot publiczny nie ma informacji o prognozowanym sposobie alokacji ryzyka przedsięwzięcia i formie wynagrodzenia partnera prywatnego, powinien zastosować tryb upzp. Umożliwi to uniknięcie ryzyka zastosowania niewłaściwej procedury wyłaniania partnera prywatnego, niezależnie od wyniku negocjacji. Powyższe rozwiązanie, umożliwiające podmiotowi publicznemu wybór partnera prywatnego w procedurze upzp, można ocenić pozytywnie w stosunku do poprzedniego stanu prawnego.

Konstrukcja przepisu art. 4 ust. 1 i 2 uppp. pozwala wyeliminować ryzyko doboru nieprawidłowej procedury wyboru partnera prywatnego przez umożliwienie podmiotom publicznym zastosowanie trybu upzp. również, gdy spełnione zostaną przesłanki określone w przepisach uukrbu. W takiej sytuacji będą miały zastosowanie normy prawne działu II dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia, którymi są:

- 1) przepisy ogólne dotyczące zamawiającego i wykonawcy zawarte w art. 14–38 upzp.;

⁷⁰¹ Ibidem.

⁷⁰² Uzasadnienie do ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 5.

- 2) tryb udzielenia zamówienia publicznego określony w art. 39–81 upzp.;
- 3) wybór najkorzystniejszej oferty, w art. 82–95 upzp.;
- 4) regulacje dotyczące sposobu dokumentowania postępowań art. 96–98 upzp.

Tryb wyłonienia partnera prywatnego określony w art. 4 ust. 2 uppp. będzie miał zastosowanie, gdy umowa o ppp. spełnia przesłanki zawarte w art. 3 uukrbu., a mianowicie:

- 1) umowa partnerstwa polega na powierzeniu partnerowi prywatnemu przez podmiot publiczny wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem;
- 2) wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane);
- 3) wynagrodzenie za świadczenie usług i zarządzania tymi usługami – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi);
- 4) strona prywatna ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą.

Zgodnie z art. 3 ust. 4 uukrbu. „przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne”. Natomiast oceniając ryzyko ekonomiczne w ujęciu art. 3 ust. 5 uukrbu. należy uwzględnić w sposób spójny i jednolity wartość bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów partnera prywatnego.

Wyłonienie partnera prywatnego może również odbyć się z wyłączeniem przepisów upzp. i uukrbu. Zgodnie z art. 4 ust. 3 uppp., gdy nie mają zastosowania przepisy wspomnianych ustaw proceduralnych, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ugn.

Oznacza to, że podmiot publiczny dokonuje wyboru partnera prywatnego z uwzględnieniem ogólnych zasad prawa UE. Zgodnie z Komunikatem wyjaśniającym komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02), „Podmioty

zamawiające pochodzące z państw członkowskich są zobowiązane do przestrzegania postanowień i zasad zawartych w traktacie WE w każdym przypadku, gdy zawierają umowy w ramach zamówień publicznych objęte zakresem tego traktatu. Wymienione zasady obejmują swobodny przepływ towarów (art. 28 traktatu WE – aktualnie art. 34 TFUE), prawo przedsiębiorczości (art. 43 – aktualnie art. 49 TFUE), swobodę świadczenia usług (art. 49 – aktualnie art. 56 TFUE), niedyskryminację i równe traktowanie, przejrzystość, proporcjonalność i wzajemne uznawanie”. Mając na uwadze przytoczoną treść komunikatu wyłonienie partnera prywatnego odbywa się z zachowaniem⁷⁰³:

- 1) zasady równego traktowania, która nie pozwala na różnicowanie partnerów prawnych przy procedurze jego wyłaniania na każdym etapie postępowania, a podmioty powinny mieć równe szanse na przygotowanie ofert⁷⁰⁴;
- 2) zasady przejrzystości, która obliguje podmioty publiczne do publicznego ogłoszenia o wszczęciu postępowania wyłonienia partnera prywatnego oraz wskazanie jasnych reguł wyboru najkorzystniejszej oferty, a w tym zakresie użycie metod upowszechniania informacji o wszczętym postępowaniu z uwzględnieniem zakresu, wartości i zwyczajów przyjętych w danym sektorze⁷⁰⁵;
- 3) zasady proporcjonalności, która polega na zastosowaniu przez stronę publiczną mechanizmów ograniczających konkurencyjność procedury wyboru najkorzystniejszej oferty w postaci przeprowadzenia testu niezbędności, adekwatności oraz minimalnej restrykcyjności;
- 4) zasad uczciwej i wolnej konkurencji, która jest pojęciem szerokim i niedefiniowanym w polskim systemie prawnym, jednakże w systemie tym istnieje pojęcie nieuczciwej konkurencji określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁷⁰⁶. Zgodnie z art. 3 ust. 1 wspomnianej ustawy „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Natomiast w przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością, zgodnie z art. 4 ust. 3 uppp. do wyłonienia strony prywatnej mają zastosowanie przepisy ugn. W tej sytuacji, wybór partnera prywatnego odbywa się na podstawie trybu określonego w art. 38–42 ugn.

⁷⁰³ G. Mateusz (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz art. 4, Warszawa 2019.

⁷⁰⁴ Zasada ta została również ujęta w art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny”.

⁷⁰⁵ Pkt 2.1.2 Komunikat wyjaśniający komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02)

⁷⁰⁶ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913).

Należy nadmienić, iż przepis art. 4 uppp. nie zawiera żadnych regulacji dotyczącej środków ochrony prawnej przysługujących partnerom prywatnym. W tym zakresie wydają się być istotne, aby w zależności od trybu wyboru partnera prywatnego w powyższym artykule pojawiły się normy pozwalające na korzystanie ze środków ochrony prawnej, które wynikają z upzp. i uukrbu. W przypadku wyłonienia partnera prywatnego w trybie zamówień publicznych lub koncesji mają zastosowanie środki ochrony prawnej w postaci odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach określonych w art. 179–198g upzp. oraz art. 54–56 uukrbu. Zgodnie z art. 179 ust. 1 upzp. środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy⁷⁰⁷. Oznacza to, że środki ochrony prawnej wymienione w powyższych ustawach przysługują partnerom prywatnym, którzy wykazali interes prawny oraz ponieśli szkodę w rozumieniu przepisów kc.⁷⁰⁸, spowodowaną przez podmiot publiczny⁷⁰⁹.

Wszczynającym postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego. Podmiot publiczny zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikuje ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 5 ust.1 uppp. podmiot publiczny, po zamieszczeniu wspomnianego ogłoszenia dodatkowo zamieszcza w Biuletynie Informacji Publicznej informację o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym. Ponadto w oparciu o art. 5 ust. 2 uppp. w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego zamieszcza się informację, że postępowanie ma na celu zawarcie umowy o ppp. Dodatkowo podmiot publiczny obowiązany jest na podstawie art. 16b ust. 1 pkt 1 uppp. przekazać ministrowi właściwemu do spraw rozwoju regionalnego informacje dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego, w szczególności informacje dotyczące wszczęcia postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego.

Oferty będące odpowiedzią na ogłoszenie wszczynające postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego, są oceniane na podstawie art. 6 uppp. przez wybór najkorzystniejszej oferty. Regulacja ta zawiera otwarty katalog kryteriów oceny ofert, które mogą być zastosowane przez podmioty sektora publicznego. Zgodnie z art. 6 ust. 1 uppp. najkorzystniejszą jest oferta,

⁷⁰⁷ Zgodnie z art. 54 ust. 1 uukrbu. „wykonawcy, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy”.

⁷⁰⁸ Zgodnie z art. 361 kc. zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Natomiast, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

⁷⁰⁹ G. Mateusz (red.), Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz art. 4, Warszawa 2019.

która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia partnera prywatnego albo spółki ppp.⁷¹⁰ lub kosztu przedsięwzięcia ponoszonego przez podmiot publiczny i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Intencją ustawodawcy jest wykluczenie wyboru oferty wyłącznie na podstawie wysokości wynagrodzenia partnera prywatnego, które to regulacje uppp. odpowiada kryterium ceny wskazanym w regulacjach upzp. Dokonując analizy treści powyżej przytoczonego przepisu, kryterium oceny oferty będzie najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółek ppp. lub kosztu planowanego projektu dla podmiotu publicznego i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Zdaniem ustawodawcy zasadne jest utrzymanie regulacji wskazujących możliwe kryteria oceny ofert, gdyż są istotnym wsparciem organizatorów partnerstw z uwagi na ich dostosowanie do charakteru ppp. i nie mają wyraźnego odpowiednika w ustawach proceduralnych. Ponadto wskazano w uzasadnieniu do nowelizacji uppp., że „utrzymanie katalogu przykładowych kryteriów oceny ofert w ustawie PPP jest uzasadnione także tym, że przepisy o kryteriach oceny ofert w PZP (art. 91 i nast.) zostały znacznie rozbudowane, z kolei odpowiednia regulacja w ustawie o umowie koncesji – w ślad za dyrektywą 2014/23/UE⁷¹¹ – nie reguluje szczegółowo tego zagadnienia (art. 37)”⁷¹².

W związku z nowelizacją uppp. uchylono art. 6 ust. 2 uppp., który zawierał obligatoryjne kryteria oceny ofert w postaci: podział zadań i ryzyka związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym oraz terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane. Wspomniane kryteria zostały przeniesione do katalogu fakultatywnych kryteriów w art. 6 ust. 3. Celem tego zabiegu legislacyjnego było zwiększenie elastyczności w wyborze partnerów prywatnych. Ponadto do tej ostatniej regulacji dodano kryterium dochodu w postaci udziału w zysku spółki realizującej przedsięwzięcie ppp.⁷¹³

Dodatkowo należy nadmienić, iż zgodnie z art. 91 ust. 2a i 2b upzp. zamawiający oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Wyjątkiem jest, gdy zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą

⁷¹⁰ Na podstawie art. 14 ust. 1 i 1a uppp. umowa o ppp. może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółkę akcyjną. Umowa wspomnianej współpracy międzysektorowej może przewidywać, że w celu jej wykonania partner prywatny nabędzie udziały albo akcje spółki z udziałem podmiotu publicznego. Nabycie może nastąpić w drodze objęcia udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym albo akcji.

⁷¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 1–64).

⁷¹² Uzasadnienie do ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 7.

⁷¹³ Ibidem.

cenę. Natomiast zamawiający może ustalić stałą cenę lub koszt, jeżeli przepisy powszechnie obowiązujące lub właściwy organ określili stałą cenę lub koszt. W takim przypadku ofertę wybiera się w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż cena. Jednakże, w związku z treścią art. 4 ust. 1 uppp. dotyczącą wyboru partnera prywatnego z oparciu o przepisy upzp., przytoczone przepisy art. 91 ust. 2a i 2b upzp. nie będą stosowane do kryteriów oceny ofert, gdyż kwestie te normują przepisy uppp.⁷¹⁴

Pojęcie najkorzystniejszej oferty zostało zdefiniowane w art. 6 ust. 1 uppp. jako oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia partnera prywatnego albo spółki partnerstwa lub kosztu przedsięwzięcia ponoszonego przez podmiot publiczny i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Oznacza to, iż kryterium oceny ofert nie może być cena, jak ma to miejsce na gruncie przepisów upzp. Wynika to ze złożonego charakteru projektów partnerstwa, które w porównaniu do klasycznego zamówienia publiczne, oprócz przedsięwzięcia wskazanego w art. 2 pkt 4 uppp. zawsze musi być połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia lub jest z nim związany. Należy zauważyć, iż w ujęciu norm zawartych w przepisach ustawy o partnerstwie pojęcie ceny nie jest tożsame z definicją wynagrodzenia. W przedsięwzięciach realizowanych w ramach ppp. ciężko jest dokonać oszacowania wartości ceny danego projektu z uwagi na potrzebę dokonania podziału ryzyka pomiędzy stronami oraz konieczność realizowania tego rodzaju projektu przez wiele lat.

Ustawodawca definiując pojęcie zawarte w art. 6 ust. 1 uppp. użył zwrotu „lub” wskazując, że możliwe jest stosowanie obu kryteriów oceny ofert w postaci bilansu wynagrodzenia i kosztu w ramach tego samego postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego. Jednakże, nie dopuszczalne jest, aby były to jedyne kryteria oceny ofert. We wspomnianym postępowaniu muszą być wykorzystane również inne kryteria. Mogą to być kryteria określone w art. 6 ust. 3 uppp. lub spoza tego katalogu. Natomiast ustawodawca pozostawił podmiotowi publicznemu swobodę wyboru, który z kryteriów jest istotny do dokonania oceny najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 6 ust. 3 uppp. kryteriami oceny ofert mogą być w szczególności:

- 1) podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, w tym dochodów w postaci udziału w zysku spółki ppp. – w przypadku tego kryterium niezbędne jest w umowie o ppp. zdefiniowanie zasad podziału dochodów oraz określenie zakresu odpowiedzialności stron w przypadku ewentualnego jego brak, a także sformułowanie postanowień uwzględniających możliwość dokonania zmian umowy w przyszłości. Kryterium te może dotyczyć podziału dochodów w formie opłat

⁷¹⁴ Ibidem, s. 8.

otrzymanych od użytkowników infrastruktury, podziału innych dochodów uzyskiwanych z projektu ppp., opłat za dostępność w postaci stałej płatności podmiotu publicznego na podstawie wskaźników efektywności, podziału zysków spółki ppp.;

- 2) stosunek wkładu własnego⁷¹⁵ podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego – kryterium te ma zastosowanie m.in. w projektach dotyczących użyteczności publicznej charakteryzujących się tym, iż prognozowana stopa zwrotu nie pokryje poniesionych kosztów przez przychody nie pokryją kosztów partnera prywatnego oraz nie zapewni mu zysku. W takiej sytuacji strona prywatna nie jest zainteresowana wykonaniem danego przedsięwzięcia, aby to zmienić podmiot publiczny może wnieść wkład własny. Przykładem może być projekt ppp., w którym budowany jest obiekt na nieruchomości wniesionej w formie wkładu własnego przez podmiot publiczny. Innym przykładem wniesienia wkładu własnego może być finansowania zewnętrzne w formie dotacji przekazanej przez stronę publiczną dla partnera prywatnego;
- 3) efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych – jest określane jako wartość kosztu podmiotu publicznego poniesionych z tytułu wynagrodzenia partnera prywatnego na okres funkcjonowania umowy ppp. Pojęcie efektywności nie zostało zdefiniowane w systemie zamówień publicznych. Jednakże termin ten został użyty w art. 44 ust. 3 pkt 1 ufp. Zgodnie ze wspomnianym przepisem wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Należy wskazać, iż powinna *de lege ferenda* uregulowana w uppp. zasada efektywności – VfM⁷¹⁶;
- 4) kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności:
 - a. jakość – pojęcie te nie zostało zdefiniowane w przepisach uppp., natomiast jest to kryterium ocenne i w sposób indywidualny będą one kształtowane w zależności od rodzaju planowanego projektu. Może on dotyczyć zarówno elementu danego przedsięwzięcia, jak i metody jego realizacji,
 - b. funkcjonalność – może być postrzegana jako możliwość dostarczenia określonych potrzeb w określonych warunkach. Kryterium te pozwala podmiotowi publicznemu ocenić funkcje, przydatność lub możliwość zaspokojenia określonych potrzeb w celu osiągnięcia zamierzonego efektu,

⁷¹⁵ Zgodnie z art. 2 pkt 5 uppp. wkład własny to świadczenie podmiotu publicznego lub partnera prywatnego polegające w szczególności na: a) poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowaniu dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia, b) wniesieniu składnika majątkowego.

⁷¹⁶ M. Kania, Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy po nowelizacji z 5 lipca 2018 r., Warszawa 2018, s. 99.

- c. parametry techniczne – mogą odnosić się do aspektów konstrukcyjnych, zastosowania określonych materiałów lub posiadania wskazanych cech, takich jak m.in.: żywotność, emisja, pojemność, wydajność, dysponowanie określonym certyfikatem lub trwałość,
 - d. poziom oferowanych technologii – zazwyczaj odnosi się do tzw. osiągnięć przedsięwzięcia. Może również dotyczyć takich cech jak efektywność energetyczna, a nawet poziom emisji tlenu azotu oraz poziomu hałasu autobusów,
 - e. koszt utrzymania – w ppp. kryterium te odnosi się do wydatków niezbędnych do utrzymania optymalnej jakości i odpowiedniego stanu oraz właściwości przedsięwzięcia ppp. przez okres funkcjonowania projektu,
 - f. serwis – to kryterium, którym podmiot publiczny może ocenić m.in. konsultacje telefoniczne, czas pracy, możliwość dokonywania zgłoszeń, itp.;
- 5) podział zadań i ryzyka związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym – kryterium te dotyczy samego elementu ppp. w postaci podziału ryzyka pomiędzy partnera prywatnego i podmiotu publicznego, który jest ideą partnerstwa. W dokonaniu oceny ofert podmiot publiczny powinien zwrócić szczególną uwagę na ryzyko popytu, inflacji, wystąpienie siły wyższej, opóźnienia, zmiany stóp procentowych, wzrost kosztów, zmiany prawa oraz ryzyko związane ze stanem prawnym nieruchomości. Ponadto dokonanie prawidłowego podziału zadań i ryzyka w przedsięwzięciach publiczno-prywatnych może mieć znaczenie dla poziomu długu publicznego oraz deficytu budżetowego. Kwestia ryzyka i jego znaczenia w projektach ppp., zostało szerzej opisany w podrozdziale 1.3. i 4.2.;
- 6) terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane – kryterium te jest ważne z uwagi na transakcje wykonywane w projektach ppp. W tym zakresie istotne są takie elementy, jak m.in. harmonogram realizacji przedsięwzięcia oraz wysokość przewidywanych świadczeń.

Wyżej wymieniony katalog ma charakter otwarty. Oznacza to, że podmiot publiczny może na ich podstawie dokonać oceny oferty lub określić inne kryteria, które będą istotne z punktu widzenia realizacji danego projektu ppp. Natomiast ważne jest ich prawidłowe sformułowanie przez podmiot publiczny pozwalające na porównanie ofert. Jednakże niewłaściwe jest sformułowanie przez podmiot publiczny kryteriów odnoszących się do właściwości partnera prywatnego, w szczególności do jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej. Tego rodzaju kryteria są określane jako podmiotowe i dotyczą dopuszczenia danego wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Ponadto niedopuszczalne będą również kryteria, które mogą uprzywilejować konkretnego partnera prywatnego do realizacji planowanego przedsięwzięcia. Potwierdza to orzeczenie KIO,

zgodnie z którym „zamawiający powinien dążyć do precyzyjności i jednoznaczności opisu stosowanych kryteriów oceny ofert celem zapewnienia obiektywizmu i zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zagwarantowania wyboru oferty, która będzie ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą w postępowaniu. Wobec tego, w przypadku kryteriów jakościowych, ocennych, w których naturę wpisana jest możliwość różnej wykładni stopnia wypełnienia kryterium, Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności, aby zasady oceny zostały opisane w sposób minimalizujący na miarę możliwości wszelkie niejednoznaczności w opisie, a także subiektywizm i uznaniowość oceny”⁷¹⁷. Dodatkowo KIO⁷¹⁸ wyraziło pogląd, iż przedmiotu zamówienia oraz dobór parametrów musi być określony w oparciu o obiektywne i uzasadnione potrzeby podmiotu publicznego. W tym samym wyroku organ ten wskazuje, że „przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt/wyrób, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu”⁷¹⁹. Ponadto także potwierdzono, że „niewątpliwie istotą kryteriów oceny ofert innych niż cena jest przyznanie dodatkowej punktacji rozwiązaniu preferowanemu przez danego Zamawiającego. Przy konstruowaniu tego typu kryteriów (parametrów ocennych) należy mieć jednak na uwadze, że promowanie danego rozwiązania nie może być wynikiem wyłącznie subiektywnego przekonania Zamawiającego o wyższości danego rozwiązania nad innym i musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach”⁷²⁰. Oznacza to, że przy zastosowaniu kryteriów do dokonania oceny najlepszej oferty, należy przestrzegać, aby nie została zachwiana zasada równego traktowania partnera prywatnego. Powyższe stwierdzenie znajduje oparcie w kolejnym orzeczeniu KIO, zgodnie z którym „kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji”⁷²¹.

Motyw 92 dyrektywy 2014/24/UE określa, że „wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych

⁷¹⁷ Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2018 r. sygn. KIO 45/18, strona internetowa <https://orzeczenia.uzp.pl>, (dostęp z dnia 20 listopada 2020 r.).

⁷¹⁸ Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r. sygn. KIO 1443/16, strona internetowa <https://orzeczenia.uzp.pl>, (dostęp z dnia 20 listopada 2020 r.).

⁷¹⁹ Ibidem.

⁷²⁰ Ibidem.

⁷²¹ Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2015 r. sygn. KIO 712/15, strona internetowa <https://orzeczenia.uzp.pl>, (dostęp z dnia 20 listopada 2020 r.).

przez oferentów”. Oznacza to, że podmiot publiczny w kwestii dotyczących kryteriów oceny ofert nie mają nieograniczonej swobody wyboru. Dodatkowo podmioty te powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji oraz muszą im towarzyszyć rozwiązania pozwalające na weryfikację informacji wskazanych w złożonych ofertach.

Ponadto w orzecznictwie wskazuje się, iż kryteria oceny ofert mogą być subiektywne w ten sposób, że podmiot publiczny może wskazać, które kryteria są dla niego ważne i jak będą one oceniane. Jednakże niedopuszczalne jest weryfikowanie spełnienia kryteriów oceny ofert w sposób subiektywny⁷²². Należy podkreślić, iż podmiot publiczny musi określić kryteria oceny ofert w sposób precyzyjny, tj. niebudzący wątpliwości interpretacyjnych⁷²³. Oprócz wymienienia kryteriów, podmiot ten powinien także opisać dokładnie oraz określić sposób ocenienia złożonej oferty⁷²⁴. Podmioty publiczne określając w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, jak będzie przeprowadzona ocena poszczególnych elementów przedsięwzięcia odgrywa istotną rolę w sporządzeniu ofert. Natomiast zbyt duża liczba zastosowanych kryteriów oceny ofert w postępowaniu może uniemożliwić ich porównanie, a nie wskazanie najlepszej oferty w rozumieniu art. 6 uppp.⁷²⁵

Ustawodawca nowelizacją uppp. wprowadził obowiązek dokonania oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia przez podmioty publiczne. Zgodnie z art. 3a uppp. „przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego podmiot publiczny musi sporządzić ocenę efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach ppp. w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych. Dokonując oceny, o której mowa powyżej, podmiot publiczny uwzględni w szczególności zakładany podział zadań i ryzyka pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego, szacowane koszty cyklu życia przedsięwzięcia i czas niezbędny do jego realizacji oraz wysokość opłat pobieranych od użytkowników, jeżeli takie opłaty są planowane, oraz warunki ich zmiany”. Oznacza to, że podmiot publiczny powinien zweryfikować słuszność wykorzystania ppp. do realizacji danego przedsięwzięcia. Ustawodawca wskazuje, że podmiot ten musi porównać efektywność jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych. Dokonując analizy przytoczonej powyżej treści art. 3a uppp. można zauważyć, iż brak jest sankcji w przypadku zaniechania dokonania oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia przez podmioty publiczne. Ustawodawca przyjął, iż podmioty sektora publicznego nie będą

⁷²² Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2018 r. sygn. KIO 7/18, strona internetowa: <https://orzeczenia.uzp.pl>, (dostęp z dnia 20 listopada 2020 r.).

⁷²³ Uchwała KIO z dnia 29 grudnia 2016 r. sygn. KIO/KD 75/16, strona internetowa: <https://www.uzp.pl>, (dostęp z dnia 20 listopada 2020 r.).

⁷²⁴ Uchwała KIO z dnia 18 grudnia 2015 r. sygn. KIO/KD 66/15, strona internetowa: <https://www.uzp.pl>, (dostęp z dnia 20 listopada 2020 r.).

⁷²⁵ Urząd Zamówień Publicznych, Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2011.

uchylały się od jego stosowania⁷²⁶. Natomiast, jak wynika z treści wspomnianego przepisu, ocena efektywności powinna być przeprowadzona przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego. Podczas dokonania oceny podmiot publiczny musi w szczególności wziąć pod uwagę przyjęty podział zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, szacowane koszty cyklu życia przedsięwzięcia i czas niezbędny do jego realizacji oraz wysokość opłat pobieranych od użytkowników, jeżeli takie opłaty są planowane, oraz warunki ich zmiany. Wymienione elementy oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia nie stanowią katalogu zamkniętego, natomiast sam obszar przeprowadzonej oceny będzie w sposób indywidualny określany przez podmiot publiczny. Ustawodawca w uzasadnieniu do projektu nowelizacji uppp. wskazał, że „Nie przewiduje się uszczegółowienia zakresu i przedmiotu oceny, które samodzielnie będzie każdorazowo określał podmiot publiczny. To oznacza, że proponowany przepis nie wprowadzi nadmiernego obowiązku administracyjnego, ale zmobilizuje podmioty publiczne do gruntownego przygotowania projektu do PPP. W tym kontekście należy wspomnieć nadmiernie szczegółowe i w konsekwencji niepraktyczne regulacje nieobowiązującego już rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 30 czerwca 2006 r. w sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz. U. poz. 866)”⁷²⁷.

Zgodnie z Wytycznymi ppp. celem analiz przeprowadzonych na podstawie oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa jest weryfikacja wykonalności projektu oraz efektywności jego realizacji w modelu ppp.⁷²⁸ Wspomniana analiza zmierza do udzielenia odpowiedzi na pytania związane z projektem, a mianowicie⁷²⁹:

- 1) Czy projekt ppp. jest wykonalny, biorąc pod uwagę uwarunkowania techniczne, organizacyjno-prawne, rynkowe i komercyjno-finansowe?
- 2) Jakie są główne przeszkody w realizacji projektu partnerstwa i czy można je pokonać w opłacalny sposób?
- 3) Czy projekt ppp. jest uzasadniony ze społeczno-ekonomicznego punktu widzenia?
- 4) Ile kosztować będzie realizacja projektu w modelu partnerstwa?
- 5) Czy projekt ppp. jest dostępny finansowo dla podmiotu publicznego lub dla użytkowników?
- 6) Czy realizacja projektu w modelu partnerstwa będzie efektywna?
- 7) Czy projekt powinien być realizowany w oparciu o model ppp. w rozumieniu uppp. czy o model koncesji? W przypadku modelu partnerstwa publiczno-prywatnego, czy jest zasadne wykorzystanie partnerstwa publiczno-prywatnego instytucjonalnego jako modelu

⁷²⁶ Uzasadnienie do ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 31.

⁷²⁷ Ibidem.

⁷²⁸ Wytyczne PPP, t. I, Przygotowanie projektów, s. 67, strona internetowa: <https://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 20 grudnia 2019 r.).

⁷²⁹ Ibidem.

współpracy?

8) Jakie należy podjąć działania w celu zapewnienia bankowalności⁷³⁰ projektu?

Prawidłowo przeprowadzona analiza umożliwi zredukowanie ryzyka dotyczącego wyboru niewłaściwego lub nieoptymalnego modelu realizacji danego projektu ppp. Ponadto pozwala ona również na ograniczenie zagrożenia związanego z niedoszacowaniem kosztów lub nadmiernym optymizmem przy szacowaniu kosztów i potencjalnych przychodów projektu ppp. Natomiast przedmiotowa ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa powinna obejmować analizę interesariuszy, analizy techniczne, analizy ryzyka, analizy prawne, analizy podatkowe, analizy rynkowe, analizę popytu, analizę VfM oraz analizy ekonomiczno-finansowe. Wymienione powyżej analizy nie zawsze będą procesem sekwencyjnym, a poszczególne jego elementy będą wpływać wzajemnie na siebie. Oznacza to, że wyniki analiz w jednym obszarze będą oddziaływać na inne obszary, co przyczyni się do konieczności powrotu do kwestii wcześniej analizowanych⁷³¹.

Nowelizacją uppp. podmiot publiczny otrzymał możliwość uzyskania niewiążącej opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego o planowanej inwestycji w ramach ppp. tzw. certyfikacja⁷³². Zgodnie z art. 3b ust. 1 i 2 uppp. podmiot publiczny może wystąpić do ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego z wnioskiem o opinię na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w ramach ppp. Do wspomnianego wniosku, dołącza się ocenę, efektywności realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa. Uprawnienia podmiotu publicznego wynikają wprost z art. 16a ust. 2 pkt 1 uppp., zgodnie z którym do zadań ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego należy w szczególności wydawanie opinii, o której mowa w art. 3b ust. 1 uppp. Opinia ta jest postrzegana jako instrument wsparcia dla oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach ppp.⁷³³

Zgodnie z treścią uzasadnienia do nowelizacji uppp. „Pozytywna opinia o planowanym ppp. może wesprzeć decyzje o podjęciu realizacji projektu w tej formule. Brak wyraźnego wsparcia organu centralnego już na wczesnym etapie realizacji projektu ppp. jest niekiedy wskazywany jako jedna z przyczyn zbyt zachowawczego podejścia do wykorzystania ppp. w sektorze publicznym. Opinia będzie bazowała na wykonanych przez podmiot publiczny pracach przygotowawczych i w wypadku negatywnego jej brzmienia będzie wskazywała na braki i błędy w tych pracach,

⁷³⁰ Bankowalności – oznacza, zdolność do pozyskania finansowania zewnętrznego dla projektu partnerstwa publiczno-prywatnego.

⁷³¹ Wytoczne PPP, t. I, Przygotowanie projektów, s. 68, strona internetowa: <https://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 20 grudnia 2019 r.).

⁷³² Uzasadnienie do ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 28.

⁷³³ M. Kania, Partnerstwo publiczno-prywatne, Komentarz do ustawy po nowelizacji z 5 lipca 2018 r., Warszawa 2018, s. 57.

co w efekcie wpłynie na poprawę jakości planowanych projektów ppp. i zwiększy szanse ich powodzenia oraz pozytywnych efektów, jakie przyniesie ich realizacja”⁷³⁴.

Ponadto wydanie opinii, o której mowa w art. 3b ust. 1 uppp. powinna również przyczynić się do redukcji wydatków związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej przez partnerów prywatnych. Obecnie co czwarte postępowanie finalizowane jest podpisaniem umowy. Natomiast założeniem ustawodawcy jest danie możliwości partnerom prywatnym przeprowadzenia selekcji postępowań o wybór partnera prywatnego i umożliwienie im wyboru lepiej przygotowanych projektów, tj. dających szansę na zawarcia umowy⁷³⁵.

Wytyczne ppp. wskazują, iż pozytywna opinia może być dodatkowym wsparciem w procesie decyzyjnym w zakresie realizacji przedsięwzięć w ramach ppp. Zgodnie z treścią zawartą w tym dokumencie „w przypadku, gdy wyniki analiz dadzą pozytywne odpowiedzi na powyżej postawione pytania i dodatkowo projekt uzyska certyfikację, decyzja podmiotu publicznego o kontynuacji projektu w formule partnerstwa publiczno-prywatnego powinna być niemalże automatyczna, z zachowaniem otrzymania odpowiednich zgód organów nadzorczych, jeśli nie zostały one udzielone w momencie rozpoczęcia oceny efektywności”⁷³⁶. Jednakże, gdy przeprowadzone analizy wskażą niezasadność realizacji przedsięwzięcia ppp. na podstawie przyjętych celów i założeń lub dany projekt ppp. nie uzyska certyfikacji ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, podmiot publiczny może z niego zrezygnować lub go zmodyfikować. Natomiast w sytuacji podjęcia decyzji o modyfikacji zakresu projektu partnerstwa należy sformułować nowe założenia, co do wyników analizy, poziomu modyfikacji, szczególnie przy znaczącym ograniczeniu projektu partnerstwa publiczno-prywatnego i harmonogramu prac. W przypadku wykazania w harmonogramie dużych opóźnień w czasie, wpływające negatywnie na realizację projektu ppp., podmiot publiczny może zdecydować o rezygnacji z przedsięwzięcia. Zgodnie z Wytycznymi ppp. działania te powinny być badane w odniesieniu do celów danego projektu ppp.⁷³⁷

Na podstawie art. 3b ust. 3 uppp. minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego opiniuje przedłożoną dokumentację w zakresie poprawności i kompletności przeprowadzonych analiz poprzedzających realizację przedsięwzięcia, przyjętego modelu prawno-organizacyjnego, mechanizmów wynagradzania partnera prywatnego, w tym wysokości opłat pobieranych od użytkowników, jeżeli takie opłaty są planowane, oraz warunków ich zmiany, oraz proponowanego podziału ryzyka w przedsięwzięciu w terminie 60 dni od dnia otrzymania

⁷³⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 28.

⁷³⁵ Ibidem, s. 28 i 29.

⁷³⁶ Wytyczne PPP, t. I, Przygotowanie projektów, s. 128, strona internetowa: <https://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 20 grudnia 2019 r.).

⁷³⁷ Ibidem.

kompletnego wniosku o opinię na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w ramach ppp. Ponadto zgodnie z art. 3b ust. 4 uPPP. minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego może, wyznaczając odpowiedni termin, zwrócić się do podmiotu publicznego o poprawienie, wyjaśnienie lub uzupełnienie wniosku o opinię na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa.

Zgodnie z art. 3b ust. 5 uPPP. opinii na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w ramach ppp. nie ujawnia się osobom trzecim do chwili zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi lub umowy w sprawie zamówienia publicznego albo zakończenia postępowania w inny sposób w zakresie inwestycji, będącej przedmiotem tej opinii. W przypadku gdy mimo wydania opinii na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w ramach ppp. nie wszczęto postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, opinia może zostać ujawniona nie wcześniej niż po upływie 2 lat od dnia jej wydania. Natomiast mając na uwadze art. 3b ust. 6 uPPP. należy zauważyć, iż minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego nie ujawnia informacji pozyskanych w związku z wydaniem opinii na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w ramach ppp. jeżeli groziłoby to ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych tajemnic ustawowo chronionych. Zgodnie z uzasadnieniem do nowelizacji uPPP. przedmiotowa opinia nie jest ujawniana bez zgody podmiotu publicznego. Zgoda ta powinna być udzielona w formie pisemnej. Ustawodawca pozostawił kwestię udzielenia zgodny w sferze wewnętrznych analiz podmiotu publicznego. Natomiast udostępnienie informacji na temat analizowanego projektu, zanim dojdzie on do skutku, może powstrzymać podmiot publiczny przed rozważaniem ppp. jako formy realizacji jego zadań⁷³⁸.

Ponadto wraz z wejściem w życie nowelizacji uPPP. wprowadzono obowiązek przeprowadzenia tzw. testu ppp. Zgodnie z art. 133b ust. 1 uFP. planowanie inwestycji przez podmiot publiczny wymaga wydania niewiążącej opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego w przedmiocie sposobu realizacji inwestycji, jeżeli planowana kwota finansowania z budżetu państwa tych inwestycji przekracza 300 000 000 zł. Oznacza to, że test ppp. jest wykonywany dla planowanych przez podmiot publiczny inwestycji, których kwota finansowania z budżetu państwa przekracza 300 000 000 zł. Polega on na zweryfikowaniu inwestycji, czy realizacja inwestycji nie byłaby efektywniejsza w ramach ppp. Opinie wydaje się na wniosek podmiotu sektora publicznego. Analizując treść przytoczonego przepisu należy wskazać, iż wspomniana opinia nie jest wiążąca dla podmiotu publicznego. Natomiast podmiot publiczny w celu uniknięcia przeprowadzenia testu ppp. nie może dzielić danego przedsięwzięcia na kilka inwestycji, aby pomniejszyć jej wartość.

⁷³⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 29.

Mając na uwadze art. 133d ust. 1 i 2 ufp. minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego wydaje przedmiotową opinię w terminie 60 dni od dnia otrzymania kompletnego wniosku, podając uzasadnienie prawne i faktyczne, biorąc pod uwagę korzyści dla interesu publicznego, w szczególności zakładaną jakość wykonywania zadań podmiotu publicznego i oszczędne wykorzystanie zasobów oraz możliwość finansowania przedsięwzięcia ze środków budżetu państwa. Jednakże zgodnie z art. 133b ust. 2 ufp. powyższa opinia nie jest wymagana, jeżeli inwestycja będzie realizowana w ramach ppp. albo koncesji na roboty budowlane lub usługi. Nie musi być przeprowadzana także, gdy inwestycja będzie współfinansowana ze środków unijnych oraz inwestycji dotyczących obronności lub bezpieczeństwa.

Przeprowadzenie testu ppp. jest obowiązkowe dla planowanych przez podmiot publiczny inwestycji, których kwota finansowania z budżetu państwa przekracza 300 mln zł. Oznacza to, że opinia w tym zakresie będzie dotyczyła największych projektów. W sytuacji, gdy przeprowadzona weryfikacja wskaże, że z analizowana inwestycja efektywniej będzie realizowana w formule ppp., podmiot publiczny będzie musiał uzyskać zgodę ministra właściwego ds. finansów publicznych na sfinansowanie z budżetu państwa przedsięwzięcia realizowanego w ramach partnerstwa, o której mowa w art. 18 uapp. Powyższa kwestia może powodować dodatkowe bariery prawne, gdyż „test ppp.” jest wykonywany, gdy partnerstwo nie jest planowane przez wnioskodawcę, a zgoda na sfinansowanie przedsięwzięcia publiczno-prywatnego z budżetu państwa z art. 18 uapp. jest wydawana, gdy przedmiotowa współpraca międzysektorowa jest planowana. Taki stan rzeczy może wywołać zniechęcenie po stronie podmiotów publicznych do realizacji dużych projektów w formule ppp., z uwagi na skomplikowany charakter.

4.6. Wpływ epidemii Covid-19 na instytucję partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce

W związku z pojawieniem się na terytorium Rzeczypospolitej Polski wirusa SARS-CoV-2 w dniu 20 marca 2020 r. został wprowadzony stan epidemii. Podstawą wprowadzenia tego stanu jest rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii⁷³⁹. Od momentu wejścia w życie powyższego rozporządzenia, polska gospodarka odczuwa skutki epidemii. Wbrew oczekiwaniom pokładanym w uchwalonej tzw. tarczy antykryzysowej⁷⁴⁰, znaczna część przedsiębiorstw nie jest w stanie prowadzić działalności gospodarczej. Początkowo wpływ epidemii oddziaływał głównie na przedsiębiorstwa,

⁷³⁹ Rozporządzenie z dnia 20.03.2020r. Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. poz. 491).

⁷⁴⁰ W szczególności są to następujące akty: ustawę z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 568 z późn. zm.), powołane dalej jako „specustawa 1.0”, oraz ustawę z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV2 (Dz. U. poz. 695), powołane dalej jako „specustawa 2.0”.

które z powodu wprowadzonych ograniczeń nie mogły uzyskiwać przychodów (np. najemcy powierzchni komercyjnych w galeriach handlowych, branża: turystyczna, sportowa, gastronomiczna, fryzjerzy, rehabilitanci, część producentów), lecz w dalszej perspektywie skutki epidemii odczuli także pozostali przedsiębiorcy i podmioty publiczne. Taki stan rzeczy wpłynął również na rynek zamówień publicznych, w tym także na przedsięwzięcia partnerstwa oraz koncesji na roboty budowlane lub usługi, które stanowią jedną z form ppp.⁷⁴¹

Przedsięwzięcia ppp. mogą być wykonywane na podstawie różnych aktów prawnych⁷⁴², w tym w oparciu o przepisy: uppp., upzp. oraz uukrbu., Natomiast dwie ostatnie ustawy mogą być zarówno samoistną podstawę współpracy międzysektorowej, jak i ustawami proceduralnymi, stosowanymi w partnerstwie⁷⁴³. Podstawą do realizacji projektu ppp. jest umowa, o której mowa w art. 7 ust. 1 uppp. Zgodnie z jej treścią partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Natomiast wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu przedsięwzięcia. Oznacza to, że partner prywatny realizuje przedsięwzięcia ppp. zgodnie z art. 2 pkt 4 uppp. obejmujące takie działania jak: projektowanie, budowę, finansowanie, utrzymanie lub zarządzanie infrastrukturą publiczną, w tym także świadczenie usług na rzecz zewnętrznych użytkowników. Tymczasem podmiot publiczny, na podstawie art. 2 pkt 5 uppp. wnosi do realizowanego projektu wkład własny o charakterze rzeczowym lub finansowym. Jedną z istotnych cech partnerstwa jest obowiązek zapewnienia finansowania przedsięwzięcia przez partnera prywatnego, który polega na zaciągnięciu zobowiązań dłużnych w instytucjach finansujących, głównie w bankach. Umowy o ppp. zawierane są na okres około od 10 do 30 lat, dając tym samym trwałość i stabilność tego typu projektom⁷⁴⁴.

Zważając na fakt, że przedsięwzięcia ppp. stanowią niewielką część inwestycji sektora publicznego⁷⁴⁵, to problem epidemii COVID-19 również oddziałuje na ich realizację. Istotne jest dokonanie analizy sytuacji zawieranych i realizowanych projektów partnerstwa w czasie epidemii koronawirusa, z jednoczesnym uwzględnianiem przepisów tzw. tarcz antykrzysowych, mających

⁷⁴¹ R. Cieślak, Wpływ pandemii Covid-19 na realizację projektów w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji na roboty budowlane lub usługi, *Finanse Komunalne* 2020, nr 3, s. 42.

⁷⁴² Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, *Wytyczne PPP*, t. 2, Postępowanie przetargowe, Warszawa 2018, s. 22 i n., strona internetowa: <http://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 6 listopada 2020 r.).

⁷⁴³ R. Cieślak, Wpływ pandemii Covid-19 na realizację projektów w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji na roboty budowlane lub usługi, *Finanse Komunalne* 2020, nr 3, s. 42.

⁷⁴⁴ *Ibidem*.

⁷⁴⁵ Na dzień 31 grudnia 2019 r. realizowane były 142 umowy o PPP (w tym umowy koncesji), o łącznej wartości ponad 7,35 mld zł., strona internetowa: www.ppp.gov.pl (dostęp z dnia 15 kwietnia 2020 r.).

znaczenie dla partnerstwa. W dalszej części podrozdziału skupiono się na trudnościach w projektach ppp. które znajdują się w fazie postępowania o wyłonienie partnera prywatnego oraz w realizacji umów partnerstwa.

Należy zaznaczyć, iż przepisy tzw. tarcz antykryzysowych nie nawiązują bezpośrednio do ppp. Jest to spowodowane tym, iż zgodnie z art. 4 uppp. w części nieuregulowanej przepisami uppp., mogą być zastosowane ustawy proceduralne, tj. upzp. albo uukrbu.⁷⁴⁶ Oznacza to, że w sposób pośredni przepisy specustaw 1.0 i specustaw 2.0 dotyczą również instytucji partnerstwa. Regulacje uppp. nie zawierają przepisów dotyczących procedury wyłonienia partnera prywatnego. Natomiast, umiejscowienie partnerstwa w systemie zamówień publicznych jest wynikiem uznania partnerstwa za zamówienie publiczne albo koncesję w prawie UE⁷⁴⁷. Odwołując się do kwestii związanej z wyborem partnera prywatnego należy odwołać się do regulacji upzp. lub uukrbu.⁷⁴⁸

Z powodu epidemii COVID-19 mogą wystąpić trudności na etapie przygotowania postępowania ppp. Powiązane one są z obowiązkiem zamawiającego do oszacowania wartości zamówienia lub koncesji z należytą starannością. Wynika to z art. 32 ust. 1 upzp. oraz art. 6 uukrbu. Jednakże, w sytuacji kryzysu gospodarczego wykonanie powyższego szacunku jest trudne, przy uwzględnieniu bieżących danych lub prognoz. Kryzys wywołany epidemią może wpłynąć na koszty przedsięwzięć ppp. w tym na koszty finansowania oraz utrzymania lub zarządzania infrastrukturą. Specustawy mające przeciwdziałać skutkom epidemii COVID 19 nie zawierają norm odnoszących się do sytuacji zamawiających na etapie przygotowywania postępowań o zamówienia publiczne lub postępowań koncesyjnych. Oznacza to, że zamawiający powinien postępować roztropnie w przygotowywaniu projektów ppp., zwłaszcza w momencie sporządzania analiz przed realizacyjnymi wymaganymi w art. 3a uppp. Natomiast w sytuacji, gdy projekt partnerstwa dotyczy branży szczególnie narażonej na skutki epidemii, należy ująć ten fakt w analizie ryzyka i analizie finansowej⁷⁴⁹.

Postępowania ppp. charakteryzują się tym, iż przebiegają one w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60a i n. upzp. lub w procedurze negocjacyjnej zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 2 uukrbu. W obecnej sytuacji epidemicznej, na znaczeniu zyskują aspekty komunikacji elektronicznej pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Mowa jest tu o zdalnej⁷⁵⁰

⁷⁴⁶ Szerzej ta kwestia została omówiona w podrozdziale 4.5.

⁷⁴⁷ R. Cieślak, Partnerstwo publiczno-prywatne i koncesje na gruncie przepisów prawa europejskiego w: Partnerstwo publiczno-prywatne: 100 pytań, wyjaśnień, interpretacji, red. R. Cieślak, Warszawa 2014, s. 20 i n.

⁷⁴⁸ R. Cieślak, Wpływ pandemii Covid-19 na realizację projektów w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji na roboty budowlane lub usługi, *Finanse Komunalne*, 2020, nr 3, s. 44.

⁷⁴⁹ Ibidem.

⁷⁵⁰ Aplikacje w postaci: Microsoft Teams, Cisco Webex, Zoom lub Skype, pozwalają na prowadzenie wideokonferencji z udziałem dużej liczby osób.

formie prowadzenia dialogu lub negocjacji oraz przekazywanie drogą elektroniczną niezbędnych dokumentów. Wykorzystywanie powyższych form komunikacji pozwala na realizację przedsięwzięć publiczno-prywatnych zgodnie z wcześniej zaplanowanym harmonogramem postępowania⁷⁵¹.

Nie ulega wątpliwości, że w projektach o wartości równej lub powyżej progów UE realizowane są w formie elektronicznej, Natomiast w projektach „podprogowych” można używać formę tradycyjną. Potwierdza to komunikat Urzędu Zamówień Publicznych (powołany dalej jako „UZP”), który nakłania do tej formy komunikacji⁷⁵². Zgodnie z wspomnianym komunikatem UZP wskazuje, że „zamawiający bowiem uprawniony jest na gruncie art. 38 ust. 4 upzp. w uzasadnionych przypadkach – do których niewątpliwie należy obecna sytuacja zagrożenia epidemicznego – przed upływem terminu składania ofert do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym sposobu komunikacji w postępowaniu. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, a także dokonuje zmiany ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zmiana sposobu komunikacji w postępowaniu powoduje, iż zamawiający wydłuża odpowiednio termin składania ofert, zapewniając tym samym wykonawcom dodatkowo czas na dostosowanie się do nowej sytuacji”. Zgodnie z art. 14 ust. 1 uukrbu. w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji komunikacja, w tym przekazywanie wniosków o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, ofert, oświadczeń i zawiadomień, odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego, w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej. Oznacza to, że ustawodawca dał zamawiającemu wybór formy komunikacji. Ponadto z powodu nieokreślenia terminu zakończenia dialogu lub negocjacji w przepisach upzp. i uukrbu., możliwe jest zawieszenie realizacji przedsięwzięcia na czas trwania obecnej epidemii.

Oprócz wykorzystywania elektronicznych form komunikacji w postępowaniach ppp., to zastosowanie tej formy jest możliwe przy zawieraniu umów o ppp. Przepis w art. 72 pkt 27 lit. c specustawa 2.0 dodał ust. 10 do art. 15r specustawy 1.0. Zgodnie z treścią zmienionego przepisu „w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii oraz związanych z nimi ograniczeń w przemieszczaniu się, umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierane są pod rygorem nieważności w formie pisemnej, albo za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Przed wprowadzeniem przepisów „tarczy antykryzysowej”, kwestie formy zawierania umowy regulował art. 139 ust. 2 upzp., a w zakresie koncesji art. 43 ust. 1 uukrbu. Przepisy te wskazywały na wymóg zawiązywania

⁷⁵¹ R. Cieślak, Wpływ pandemii Covid-19 na realizację projektów w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji na roboty budowlane lub usługi, *Finanse Komunalne*, 2020, nr 3, s. 44.

⁷⁵² Urząd Zamówień Publicznych, Komunikacja elektroniczna w dobie zagrożenia epidemicznego, strona internetowa: <https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/komunikacja-elektroniczna-w-dobie-zagrozenia-epidemicznego> (dostęp z dnia 20 kwietnia 2020 r.).

umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Natomiast zgodnie z art. 78¹ § 2 kc. „oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej”. Warto zaznaczyć, iż w doktrynie zamówień publicznych brak jest jednoznaczności co do podpisywania umów w formie elektronicznej, jednakże większość traktuje obie te formy złożenia oświadczenia woli jako równorzędne⁷⁵³. Należy pamiętać, iż art. 15r ust. 10 specustawy 1.0 funkcjonuje w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, zatem powróci prezentowany powyżej spór, który wymagać będzie uregulowania w ustawie.

Ponadto istotna wydaje się kwestia zmiany umowy o ppp. po wyborze oferty najkorzystniejszej, lecz przed jej zawarciem. Na podstawie do art. 60f upzp. „zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty może w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie negocjować z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub dyskryminacji wykonawców”. Przytoczony przepis jest wykorzystywany w postępowaniach ppp., z powodu potrzeby zapewnienia przez partnera prywatnego finansowania projektów partnerstwa. Natomiast w okresie epidemii ma on zastosowanie w celu wprowadzenia rozwiązań pozwalających na zrealizowanie umowy, z uwzględnieniem skutków powstałym w wyniku epidemii koronawirusa. Przykładem takich rozwiązań mogą być aspekty dotyczące przedłużenia terminu dokonania tzw. zamknięcia finansowego lub przeprowadzenia procesu inwestycyjnego, a także związanych z tym kosztów. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2009 r.⁷⁵⁴, wskazano za dopuszczalne przeprowadzenie zmian postanowień przyszłych umów przed ich podpisaniem, pomimo braku uregulowań tego zagadnienia w przepisach uukrbu. Natomiast, zgodnie z art. 46 ust. 1 pkt 3 uukrbu., „konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć”.

Jak już zostało zasygnalizowane w podrozdziale 4.5., konstrukcja art. 4 ust. 1 i 2 uppp. wskazuje, że w kwestiach nieuregulowanych przepisami uppp. do wyboru partnera prywatnego i umów o partnerstwa stosuje się przepisy ustaw proceduralnych, tj. upzp. lub uukrbu. Natomiast wspomniane przepisy uppp. nie zawiera norm dotyczących środków ochrony prawnej. W tej sytuacji do partnerstwa stosuje się przepisy upzp. i uukrbu.

Zgodnie z art. 15zys ust. 1 specustawy 1.0 w okresie stanu zagrożenia epidemicznego

⁷⁵³ M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018. s. 577.

⁷⁵⁴ Wyrok KIO z dnia 10 lutego 2009 r. sygn. KIO/UZP 125/09, strona internetowa: orzeczenia.uzp.gov.pl (dostęp z dnia 20 listopada 2020 r.).

lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 bieg terminów procesowych i sądowych nie rozpoczynał się, a rozpoczęty ulegał zawieszeniu na ten okres. Przepis ten nie dotyczył terminów, które upłynęły przed wejściem w życie. Jednakże, odnosi się również do postępowań prowadzonych przed sądami okręgowymi i KIO. Na podstawie art. 15zsz ust. 3 specustawy 1.0, wstrzymanie i zawieszenie biegu terminów, o których mowa w art. 15zsz ust. 1 wspomnianej ustawy, nie dotyczy kontroli i postępowań wskazanych odpowiednio w dziale V rozdziale 3 oddziale 3 oraz dziale VI rozdziale 2 upzp. Prezes KIO, w porozumieniu z Prezesem UZP, może określić, w drodze zarządzenia szczegółowe warunki organizacji pracy KIO związane z zapewnieniem prawidłowego toku jej urzędowania oraz stosowane środki zapewniające bezpieczeństwo, mając na względzie konieczność podejmowania działań związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19. Z informacji znajdującej się na stronie internetowej wskazano, iż „w okresie stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, KIO nie przeprowadza posiedzeń i rozpraw z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. KIO w pozostałym zakresie podejmuje wszystkie czynności w odniesieniu do spraw odwoławczych, jak i rozpoznania zastrzeżeń do wyników kontroli Prezesa UZP”⁷⁵⁵. Wskutek zawieszenia terminów procesowych i sądowych nie można było zawrzeć umowy partnerstwa do momentu ogłoszenia orzeczeń kończących postępowanie odwoławcze przez KIO. W niniejszym stanie prawnym prawo do złożenia odwołania nie zostało ograniczone. Zgodnie z art. art. 183 ust. 1 upzp. w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Natomiast mając na uwadze ust. 2 wspomnianego przepisu, zamawiający może złożyć do KIO wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Izba ta może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze treść przytoczonych przepisów, podmiot publiczny mógł złożyć do KIO wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Na podstawie art. 183 ust. 3 i 4 upzp. rozpoznania wniosku następuje przez skład orzekający KIO wyznaczony do rozpoznania odwołania. Przedmiotowy wniosek jest rozstrzygany na posiedzeniu niejawnym, w formie postanowienia, nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego złożenia. Na wspomniane postanowienie

⁷⁵⁵ Informacja KIO o działalności w okresie epidemii, strona internetowa: <https://www.uzp.gov.pl/kio/aktualnosci/informacja-w-sprawie-dzialalnosci-kio-w-okresie-stanu-epidemii> (dostęp z dnia 18 grudnia 2020 r.).

nie przysługuje skarga. Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy podmiot publiczny może złożyć za pośrednictwem operatora pocztowego⁷⁵⁶, osobiście, za pośrednictwem posłańca albo przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Natomiast art. 46 pkt. 20 ustawy o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2⁷⁵⁷ uchylił art. 15zss specustawy 1.0, tym samym odwieszając terminy sądowe i procesowe. Wskutek tego KIO ponownie przystąpiło do orzekania⁷⁵⁸. Pomimo epidemii nie nastąpiła cyfryzacja KIO, a działalność izby nie była prowadzona z wykorzystaniem formy zdalnej.

Realizując projekty ppp., trudności pojawiają się przy zawieraniu i wykonywaniu umów partnerstwa. Konstrukcja wspomnianych umów pozwala na zaangażowanie większą grupę partnerów prywatnych, w szczególności: sponsorów, wykonawców, podwykonawców, instytucje finansujące, ubezpieczycieli⁷⁵⁹. Strona prywatna jest wyłaniana na podstawie ustaw proceduralnych. Z treści art. 4 pkt 12 upzp. wynika, że przepisy upzp. nie stosuje do umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi w rozumieniu uukrbu., chyba że ustawa stanowi inaczej. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uukrbu., na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. Ponadto art. 2 pkt 13 upzp. wskazuje, że przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Należy nadmienić, iż kwestie dotyczące zmiany umów w zamówieniach publicznych zostały uregulowane w art. 15r specustaw 1.0. Dodatkowo, w ust. 11 wspomnianego przepisu wskazano, że przepis art. 15r ust. 1–9 przedmiotowej ustawy stosuje się odpowiednio do umów w sprawie zamówień publicznych wyłączonych ze stosowania na podstawie regulacji upzp. Dokonując analizy art. 15r ust. 11 specustaw 1.0 trzeba stwierdzić, iż regulacje dotyczące zmiany umów w zamówieniach publicznych stosuje się do umów o ppp. zawieranych w trybie przepisów upzp. i w trybie uukrbu.

Zgodnie z art. 15r ust. 1 specustawy 1.0 stron umów o ppp. są zobowiązane do wzajemnego, niezwłocznego informowania się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa powyżej,

⁷⁵⁶ Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1041).

⁷⁵⁷ Ustawa z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. poz. 875) – tzw. tarcza 3.0.

⁷⁵⁸ art. 46 pkt 20 ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2 uchylił art. 15zss specustawy 1.0.

⁷⁵⁹ Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, Wytyczne PPP, t. 1, Przygotowanie projektów, Warszawa 2018, s. 12–15, strona internetowa: <https://www.ppp.gov.pl>, (dostęp z dnia 20 grudnia 2020 r.).

oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- 2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- 3) poleceń lub decyzji wydanych przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1–3 specustawy 1.0;
- 4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- 5) innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy;
- 6) okoliczności, o których mowa w pkt 1–5, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

W przypadku partnerów prywatnych mających siedzibę lub wykonujących działalność związaną z realizacją umowy o ppp. poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w miejsce dokumentów, o których mowa pkt 1–5 wymienionego powyżej katalogu, składa się dokumenty wydane przez odpowiednie instytucje w tych krajach lub oświadczenia tych wykonawców.

Prezentowany powyżej katalog nie jest zamknięty. Strony umowy o ppp. muszą wykazać, że skutki epidemii w sposób rzeczywisty wpłynęły na realizację danego projektu. Partnerzy prywatni będą przekazywali powyższe informacje, w szczególności związane z punktami 1, 4 i 5. Następstwa epidemii koronawirusa przekładają się w sposób bezpośredni na problemy kadrowe oraz trudności w realizacji dostaw lub usług. Z uwagi na fakt, iż przedsięwzięcia ppp. przeważnie wykonywane są przez spółki celowe strony prywatnej, informacji te będą dotyczyły głównie podwykonawców lub dalszych podwykonawców⁷⁶⁰.

Na podstawie 15r ust. 2 i 3 specustawy 1.0 każda ze stron umowy, może żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy. Natomiast strona umowy, na podstawie otrzymanych oświadczeń lub dokumentów, w terminie 14 dni od dnia ich otrzymania, przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie

⁷⁶⁰ R. Cieślak, Wpływ pandemii Covid-19 na realizację projektów w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji na roboty budowlane lub usługi, *Finanse Komunalne*, 2020, nr 3, s. 48.

do wpływu okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, na należyte jej wykonanie. Jeżeli strona umowy otrzymała kolejne oświadczenia lub dokumenty, termin liczony jest od dnia ich otrzymania. Rozwiązanie to może powodować, że kolejne przekazanie oświadczeń lub dokumentów wiązać się będzie z nowym terminem do ich ustosunkowania się.

Ponadto w art. 15r ust. 6 specustawy 1.0 określono, że jeżeli umowa w sprawie ppp. zawiera postanowienia dotyczące kar umownych lub odszkodowań z tytułu odpowiedzialności za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie z powodu oznaczonych okoliczności, strona umowy w swoim stanowisku przedstawia wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie oraz wpływ ten na zasadność ustalenia i dochodzenia tych kar lub odszkodowań, lub ich wysokość. Powyższe rozwiązanie może wprowadzać chaos. Warto zaznaczyć, iż nieprzedstawienie dodatkowych oświadczeń lub dokumentów w terminie 14 dni, nie wywołuje żadnych sankcji.

Na podstawie art. 15r ust. 4 specustawy 1.0 podmiot publiczny po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy o ppp., w uzgodnieniu z partner prywatnym może dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 upzp., w szczególności przez:

- 1) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części albo czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części;
- 2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych;
- 3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy.

Podmiot publiczny dokonuje zmiany umowy w powyższym zakresie, o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Powyższy przepis dotyczy wszystkich obecnych stanów faktycznych oraz powstałych przed uchwaleniem specustaw COVID. Niniejsza ustawa nie zawiera ograniczeń w kwestii zawartych umów przed jej uchwaleniem. Oznacza to, że ma ona zastosowanie do umów zawartych później. Pod warunkiem wykazania wpływu epidemii na należyte wykonanie umowy o ppp.

Jednakże konstrukcja art. 15r ust. 4 specustawy 1.0 budzi wątpliwości, gdyż zmiana umowy o ppp. jest dokonywana przez podmiot publiczny, po uprzednim uzgodnieniu z partnerem prywatnym. Natomiast w polskim systemie prawnym, zmiana umowy wymaga oświadczeń woli od obu stron. Specustawa COVID nie zawiera w tym zakresie mechanizmów neutralizujących skutków epidemii COVID-19, a samą kwestię zmiany umowy pozostawia stronom. Takie rozwiązanie osłabia pozycję partnerów prywatnych. Natomiast, zabezpiecza podmioty publiczne przed wykorzystywaniem sytuacji epidemiologicznej do nieuzasadnionych modyfikacji umów o ppp.

Ponadto, niezrozumiałe jest odesłanie w art. 15r ust. 4 specustawy 1.0 do art. 144 ust. 1 pkt 3 upzp., który zakazuje zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
- 2) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Dokonując analizy powyższych przepisów można zauważyć, iż stoją one w sprzeczności z uzasadnieniem dotyczącym rozwiązań wprowadzonych specustawą COVID, gdyż wskazany w ustawie termin na przekazanie stanowiska ma na celu przeciwdziałanie przewlekłości czynności podejmowanych przez strony⁷⁶¹. Tymczasem art. 15r specustawy 1.0 nakłada na strony umowy ppp. dodatkowe obowiązki. Pomimo, iż art. 15r ust. 4 specustawy 1.0 ma charakter informacyjny, a nie normatywny.

Kolejną wątpliwość budzi art. 15r ust. 5 specustawy 1.0. Zgodnie z tym przepisem, gdy umowa o ppp. zawiera postanowienia korzystniej kształtujące sytuację wykonawcy, niż wynikałoby to z art. 15r ust. 4 specustawy 1.0, do zmiany umowy stosuje się te postanowienia, z zastrzeżeniem, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy. Wprowadzenie zakazu wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy w sytuacji wystąpienia samych okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 jest niezrozumiałym działaniem ustawodawcy. Celem ustawy jest przeciwdziałać skutkom epidemii koronawirusa, a art. 15r ust. 5 specustawy 1.0 zdaje się temu przeczyć.

Przepisy art. 15r ust. 7–9 specustawy 1.0 reguluje stosunek prawny pomiędzy partnerem prywatnym, a podwykonawcami w kwestii zmiany umowy o ppp. Zgodnie z art. 15r ust. 7 wspomnianej ustawy, „wykonawca i podwykonawca, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie łączącej ich umowy, która jest związana z wykonaniem zamówienia publicznego lub jego części, uzgadniają odpowiednią zmianę tej umowy, w szczególności mogą zmienić termin wykonania umowy lub jej części, czasowo zawiesić wykonywanie umowy lub jej części, zmienić sposób wykonywania umowy lub zmienić zakres wzajemnych świadczeń”. Oznacza to, że zmianę umowy łączącą partnera prywatnego i podwykonawcy może być dokonana po stwierdzeniu okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, a następnie wspólnie uzgadniają odpowiednią zmianę

⁷⁶¹ Uzasadnienie projektu specustawy 2.0, (druk sejmowy nr 299), s. 23.

tej umowy. Powyższy przepis nie wskazuje terminu na dokonanie tych uzgodnień, dając tym samym swobodę tym podmiotom. Natomiast art. 15r ust. 8 specustawy 1.0 wskazuje, że w przypadku dokonania zmiany umowy, jeżeli zmiana ta obejmuje część zamówienia powierzoną do wykonania podwykonawcy, wykonawca i podwykonawca uzgadniają odpowiednią zmianę łączącej ich umowy, w sposób zapewniający, że warunki wykonania tej umowy przez podwykonawcę nie będą mniej korzystne niż warunki wykonania umowy ppp. zmienionej zgodnie z wspomnianym już art. 15 r ust. 4 specustawy 1.0. W zakresie ochrony dalszych podwykonawców zastosowanie ma art. 15r ust. 9 specustawy 1.0, który wskazuje, iż przepisy art. 15r ust. 7 i 8 wspomnianej specustawy stosuje się do umowy zawartej między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

Oprócz przesłanek zawartych w przepisach ustaw tzw. tarczy antykryzysowej, zmiana umowy może nastąpić po spełnieniu postanowień w niej zawartych. Należy zauważyć, że umowy o ppp. charakteryzują się długoterminowością i złożonością. Tego rodzaju kontrakty zawierają katalog przesłanek mające wpływ na wykonywanie takich umów, które nazywane są „przypadkami kompensacyjnymi” (z ang. *compensation events*) i wynikają one z praktyki międzynarodowej⁷⁶². Polega to na tym, iż w sytuacji wystąpienia wspomnianego przypadku, ryzyko z nim związane przechodzi na podmiot publiczny. Oznacza to, że skutki przypadku epidemii lub innego zdarzenia nadzwyczajnego, który wpływa na projekt realizowanych w formule ppp., stanowiłyby ryzyko podmiotu publicznego. Opisana sytuacja jest przypadkiem kompensacyjnym. Przypadek ten w umowach partnerstwa jest zdarzeniem powodującym po stronie prywatnej podwyższenie kosztów wykonania zobowiązań przez partnera prywatnego lub inne skutki określone zgodnie z umową np. konieczność wydłużenia terminu realizacji określonego zadania, którego zaistnienie, jako ryzyko przyjął na siebie w umowie o ppp. podmiot publiczny⁷⁶³.

Natomiast, gdyby epidemia została uznana za siłę wyższą, sytuacja stron umowy kształtowałaby się odmiennie. Niewykonanie umowy z powodu siły wyższej powoduje z reguły, że ryzyko związane z nim dzielone jest pomiędzy obie strony umowy. Rozwiązania mające na celu neutralizację skutków siły wyższej dobiera się w zależności od specyfiki przedsięwzięcia ppp. i analizy konkretnego przypadku. W ramach umów o ppp. siłę wyższą definiuje się najczęściej jako „zdarzenia mające istotny wpływ na wykonywanie kontraktu, na które żadna ze stron nie ma wpływu, przed wystąpieniem których nie mogła się zabezpieczyć przed zawarciem umowy, których żadna ze stron nie mogła uniknąć czy im zapobiec oraz które nie zostały wywołane przez żadną ze stron”⁷⁶⁴. Mając na uwadze powyższe, należy zastanowić się nad obowiązkiem

⁷⁶² Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej, Wytyczne PPP, t. 3, Umowa o PPP, Warszawa 2019, s. 40–41, strona internetowa: <https://www.ppp.gov.pl> (dostęp z dnia 18 grudnia 2020 r.).

⁷⁶³ Ibidem, s. 41.

⁷⁶⁴ Ibidem, s. 42.

stosowa art. 15r specustawy 1.0. Zgodnie z art. 15v tej samej ustawy, wyżej wymieniony przepis nie narusza praw stron umowy, wynikających z przepisów prawa cywilnego. z zastrzeżeniem okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, które nie mogą stanowić samodzielnej podstawy

do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy. Ponadto, zmianę umowy można dokonać na podstawie klauzuli z łac. *rebus sic stantibus*, zawartej w art. 357¹ kc.⁷⁶⁵ Oznacza to, że strony umowy o ppp. nie są obowiązane do korzystania z rozwiązań wskazanych w specustawie 1.0 w celu dokonania zmiany umowy, lecz mogą to uczynić dotychczasowe postanowienia. Omawiany art. 15r specustawy 1.0 dotyczy podmiotów, które nie ujęły w umowach o partnerstwo. klauzul umownych o siły wyższej lub nadzwyczajnej zmiany okoliczności.

W tym miejscu należy podkreślić, iż ustawa o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁷⁶⁶ wprowadziła zmiany w ramach tzw. tarczy anty kryzysowej. W stosunku do przedsięwzięć ppp. wspomniana ustawa wprowadziła m.in. rozwiązania związane z⁷⁶⁷:

- 1) obligatoryjnym dokonaniem przez zamawiającego zmiany umowy o zamówienie publiczne (w tym również umów o ppp.) w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 wpływają na należyte wykonanie tej umowy, o którym mowa w art. 77 pkt 20 specustawa 4.0;
- 2) zakazem potrącenia przez zamawiającego (podmiot publiczny) kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1 specustawy 1.0, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także zakaz dochodzenia przez zamawiającego (podmiot publiczny) przez zamawiającego zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Wspomniane zakazy obowiązują w okresie stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, o którym mowa w art. 77 pkt 21 specustawa 4.0;

⁷⁶⁵ Zgodnie z art. 357¹ kc.⁷⁶⁵, „Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy”.

⁷⁶⁶ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1086 z późn. zm.), powołana dalej jako „specustawa 4.0”.

⁷⁶⁷ Strona internetowa: <https://bip.kprm.gov.pl/kpr/bip-rady-ministrow/prace-legislacyjne-rm-i/prace-legislacyjne-rady/wykaz-prac-legislacyjny/r4895620203,Projekt-ustawy-o-doplatach-do-oprocentowania-kredytow-bankowych-udzielanych-na-z.html> (dostęp z dnia 21 grudnia 2020 r.).

- 3) zniesieniem obowiązku żądania wadium od partnerów prywatnych, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, o którym mowa w art. 93 w zw. z art. 77 specustawa 4.0;
- 4) obowiązkiem podmiotu publicznego do wypłacenia wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy w sprawie zamówienia publicznego lub udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, o którym mowa w art. pkt 24 specustawy 4.0.

W Polsce niektóre przedsięwzięcia publiczno-prywatne są realizowane jako projekty hybrydowe⁷⁶⁸, które są finansowane ze środków pochodzących od partnera prywatnego oraz z funduszy unijnych. W tego rodzaju przedsięwzięciach istotna jest procedura rozliczenia projektu, za który częściowo odpowiada podmiot finansujący przedsięwzięcie w osobie partnera prywatnego⁷⁶⁹. W ramach tzw. tarczy antykryzysowej została również uchwalona ustawa w dniu 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r.⁷⁷⁰ Wspomniana specustawa funduszowa wprowadziła rozwiązania, które mogą być istotne z punktu widzenia hybrydowych projektów ppp.⁷⁷¹, a mianowicie:

- 1) umożliwia dokonanie zmiany zatwierdzonych kryteriów wyboru projektów; dokonywanie zmian w projekcie skutkujących niespełnieniem kryteriów wyboru projektów, na podstawie art. 4 pkt 1 specustawy funduszowej – w celu ograniczenia negatywnego wpływu wystąpienia COVID-19 na realizację programu operacyjnego komitet monitorujący może w każdym czasie zmienić zatwierdzone kryteria wyboru projektów z uwzględnieniem celów programu operacyjnego);
- 2) uznanie środków za wydatki kwalifikowalne w sytuacji braku możliwości realizacji celu ponoszonych wydatków wskutek wystąpienia COVID-19, na podstawie art. 6 pkt 1

⁷⁶⁸ W rozumieniu art. 34 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818), powołana dalej jako „ustawa wdrożeniowa”, projekt hybrydowy polega na wspólnej realizacji projektu przez partnerstwo publiczno-prywatne w rozumieniu art. 2 pkt 24 rozporządzenia ogólnego (tj. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347, s. 320), utworzone w celu realizacji inwestycji infrastrukturalnej. Inwestycją infrastrukturalną jest budowa, przebudowa lub remont obiektu budowlanego lub wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem przedmiotem tej inwestycji za wynagrodzeniem.

⁷⁶⁹ Zob. R. Cieślak, Projekty hybrydowe w: Partnerstwo publiczno-prywatne..., s. 77 i n.

⁷⁷⁰ Ustawa z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. poz. 694), powołana dalej jako „specustawa funduszowa”.

⁷⁷¹ Specustawa funduszowa – szczególne rozwiązania wspierające realizację i rozliczanie projektów unijnych w dobie pandemii COVID-19, strona internetowa: <http://www.parp.gov.pl> (dostęp z dnia 20 grudnia 2020 r.).

- specustawy funduszowej - w przypadku gdy na skutek wystąpienia COVID-19 niemożliwa okazała się realizacja celu, na który został poniesiony wydatek, wydatkowane środki w projekcie mogą zostać uznane za wydatki kwalifikowalne, jeżeli beneficjent wykaże, że z dochowaniem należytej staranności i w odpowiednim czasie podejmował niezbędne działania służące ich odzyskaniu, albo że ich odzyskanie nie było możliwe;
- 3) pozwala na dokonanie zmiany regulaminu konkursu lub wezwanie do składania wniosków w trybie pozakonkursowym oraz złożenie spóźnionego wniosku o dofinansowanie, na podstawie art. 7 i 8 specustawy funduszowej – właściwa instytucja przeprowadzająca konkurs albo wybór projektów w trybie pozakonkursowym może zmienić odpowiednio regulamin konkursu albo wezwanie do składania wniosków w trybie pozakonkursowym, w szczególności co do terminu składania wniosków o dofinansowanie projektu, jeżeli na skutek wystąpienia COVID-19 przeprowadzenie konkursu albo wyboru projektów w trybie pozakonkursowym byłoby niemożliwe lub znacznie utrudnione oraz w przypadku gdy uchybienie terminowi na złożenie wniosku o dofinansowanie wynika bezpośrednio z wystąpienia COVID-19, właściwa instytucja może uznać wniosek za złożony z zachowaniem terminu, jeżeli opóźnienie w złożeniu wniosku nie przekroczyło 14 dni;
 - 4) przedłuża terminy na uzupełnienie wniosku o dofinansowanie oraz na poprawienie oczywistej omyłki, na podstawie art. 9 pkt 2 specustawy funduszowej - terminy na uzupełnienie wniosku o dofinansowanie oraz na poprawienie oczywistej omyłki w tym wniosku mogą zostać przedłużone do 30 dni;
 - 5) umożliwia dokonanie zmiany umowy o dofinansowanie projektu albo decyzji o dofinansowaniu projektu ze względu na wystąpienie COVID-19, na podstawie art. 12 ust. 1 specustawy funduszowej - w przypadku gdy na skutek wystąpienia COVID-19 realizacja postanowień umowy o dofinansowanie projektu albo decyzji o dofinansowaniu projektu w zakresie wynikającym z zatwierdzonych kryteriów wyboru projektów jest niemożliwa lub znacznie utrudniona, odpowiednio umowa albo decyzja mogą zostać zmienione na uzasadniony wniosek beneficjenta;
 - 6) wprowadza opcję praca zdalna komisji oceny projektów oraz członków komitetu monitorującego; podejmowanie decyzji w trybie obiegowym, na podstawie art. 16 specustawy funduszowej - prace komisji oceny projektów oraz komitetów monitorujących mogą odbywać się zdalnie, kontrole i audyty mogą zaś zostać wstrzymane lub mogą być prowadzone zdalnie;
 - 7) korygowanie wydatków w przypadku nieprawidłowości indywidualnej wywołanej COVID-19, na podstawie art. 5 ust. 1 i 4 specustawy funduszowej – w przypadku gdy nieprawidłowość indywidualna jest bezpośrednim skutkiem wystąpienia COVID-19,

a beneficjent wykaże, że pomimo dochowania należytej staranności nie był w stanie zapobiec wystąpieniu tej nieprawidłowości, korygowanie wydatków następuje przez pomniejszenie wydatków ujętych w deklaracji wydatków oraz we wniosku o płatność, przekazywanych do Komisji Europejskiej, o kwotę odpowiadającą oszacowanej wartości korekty finansowej wynikającej z tej nieprawidłowości, kwota ta jest pokrywana ze środków budżetu państwa;

- 8) terminy na załatwianie spraw w postępowaniach administracyjnych prowadzonych w związku ze zwrotem środków ulegają przedłużeniu o 3 miesiące; postępowania te mogą również zostać zawieszane na maksymalnie 180 dni; podobnie wykonanie decyzji o zwrocie środków może być wstrzymane na okres do 180 dni;
- 9) Umożliwienie zmiany, przesunięcia albo skrócenia terminów ustawowych, na podstawie art. 28 specustawy funduszowej – w celu ograniczenia negatywnych skutków COVID-19 terminy na dokonanie poszczególnych czynności, określone zgodnie z przepisami ustawy lub wynikające z przepisów ustawy wdrożeniowej, mogą zostać w niezbędnym zakresie zmienione, przesunięte albo skrócone, z inicjatywy właściwej instytucji lub na wniosek beneficjenta.

Skutki epidemii koronawirusa są poważne dla przedsięwzięć publiczno-prywatnych. Natomiast uwagę zwraca elektroniczna komunikacja sektora publicznego, która pozwala przygotować i realizować projekty ppp. Dzięki zdalnej formie komunikacji możliwe jest prowadzenie postępowań negocjacyjnych. Pomimo, iż elektroniczna forma komunikacji zamawiającego z wykonawcami została wymuszona na skutek epidemii, zmiana ta należy do pozytywnych przejawów istniejącego stanu epidemii. Tym samym, zasadne jest postulowanie, aby obecne rozwiązania technologiczne przynajmniej częściowo utrzymały się po ustaniu zagrożenia epidemiologicznego. Natomiast negatywnie należy ocenić rozwiązania prawne wprowadzone przez tzw. tarczę antykryzysową. Zastosowanie art. 15r specustawy 1.0, dotyczącego zmiany umowy, powoduje on trudności w interpretowaniu. Ponadto, art. 15r ust. 4 specustawy 1.0, w kwestii zmiany umowy o ppp. odsyła do art. 144 ust. 1 pkt 3 upzp. Podmioty korzystające z tego przepisu zobowiązane są do udzielenia informacji, w tym przedstawieniu dowodów uzasadniających dokonanie zmiany umowy. Natomiast decyzję w tym zakresie pozostawiono podmiotowi publicznemu. W tej sytuacji to podmiot ten będzie decydował o zmianie umowy, w oparciu o subiektywną ocenę informacji przedstawianych przez partnerów prywatnych. Takie rozwiązanie może uniemożliwiać szybkie i skuteczne wprowadzenie zmian uwzględniających wpływ COVID-19. Specustawa 1.0 nie zobowiązuje strony do stosowania niniejszej regulacji, z wyjątkiem zakazu odstępowania od umów na podstawie, która nie może stanowić samostojącej podstawy. Natomiast przepisy tzw. tarczy antykryzysowej umożliwiły zawieranie umów w postaci elektronicznej.

Rozwiązanie to jest zasadne ze względu na spór w zakresie stosowania tej formy w oparciu o art. 78¹ § 2 kc. Ponadto dobrze należy ocenić specustawę funduszwą, która ma zastosowanie do projektów hybrydowych ppp. Przepisy tej specustawy pozwalają na wydłużanie terminów dokonywania określonych czynności, dokonanie zmian umów o dofinansowanie, elektroniczną pracę organów, łagodzenie skutków wystąpienia nieprawidłowości w realizowanych projektach oraz na dokonanie zmian umów o dofinansowanie⁷⁷².

4.7. Wnioski częściowe

Analiza stosowania ppp. w praktyce oraz jego wpływu na finanse publiczne zaprezentowana w rozdziale czwartym pozwoliła na sformułowanie poniższych wniosków częściowych.

Po pierwsze, ppp. umożliwia partnerowi prywatnemu realizację zadań publicznych we współpracy z podmiotem publicznym. Korzyścią płynącą z tej instytucji jest alokacja ryzyka między stronami partnerstwa i wykorzystanie doświadczenia strony prywatnej w prowadzeniu działalności gospodarczej. Powyższe rozwiązanie pozwala podmiotom publicznym wykonać przedsięwzięcia, których nie są w stanie zrealizować. Przedmiotowa instytucja zwiększa dostępność usług publicznych i podnosi ich jakości. Ponadto jest jednym z instrumentów realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych, które po dokonaniu analizy pozwala na stwierdzenie, czy korzystne jest zrealizowanie danej inwestycji w formule partnerstwa lub zamówień publicznych albo koncesji na roboty budowlane lub usługi. Dodatkowo, partnerstwo pozwala na uzyskanie oszczędności wydatków publicznych, poprzez sfinansowanie przez partnera prywatnego realizacji zadań publicznych. Należy pamiętać, aby przedsięwzięcia ppp. były zgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Większa część jst. w Polsce dotknięta jest deficytem budżetowym, polegającym na przewadze wydatków nad dochodami. Deficyt ten jest sfinansowany przychodami pochodzącymi m.in. z kredytów, pożyczek, prywatyzacji majątku jednostki samorządu terytorialnego, spłaty udzielonych pożyczek w latach ubiegłych. Sytuacja finansów publicznych na szczeblu samorządowym i zobowiązania wynikające z konieczności dostarczenia usług publicznych społeczności lokalnej sprawiło, że podmioty publiczne poszukują alternatywnych form realizacji zadań publicznych przy minimalnym wkładzie własnym. Część jsfp. do realizacji powierzonych przez ustawodawcę zadań wykorzystują dotacje unijne. Jednostki te głównie wykorzystują zamówienia publiczne do tworzenia infrastruktury publicznej lub do świadczenia usług. Jednakże zainteresowanie partnerstwem powoli wzrasta, tym samym efektywności

⁷⁷² R. Cieślak, Wpływ pandemii Covid-19 na realizację projektów w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji na roboty budowlane lub usługi, *Finanse Komunalne*, 2020, nr 3, s. 53 i 54.

realizowania zadań publicznych wpływa na wynik finansowy sektora finansów publicznych.

Po drugie, przepisy uppp. zawierają normy ostrożnościowe. Wprowadzony został obowiązek określenia łącznej kwoty zobowiązania finansowego z tytułu umów ppp. w ustawie budżetowej. Ponadto ustawodawca przewiduje konieczność uzyskania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych w przypadku finansowania przedsięwzięcia ppp. ze środków budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100 000 000 zł. Powyższa zgoda będzie potrzebna w przypadku rozporządzenia środkami budżetu państwa oraz niezależnie od zgód lub pozwoleń wymaganych od innych organów publicznych. Oznacza to, że w przedsięwzięciach publiczno-prywatnych istotne będzie prawidłowe definiowanie środków jako pochodzących z budżetu państwa. Natomiast zgody ministra do spraw finansów publicznych będzie dotyczyła dużych projektów ppp., wymagających znacznych nakładów z budżetu państwa. Podmiot publiczny będzie mógł złożyć wspomniany wniosek w momencie uzyskania informacji o zakresie planowanego przedsięwzięcia ppp. oraz przewidywanej wysokości środków z budżetu potrzebnych do jego realizacji. Wniosek ten powinien być złożony w formie pisemnej. Ponadto musi on zawierać prognozowaną kwotę środków z budżetu państwa w poszczególnych latach budżetowych potrzebnych do wykonania projektu ppp. Wydanie zgody lub odmowa jej wydania nie jest decyzją i nie przysługuje od niej odwołanie. Jednakże podmiotom publicznym przysługuje skarga do WSA, w przypadku niezyskania zgody na sfinansowanie przedsięwzięcia publiczno-prywatnych.

Po trzecie, w trakcie realizacji przedsięwzięć ppp. występowały trudności, w szczególności w fazie przygotowawczej. Natomiast brak precyzyjnych przepisów nie sprzyja popularyzacji tej formy realizacji zadań publicznych. Dodatkowo podmioty publiczne argumentowały swoją rezygnację z tego rodzaju współpracy międzysektorowej, zbyt surowymi przepisami prawa. Sytuacji nie poprawiała nieufność mediów oraz polityków lokalnych powodująca, że podmioty publiczne nie były zainteresowane partnerstwem.

Doktryna wskazuje na wiele barier, które dotyczą partnerstwo. W polskim ppp. możemy wyróżnić m.in.:

- 1) bariery prawne – w szczególności: brak znajomości przepisów uppp. (wpływało to na niski poziom wszczętych postępowań o partnerstwo), niestabilność interpretacji obowiązujących przepisów prawnych przez Ministerstwa Finansów, niewiedzy pracowników sektora publicznego, co do sposobu wykorzystania przepisów upzp. w umowach ppp. oraz w zakresie procedur ppp.;
- 2) bariery finansowe – przykładowo: realizacja zadań publicznych w formie upzp. jest tańsza w stosunku do partnerstwa, strona prywatna zwróciła uwagę na niedostateczny dostęp do źródeł kapitału obcego oraz poziom środków wymaganych do realizacji inwestycji;
- 3) bariery ekonomiczne, z którą zmagają się sektor prywatny;

- 4) bariery komunikacyjne między stronami ppp. – polegająca na problemie dokonania prawidłowej alokacji ryzyka przez stronę publiczną zmierzająca do przerzucenia jego w całości na partnerów prywatnych;
- 5) bariery społeczne – w szczególności: niskie zaangażowanie społeczeństwa w sprawach publicznych, uwarunkowania polityczne, barierą związane ze sposobem myślenia społeczeństwa;
- 6) bariery instytucjonalne – przykładowo: brak dostatecznych działań edukacyjnych dla stron uczestniczących w ppp., które sygnalizowały małą ilość kierunków studiów i szkół pozwalających uzyskać wiedzę oraz umiejętności dotyczących realizacji ppp., wysokie koszty edukacji.

W celu stworzenia warunków rozwoju ppp. w Polsce istotne jest podjęcie działań zmierzających do zaktywizowania większej liczby podmiotów publicznych do tej formy współpracy międzysektorowej, a w szczególności:

- 1) upowszechnianie wiedzy o partnerstwie i przepisach unijnych, przede wszystkim w formie zcentralizowanego przepływu wiedzy oraz kampanii medialnej;
- 2) wyciąganie wniosków z błędów popełnianych przez inne kraje stosujące partnerstwo do realizacji przedsięwzięć;
- 3) pomoc w dokonywaniu interpretacji przepisów uppp. i regulacje unijne;
- 4) wdrożenie zasady przejrzystości na każdym etapie realizacji projektów w ramach ppp.

Partnerstwo publiczno-prywatne to forma współpracy, która pozwala odciążyć finanse publiczne i przeznaczyć środki finansowe na inne inwestycje. Jednakże wymaga od podmiotów publicznych spojrzenia na przedsięwzięcie ppp. pod kątem zagadnień społeczno-politycznych, ekonomicznych i prawnych.

W związku z tym, że partnerstwo wyodrębnione w systemie zamówień publicznych, obok umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz zamówień publicznych, obliguje to podmioty publiczne do znajomości przepisów uukrbu. i upzp. Wiedza ta pozwala dokonać prawidłowej analizy i podjęcia decyzji co do wyboru odpowiedniej formy realizacji przedsięwzięcia oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych. Wybór partnera prywatnego odbywa się na podstawie art. 4 uppp. Wspomniany przepis nie zawiera procedury wyboru partnera prywatnego, a posiada tylko normy odsyłające do innych ustaw proceduralnych, tj. upzp. i uukrbu. Dopiero po spełnieniu określonych przesłanek, podmiot publiczny jest uprawniony do ich zastosowania. Pomimo regulacji art. 7 uppp., wspomniane przepisy będą miały także zastosowanie do umów o ppp. zawartych na podstawie ustaw proceduralnych. Ponadto, przepis art. 4 ust. 1 i 2 uppp. umożliwia zniwelowanie ryzyka wyboru niewłaściwej procedury wyłonienia partnera prywatnego przez zastosowanie trybu upzp. również, przy spełnieniu warunków określonych

w art. 3 uukrbu.

Wyłonienie partnera prywatnego może również odbyć się z wyłączeniem wspomnianych ustaw proceduralnych. Jednakże podmiot publiczny dokonuje tego z zachowaniem uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności znaczenia tych zasad należy szukać w prawie UE i wytycznych KE. Natomiast w sytuacji wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością, do wyłonienia strony prywatnej odbywa się na podstawie trybu określonego w art. 38–42 ugn.

Należy dodać, iż art. 4 uppp. nie zawiera regulacji dotyczącej środków ochrony prawnej przysługujących partnerom prywatnym. Brak ten powinien zostać uzupełniony przez ustawodawcę przez wprowadzenie do niej normy pozwalającej na korzystanie ze środków ochrony prawnej w sposób podobny, jak zostało określone w upzp. i uukbru.

Podmiot publiczny w celu wyłonienia partnera prywatnego zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikuje ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wskazując w nim, że postępowanie ma na celu zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wyboru partnera prywatnego dokonuje się poprzez wyłonienie najlepszej oferty, którą ocenia się w oparciu o kryteria określone w art. 6 uppp. Wspomniana regulacja zawiera otwarty katalog kryteriów oceny ofert, które mogą być zastosowane przez podmioty sektora publicznego. Kryteria te stanowią kluczowe wsparcie dla organizatorów partnerstwa, gdyż odpowiadają charakterystyce ppp. i są wyrażone w ustawach proceduralnych. W porównaniu do zamówień publicznych, w partnerstwie kryterium oceny ofert nie może być cena. Powodem tego są trudności w oszacowaniu wartości ceny danego projektu ppp., z uwagi na długoterminowość i konieczność podziału ryzyka pomiędzy stronami. W wyborze najkorzystniejszej oferty możliwe jest użycie jednego lub obu kryteriów oceny ofert w postaci bilansu wynagrodzenia i kosztu w ramach tego samego postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego. Natomiast nie mogą być to jedyne kryteria, gdyż muszą być również zastosowane inne kryteria. Ustawodawca dopuszcza możliwość wykorzystania kryteriów wymienionych w art. 6 ust. 3 uppp. lub spoza tego katalogu, pozostawiając w tym zakresie swobodę podmiotowi publicznemu. Analizując art. 6 uppp. można dostrzec, iż niektóre pojęcia oraz zasady (np. zasada efektywności) nie są zdefiniowane w partnerstwie. W tym zakresie wydaje się słuszne *de lege ferenda* uregulowana w przepisach uppp. np. kryteriów VfM, które są istotne z punktu widzenia powodzenia przedsięwzięć realizowanych w ramach partnerstwa. Katalog kryteriów zawarty w art. 6 uppp. ma charakter otwarty. Natomiast istotne jest ich prawidłowe sformułowanie przez podmiot publiczny w sposób jednoznaczny, precyzyjny, niebudzący wątpliwości interpretacyjnych i pozwalający na porównanie ofert.

Natomiast zanim zostanie przeprowadzone postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego, Ustawodawca w nowelizacji uppp. zobowiązał podmioty publiczne do dokonanie

oceny efektywności przedsięwzięcia realizowanego w ramach ppp. Polega to na sporządzeniu oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych. W tym zakresie podmiot publiczny uwzględnia w szczególności zakładany podział zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, szacowane koszty cyklu życia przedsięwzięcia i czas niezbędny do jego realizacji oraz wysokość opłat pobieranych od użytkowników, jeżeli takie opłaty są planowane, oraz warunki ich zmiany.

Celem dokonania tej oceny jest umożliwienie podmiotowi publicznemu sprawdzenie słuszności wykorzystania ppp. do realizacji danego przedsięwzięcia. Przepisy u PPP. nie przewidują sankcji w przypadku niedokonania oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia przez podmioty publiczne. Ustawodawca przyjął, iż podmioty sektora publicznego nie będą uchylały się od jego stosowania. Obszar przeprowadzonej oceny będzie w sposób indywidualny określany przez podmiot publiczny. Natomiast prawidłowo przeprowadzona analiza pozwoli na zminimalizowanie ryzyka dotyczącego wyboru niewłaściwego lub nieoptymalnego modelu realizacji danego projektu ppp. Dodatkowo daje możliwość na ograniczenie zagrożenia związanego z nieprawidłowego oszacowania kosztów i planowanych zysków projektu ppp.

Nowelizacją u PPP. uprawniła podmioty publiczne do uzyskania od ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego niewiążącej opinii o planowanej inwestycji w ramach ppp. tzw. certyfikacja⁷⁷³ na podstawie art. 3b ust. 1 i 2 u PPP. Do wspomnianego wniosku, dołącza się ocenę, efektywności realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa. W przypadku pozytywnej opinii o planowanym ppp. może wesprzeć decyzje o podjęciu realizacji projektu w tej formule. Natomiast negatywna opinia wskaże braki i błędy w tych pracach, umożliwiając poprawę jakości planowanych projektów ppp. dając tym samym szansę ich powodzenia oraz pozytywne efekty. W takiej sytuacji podmiot publiczny może zrezygnować lub zmodyfikować sposób realizacji zadań publicznych w formie ppp. Opinia ma pozytywne znaczenia również dla strony prywatnej. Umożliwia partnerom prywatnym selekcję postępowań o wybór partnera prywatnego i dokonanie wyboru lepiej przygotowanych projektów, finalizującym się zawarciem umowy.

Ponadto nowelizacja u PPP. wprowadziła obowiązek przeprowadzenia tzw. testu ppp. Jest on wykonywany dla planowanych przez podmiot publiczny inwestycji, których kwota finansowania z budżetu państwa przekracza 300 000 000 zł. Polega on na zweryfikowaniu inwestycji, czy realizacja inwestycji nie byłaby efektywniejsza w ramach ppp. Opinie wydaje się na wniosek podmiotu sektora publicznego i nie jest ona dla niego wiążąca. Natomiast podmiot publiczny w celu uniknięcia przeprowadzenia testu ppp. nie może dzielić danego przedsięwzięcia

⁷⁷³ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333), s. 28.

na kilka inwestycji, aby pomniejszyć jej wartość. Opinia ta nie jest wymagana, jeżeli inwestycja będzie realizowana w ramach ppp. albo koncesji na roboty budowlane lub usługi. Nie musi być przeprowadzana także, gdy inwestycja będzie współfinansowana ze środków unijnych oraz inwestycji dotyczących obronności lub bezpieczeństwa. Test ppp. będzie dotyczył największych projektów. Oznacza to, że wydanie pozytywnej opinii będzie wiązało się dla podmiotu publicznego z koniecznością uzyskania zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych na sfinansowanie z budżetu państwa przedsięwzięcia realizowanego w ramach partnerstwa, o której mowa w art. 18 uapp. Sytuacja taka może skutkować powstaniem dodatkowych barier prawnych, ponieważ „test ppp.” dotyczy partnerstwa nie planowanego, uzyskanie zgody na podstawie art. 18 uapp. odnosi się do inwestycji planowanej w formule ppp. W konsekwencji może przełożyć się na niechęć podmiotów publicznych do realizacji dużych projektów w formule ppp.

Po czwarte, epidemia wirusa SARS-CoV-2 wymusiła na podmiotach publicznych i prywatnych wykorzystanie zdalnych środków komunikacji w celu przygotowania i realizowania projektów ppp. Ponadto przepisy specustawy 2.0 pozwoliły na zawiązywanie umów w formie elektronicznej. Natomiast normy specustawy wdrożeniowej przedłużyły terminy na przeprowadzenie określonych czynności oraz umożliwiły zneutralizowanie niepożądanych skutków powstających przy realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych, a także dały podstawę na dokonanie zmian umów o dofinansowanie w projektach hybrydowych ppp.

Jednakże, w wyniku epidemii powstały nowe bariery prawne, które stoją w opozycji do idei ppp. Rozwiązania zawarte w specustawie 1.0, dotyczące zmiany umowy o ppp., powodują problemy interpretacyjne i organizacyjne. Natomiast decyzję w tym zakresie pozostawiono podmiotom publicznym. Takie rozwiązanie może uniemożliwiać szybkie i skuteczne wprowadzenie zmian uwzględniających wpływ COVID-19. Specustawa 1.0 nie zobowiązuje strony do stosowania niniejszej regulacji, z wyjątkiem zakazu odstępowania od umów przez stronę prywatną z powodu epidemii wirusa SARS-CoV-2.

Wnioski końcowe

Problemem badawczym niniejszej rozprawy była odpowiedź na pytanie, czy obowiązujący w Polsce system prawny realizacji zadań publicznych w ramach ppp. jest skonstruowany w sposób prawidłowy. Odnosząc się do tak postawionego pytania, na podstawie przeprowadzonej analizy należy stwierdzić, iż obecnie obowiązujący system realizacji zadań publicznych w Polsce w ujęciu partnerstwa jest skonstruowany w sposób wadliwy. Nieprawidłowości w funkcjonowaniu ppp. dotyczą błędnego interpretowania obowiązujących przepisów przez partnerów prywatnych i podmioty publiczne oraz niedoprecyzowanie pojęć występujących w uppp. Ponadto zauważyć można brak odpowiednich ram instytucjonalnych i prawnych. Niniejsza dysertacja ukazuje, iż syntetyczne uregulowanie przedmiotowej instytucji w polskim systemie prawnym oraz wyeliminowanie wszelkich kwestii spornych istniejących na gruncie przepisów normujących ppp., powinno wpłynąć na skuteczność i efektywność stosowania tej formy realizacji zadań publicznych.

Konstrukcja problemu badawczego pozwoliła na dokonanie oceny instytucji partnerstwa w polskim systemie prawnym oraz zaproponowanie zmian legislacyjnych umożliwiających jej skuteczne wykorzystanie w realizacji zadań publicznych. Ponadto, analiza przeprowadzona w niniejszej pracy pozwoliła na sformułowanie wniosku, że ppp. jest skutecznie wykorzystywane w wielu państwach, w szczególności przez podmioty publiczne w Wielkiej Brytanii, Kanadzie oraz Niemczech. Badania te również potwierdzają, iż wpływ na poziom efektywności zastosowania partnerstwa ma odpowiednio unormowany system prawny regulujący tę instytucję.

Analizy i rozważania przeprowadzone w pracy zmierzają do realizacji celu badawczego, którym było zbadanie przyczyn niewykorzystywania instytucji partnerstwa w realizacji przedsięwzięć będących zadaniami publicznymi i prowadzą do zaprezentowanych poniżej wniosków.

Po pierwsze, podstawą prawną stosowania ppp. w realizacji zadań publicznych jest uppp. Zgodnie z przedmiotową ustawą, partnerstwo polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartego na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. W tym celu niezbędna jest współpraca dwóch sektorów: sektora publicznego odpowiedzialnego za realizację zadań publicznych oraz sektora prywatnego, którego celem jest osiągnięcie zysku. Współpraca ta jest nawiązywana celem realizacji przedsięwzięcia opartego na podziale zadań i ryzyka pomiędzy stronami partnerstwa. Podstawą do zawarcia tego porozumienia jest umowa ppp., która określa prawa i obowiązki stron. Przedmiotowa instytucja pozwala na zaangażowanie kapitału prywatnego umożliwiającego przeprowadzenie inwestycji, które nie mogłyby być zrealizowane w sytuacji znacznego ograniczenia budżetowego, szczególnie w warunkach

kryzysowych oraz w okolicznościach powodujących konieczność zmniejszenia wydatków i deficytu budżetowego. Wykorzystanie tej formy realizacji zadań publicznych daje możliwość wprowadzenia konkurencyjności na rynkach dotychczas zmonopolizowanych przez podmioty publiczne, poprzez aktywizację sektora prywatnego w tych obszarach. Oznacza to, że wykonywanie zadań publicznych będzie podlegało warunkom rynkowym, powodując wzrost ich efektywności oraz jakości. Zwiększenie wspomnianej efektywności w formule ppp. jest dokonywane poprzez wykorzystanie zasobów i generowanie wartości handlowej z aktywów sektora publicznego. Odbywa się to poprzez wykorzystanie technologii i rozwiązań będących w posiadaniu podmiotów prywatnych, np. metod nowoczesnego zarządzania.

Z drugiej strony należy jednak zauważyć, że nie wszystkie podmioty mogą być stronami ppp. Negatywnie ocenić należy obowiązujący art. 2 ust. 1 lit. a uppp. W rozumieniu przytoczonego przepisu, podmiotami publicznymi nie mogą być państwowe lub samorządowe osoby prawne w postaci: przedsiębiorstwa, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczych Łukasiewicz, banków i spółek prawa handlowego. Ograniczenie to wynika wprost z treści art. 9 ufp., tym samym zawężając katalog podmiotów mogących realizować przedsięwzięcia ppp. *De lege ferenda*, należałoby jednak postulować zmianę poprzez zniesienie tego rodzaju ograniczenia formułując odpowiedni zapis w uppp. Pozwoliłoby to na szersze wykorzystanie instytucji partnerstwa w Polsce przez podmioty dotychczas wyłączone w tym zakresie. Dzięki takiemu rozwiązaniu, instytucja partnerstwa mogłaby uzyskać dynamikę w realizacji projektów oraz wpłynąć na skuteczność stosowania przedmiotowej instytucji w Polsce.

Kolejnymi podmiotami wyłączonymi z możliwości uczestniczenia w przedsięwzięciach ppp. są: organizacje pozarządowe, kościoły i związki wyznaniowe. Pozytywnie ocenić należy *de lege lata*, gdyż partnerem prywatnym mogą być podmioty posiadające status przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznego. Oznacza to, iż ustawodawca wyklucza organizacje realizujące zadania o charakterze publicznym, które ponoszą nakłady i biorąc na siebie ryzyko gospodarcze *pro publico bono*.

Po drugie, ppp. nie ogranicza się wyłącznie do przedsięwzięć o charakterze inwestycyjno-usługowym. Należy nadmienić, iż pojęcie „przedsięwzięcia” znaczeniem obejmuje pojęcie „zadań publicznych”. Stąd też poprzez partnerstwo można realizować projekty w postaci: budowy lub remontu obiektu budowlanego; świadczenia usług; wykonania dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność; lub inne świadczenie. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż nie mamy do czynienia z katalogiem zamkniętym. Jednakże cechą odróżniającą ppp. od tradycyjnego modelu realizacji zadań publicznych jest powiązanie danego przedsięwzięcia z czynnościami polegającymi na utrzymaniu lub zarządzaniu składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji

przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Bez elementu utrzymania lub zarządzania realizacją przedsięwzięcia będzie zwykłym zamówieniem publicznym.

Po trzecie, regulacje unijne dotyczące partnerstwa, są wytycznymi udzielonymi państwom członkowskim, co do sposobu wykorzystywania przedmiotowej instytucji w realizacji przedsięwzięć. Ponadto, wspomniane normy prawa unijnego stanowią podstawę do implementacji ppp. na gruncie prawa krajowego. Należy nadmienić, iż regulacje unijne normują kwestie: zapewnienia otwartego rynku i konkurencji, zabezpieczenia interesu publicznego i maksymalizacji korzyści dla społeczeństwa, uzyskania pełnej kompatybilności między rozwiązaniami ppp. a zasadami pomocy publicznej, zdefiniowania poziomów grantów unijnych.

Geneza współpracy publiczno-prywatnej na terytorium Polski sięga czasów rozbiorów. Natomiast pierwszym aktem prawnym w całości poświęconym kwestii ppp. w Polsce była uppp. z dnia 28 lipca 2005 r. Jednakże z powodu braku zainteresowania tą formą współpracy międzysektorowej, uchwalono uppp. z 2008 r., która obowiązuje do dziś. Należy zaznaczyć, iż ustawa ta nie reguluje wszystkich kwestii związanych z ppp. w Polsce, a w zakresie nie uregulowanym konieczne jest posługiwanie się przepisami zawartymi w innych ustawach.

W Polsce łącznie zawarto 147 umów ppp. o wartości 7,52 mld zł. W porównaniu do innych krajów (np.: Wielka Brytania, Kanada, Niemcy) wykorzystujących partnerstwo do realizacji zadań publicznych, projekty ppp. w dalszym ciągu stanowią niewielką część wszystkich zamówień publicznych. Tej sytuacji nie poprawiła nowelizacja uppp. z dnia 5 lipca 2018 r.

Po czwarte, na podstawie funkcjonowania partnerstwa w wybranych krajach takich jak: Kanada, Niemcy, Wielka Brytania, można stwierdzić, iż zasadne jest wzorowanie się przez Polskę na propozycjach zmian opracowanych na bazie praktyki tych krajów. Pozwoli to stronie publicznej uniknąć już zidentyfikowane błędy i zagrożenia pojawiające się w ramach współpracy ppp.

W początkowych latach stosowania omawianej instytucji, wspomniane państwa zmagaly się z następującymi problemami: długi czas i kosztowny proces realizacji przedsięwzięcia, nieelastyczność projektów, brak przejrzystości, niewłaściwa alokacja ryzyka między stronami partnerstwa, które przekładało się na nieprawidłowe określenie wynagrodzenia w umowach ppp. W celu przeciwdziałania tym trudnościom, kraje te podjęły takie czynności jak: skrócenie postępowania dotyczącego zawierania umów ppp., wypracowanie standardowego podejścia w kwestiach negocjacyjnych, uelastycznienie możliwości modyfikacji umów, ustanowienie obowiązku przeprowadzenia analizy VfM, powołanie spółką typu *joint venture* lub utworzenie jednostki podlegającej danemu ministerstwu albo komórkom właściwego w celu zarządzania projektami ppp. lub udzielania pomocy podmiotom publicznym. Przeprowadzona analiza w badanych państwach pozwoliła dostrzec, iż na sukces przedmiotowej współpracy między

sektorowej wpływa prawidłowa alokacja ryzyka w przedsięwzięciach publiczno-prywatnych.

Na bazie doświadczeń krajów Kanady, Niemcy, Wielka Brytania, uzasadnione jest m.in. stworzenie jednej centralnej jednostki ds. ppp., która udzielałaby wsparcia doradczego podmiotom publicznym w realizacji projektów, opracowywałaby zalecenia dla wdrażania partnerstwa, a działania jej wspierane byłyby przez administrację rządową. *De lege ferenda*, należałoby postulować możliwość zaadaptowania do tej roli już istniejącego organu w postaci Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, poprzez przyznanie dodatkowych kompetencji. Organ ten byłby właściwy m.in. do: wydania opinii, upowszechniania i promowania dobrych praktyk z zakresu ppp., wsparcia merytorycznego podmiotów publicznych realizujących przedsięwzięcia w ramach partnerstwa. Argumentem przemawiającym za tego typu rozwiązaniem jest to, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest organem właściwym w sprawach zamówień publicznych (art. 466 upzp.) oraz w sprawach koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 52 uukrbu.), a przepisy regulujące wspomniane instytucje mają zastosowanie w wyborze partnera prywatnego w partnerstwie.

Obecnie takim organem właściwym w sprawach ppp. jest minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, o którym mowa w art. 16a ust. 1 uppp. Powyższe działanie ustawodawcy należy ocenić negatywnie, gdyż organ ten dotknięty jest problemem kadencyjności i więzami politycznymi, które ukierunkowane są przez program partii rządzącej. Do wsparcia instytucji ppp. potrzebny jest organ funkcjonujący poza sfery polityczne, a wspierany przez władze państwowe lub wchodzące w strukturę danego ministerstwa.

Na przykładzie niemieckiego ppp., trafne wydaje się *de lege ferenda* powołanie regionalnych jednostek ds. ppp. w każdym województwie. Tego typu jednostki udzielałyby wsparcia doradczego lokalnym podmiotom publicznym i prowadziłyby politykę rozpowszechniającą stosowanie partnerstwa. Podmiot ten mógłby pełnić funkcję mediatora w zakresie formułowania prawidłowej współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi oraz partnerami prywatnymi. Dałoby to możliwość prowadzenia wzajemnych konsultacji oraz wymiany idei na temat potencjalnych przedsięwzięć ppp. pomiędzy stronami partnerstwa. Wspomniane regionalne jednostki ds. ppp. mogłyby przyjmować zgłoszenia projektów opracowanych przez podmioty prywatne lub społeczności lokalne.

W fazie analitycznej danego projektu ważne jest, aby kłaść nacisk na efektywność określonego przedsięwzięcia oraz jego komercyjne i finansowe zamknięcie, które przełożyłoby się na większą liczbę dobrze przygotowanych projektów i zawartych umów. W rozwoju przedmiotowej instytucji należy pamiętać o takich czynnikach, jak: stabilny system prawny, sprzyjająca polityka państwa, silne struktury instytucjonalne, sprawny proces wprowadzania projektów na rynek oraz efektywny podział ryzyka między stronami partnerstwa. Na przykładzie

partnerstwa w Kanadzie należy zauważyć, że Polski sektor publiczny powinien wziąć na siebie ryzyko dochodu lub popytu, oraz części ryzyka finansowania projektu, dzięki temu strona prywatna mogłaby koncentrować się na zarządzaniu ryzykiem budowy i ryzykiem operacyjnym projektu. Polskie ppp. powinno wypracować wewnętrzną dynamikę, która byłaby napędzana przez pomyślnie zrealizowane projekty. Przyciągnęłyby to inwestorów i firmy do udziału w kolejnych postępowaniach przetargowych, co zapewniłoby wysoką konkurencyjność w procedurze wyboru partnera prywatnego i pozwoliłoby uzyskać korzystne warunki ofert. Korzyścią płynącą z partnerstwa dla podmiotu publicznego jest możliwość uzyskania oszczędności w wydatkach oraz podniesienie poziomu świadczonych usług.

Po piąte, kluczowymi rozwiązaniami przyjętymi przez ustawodawcę w przepisach uppp., które mają wpływ na finanse publiczne to: ustalenie łącznej kwoty zobowiązania finansowego z tytułu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, wymóg uzyskania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych na sfinansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa, określenie wpływu zobowiązań wynikających z umów o ppp. na poziom państwowego długu publicznego oraz na deficyt sektora finansów publicznych.

Normy ostrożnościowe wprowadzają obowiązek określenia w ustawie budżetowej nieprzekraczalnego limitu wydatków budżetu państwa związanych z projektami realizowanymi w formule partnerstwa. Na podstawie art. 34 ustawy budżetowej na rok 2019 z dnia 16 stycznia 2019 r. ustalona została łączna kwota w wysokości 1 000 000 000 zł, do której organy administracji rządowej mogły zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o ppp. Natomiast, w art. 34 ustawy budżetowej na rok 2020 przewidywana łączna kwota, do której organy administracji rządowej mogą zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o ppp. wynosi 31 000 000 000 zł. To o 30 000 000 000 zł więcej niż w roku 2019. Powyższa łączna kwota środków budżetowych znajdująca się w ustawie budżetowej nie jest od razu przekazywana organom administracji rządowej na finansowanie zobowiązań wynikających z tytułu umów o ppp., wydatki te są realizowane przez poszczególnych dysponentów w ramach posiadanych środków.

Ponadto, ustawodawca przewiduje konieczność uzyskania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych w przypadku finansowania przedsięwzięcia ppp. ze środków budżetu państwa. Zgoda ta jest potrzebna w dużych projektach zakładających zaangażowanie znacznych środków budżetowych, których wartość przekracza 100 000 000 zł. Wydanie zgody lub odmowa jej wydania, nie następuje w formie decyzji. Oznacza to, że nie przysługuje od niej odwołanie. Natomiast podmiot publiczny będzie uprawniony do skierowania skargi w tej sprawie do WSA. Mając na uwadze powyższe, *de lege ferenda* należałoby postulować o nowelizację treści art. 18 ust. 1 zd. 2 uppp. polegającą na sformułowaniu kryteriów na podstawie których minister właściwy do spraw finansów publicznych będzie wydawał zgodę. Brak jednoznaczności

w tym zakresie negatywnie wpływa na pewności obrotu oraz powoduje kolejne ryzyko prawne dla pomyślności projektu. Ponadto, niezbędne jest jednoznaczne zdefiniowanie pojęcia bezpieczeństwa finansów publicznych, o którym mowa w art. 18 ust. 1 zd. 2 uppp.

Pozytywnie należy ocenić *de lege lata* zasady płynące z art 18a ust. 1 uppp., iż zobowiązania wynikające z umów o ppp. nie wpływają na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych w sytuacji, gdy partner prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu – z uwzględnieniem wpływu na wymienione ryzyka czynników takich jak gwarancje i finansowanie przez partnera publicznego oraz alokacja aktywów po zakończeniu trwania umowy.

Po szóste, w zakresie problematyki prawnej ppp. wskazuje się na pojęcia systemu zamówień publicznych oraz systemu prawa zamówień publicznych, występujące w regulacjach prawa krajowego oraz prawa unijnego. Podkreślono znaczenie upzp. oraz uukrbu., które jest ważne dla realizacji projektów w formule ppp. Zwłaszcza jeśli chodzi o kwestie dotyczące wyboru partnera prywatnego, w którym to procedury jego wyłonienia zawierają elementy negocjacji oraz dialogu konkurencyjnego, będące ważnymi aspektami w dokonaniu prawidłowej charakterystyki danego przedsięwzięcia wykonywanego w formule ppp., a także opisie zadań przypisanych podmiotowi publicznemu i partnerowi prywatnemu wraz z określeniem metody alokacji ryzyka pomiędzy wymienionymi stronami.

Przedmiotowa forma współpracy pozwala chronić finanse publiczne, a środki finansowe przeznaczyć na realizację innych zadań. Jednakże wymaga ona od podmiotów publicznych posiadania wiedzy z zakresu zagadnień społeczno-politycznych, ekonomicznych i prawnych. Ponadto obliguje te podmioty do znajomości przepisów uukrbu. i upzp. oraz przepisów unijnych. Wiedza ta jest niezbędna do przeprowadzenia prawidłowej analizy i podjęcia decyzji co do wyboru odpowiedniej formy realizacji przedsięwzięcia oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych. Wybór partnera prywatnego określa art. 4 uppp. Przepis ten nie zawiera procedury wyboru partnera prywatnego, a jedynie przepisy odsyłające do ustaw proceduralnych, tj. upzp. i uukrbu. Zastosowanie jednej z ustaw proceduralnych może nastąpić po spełnieniu określonych przesłanek w nich zawartych. Wspomniane przepisy będą miały także zastosowanie do umów o ppp. zawartych na podstawie ustaw proceduralnych. Ponadto, przepis art. 4 ust. 1 i 2 uppp. pozwala zniwelować ryzyka wyboru niewłaściwej procedury wyłonienia partnera prywatnego. Natomiast podmiot publiczny może również wyłonić partnera prywatnego z wyłączeniem wspomnianych ustaw proceduralnych. Dokonuje tego z zachowaniem uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności. Wyjaśnienie tych zasad znajdują się w prawie UE i wytycznych KE. Natomiast w sytuacji wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością, do wyłonienia

strony prywatnej odbywa się na podstawie trybu określonego w art. 38–42 ugn. Mając na uwadze powyższe, *de lege ferenda* trafny wydaje się postulat zdefiniowania tych zasad w uppp., umożliwiłoby to uniknięcie problemów interpretacyjnych przy wyborze partnera prywatnego z wyłączeniem ustaw proceduralnych. Należy dodać, iż art. 4 uppp. nie zawiera regulacji dotyczących środków ochrony prawnej przysługujących partnerom prywatnym. Na tej podstawie, trafne wydaje się *de lege ferenda* wprowadzenie przez ustawodawcę normy umożliwiającej korzystanie ze środków ochrony prawnej w sposób podobny, jak to zostało określone w upzp. i uukbru.

Wyboru partnera prywatnego dokonuje się poprzez wyłonienie najlepszej oferty, którą ocenia się w oparciu o kryteria określone w art. 6 uppp. Wspomniana regulacja zawiera otwarty katalog kryteriów oceny ofert. Dokonując analizy art. 6 uppp. należy zauważyć, iż niektóre pojęcia oraz zasady (np. zasada efektywności) nie są zdefiniowane w partnerstwie. W tym zakresie wydaje się słuszne *de lege ferenda* uregulowanie w przepisach uppp. np. kryteriów VfM, które są istotne dla sukcesu realizowanych projektów w ramach partnerstwa. Katalog kryteriów zawarty w art. 6 uppp. ma charakter otwarty. Natomiast podmiot publiczny musi je prawidłowo określić w sposób jednoznaczny, precyzyjny, niebudzący wątpliwości interpretacyjnych i pozwalający na porównanie ofert.

Natomiast zanim zostanie przeprowadzone postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego, podmioty publiczne muszą przeprowadzić ocenę efektywności przedsięwzięcia realizowanego w ramach ppp. Celem jej jest zbadanie zasadności wykorzystania ppp. do realizacji danego przedsięwzięcia. Przepisy uppp. nie przewidują sankcji w przypadku niedokonania wspomnianej oceny efektywności. Na tej podstawie wydaje się słuszne *de lege ferenda* zdefiniowanie pojęcia „efektywność” w przepisach uppp. Prawidłowe ocenienie efektywności umożliwia zminimalizowanie ryzyka dotyczącego wyboru niewłaściwego lub nieoptymalnego modelu realizacji danego projektu ppp. Ponadto pozwala ograniczyć zagrożenia związane z niewłaściwym oszacowaniem kosztów i przychodów projektu ppp.

Nowelizacja uppp. uprawniła podmioty publiczne do uzyskania od ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego niewiążącej opinii o planowanej inwestycji w ramach ppp. tzw. certyfikacja na podstawie art. 3b ust. 1 i 2 uppp. Ponadto wprowadzono też obowiązek przeprowadzenia tzw. testu ppp., który jest wykonywany dla planowanych przez podmiot publiczny inwestycji, o ile kwota finansowania z budżetu państwa przekracza 300 mln zł. Polega on na zweryfikowaniu inwestycji, czy jej realizacja nie byłaby efektywniejsza w ramach partnerstwa. Test ppp. będzie dotyczył największych projektów. Natomiast wydanie pozytywnej opinii będzie wiązało się dla podmiotu publicznego z koniecznością uzyskania zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych na sfinansowanie z budżetu państwa przedsięwzięcia

realizowanego w ramach partnerstwa na podstawie art. 18 u PPP. Może to przyczynić się do powstania dodatkowych barier prawnych, gdyż „test PPP” dotyczy partnerstwa nieplanowanego, a uzyskanie zgody z art. 18 u PPP. odnosi się do inwestycji planowanej w formule partnerstwa. W rezultacie może przyczynić się do zaniechania przez podmioty publiczne realizacji dużych projektów w ramach PPP.

Po siódme, w Polsce możemy wyróżnić bariery uniemożliwiające rozwój PPP., w szczególności zaliczamy do nich: bariery prawne, bariery finansowe, bariery ekonomiczne, bariery komunikacyjne między stronami PPP., bariery społeczne oraz bariery instytucjonalne. Natomiast przyczyna ograniczonego wykorzystywania partnerstwa leży w błędnej interpretacji obecnie obowiązujących przepisów. Wynika to z tego, iż normy prawne regulujące przedmiotową instytucję są skonstruowane w sposób wadliwy, a obecne uwarunkowania prawne wymagają ich doprecyzowania. Do wspomnianej wadliwości konstrukcji prawnej instytucji partnerstwa zaliczamy m.in.:

- 1) brak norm prawnych określających ogólne zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach PPP.;
- 2) brak norm prawnych określających ogólne zasady stosowania instytucji PPP. do realizacji zadań publicznych, na wzór zasad udzielania zamówienia określonych w rozdziale drugim upzp. oraz zasad zawierania umów koncesji określonych w rozdziale trzecim uukrbu.;
- 3) brak precyzyjnego zdefiniowania pojęć np. przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznego oraz posługiwanie się pojęciami niezdefiniowanymi np. współpraca, współdziałanie;
- 4) brak regulacji dotyczących możliwości dokonywania zmian w umowach PPP. lub koncesji, co w obliczu wieloletniej współpracy w ramach PPP. może rodzić w przyszłości istotne problemy prawne;
- 5) brak opcji podziału dialogu konkurencyjnego oraz procedury negocjacji na etapy umożliwiające dokonanie dalszej selekcji partnerów prywatnych;
- 6) brak legalnej definicji pojęć zawartych w kryteriach wyboru partnera prywatnego określonych w art. 6 u PPP.;
- 7) zbyt ogólne określenie procedury wyboru partnera prywatnego na podstawie art. 4 ust. 3 u PPP.;
- 8) brak regulacji dotyczących koordynacji działań związanych z promocją PPP. na szczeblu rządowym wśród urzędów zajmujących się tym zagadnieniem;
- 9) brak regulacji dotyczących utworzenia regionalnych jednostek do spraw PPP.;
- 10) brak regulacji w zakresie ochrony środków prawnych w przepisach u PPP.;
- 11) niezdefiniowanie zasad uczciwej i wolnej konkurencji oraz zasad równego traktowania,

przejrzystości i proporcjonalności.

Niezbędne jest, aby w tym zakresie ustawodawca podjął działania legislacyjne zmierzające do wyeliminowania wspomnianych powyżej wad prawnych. Działania te mogą przyczynić się do wzrostu wykorzystywania ppp. w realizacji zadań publicznych.

Na wszystkich fazach realizacji przedsięwzięć publiczno-privatnych w formule przedmiotowej współpracy międzysektorowej występują komplikacje zarówno na etapie wstępnych przygotowań, jaki i przygotowań merytorycznych. Natomiast podejmowanie decyzji w obliczu nieprecyzyjnych regulacji prawnych, nie zachęca do wykorzystywania formuły ppp. przy wykonywaniu zadań publicznych. Często zainteresowanie partnerstwem nie pokrywało się w konsekwentnych działaniach podmiotów publicznych. Uwarunkowania realizacji projektów w Polsce powodują konieczność podjęcia określonych działań zmierzających do upowszechnienia tej formuły współpracy.

Wspomniane działania powinny zmierzać do wprowadzenia odpowiednich zmian prawnych dotyczących funkcjonowania ppp. w Polsce, które polegałyby m.in. na:

- 1) zobowiązaniu centralnych i regionalnych jednostek ds. ppp. do wsparcia podmiotów publicznych i partnerów prywatnych, w skomplikowanych i długotrwałych procedurach realizacji przedsięwzięć ppp. oraz w wyborze partnera prywatnego;
- 2) stworzeniu wytycznych, mechanizmów lub szkoleń dotyczących zarządzania projektami partnerstwa;
- 3) uregulowaniu w przepisach uPPP. odpowiednich postanowień dotyczących formułowania prawidłowej współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi oraz podmiotami prywatnymi;
- 4) stworzeniu warunków prowadzenia wzajemnych konsultacji oraz wymiany idei na temat potencjalnych przedsięwzięć ppp. pomiędzy podmiotami publicznymi oraz podmiotami prywatnymi;
- 5) wprowadzeniu regulacji prawnych zmierzających do nadania uprawnień do zgłaszania projektów ppp. przez partnerów prywatnych oraz społeczności lokalne. Do przyjmowania i opiniowania tych projektów zobligowane byłyby regionalne jednostki ds. ppp.;
- 6) wprowadzeniu zasad, którymi strony ppp. będą zobligowane do ich stosowania w celu realizacji przedsięwzięcia publiczno-privatnego;
- 7) zdefiniowaniu zasad uczciwej i wolnej konkurencji oraz zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, które mają istotne znaczenie przy wyborze partnera prywatnego z wyłączeniem ustaw proceduralnych;
- 8) wykonywaniu okresowych ewaluacji i aktualizacji „Polityki Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-privatnego”, mające na celu umożliwienie przeprowadzenia zmian

lub zastosowanie instrumentów wspomagających działania wpływające na rozwój ppp. i dostosowania tej formy realizacji zadań publicznych do zmieniających się uwarunkowań społeczno-gospodarczych;

9) zobowiązaniu podmiotów publicznych do wykonywania pełnej analizy prawnej, ekonomiczno-finansowej oraz ryzyka w zakresie wyłonienia optymalnego modelu realizacji zadań publicznych, z jednoczesnym zwróceniem uwagi m.in. na potencjalne korzyści i bariery towarzyszące w projektach ppp.;

10) wprowadzeniu przepisów dotyczących środków ochrony prawnej;

11) wprowadzeniu regulacji umożliwiającej stronom ppp. zawieranie umów w formie elektronicznej oraz zastosowanie tych form we współpracy międzysektorowej.

Powyższe propozycje mogą się przyczynić do wyeliminowania wad w funkcjonowaniu partnerstwa w Polsce. Takie zmiany byłyby zarazem zachętą do szerszego wykorzystywania przedmiotowej instytucji przez podmioty publiczne oraz partnerów prywatnych. Zaproponowane rozwiązania stanowiłyby impuls dla ustawodawcy w zakresie dalszych zmian związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach ppp. Przedmiotowa instytucja powinna być stale dostosowywana do zmieniających się warunków gospodarczych.

Reasumując, przeprowadzona analiza pozwoliła na potwierdzenie przyjętej w rozprawie hipotezy badawczej, zgodnie z którą obecnie obowiązujący system realizacji zadań publicznych w ujęciu ppp. jest skonstruowany w sposób wadliwy. Jedną z wad obowiązującej uppp. jest brak precyzyjnej terminologii oraz posługiwanie się przez ustawodawcę pojęciami, które nie są zdefiniowane w polskim systemie prawnym. Warunków stosowania partnerstwa w Polsce nie poprawia brak profesjonalnej kadry po stronie podmiotów publicznych oraz organów, które byłyby gotowe do właściwego przygotowania i przeprowadzenia ppp. Ważne jest dokonanie takich zmian w uppp., które pozwoliłyby na częściowe wprowadzenie rozwiązań zagranicznych do polskiego ppp. W pracach nad nowelizacją przepisów z zakresu zamówień publicznych i koncesji, ustawodawca powinien rozważyć uelastycznienie norm mające istotne znaczenia dla późniejszego rozwoju partnerstwa w Polsce.

Bibliografia

1. Adamiak B., Z problematyki własności sądów administracyjnych, Warszawa 2006, nr 2.
2. Allen G., „Private Finance Initiative”, House of Commons Research Paper, 01/117, 2001.
3. Alfen H. W., Leupold A., Public Private Partnerships (PPP) in the German Public Real Estate Sector, Germany Real Estate Yearbook 2007.
4. Andrecka M., Zinstytucjonalizowane partnerstwo publiczno-prywatne jako kontrakt/zamówienie mieszane, w: Kania M., Partnerstwo publiczno-prywatne. Teoria i praktyka, Warszawa 2013.
5. Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2011.
6. Baehr J., Kwieciński T., Komentarz do art. 1 w: Baehr J., Czajkowski T. (red.), Dzierżanowski W., Kwieciński T., Łysakowski W., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2006.
7. Bejm M. (red.), Bogdanowicz P., Piotrowski P., Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Warszawa 2010.
8. Barszcz M., Reforma systemu partnerstwa publiczno-prywatnego w Wielkiej Brytanii – implikacje dla systemu polskiego, Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XCIV, 2015.
9. Bieniek G., Ciepła H., Dmowski S., Gudowski J., Kołakowski K., Zychowicz M., Wiśniewski T., Zuławska C., Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2009.
10. Biernat S., Prywatyzacja zadań publicznych, Warszawa 1994.
11. Bitner M., Pałka J., Francuski model partnerstwa publiczno-prywatnego – ewolucja regulacji PPP we Francji, Prawo Ubezpieczeń Gospodarczych 2010, nr 1.
12. Bitner M. Bariery rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego jako metody wykonywania zadań związanych z realizacją inwestycji lokalnych i regionalnych w Polsce. w: Kronenberg-Sokołowska E. (red.), Realizacja zadań publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego we współpracy z sektorem prywatnym. Warszawa: Uniwersytet Warszawski, Centrum Studiów Samorządu Terytorialnego i Rozwoju Lokalnego, Warszawa 2008.
13. Bitner M., Finansowanie strukturalne w jednostkach samorządu terytorialnego – skąd przyszło, dokąd zmierza? w: E. Balcerowicz (red.), Obligacje komunalne w Polsce, „Zeszyty BRE Bank – CASE”, 2006, nr 86.
14. Bitner M., Modele partnerstwa publiczno-prywatnego w krajach Unii Europejskiej, Finanse Komunalne, 2003, nr 8.
15. Bogacz L., Łempicka M., Pyliński G., Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Warszawa 2006.

16. Borodo A., Problematyka prawna ustawy budżetowej, w: *Ex iniuria non oritur ius*. Księga ku czci Profesora Wojciecha Łączkowskiego, Poznań 2003.
17. Bukłaha E., *Outsourcing w opiece zdrowotnej*. Warszawa 2018.
18. Buisson A., *From PF1 to PF2: the reform of the Public Private Partnership model in the UK*, Norton Rose Fulbright LLP, Londyn 2013.
19. Boussbaine A., *Cost planning of PFI and PPP building projects*, Oxford 2007.
20. Brzozowska K., *Partnerstwo publiczno-prywatne – przesłanki, możliwości, bariery*, Warszawa 2006.
21. Bubnowski M.D., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2006.
22. Burnett M., *PPP Contract Manegment – Still in Reed of More Attention?*, EPPPL (European Public Private Partnership Law) 2013, nr 3.
23. Chojna-Duch E., *Dług publiczny i deficyt budżetowy*, w: E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, t. 1, Warszawa 2000.
24. Cieślak R., Korbus B., *Partnerstwo publiczno-prywatne: od pomysłu do wyboru partnera prywatnego*, Warszawa 2014.
25. Corner D., *The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk*, *OECD Journal on Budgeting*, 2006, nr 3.
26. Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.
27. Dauter B., Gruszczyński B., Kabat A., Niezgódka-Medek M., *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Kraków 2006.
28. Delalleau CH., *Des droit et des obligationis des concessionaires de travaux publics*, *Revere de legislation et de jurispridence*, t. 1, Paryż 1834.
29. Doliwa A., *Zobowiązania*, Warszawa 2010.
30. Dyczkowski A., *Nowy Leksykon PWN*, Warszawa 1998.
31. Dylewski M., *Zadłużenie jst – problemy nowej perspektywy finansowej UE*, *Studia ekonomiczne* 2014, s. 129.
32. Falconer P.K., McLaughlin K., 2000, „Public-private partnerships and the «New Labour» government in Britain” w: S.P. Osborne (red.), *Public-private partnership. Theory and practice in international perspective*, Routledge, 2000.
33. Federal P. Screen nastąpiło w ramach pakietu budżetowego 2011. *Por. A Low-Tax Plan for the Jobs and Growth. The Next Phase of Canada’s Economic Action Plan. Tabled in the House of Commons by the Honourable James M. Flaherty, Minister of Finance*, 2011.
34. Feldo K., *VAT w partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2011.

35. Freiherr G., Public Private Partnership in der Bauleitplanung – Möglichkeiten und Grenzen, Monachium 2000.
36. Frier P.L., Petit J., *Precis de droit administratif*, Paryż 2010.
37. Fundowicz S., Dynamiczne rozumienie zadania publicznego, w: J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Janowi Bociowi*, Wrocław 2009.
38. Gajewska-Jedwabny A (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne*, Warszawa 2011.
39. Gas T., Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrags, *Di Verwaltung* 2012, nr 1.
40. Glumińska-Pawlic J., Idea partnerstwa publiczno-prywatnego a polskie regulacje prawne, w: Kania M. (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013.
41. Gonet W., *Komentarz do ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Wzory umów i pism*, Warszawa 2009.
42. Gonet w., *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2010.
43. Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009.
44. Groszyk H., Korybski A., O pojęciu interesu w naukach prawnych (przegląd wybranej problematyki z perspektywy teoretycznoprawnej), w: *Pojęcie interesu w naukach prawnych, prawie stanowionym i orzecznictwie sądowym Polski i Ukrainy*, Lublin 2006.
45. Grzybowski W., *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ramy określające standardową zawartość*. Ministerstwo Gospodarki. Departament Instrumentów Wsparcia, Warszawa 2007.
46. Grzybowski W., *Droga prywatna? Przegląd Komunalny*, 2006.
47. Grzybowski W., *PPP – realia czy mrzonki?*, *Przegląd Komunalny* 2013/1(256).
48. Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2008, s. 218 oraz Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 2, Warszawa 2002.
49. HM Treasure, *A new approach to public private partnerships*, Londyn 2012.
50. Hausmann F.L., Gueisner G., *In hous contract and inter – municipal Cooperation – Exception from the European Union Procurement Law should be applied in caution*, *EPPPL (European Public Private Partnership Law)* 2013, nr 3.
51. Hansen C. *Contracts not covered or not fully covered by the Public sector Directive*, DJOF Publishing 2012.
52. Heinz W., Sholz C., *Public-private Partnership im Stadtebau; Erfahrungen aus der kommunalen Praxis*, Stuttgart 1996.
53. Herbst I., Jadach-Sepiolo A., Korczyński T., *Raport o partnerstwie publiczno-prywatnym w Polsce*, Centrum Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, Warszawa 2013.

54. Herbst I., Jadach-Sepioło A., Partnerstwo publiczno-prywatne. Raport z analizy danych zastanych, Warszawa 2012.
55. Herbst I., Jadach-Sepioło A., Marczevska E., Raport z badania wśród polskich przedsiębiorców, PARP, Warszawa 2012.
56. Herbst I., Jagusztyn-Krynicky T., Raport z badania rynku PPP wśród przedsiębiorców, firm doradczych i instytucji finansowych, sporządzony na potrzeby „Analizy potencjału podmiotów publicznych i przedsiębiorstw do realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego” dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, PARP, Warszawa 2013.
57. Iserzon E., Prawo administracyjne, Warszawa 1986.
58. Jachowicz A., Partnerstwo publiczno-prywatne narzędziem efektywnej realizacji zadań publicznych. Warszawa 2015.
59. Jedwabny T., Richards L., Charakterystyka transakcji PPP, w: Gajewska-Jedwabny A. (red.), Partnerstwo publiczno-prywatne, Warszawa 2007.
60. Kania M., Legal Aspect of New Possibilities for Foreign Entrepreneurs, w: Free Movement of Goods and Persons Cross The Polish-Czech-Slovak Border. Legal Differences and Similarities, B. Mikołajczyk (red.), Katowice 2012.
61. Kania M., Partnerstwo publiczno-prywatne, w: Pawłowski P., Prawo Gospodarcze Publiczne. Warszawa 2012.
62. Kania M. Partnerstwo publiczno-prywatne, w: Grabowski J. (red.) Kieres L. Waleszek-Pyziół A., Publiczne prawo gospodarcze, t. 8B, Hauser R. Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), System prawa administracyjnego, Warszawa 2013.
63. Kania M., PPP in medical Health, PPP Magazine 2013, nr 1.
64. Kania M., Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Praktyczny komentarz z wzorami pism i umów, Poznań 2012.
65. Kania M., Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne, Katowice 2013.
66. Kania M., Zamówienia publiczne, partnerstwo publiczno-prywatne, koncesja na roboty budowlane lub usługi w prawie polskim. Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych, Warszawa 2014.
67. Kania M., Partnerstwo publiczno-prywatne, Komentarza do ustawy po nowelizacji z 5 lipca 2018r., Warszawa 2018.
68. Kania M., Marquardt P., Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym, Toruń 2010.
69. Kania M., Zamówienia publiczne, Partnerstwo publiczno-prywatne, Koncesje na roboty budowlane i usługi w prawie polskim, Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć

- publicznych, Warszawa 2014.
70. Kargol-Wasiluk A., Doświadczenia i dobre praktyki brytyjskie w zakresie ppp – relacje z wizyty studyjnej w Wielkiej Brytanii, biuletyn Partnerstwa Publiczno Prywatnego 2013/9.
 71. Katner W., w: System prawa prywatnego, t. 1, Safjan M. (red.), Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2012.
 72. Kopańska A., Partnerstwo publiczno-prywatne – wzory brytyjskie. Czego można się z nich nauczyć?, Studia Regionalne i Lokalne Nr 3 (25)/2006.
 73. Korbus B., Strawiński M., Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych, Warszawa 2009.
 74. Korbus B. Wskazówki Komisji Europejskiej dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego 2005, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej.
 75. Kosikowski C., Odmienności w tworzeniu ustawy budżetowej, Prz. Sejm. 1998, Nr 4.
 76. Kowalczyk E., Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy z przykładami klauzul umownych, Gdańsk 2010.
 77. Kożuch B., Zarządzanie publiczne. W teorii i praktyce polskich organizacji, Warszawa 2004.
 78. Kulesza M., Bitner M., Kozłowska A., Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, Warszawa 2006.
 79. Lamb D., Merna A., Development and maintenance of a robust public sector comparator, The Journal of Structured And Project Finance 2004/10/1.
 80. Łuczka T., Bariery rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce. w: T. Łuczka (red.), Małe i średnie przedsiębiorstwa – szkice o współczesnej przedsiębiorczości, Poznań 2005.
 81. Machnikowski P., w: Kodeks cywilny. Komentarz, E. Gniewek (red.), Warszawa 2010.
 82. Maciejewski D., Partnerstwo publiczno-prywatne: zalety i ograniczenia. Enterprise Europe Network. Warszawa 2016.
 83. Marquardt P., Spółka celowa na gruncie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, w: Kania M., Partnerstwo publiczno-prywatne, Teoria i praktyka, Warszawa 2013.
 84. Matuszewska A., Możliwość wykorzystania partnerstwa publiczno-prywatnego w komunikacji miejskiej w Polsce, rozprawa doktorska, Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, Wydział Ekonomii, Katedra Teorii i Historii Ekonomii, Poznań 2011.
 85. Mikołajczyk D.P., Teoretyczne aspekty partnerstwa publiczno-prywatnego – zalety, wady, bariery rozwoju w Polsce oraz związek z ideą nowego zarządzania publicznego, prywatyzacji i zamówień publicznych, Acta Universitatis Lodziensis, Folia Oeconomica, 243, 2010.
 86. Moszoro M., Partnerstwo publiczno-prywatne, Szczecin 2005.

87. Moszoro M., Partnerstwo publiczno-prywatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej, Warszawa 2005.
88. Norek E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2008.
89. Norek E., Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz, Warszawa 2009.
90. Nowicki H., Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce w: System zamówień publicznych w Polsce, J. Sadowy (red.), Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013.
91. Nowicki H., Nowicki P., O potrzebie zamówień „in house” w gospodarce odpadami. Uwagi de lege lata i de lege ferenda, w: 25 lat wolności gospodarczej. Tendencje rozwojowe. Materiały ze Zjazdu Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego, Ustroń 24-27 wrzesień 2013, J. Grabowski (red.), K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013.
92. Nowicki J., Prawo publiczne – prawo prywatne, Katowice 1992.
93. Nowicki P., Partnerstwo publiczno-prywatne jako sposób realizacji inwestycji publicznych – zarys problematyki w: Państwo a gospodarka, A. Brzezińska-Rawa, H. Nowicki (red.), Wyd. KNPPG, Toruń 2012.
94. Nowicki P., Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych, PARP, Warszawa 2013.
95. Nowicki P., Ekonomiczne aspekty wyboru partnerstwa publiczno-prywatnego w: Partnerstwo publiczno-prywatne w teorii i praktyce, Wrocław 2014.
96. Ogiełło L., w: Kodeks cywilny, t. 2, Komentarz do artykułów 450-1088, red. Pietrzykowski K., Warszawa 2005.
97. Ogiełło L., Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych, Katowice 1989.
98. Panasiuk A., Partnerstwo publiczno-prywatne Poradnik, Wydawnictwo Urząd Zamówień Publicznych Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych, Warszawa 2010.
99. Panasiuk A., Koncesja na roboty budowlane lub usługi, Warszawa 2009.
100. Panasiuk A., Kłoda Z., Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom, Warszawa 2010.
101. Panasiuk A., Partnerstwo publiczno-prywatne, Wrocław 2017.
102. Person H. W., Public-Private Partnerships – an Evolving Model for Successful infrastructure Delivery. 2001 Annual Tax Conference, Halifax 2001.
103. Pieróg J., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2009.
104. Płonka-Bielenin K., Moll T., Partnerstwo publiczno-prywatne, Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, Warszawa 2012.
105. Płuzański M., Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2009.
106. Powalowski A. (red.), Prawo gospodarcze publiczne, Warszawa 2012.

107. Power R. G., Stewart A. M., Canada, w: *The International Comparative Legal Guide to: PFI / ppp Projects* 2007.
108. Pytlaś M., PPP w służbie zdrowia – case study, *Forum PPP. Magazyn inwestycji publicznych* 2012, nr 3.
109. Rachoń H., System PPP w Wielkiej Brytanii i Holandii, *PARP, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego”* 2014.
110. Rachoń H., Okazja, z której warto skorzystać, czyli projekt value for money, *Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego* 2013, nr 8.
111. Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007.
112. Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1994.
113. Radwański Z., w: *System prawa cywilnego*, W. Czachórski (red.), t.III, cz. I, Wrocław 1965.
114. Rembiasz M., Rola strategii w zarządzaniu małymi i średnimi przedsiębiorstwami. w: S. Trzcieliński (red.), *Wybrane problemy zarządzania. Teraźniejszość i przyszłość*. Poznań 2013.
115. Robinson H., Carrillo P., Anumba C.J. Patel M., *Governance & knowledge management for public – private partnership*, Oxford 2010.
116. Ruśkowski E., *Finanse publiczne i prawo finansowe. Instrumenty prawnofinansowe i warunki ich stosowania*, Białystok 2018.
117. Sawkins J., Dickie V., „Affordability of Household Water and Sewerage Services in Great Britain”, *Fiscal Studies*, t. 26, nr 2, 2005.
118. Savas E., *Privatization. The key to better government*, Nowy Jork 1987.
119. Shirvani F., *Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen*.
120. Skoczylas A., Glosa do postanowienia NSA z 16 marca 2004 r. FSK 209/04, *OSP* 2004, Nr 6, poz. 73.
121. Słodowa-Hępa M., *Zagraniczne doświadczenia w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego – inspiracje i rekomendacje dla Polski*, *Studia BAS* 2014, Nr 3.
122. Skoczyński T., *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2011.
123. Sochacka-Krysiak H., *Partnerstwo publiczno-prywatne – szansa czy konieczność*, Warszawa 2008.
124. Sołtysińska A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004.
125. Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2012.
126. Sokolewicz W., O osobliwościach ustawy budżetowej i trybu jej uchwalenia, *PL* 2004, Nr 2.

127. Speckman M., Public-private partnership: lessons from the British approach, Economic Systems, 2002.
128. Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007.
129. Starościak J., Elementy nauki administracji, Warszawa 1975.
130. Strzyczkowski K., Prawo gospodarcze publiczne, Warszawa 2011.
131. Suwaj P.J., Konflikt interesów w administracji publicznej, Warszawa 2009.
132. Szablewski A., Instytucja koncesjonowania w sferze infrastrukturalnej, Samorząd Terytorialny 1993, Nr 3.
133. Szydło M., Muzalewski M., Opinia w sprawie wniosku dotyczących dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wolnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Zeszyty Prawnicze BAS 2012, nr 3.
134. Szymański K., Partnerstwo publiczno-prywatne w Kanadzie. Model i czynniki sukcesu, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego”, PARP 2014.
135. Szymczak M. (red.), Słownik języka polskiego, t. 3, Warszawa 1981.
136. Trocki M., Outsourcing, Warszawa 2001.
137. Trojanek M. (1994). Oddziaływanie władzy lokalnej na efektywność przedsięwzięć inwestycyjnych, Zeszyty Naukowe AE w Poznaniu 1994, 137.
138. Ura E., Prawo administracyjne, Warszawa 2008.
139. Wachowska A. (red.), Analiza „Regulacje partnerstwa publiczno-prywatnego w wybranych krajach Unii Europejskiej i prawie polskim – możliwości zmian”, Warszawa 2016.
140. Walczak P., Zadłużenie jednostek samorządu terytorialnego, Wyzwania w obliczu nowej perspektywy finansowej UE, Warszawa 2014.
141. Waligórski A., Istota uprawnień na działalności gospodarczą w zakresie objętym zamówieniem publicznym, w: Boć J., Dziewięcka-BokunL., Umowy w administracji, Kolonia Limited 2008.
142. Witczak I., Zastosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego w ochronie zdrowia w Polsce i na świecie, „Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 266.
143. Yescombe E.R., Partnerstwo publiczno-prywatne. Zasady wdrażania i finansowania. Kraków 2008.
144. Yescombe E.R., Public Private Partnership. Principles of Policy and Finance, Oxford 2007.

145. Zalewski A. (red.), Nowe zarządzanie publiczne w polskim samorządzie terytorialnym, Warszawa 2007.
146. Ziemiński Z., Szkic z metodologii szczegółowych nauk prawnych, Warszawa-Poznań 1983.
147. Zieliński M., Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki, Warszawa 2002.
148. Zysnarski J. Partnerstwo publiczno-privatne w sferze usług komunalnych, Gdańsk 2007.
149. Zysnarski J. (red.). Partnerstwo publiczno-privatne. Teoria i praktyka, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr. Gdańsk 2003.

Wykaz źródeł prawa

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
2. Traktat o Unii Europejskiej (Traktat z Maastricht) z dnia 7 lutego 1992 r. (Dz. Urz. UE C 191 z 29.07.1992).
3. Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnotę Europejskie oraz niektóre związane z nimi akty podpisany w Amsterdamie 2 października 1997 roku (Dz. Urz. WE C 340 z 10.11.1997 r.).
4. Traktat z Nicei zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską oraz niektóre związane z nimi akty prawne podpisany w Nicei dnia 26 lutego 2001 r. (Dz. Urz. WE C 80 z 10.03.2001).
5. Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz. Urz. UE C 306 z 17.12.2007).
6. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. UE z 2009 r. Nr 203, poz. 1569).
7. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE z 2012 r., C 326).
8. Rozporządzenie Rady (WE) nr 2223/96 z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie (Dz. Urz. UE L 310 z 30.11.1996).
9. Rozporządzenie Rady (WE) nr 1467/97 z dnia 7 lipca 1997 r. w sprawie przyspieszenia i wyjaśnienia procedury nadmiernego deficytu (Dz. Urz. UE L 209 z 2.08.1997).
10. Rozporządzenie Rady nr 1055/2005 z dnia 27 czerwca 2005 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 1466/97 w sprawie wzmocnienia nadzoru pozycji budżetowych oraz nadzoru i koordynacji polityk gospodarczych (Dz. Urz. UE L 174 z 7.07.2005).
11. Rozporządzenie Rady nr 1056/2005 z dnia 27 czerwca 2005 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 1467/97 w sprawie przyspieszenia i wyjaśnienia procedury nadmiernego deficytu (Dz. Urz. UE L 174 z 7.07.2005).
12. Rozporządzenie Rady (WE) nr 479/2009 z dnia 25 maja 2009 r. o stosowaniu Protokołu w sprawie procedury nadmiernego deficytu załączonego do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. UE L 145 z 10.06.2009).
13. Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 199 z 09.08.1993).
14. Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r.

- koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004).
15. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004).
 16. Decyzja Komisji z dnia 9 grudnia 2008 r. zmieniająca załączniki do dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie wykazów podmiotów zamawiających i instytucji zamawiających (Dz. Urz. UE L 349 z 24.12.2008).
 17. Ustawa z dnia 14 października 1921 r. o udzielaniu koncesji na koleje żelazne prywatne (Dz. U. Nr 88, poz. 646).
 18. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740).
 19. Ustawa z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 1575. z późn. zm.).
 20. Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 713 z późn. zm.).
 21. Ustawa z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz. U. z 2020 r. poz. 174 z późn. zm.).
 22. Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2137).
 23. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913).
 24. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 1333).
 25. Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2020 r. poz. 568 z późn. zm.).
 26. Ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 72 z późn. zm.).
 27. Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2019 r. poz. 712 z późn. zm.).
 28. Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o wykorzystaniu wpływów z prywatyzacji części mienia Skarbu Państwa na cele związane z reformą systemu ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 98, poz. 817).
 29. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2020 r. poz. 1990).
 30. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 920).

31. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2020 r. poz. 1668).
32. Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 266 z późn. zm.).
33. Ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148 z późn. zm.).
34. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1526).
35. Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2020 poz. 2176).
36. Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2019 r., poz. 2325).
37. Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. 2020 poz. 1057).
38. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 288 z późn. zm.).
39. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2018 r., poz. 107 z późn. zm.).
40. Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440 z późn. zm.).
41. Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.).
42. Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-privatnym (Dz. U. 2005 nr 169 poz. 1420).
43. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 z późn. zm.).
44. Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r. poz. 113.).
45. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1241).
46. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 284 z późn. zm.)
47. Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-privatnym (Dz. U. z 2020 r., poz. 711).
48. Ustawa z dnia 26 lipca 2013 r. o zmianie ustawy o finansach publicznych (Dz. U. poz. 938).
49. Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy budżetowej na 2013 r. (Dz. U. poz. 1212).

50. Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1528 z późn. zm.).
51. Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. 2020 r. poz. 424 z późn. zm.).
52. Ustawa budżetowa na rok 2019 z dnia 16 stycznia 2019 r. (Dz. U. poz. 169).
53. Ustawa budżetowa na rok 2020 z dnia 14 lutego 2020 r. (Dz. U. 571 z późn. zm.).
54. Ustawa z dnia 31 października 2020 r. o zmianie ustawy budżetowej na rok 2020 (Dz. U. poz. 1919).
55. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-privatnego (Dz. U. Nr 125, poz. 868).
56. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów i wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1053 z późn. zm.).
57. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych (Dz. U. Nr 43, poz. 247 z późn. zm.).
58. Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego wskazuje się, że do kredytów i pożyczek zalicza się umowy, które mają wpływ na poziom długu publicznego (Dz. U. Nr 298 poz. 1767).
59. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 stycznia 2013 r. w sprawie wieloletniej prognozy finansowej jednostek samorządu terytorialnego (Dz. U. poz. 86 z późn. zm.).
60. Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 9 stycznia 2018 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 1564).
61. Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 września 2017 r. w sprawie rachunkowości oraz planu kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jednostek budżetowych, samorządowych zakładów budżetowych, państwowych funduszy celowych oraz państwowych jednostek budżetowych mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 342).
62. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 5 sierpnia 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów i wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych (Dz. U. poz. 1340).

Wykaz innych źródeł

1. ADB signs Chinese water deal, strona internetowa: <http://www.pppbulletin.com/news/view/80710>.
2. Brazil's Goiás launches prison PPP, strona internetowa: <http://www.p3bulletin.com/news/view/80709>.
3. Bundesministerium der Finanzen, The development of a national PPP Unit: German experience, prezentacja Bernhard Müller na konferencji w Zagrzebiu, 2009.
4. Building better partnerships. The final report of the Commission on PPP 2001, London: IPPR. 2001.
5. Claudette Carbonneau, Les partenariats public-privé au Québec. Derivé idéologique, prezentacja na konferencji OECD w Paryżu, 24-25 marca 2011. Infrastructure Québec nosi obecnie nazwę Société Québécoise des Infrastructures.
6. Commission interpretative communication on concessions under Community Law, Dz. Urz. UE C 121/02, Bruksela 2000.
7. European Commission, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 2004 r., COM(2004).
8. European PPP Expertise Centre, United Kingdom – England. PPP Units and Related Institutional Framework, 2012, strona internetowa: <http://www.eib.org/epec/library/index.htm>.
9. Federation of Canadian Municipalities, The New Building Canada Plan. What It Means for Cities and Communities, 2014.
10. Firms bid for Brazil waste PPP, strona internetowa: <http://www.p3bulletin.com/news/view/80906>.
11. Freshfields Bruckhaus Deringer, Public Private Partnerships i Germany, An Overview, 2009.
12. Gambia to increase PPP for electricity generation, strona internetowa: <http://www.pppbulletin.com/news/view/80257>.
13. Graham McLeod, Current Trends In Canadian ppp and Infrastructure Projects, 2014 (prezentacja kancelarii prawniczej Blake, Cassel & Graydon LLP).
14. Growth and Long-Term Prosperity. Economic Action Plan 2013. Tabled In the House of Commons by the Honourable James M. Flaherty. P.C., M.P., Minister of Finance, March 21, 2013.
15. HM Treasury, Treasury Taskforce, Treasury, Shake-up for PFI and Government procurement plans will save up to £1 billion, notka prasowa 124/99,1999.
16. HM Treasury Standardisation of PF2 Contracts. Draft, 2012, strona internetowa: <https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-2-pf2>.
17. Informacja o wynikach kontroli realizacja przedsięwzięć w formie partnerstwa publiczno-prywatnego przez jednostki samorządu terytorialnego, Warszawa 2020 r., strona internetowa: <https://www.nik.gov.pl>.

18. Instrumenty wsparcia finansowego państwa dla inwestycji sektora prywatnego w rozwoju infrastruktury w formie Partnerstwa Publiczno-Prywatnego – case study na przykładzie Niemiec, Gdańsk 2012.
19. Kenya seeks US PPP investors, strona internetowa: <http://www.pppbulletin.com/news/view/80504>.
20. Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji 15 COM (2005) 569.
21. Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego PPP (ZPPP), COM (2007) 6661, Bruksela 2008.
22. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Większa rola sektora prywatnego w osiągnięciu trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu w krajach rozwijających się, COM (2014) 263 final.
23. Long term contracts between units and non-government partners (public-private partnerships), Eurostat, 2004.
24. New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships, Eurostat Press Office, nr 18/2004, 2004.
25. New framework, agency to guide public building, British Columbia, Capital Asset Management Framework. Guidelines, 2002.
26. NIK o partnerstwie publiczno-prywatnym, strona internetowa: www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-partnerstwie-publiczno-prywatnym.html.
27. Organisation for Economic Co-Operation and Development, Dedicated Public-Private Partnership Units. A. Survey of Institutional and Governance Structures. OECD 2010.
28. Partnerships Bulletin, The Global PPP Market 2012 r. A PPP Bulletin and Partnerships Bulletin survey In association with Deloitte.
29. Partnerstwo publiczno-prywatne: od pomysłu do wyboru partnera prywatnego, Warszawa 2014.
30. Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik, UZP, Warszawa 2010.
31. Partnerstwo publiczno-prywatne – Stanowisko Konfederacji Pracodawców Polskich, „Prawo i Środowisko” 2007, nr 1.
32. Pismo Prezesa GUS z dnia 30 sierpnia 2011 r., strona internetowa: http://www.ppp.gov.pl/KonferencjeIseminaria/Documents/Opinia%20GUS_290911.pdf.
33. Połączenie finansowania za pomocą dotacji UE z partnerstwem publiczno-prywatnym (PPP) na rzecz infrastruktury Modele koncepcyjne i indywidualne przykłady: strona internetowa: https://www.ppp.gov.pl/Dzialania_platformy/PPP_fundusze_UE/Dokumenty/Documents/Jaspers%20_100311.pdf.
34. PPP Canada, Identifying P3 Potential. A Guide for Federal Departments & Agencies, 2014.

35. Publikacja HM Treasury A new approach to public private partnerships, 2012, strona internetowa:
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf.
36. Public-Private Partnerships at Home and Abroad, August 2013.
37. Raport PricewaterhouseCoopers: 7 mitów i 3 prawdy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Warszawa 2013.
38. Raport rynku ppp za okres od 2009 r. do 30.09.2013 r. przygotowany na zlecenie Ministerstwa Gospodarki przez Instytut PPP i Kancelarię Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz: Ocena obecnego stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego i publicznego w rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, Warszawa 2013.
39. Raporty horyzontalne JASPERS: strona internetowa:
https://www.ppp.gov.pl/Dzialania_platformy/Zagadnienia_horyzontalne/Laczenie_PPP_z_funduszami_UE/Aktualnosci/Strony/SprawozdaniahoryzontalneJASPERS_100311.aspx.
40. ReNew Ontario 2005-2010. Strategic Highlights. A five-year infrastructure investment plan to strengthen our economy and communities, 2005.
41. Regiony, Gminy Europy, „Biuletyn Informacyjny Komitetu Regionów” 2006, nr 53.
42. Royal Institution of Chartered Surveyors, The Global Infrastructure Challenge: The Role of PPP In a New Financial and Economic Paradigm, 2013.
43. The Canadian Council for Public-Private Partnerships, Public Sector Accounting for Public-Private Partnership Transactions In Canada, 2008.
44. The Conference Board of Canada, Canada as a Gobar Leader. Delivering Value through, 2013, strona internetowa: <https://www.conferenceboard.ca>.
45. The Road to Balance: Creating Jobs and Opportunities. Tabled In the House of Commons by the Honourable James M. Flaherty, Minister of Finance, February 11, 2014.
46. The World’s First All-Electronic Open-Access Toll Highway, prezentacja spółki koncesyjnej przygotowana na konferencję TD Securities, 2014 Engineering and Construction Conference, 2014.
47. Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk sejmowy Nr 1180).
48. Uzasadnienie do ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2333).
49. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce z dnia 29 października 2012 r. (druk sejmowy Nr 833).
50. UK infrastructure projects—relevant sources, government bodies and guidance, komentarz praktyczny, strona internetowa:
http://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/bankingandfinance/document/391290/5D5H-YVPI-F185-S4CK-00000-00/UK_infrastructure_projects_relevant_sources_government_bodies_and_guidance.

51. Wskazówki dla podmiotów publicznych zainteresowanych podejmowaniem partnerstwa publiczno-prywatnego, Warszawa 2007, strona internetowa: https://www.ppp.gov.pl/Publikacje/E_przewodnik/Documents/wskazowki_dla_podm_publiczno_prywatnego_20130514.pdf.
52. Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, Komisja Europejska, Bruksela 2003.
53. Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego (Guidelines for successful Public-Private-Partnership), Komisja Europejska Dyrektoriat Generalny Polityki Regionalnej (European Commission Directorate General Regional Policy), styczeń 2003.
54. Wytyczne PPP, t. I, Przygotowanie projektów, s. 128, strona internetowa: <https://www.ppp.gov.pl>.
55. Zielona Księga Partnerstw Publiczno-Prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Komisja Wspólnot Europejskich Bruksela, 2004 r., COM (2004).

Wykaz orzecznictwa

1. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others v. Strohal Rotationsdruck GemsbH.
2. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v. BFI Holding BV.
3. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-283/00 Komisja v. Królestwo Hiszpanii (orzeczenie w sprawie spółki Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciiros S.A. - SIEPSA).
4. Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 września 1994 r. (OTK 1994, cz. 2, poz. 46).
5. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lutego 2001 r. sygn. SK 14/00 (OTK 2001, nr 2, poz. 31).
6. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lutego 2002 r. sygn. K 47/1 (OTK-A 2002, nr 1, poz. 6).
7. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2002 r. sygn. SK 23/01 (OTK-A 2002, Nr 3, poz. 26).
8. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 maja 2004 r. sygn. K 40/02 (OTK-A 2004, nr 5, poz. 38).
9. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2012 r. sygn. K 1/12 (OTK-A 2012, nr 11, poz. 134).
10. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2013 r. sygn. K 33/12 (OTK-A 2013, nr 5, poz. 63).
11. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1996 r. sygn. III ARN 64/95 (OSNAPiUS 1996, Nr 16, poz. 218).
12. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12.12.1996 r. sygn. I CKN 22/96 (OSNC 1997, Nr 6–7, poz. 75).
13. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 r. sygn. I CKN 130/97.
14. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1998 r. sygn. II CKN 653/97 (OSNC 1998, Nr 12, poz. 207).
15. Wyrok Sądu Najwyższego z 8 maja 1998 r. sygn. III RN 34/98 (OSNAPiUS 1999, Nr 5, poz. 157).
16. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2008 r. sygn. III CSK 119/08.
17. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r. sygn. II CSK 491/11.
18. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 1997 r. sygn. I PKN 57/97 (OSNAPiUS 197, Nr 24, poz. 495).
19. Wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 7 października 2004 r. sygn. FSK 558/04.

20. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 października 2012 r. sygn. I ACa 460/12.
21. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 maja 2003 r. sygn. I ACA 1874/01, (OSA 2004, Nr 9, poz. 26).
22. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2000 r. sygn. I ACA 1326/99 (PG 2001, Nr 7–8).
23. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2002 r. sygn. I ACA 1372/01 (OSA 2004, Nr 1, poz. 2).
24. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r. sygn. VI ACa 965/11.
25. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawa z dnia 29 kwietnia 2013 r. sygn. VI ACa 1183/12.
26. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 kwietnia 2007 r. sygn. XIX Ga 91/07.
27. Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. sygn. III CA 88/09.
28. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r. sygn. XXIII Ga 380/11.
29. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 17 listopada 2011 r. sygn. III SA/KR 473/11.
30. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 23 lutego 2012 r. sygn. III SA/Łd 55/12.
31. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 lipca 2007 r. sygn. V SA/Wa 172/07.
32. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 28 listopada 2013 r. sygn. I SA/Sz 1129/13.
33. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 marca 2014 r. sygn. V SA/Wa 262/14.
34. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. KIO/UZP 1427/07.
35. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2009 r. sygn. KIO/UZP 264/09.
36. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2009 r. sygn. KIO/UZP 970/09.
37. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2009 r. sygn. KIO/UZP 1080/09.
38. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2012 r. sygn. KIO 52/12.
39. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2012 r. sygn. KIO 1684/12.
40. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2013 r. sygn. KIO 238/13.
41. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2013 r. sygn. KIO 448/13.
42. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2013 r. sygn. KIO 507/13.
43. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2013 r. sygn. KIO 1238/13.
44. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2013 r. sygn. KIO 980/13.
45. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2013 r. sygn. KIO 1305/13.
46. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2013 r. sygn. KIO 1385/13.
47. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2013 r. sygn. KIO 1560/13.

48. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 712/15.
49. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2016 r., sygn. KIO 1443/16.
50. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2018 r., sygn. KIO 7/18.
51. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2018 r., sygn. KIO 45/18.
52. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2012 r. sygn. KIO/KD 31/12.
53. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2015 r., sygn. KIO/KD 66/15.
54. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2016 r., sygn. KIO/KD 75/16.
55. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 sierpnia 2006 r. sygn. UZP/ZO/O-2404/06.
56. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 kwietnia 2007 r. sygn. UZP/ZO/O-453/07.
57. Orzeczenie Główna Komisja Orzekająca z dnia 9 marca 2009 r. sygn. BDF1/4900/1/1/09/10.
58. Orzeczenie Główna Komisja Orzekająca z 11 lutego 2010 r. sygn. BDF1/4900/5/5/10/109.
59. Orzeczenie Główna Komisja Orzekająca z dnia 14 października 2010 r. sygn. BDF1/4900/74/81-84/10/2159.
60. Orzeczenie Główna Komisja Orzekająca z dnia 31 maja 2012 r. sygn. BDF1/4900/2523/12/466.
61. Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 2 czerwca 2006 r. sygn. RIO-IV-R-177/08-K09/09.