

PARTNERSTWO PUBLICZNO–PRYWATNE W UJĘCIU CYWILNO–GOSPODARCZYM

Zmiany, jakie zaszły w Europie w 2004 r. (rozszerzenie Unii Europejskiej) występujące wraz z pierwszymi sygnałami ożywienia gospodarczego, przede wszystkim w nowych krajach Unii, stawiają ponownie pytanie o rolę państwa w gospodarce. Badania wzmagają oczekiwania społeczeństw poszczególnych krajów, poszczególnych grup społecznych w tych krajach, w stosunku do państwa i w konsekwencji – ich skłonność do finansowania tych oczekiwań. Szczególne znaczenie, ze względu na relatywnie wysoki udział sektora publicznego w gospodarce, a co za tym idzie, wysoki udział wydatków z budżetu państwa w produkcji krajowym brutto, ma wyjaśnienie tych kwestii w Polsce⁸⁷.

Koncepcja wspólnego realizowania zadań publicznych przez sektor publiczny i prywatny sprawdziła się w Stanach Zjednoczonych, Kanadzie. W krajach UE model partnerstwa publiczno–prywatnego stał się popularny już w latach 80-tych XX wieku, kiedy odnotowano znaczny wzrost wykonywanych w ten sposób przedsięwzięć inwestycyjnych. Unia preferuje inwestycje realizowane tą metodą, wychodząc z założenia, że po pierwsze, sektor publiczny nie jest w stanie samodzielnie wykonać pewnych inwestycji i ponosić kosztów eksploatacji, a po drugie, prywatni inwestorzy, zainteresowani szybkim wykonaniem projektu i powodzeniem całego przedsięwzięcia w długim okresie czasu, przyczynią się do jego efektywnej realizacji⁸⁸.

87 M. Starczewska–Krzysztożek, *Sektor publiczny a sektor prywatny – kierunki i siła zmian* (w:) J. Kleer (red.), *Sektor publiczny w Polsce i na Świecie, między upadkiem a rozkwitem*, Warszawa 2005, s. 125.

88 D. Hajdys, *Partnerstwo publiczno–prywatne jako forma racjonalizacji wydatków inwestycyjnych gmin* (w:) J. Gluchowski, A. Pomorska, J. Szolno–Koguc (red.), *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych Tom II, Kontrowersje wokół wydatkowania*

Wydaje się, że szczególnie w krajach Europy Środkowej, dyskusja o efektywności partnerstwa publiczno–prywatnego jest potrzebna. Powodów jest co najmniej kilka, a jednym z nich jest konieczność zmniejszenia luki infrastrukturalnej dzielącej te kraje od gospodarek rozwiniętych. Tradycyjnie inwestycje infrastrukturalne są domeną sektora publicznego, co stawia rządy w Polsce, Czechach czy na Węgrzech w dość trudnej sytuacji, gdyż wobec znacznej nierównowagi fiskalnej, dalsze zwiększanie wydatków rządu i podejmowanie nowych zobowiązań bez reformy dotychczasowego sposobu wydawania publicznych pieniędzy, jest co najmniej trudne. W tej sytuacji bardzo atrakcyjną opcją dla sektora publicznego wydaje się być partnerstwo publiczno–prywatne, które polega na zaangażowaniu prywatnego kapitału w inwestycje i przedsięwzięcia, które tradycyjnie podejmowane były przede wszystkim przez sektor publiczny⁸⁹.

Należy więc przede wszystkim określić, czym tak naprawdę jest owo partnerstwo publiczno–prywatne. Nie istnieje jedna powszechnie uznana definicja partnerstwa publiczno–prywatnego. Jedna z dość ogólnych definicji mówi, że partnerstwo publiczno–prywatne jest to przejście przez sektor prywatny inwestycji, które tradycyjnie realizowane były przez sektor publiczny⁹⁰.

Dane przedsięwzięcie w ramach partnerstwa publiczno–prywatnego można uznać za inwestycję w ramach tego modelu, jeżeli spełnia ono następujące warunki:

- **po pierwsze**, głównym odbiorcą usług powstałych dzięki inwestycji, jest sektor publiczny, lub też sektor publiczny ma duży wpływ na charakterystykę danej usługi,

środków publicznych w wybranych dziedzinach funkcjonowania państwa i gospodarki narodowej, Lublin 2005, s. 93. Patrz także S. Pastuszka, *Znaczenie partnerstwa publiczno–prywatnego dla przedsięwzięć finansowanych z funduszy europejskich*, „Studia Regionalne i Lokalne” 2005, nr 2, s. 61.

89 J. Siwińska, *Partnerstwo publiczno–prywatne, doświadczenia brytyjskie* (w:) J. Kleer (red.), *Sektor publiczny w Polsce i na Świecie...*, s. 171.

90 European Commission, *Public finances in EMU*, European Economy 2003, nr 3, s. 128. Patrz także Guidelines for Successful Public–Private Partnership (wytyczne Komisji Europejskiej styczeń 2003) www.safetycam.pl/partnerstwo

- **po drugie**, podmiotem, który pełni główną rolę w realizacji projektu jest przedsiębiorstwo prywatne, prywatne jest również finansowanie projektu,
- **po trzecie**, wkład prywatnego wykonawcy w zaprojektowanie i wykonanie projektu jest istotny, prywatny wykonawca ponosi również znaczną część ryzyka związanego z projektem⁹¹.

Partnerstwo publiczno–prywatne definiowane bywa też jako metoda korzystania z infrastruktury i unowocześniania świadczonych usług oparta na partnerstwie między sektorami publicznym i państwowym⁹².

Partnerstwo publiczno–prywatne można zdefiniować jako przedsięwzięcie o charakterze użyteczności publicznej prowadzone przez współpracujące podmioty prywatne i publiczne, przy wzajemnym zaangażowaniu instytucjonalnym i kapitałowym oraz (mniej lub bardziej) solidarnym podziale korzyści i ryzyka z niego wynikających⁹³.

Według polskiej regulacji partnerstwo publiczno–prywatne to oparta na umowie o partnerstwie publiczno–prywatnym współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, służąca realizacji zadania publicznego, jeżeli odbywa się na zasadach określonych w ustawie (art. 1 ust. 2⁹⁴).

Z powyższych określeń można wysnuć wniosek ogólniejszej natury, iż ich elementami wspólnymi są: wieloletniość kontraktów na podstawie umów cywilnoprawnych, charakter użyteczności publicznej oraz obopólność korzyści dla sektora prywatnego i publicznego⁹⁵.

Po przedstawieniu najważniejszych uwag o charakterze ogólnym warto przywrócić się wybranym zagadnieniom odnoszącym się do polskiej regulacji partnerstwa publiczno–prywatnego.

91 J. Siwińska, *Partnerstwo publiczno–prywatne, doświadczenia brytyjskie* (w:) J. Kleer (red.), *Sektor publiczny w Polsce i na Świecie...*, s. 172.

92 J. Jacyszyn, T. Kalinowski (w:) R. Kujawski (red.), *Partnerstwo publiczno–prywatne na tle regulacji prawnych*, Warszawa 2005, s. 17.

93 M. Moszoro, *Partnerstwo publiczno–prywatne...*, s. 49.

94 Ustawa z dnia 28 lipca 2005r. O partnerstwie publiczno–prywatnym, Dz.U. z 2005 r., nr 169, poz. 1420.

95 Por. M. Moszoro, *Partnerstwo publiczno–prywatne...*, s. 48–49. Patrz także J. Jacyszyn, T. Kalinowski (w:) R. Kujawski (red.), *op. cit.*, s. 20.

Przede wszystkim stwierdzić należy, iż nawiązanie owego partnerstwa następuje na podstawie umowy⁹⁶. W rozumieniu ustawy umowa ta nie jest kolejną umową nazwaną, a jedynie opiera się na umowie, ustawodawca nie precyzuje o jakie umowy tu może chodzić (przykładowy katalog zawiera art. 9 ust. 1 Ustawy⁹⁷, jednak odnosi się on jedynie do formy, w jakiej przekazany ma być wkład własny przez podmiot publiczny). Oznacza to, że wskazując podstawę prawną partnerstwa publiczno–prywatnego powołuje się umowę cywilnoprawną jako konstrukcję kontraktową, bez której nie ma mowy by mogła być zawiązana współpraca między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym⁹⁸. Umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym pełni specyficzną funkcję, polegającą na tym, iż kompleksowo opisuje ona cały projekt tego przedsięwzięcia, co czyni ją umową niezwykle szczegółową, choć trzeba dodać, że umowa taka może stanowić pewien rodzaj pakietu⁹⁹ umów towarzyszących związanych z podstawową umową główną¹⁰⁰. Umowa ta musi zapewniać sprawiedliwy podział ryzyka i pozyskiwanych korzyści także dzielonych według określonych proporcji i racji publicznych i gospodarczych. Nie może być mowy o preferencji lub też uprzywilejowanej pozycji prawnej i ekonomicznej którejś ze stron tego kontraktu, jest to sprzeczne nie tylko z ideą partnerstwa, ale także zasadami prawa cywilnego i handlowego, do których należy: zasada wolności gospodarczej, równości praw przedsiębiorców, jednolitości k.c., autonomii stron i swobody umów¹⁰¹.

96 Dla potrzeb niniejszego opracowania należy wspomnieć, iż zawarcie umowy poprzedza złożona procedura wyboru partnera prywatnego – art. 10–13 Ustawy. Istotne w tej materii są również dwa rozporządzenia: Ministra Finansów z dnia 30 czerwca 2006r., W sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno–prywatnego, Dz.U. z 2006r., nr 125, poz. 866 oraz Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006r., W sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno–prywatnego, Dz.U. z 2006r., nr 125, poz. 868.

97 Przekazanie wkładu własnego może nastąpić w szczególności w formie darowizny, sprzedaży (z zastrzeżeniem odkupu), użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy, z zastrzeżeniem art. 25.

98 J. Jacyszyn, T. Kalinowski (w:) R. Kujawski (red.), *op. cit.*, s. 42.

99 Mimo brzmienia rozdziału 4 Ustawy „Umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym oraz realizacja partnerstwa publiczno–prywatnego”.

100 J. Jacyszyn, T. Kalinowski (w:) R. Kujawski (red.), *op. cit.*, s. 45.

101 Tamże, s. 49.

Składniki jakie powinna zawierać umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym określa art. 18 Ustawy stwierdzając, iż umowa określa w szczególności:

- 1) cel i przedmiot przedsięwzięcia oraz harmonogram jego realizacji;
- 2) łączną wartość środków przewidzianych na realizację w całości przedsięwzięcia będącego przedmiotem umowy, niezależnie od źródła ich pochodzenia;
- 3) zobowiązanie partnera prywatnego do poniesienia w całości albo w części nakładów na realizację przedsięwzięcia lub zapewnienie poniesienia tych nakładów przez osoby trzecie;
- 4) zobowiązania podmiotu publicznego, w tym wielkość, zasady i terminy wnoszenia wkładu własnego, jeżeli wkład taki jest przewidywany, a także zasady dysponowania tym wkładem;
- 5) normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy realizacji przedsięwzięcia;
- 6) uprawnienia podmiotu publicznego w zakresie bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego lub spółkę, o której mowa w art. 19 ust. 1, oraz zasady okresowego przeprowadzania przez strony wspólnej oceny realizacji przedsięwzięcia wraz z ustaleniami realizacyjnymi;
- 7) czas, na jaki umowa została zawarta, oraz warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy, a także warunki i sposób jej rozwiązania przed upływem terminu, na jaki została zawarta, oraz zasady rozliczeń i odszkodowań w takim przypadku;
- 8) warunki i procedurę zmiany umowy oraz zmiany zakresu przedsięwzięcia, jeżeli taka możliwość była przewidziana w specyfikacji wyboru partnera prywatnego;
- 9) formy, wysokość i zasady ustalania i przekazywania wynagrodzenia partnera prywatnego;
- 10) podział ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięcia;

- 11) zasady i zakres ubezpieczeń realizowanego przedsięwzięcia, a także dodatkowe gwarancje i umowy oraz zobowiązania stron w tym przedmiocie;
- 12) tryb i zasady rozstrzygania sporów wynikłych na tle umowy;
- 13) postanowienia dotyczące zawiązania spółki, o której mowa w art. 19 ust. 1 – w przypadku gdy strony postanowią zawiązać tę spółkę¹⁰².

Warto zatem przyrzeć się bliżej wybranym składnikom umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym.

Stronami umowy są podmiot publiczny oraz partner prywatny. Podmiot publiczny to w rozumieniu art. 4 pkt 3 Ustawy:

- a) organy administracji rządowej,
- b) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki,
- c) fundusze celowe,
- d) państwowe szkoły wyższe,
- e) jednostki badawczo–rozwojowe,
- f) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,
- g) państwowe lub samorządowe instytucje kultury,
- h) Polską Akademię Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne,
- i) państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, banków i spółek handlowych;

Partner prywatny to według art. 4 pkt 2 Ustawy:

- a) przedsiębiorca w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,
- b) organizacja pozarządowa,
- c) kościół lub inny związek wyznaniowy,

102 Chodzi tutaj o spółkę kapitałową (art. 19 ust. 1 Ustawy).

- d) podmiot zagraniczny, jeżeli jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa kraju rejestracji i spełnia warunki do wykonywania w Rzeczypospolitej Polskiej działalności gospodarczej;

Przed wszystkim należy skupić się na pojęciu przedsiębiorcy. Zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 1 Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹⁰³ jest nim osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Przedsiębiorcami są również wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2). Czyli niejako automatycznie na gruncie tego aktu prawnego powiązано pojęcia przedsiębiorcy oraz działalności gospodarczej¹⁰⁴. Podkreślić należy, iż definicja przedsiębiorcy nie ma swojego jednoznacznego uregulowania w polskim ustawodawstwie¹⁰⁵.

Kolejną kwestią jest określenie co należy rozumieć pod sformułowaniem „wkład własny”. Ustawa definiuje to pojęcie dosyć wąsko stwierdzając, iż jest to wkład podmiotu publicznego polegający w szczególności na:

- a) sfinansowaniu części kosztów realizacji przedsięwzięcia, w tym dopłaty do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia,
- b) wniesieniu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ Kodeksu cywilnego¹⁰⁶, nieruchomości lub rzeczy ruchomej, licencji i innych wartości niematerialnych lub prawnych, jeżeli służą realizacji przedsięwzięcia (art. 4 pkt 6 Ustawy).

Mogą zatem pojawić się wątpliwości co tym wkładem własnym jest, a co nie mieści się w strukturze tego pojęcia. Pojawia się pytanie, czy w tej sytuacji właściwe jest stosowanie odpowiednio przepisów

103 Ustawa z dnia 2 lipca 2004r., Dz.U. z 2004 r., nr 173, poz. 1807 ze zm.

104 Jest to zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2).

105 Patrz J. Jacyszyn, T. Kalinowski (w:) R. Kujawski (red.), *op. cit.*, s. 67.; A. Doliwa (w:) T. Mróz, M. Stec (red.), *Prawo gospodarcze prywatne*, Warszawa 2005, s. 35–41.

106 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964r., Dz.U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.

Kodeksu spółek handlowych¹⁰⁷ odnoszących się do wkładów w spółkach handlowych, a także doktryny i orzecznictwa w tym zakresie, czy też raczej ustawodawcy chodzi o inne rozumienie wkładów własnych stworzone na użytek tej regulacji prawnej. Gdyby jednak posłużyć się pewną analogią z zakresu prawa handlowego w odniesieniu do wkładów do spółek handlowych to wówczas za wkład własny można uznać wszystko to, co mieści się w obrębie tzw. wkładów niepieniężnych, czyli aportów, o ile spełniają one określone kryteria ekonomiczne i prawne. W grupie tej znajdować się także mogą niektóre prawa niematerialne o charakterze majątkowym¹⁰⁸. Przekazanie wkładu własnego może nastąpić w szczególności w formie darowizny, sprzedaży (z zastrzeżeniem odkupu), użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy. Wkład własny wykorzystany niezgodnie z przeznaczeniem podlega zwrotowi na zasadach określonych w umowie o partnerstwie publiczno–prywatnym. W przypadku środków finansowych należą się również odsetki od dnia przekazania tych środków (art. 9 Ustawy). Podkreślić w tym miejscu należy, że Ustawa w zakresie przekazania wkładu własnego, jak i w przypadku jego zwrotu podmiotowi publicznemu wprowadza przepisami zmieniającymi¹⁰⁹ zwolnienia od podatku dochodowego¹¹⁰.

Ustawa przewiduje również, że umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym może zawierać postanowienia powołujące do życia spółkę kapitałową w celu wykonania umowy (art. 19 ust. 1 Ustawy). Pojawia się zatem pytanie, czy owa spółka jest jakimś tworem oryginalnym, czy też może pewnego rodzaju modyfikacją dotychczasowych konstrukcji? Sama Ustawa nie zawiera definicji spółki kapitałowej, sięgnąć zatem należy do ksh. który taką zawiera. Spółka kapitałowa to spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna (art. 4 § 1 pkt 2 ksh.). Ustawa natomiast zawiera jedynie kilka szczególnych regulacji odnoszących się do owej spółki (art. 19 ust. 2–4; art. 24–25 Ustawy). Wyciągnąć zatem należy wniosek, iż w znakomitej większości zagadnienia odnoszące się do owej spółki kapitałowej będą przede wszystkim bazować na wypracowanych przez prawo handlowe rozwiązaniach. Moż-

107 Ustawa z dnia 15 września 2000r., Dz.U. z 2000r., nr 94, poz. 1037 ze zm., dalej jako ksh.

108 J. Jacyszyn, T. Kalinowski (w:) R. Kujawski (red.), *op. cit.*, s. 75.

109 Art. 31 i 34 Ustawy.

110 J. Jacyszyn, T. Kalinowski (w:) R. Kujawski (red.), *op. cit.*, s. 75.

na również postawić kolejne pytanie, czy dobrym rozwiązaniem jest ograniczenie możliwości wyboru formy organizacyjnej spółki jedynie do spółki kapitałowej? Czy da się to pogodzić z zasadą swobody działalności gospodarczej gwarantowanej przede wszystkim przez Konstytucję RP¹¹¹? A może należałoby dopuścić większą liczbę form możliwej współpracy, czy też wręcz pozostawić decyzję w tej materii samym stronom, zgodnie z zasadą swobody umów z art. 353¹ kc. i ograniczeniami z niej wynikającymi?

Wydaje się również, iż polskiemu prawu gospodarczemu bardziej potrzebna jest idea partnerstwa publiczno–prywatnego *de facto*, niż *expressis verbis*. Dlaczego? Przede wszystkim z uwagi na fakt, iż jak się wydaje przyjęte rozwiązania opierają się na już obowiązujących regulacjach prawnych (np. ksh., kc.) lub też wynikają z podstawowych zasad prawa prywatnego i publicznego, jak zasada swobody umów, czy też swobody działalności gospodarczej. Nowe rozwiązania są jak najbardziej potrzebne z tym że należy je dokładnie przeanalizować, tak aby nie doprowadzały do niejasności i różnych możliwości interpretacyjnych.

Wydaje się, iż są to najważniejsze, wybrane aspekty polskiej regulacji partnerstwa publiczno–prywatnego. Pominięto oczywiście inne, które mają niejako charakter wtórny. Już jednak z zaprezentowanego materiału można wysnuć kilka wniosków. Po pierwsze, jest to nowa instytucja, która jeszcze nie zdążyła się zakorzenić w polskim systemie prawnym, a przede wszystkim w mentalności podmiotów do których jest adresowana. Pod drugie, owo partnerstwo, mimo wszystko jest delikatnie przesunięte w stronę podmiotu publicznego, który w odniesieniu do partnera prywatnego, mimo formalnej równości, ma inicjatywę wszczęcia procedury mającej na celu realizację projektu w ramach partnerstwa publicznego. Podmiot publiczny ma wyłączne prawo inicjowania działań mających na celu zawarcie umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym. Stronie prywatnej pozostawiono jedynie możliwość wyrażania w formie wniosków chęci zaangażowania się w tego typu przedsięwzięcia. Kwestia jednak obowiązku ich rozpatrzenia przez podmiot, któremu są one składane nie została obwarowana żąd-

111 Ustawa z dnia 2.04.1997 r., Dz.U. z 1997r., nr 78, poz. 483 ze sprost.

ną sankcją ani terminem, co znacznie osłabia znaczenie tej instytucji¹¹². Po trzecie, odstraszać może stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych¹¹³, które jednoznacznie kojarzone są z długą, kosztowną i skomplikowaną procedurą. Po czwarte, co należy uznać za rozwiązanie słuszne, wzajemne relacje pomiędzy stronami umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym pozostawiono im samym (zgodnie z cywilną zasadą swobody umów), określając ustawowo minimalne wymagania dla tego kontraktu. Po piąte, bardzo istotne jest promowanie idei partnerstwa publiczno–prywatnego wśród jego potencjalnych adresatów¹¹⁴, jako środek dający możliwość realizacji wielu potrzebnych społeczeństwu inwestycji. W Polsce owa promocja czasami zawodzi, czego skutkiem jest brak należytego wykorzystania dobrych, jak pokazują doświadczenia zagraniczne, rozwiązań prawnych.

112 J. Jacyszyn, T. Kalinowski (w:) R. Kujawski (red.), *op. cit.*, s. 108.

113 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2004 r., nr 19, poz. 177 ze zm.

114 Chodzi tutaj głównie o jednostki samorządu terytorialnego.