



5

Biuletyn partnerstwa publiczno-prywatnego

2018

3.3. PPP przyjazne dla inwestora

Tomasz Srokosz

W praktyce prawa można wskazać zarówno pozytywne, jak i negatywne strony stosowania określonych regulacji. Istotą okresowych nowelizacji aktów prawnych jest ich przegląd, wybór pozytywnych aspektów i wzmocnienie ich roli, przy jednoczesnym ograniczeniu negatywnych.

Przed nami zapowiadana nowelizacja ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. DzU z 2017 r. poz. 1834, dalej jako ustawa o PPP). Projekt rządowy został przekazany w marcu br. do sejmu (druk nr 2333), przy czym nie stanowi on sam tematu niniejszego artykułu, lecz teza, którą podkreślono w rządowym projekcie, to jest **nieefektywność dotychczasowej procedury PPP**¹. Ta nieskuteczność postępowań zaważyła na stosunkowo niewielkiej, np. względem zamówień publicznych, popularności PPP. Przedmiotowa nowelizacja ma w zamiarze wprowadzić zwiększenie popularności tej konstrukcji prawnej. Na gruncie obowiązujących przepisów przedsiębiorcy zainteresowani projektem PPP mogą już oczekiwać takiego przygotowania projektu, aby odpowiednio wcześniej ocenić opłacalność projektu oraz zasadność udziału w postępowaniu, eliminując czasochłonne i kosztowne postępowania, często same w sobie o charakterze „testowym”. Innymi słowy **przedsiębiorcy mogą i powinni oczekiwać, aby postępowanie miało na celu wyłącznie wyłonienie partnera dla realizacji przedsięwzięcia, a nie utwierdzenie się podmiotu publicznego w celowości i zasadach jego realizacji.**

Projekt i postępowanie PPP należy do strony publicznej

Podkreślić należy, że PPP to głównie forma powierzenia zadań publicznych przedsiębiorcy, więc każdorazowo inicjatorem i pomysłodawcą jest podmiot publiczny, mający nadrzędny cel, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, często społeczności lokalnej. Dotyczy to zarówno efektu końcowego, jak i sposobu jego realizacji. **Udział strony prywatnej w konsultacjach, co do modelu realizacji nie zwalnia podmiotu publicznego z odpowiedzialności za przedsięwzięcie, stąd potrzeba narzędzi wzmacniających proces decyzyjny po stronie publicznej.**

¹ Ilustruje to statystyka, otóż w wyniku wszystkich wszczętych postępowań od 2009 r. do końca czerwca 2017 r., tylko w 26 % doszło do zawarcia umowy pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym.

Wracając do postawionej powyżej tezy, należy przyjąć, że nie tylko regulacje prawne, ale i okóło prawne narzędzia nie sprawdziły się w pełni przy popularyzacji i upowszechnieniu PPP. Jednym ze sposobów weryfikacji założeń projektu przed rozpoczęciem formalnej procedury przez podmiot publiczny jest tzw. „test rynku”. Do udziału w nim, podmiot publiczny zaprasza potencjalnych wykonawców oraz instytucje finansowe, przekazując zainteresowanym podmiotom tzw. memorandum informacyjne. Jest to dokument opisujący zakres finansowych, prawnych i technicznych założeń planowanego przedsięwzięcia. Wachlarz zagadnień, które mogą być przedmiotem testu rynku jest określony wyłącznie potrzebami podmiotu publicznego. Dodatkiem do memorandum jest ankieta skierowana do uczestników badania, za pomocą której zaproszone podmioty mogą odnieść się do istotnych kwestii związanych z wdrożeniem planowanego przedsięwzięcia, w tym do proponowanego podziału zadań i ryzyk. W przypadku bardziej złożonych projektów PPP, podmiot publiczny przewiduje spotkanie z uczestnikami testu rynku. Przeprowadzenie konsultacji rynkowych nabrało znaczenia w realizacji tzw. projektów hybrydowych. *Zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju z 18 marca 2015 r. w zakresie zagadnień związanych z przygotowaniem projektów inwestycyjnych, w tym projektów generujących dochód i projektów hybrydowych na lata 2014–2020 (MiiR/H/2014–2020/7(01)03/20145), podmiot publiczny podejmuje decyzję o realizacji inwestycji w trybie PPP w oparciu o przeprowadzoną analizę przedrealizacyjną przedsięwzięcia oraz przeprowadzone badania (konsultacje) rynkowe*². W największym skrócie test odpowiada na pytanie: *dlaczego PPP?*

Regulacja rynku – efekt PPP

Każdy projekt PPP ma za przedmiot zadanie publiczne, które może wykonać przedsiębiorca, zatem każdorazowo stanowi ono ingerencję w określony rynek usług (czasami tak niszowych jak domy studenckie czy

² J. Kot, *Badanie rynku poprzedzające procedurę wyboru partnera prywatnego*, listopad 2015, <http://blogppp.pl/badanie-ryнку-poprzedzajace-procedure-wyboru-partnera-prywatnego/>. Od redakcji: Obecnie obowiązuje znowelizowana wersja wytycznych, wydana przez Ministra Rozwoju i Finansów w lutym 2017 r. Pisze o tym K. Szymański na str. 18 niniejszego *Biuletynu PPP*.

powierzchnie reklamowe). Ta ingerencja polega albo na udostępnieniu rynku właściwego przedsiębiorcy, albo na wzmocnieniu jego pozycji rynkowej np. zleceniem o skali niespotykanej na rynku. Przesłanką ingerencji w rynek strony publicznej jest stan ograniczonej konkurencji w określonej działalności gospodarczej, w przeciwnym razie na wolnym rynku jest ona pozbawiona sensu. Dla przykładu, gmina budując obiekt rekreacyjny działa w sytuacji ograniczenia konkurencji lub jest władna taką konkurencję ograniczyć albo regulować. Jak istotna jest kwestia regulacji rynkowych we współczesnym państwie, świadczy przyznanie w 2014 r. nagrody Nobla w dziedzinie ekonomii prof. Jean Tirole, który został nagrodzony za *analizę siły rynku i jego regulacji*.

Pojęcie rynku jest definiowane w przepisach prawa konkurencji³, a w prawie unijnym przepisami art. 101 i następnym Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴ (TFUE) i jego przepisów o udzielaniu pomocy publicznej oraz przepisów prawa wtórnego o koncesji przedsiębiorstw. W przepisach tych rynek jest pojmowany nie terytorialnie, lecz funkcjonalnie i dynamicznie w odniesieniu do zjawisk ekonomicznych, takich jak skuteczność konkurencji, zniekształcenie konkurencji, pozycja znacząca i pozycja dominująca na rynku, etc. Trudno rozdzielić pojęcie rynku od pojęcia konkurencji, mimo że są one odrębne zarówno na płaszczyźnie ekonomicznej, jak i prawnej. To rynek określa ramy i obszar, a także zakres usług oferowanych przez konkurencyjne podmioty. Na takim rynku następuje ocena sił konkurencji. W orzecznictwie wspólnotowym oraz piśmiennictwie tak skonstruowane pojęcie rynku określa się jako rynek właściwy (relewantny)⁵.

Kontrakty szeroko rozumianego partnerstwa publiczno-prawnego (w tym umowy koncesji) mają charakter kształtujący rynek, a nie dostosowujący się do niego. Zatem **decydując się na wieloletni kontrakt PPP lub umowę spółki, korzyści przemawiające za tym rozwiązaniem muszą przeważać nad naruszeniem konkurencji**. Co innego jest, gdy np. gmina sama prowadzi obiekt sportowy, co innego, gdy w tym zakresie podejmuje współpracę z prywatnym partnerem przez okres wielu lat. Pojęcie rynku regulowanego oraz sama „regulacja” jako pojęcie prawne nie są jednoznaczne i zawierają przeciwstawne elementy z jednej strony ograniczające wolność gospodarczą, które jednocześnie z drugiej strony ją wzmacniają. Nie można klasyfikować regulacji rynkowej jako synonimu ograniczenia dostępu do wykonywania działalności gospodarczej z pobudek określanych jako porządkowe, tak

jak w tzw. niemieckim modelu koncesji⁶. Dla przykładu gmina spełnia przesłanki dla kwalifikacji jej jako organu regulacyjnego na rynku usług komunalnych, przynajmniej dla części usług wymienionych w art. 7 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. DzU z 2017 r. poz. 1875).

Wracając do roli podmiotu publicznego na rynku właściwym usług należy przyjąć, że jako dysponent środków publicznych o wartości niejednokrotnie przewyższającej możliwości sektora prywatnego, kształtuje nie tylko określony kontrakt, a co za tym idzie jego warunki, ale wpływa na stosunki gospodarcze po realizacji kontraktu, np. monopolizując transport lokalny lub parkingi miejskie. Zatem wszelkie analizy przedrealizacyjne powinny takie oddziaływanie uwzględnić zarówno w trakcie procesu inwestycyjnego, jak i po jego zakończeniu. Innymi słowy nie chodzi tylko o efekt materialny (infrastrukturalny), ale sposób jego realizacji i co najważniejsze późniejszego jego wykorzystania.

Analiza efektywności

Warto zatem odnieść się do efektu końcowego planowanego przedsięwzięcia, w tym konkurencyjności rynku. Istotną zmianą z przewidzianych rządowym projektem⁷ jest nałożenie na podmiot publiczny obowiązku sporządzenia oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego. Analiza efektywności ma dostarczyć odpowiedzi na pytanie, czy formuła PPP okaże się korzystna z punktu widzenia realizacji planowanego przedsięwzięcia. Korzyści muszą być o tyle symetryczne, aby zagwarantować nie tylko korzyści publiczne, ale równocześnie zainteresowanie inwestycją przedsiębiorców. W swojej ocenie podmiot publiczny powinien uwzględnić w szczególności:

- zakładany podział zadań i ryzyk pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego,
- szacowane koszty cyklu życia przedsięwzięcia i czas niezbędny do jego realizacji,
- wysokość opłat pobieranych od użytkowników, jeżeli takie opłaty są planowane, oraz warunki ich zmiany⁸.

Jest to przykładowy katalog przesłanek, którymi powinien kierować się podmiot publiczny przy sporządzeniu oceny efektywności. Oznacza to, że sama ocena nie może mieć charakteru sztywnej regulacji, ale dokonywana będzie przy rozważeniu indywidualnych okoliczności przedsięwzięcia, stąd też zakres oraz przedmiot oceny

3 Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. DzU z 2018 r. poz. 798.

4 Wersja skonsolidowana Traktatu Dz Urz UE, C 202 tom 59 z 7 czerwca 2016 r. (dawny artykuł 81 TWE).

5 W. Hoff, *Prawny model regulacji sektorowej*, s. 16. Wyd. Difin, Warszawa 2008.

6 W. Hoff, *Prawny model regulacji sektorowej*, op. cit, s. 47. za C. Banasiński, H. Gronkiewicz-Waltz, D. Szafranski, M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski, *Prawo gospodarcze, zagadnienia administracyjno-prawne*, Warszawa 2005.

7 W niniejszym artykule opisywana jest wersja projektu aktualna w dniu 14 maja 2018 r.

8 Art. 2a ust. 2 projektowanej nowelizacji.

jest niedookreślony, a tym samym pozostaje w sferze uznania podmiotu publicznego. Taki obowiązek ma na celu rzetelne przygotowanie projektu PPP, a wprowadzenie takiej indywidualizacji oraz elastyczności sporządzanej oceny zwiększyć ma jakość dokumentacji postępowań dotyczących wyboru partnera prywatnego.

Co do pierwszego z wymienionych powyżej kryteriów warto przypomnieć że: Komisja Europejska definiuje PPP jako *współpracę sektora publicznego i prywatnego, dla realizacji zadań tradycyjnie wykonywanych przez sektor publiczny. Model ten przynosić ma korzyści obu stronom, rozdzielając zadania i ryzyko w taki sposób, aby uwzględnić specyfikę danego sektora. Całość zadań może być wykonywana bardziej efektywnie dzięki temu, że każdy z zaangażowanych w projekt sektorów zajmuje się tym, z czym radzi sobie najlepiej*⁹. Europejska Komisja Gospodarcza ONZ za istotę współpracy w ramach PPP uważa *dostarczanie przez podmioty sektora prywatnego kapitału, przy jednoczesnym obciążeniu ich obowiązkiem realizacji projektu w zakładanym terminie. Sektor publiczny jest odpowiedzialny za dostarczenie obywatelom usług publicznych w zakresie i na poziomie, który zapewni podnoszenie jakości życia i rozwój gospodarczy*¹⁰.

Uzasadnienie nowelizacji słusznie zakłada, ale i potwierdza pierwotne założenia, że realizacja zadań publicznych na drodze partnerstwa publiczno-prywatnego jest alternatywą dla ich powierzania w trybie zamówień publicznych. Jakże jest uzasadnienie dla innego względem zamówień publicznych trybu powierzenia zadań? Główną zaletą nawiązywania współpracy z sektorem prywatnym w sposób inny niż przez zamówienia publiczne jest wskaźnik korzyści *value for money*, który jest definiowany, jako *optymalna kombinacja całościowego cyklu życia projektu z odpowiednim poziomem jego jakości, na poziomie oczekiwania użytkownika*¹¹. Zgodnie z powyższym, podmiot publiczny nie powinien ograniczać się do ofert zakładających minimalny czas wykonania przedsięwzięcia przy minimalnym koszcie, gdyż korzyści wynikające z takiego sposobu realizacji przedsięwzięcia mogą być krótkotrwałe. Punktem wyjścia powinna być rzeczywista wartość danego przedsięwzięcia (jego całościowego cyklu życia), na którą składają się nie tylko elementy finansowe, ale również społeczno-ekonomiczne, operacyjne i jakościowe. **„Optymalny” nie zawsze jest synonimem „tańszego” na poszczególnych etapach realizacji przedsięwzięcia. Niekiedy, dzięki większym nakładom, uzyskuje się lepszą jakość usługi, co stanowi wartość niepoliczalną, jednak „odczuwalną”.** W eko-

nomii wykorzystuje się metody analizy porównawczej, używane na różnych etapach opracowania i przygotowania projektu. Pozwala to ocenić efektywność metody PPP i koncesji w porównaniu z innymi metodami realizacji zadania. Znajdują one zastosowanie na etapie przeglądu i przygotowania projektu oraz na etapie realizacji zadania. Uważa się, że korzyść kosztowa lub opłacalność w stosunku do alternatywnego wdrożenia projektu może zaistnieć, jeżeli rozwiązanie PPP lub koncesji okaże się tworzyć wyższą proporcję jakości do kosztów¹².

Polski ustawodawca uznał, że w zależności od zamierzonego celu, podmiot publiczny może wykonać różne formy powierzenia zadań. Jeżeli jej zamiarem jest otrzymanie usługi najtańszej, powinien zastosować zamówienia publiczne, gdzie kluczowe, aczkolwiek nie jedyne jest kryterium ceny. Jeżeli zamiarem jest uzyskanie najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, może wybrać partnerstwo publiczno-prywatne lub koncesję, korzystając z przepisów proceduralnych ustawy z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (DzU z 2016 r. poz. 1920). Z drugiej strony (w kwestii proceduralnej) warto odnotować ciekawą propozycję zawartą w projektowanej nowelizacji, aby podmiot publiczny mógł w każdym przypadku dokonać wyboru partnera prywatnego w trybie zamówień publicznych, także wówczas, gdy umowa będzie umową koncesji. Stosowanie ustawy o umowie koncesji do wyboru partnera prywatnego byłoby fakultatywne. Dzięki temu podmiot publiczny, który dopuszcza różne modele partnerstwa, wszczynając postępowanie w trybie zamówień publicznych, nie będzie miał powodów do obaw, że zastosował nieprawidłowy tryb wyboru partnera prywatnego, jeżeli negocjacje zakończą się zawarciem umowy koncesji. Dopuszczenie w każdym przypadku stosowania zamówień publicznych uchroni podmioty publiczne i partnerów prywatnych przed niepotrzebnym powtarzaniem postępowania, gdy podmiot publiczny (niewłaściwie oceniając perspektywy zawarcia umowy) wszczął postępowanie w trybie ustawy o umowie koncesji, a faktycznie wynegocjowana umowa nie może być uznana za umowę koncesji¹³.

Baza dobrych praktyk

Artykuł 3 ustawy o PPP wymienia poszczególne zadania organu właściwego w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego, tj. ministra właściwego ds. rozwoju regio-

9 *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, Bruksela, Komisja Europejska, 2003.

10 United Nations Economic Commission for Europe, *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, New York – Geneva 2007, s. 1.

11 HM Treasury, *Value for money guide PFI; meeting the investment challenge*, July 2003.

12 W trakcie postępowań prowadzonych na rzecz Miasta Katowice oraz Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu w 2013 r. doradcy ekonomiczni, z którymi współpracowałem przedstawiali takie analizy porównawcze zwane w praktyce „public sector comparator”, ich celem było porównanie form realizacji przedsięwzięcia.

13 Uzasadnienie do projektu nowelizacji.

nalnego¹⁴. Wzmocnienie roli organu centralnego to postulat od wielu lat podnoszony przez praktykę związaną z PPP. Nie chodzi tu o władczą ingerencję w postępowania, ale o możliwości informowania lub rekomendowania rozwiązań bezpiecznych i sprawdzonych. Baza dobrych praktyk i to zarówno prawnych, jak i podatkowych jest niezbędna choćby dla niewielkich samorządów przy realizacji programów PPP. Poniżej podam przykład, jak wyrok sądu administracyjnego skomplikować mógł sprawę z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego w projektach drogowych. Bez wsparcia doradców prawnych i podatkowych przy interpretacji poniższego wyroku projekty infrastrukturalne w formule PPP wydały się bezprzedmiotowe. Poniżej fragment uzasadnienia:

Powyższy wyrok, wprawdzie odnoszący się do kwestii podatkowych, podważał spójność świadczenia partnera prywatnego jako jednolitej usługi opisanej umową. W zasadzie podważa on sens PPP jako oddzielnej regulacji, skoro inwestycje można wykonywać i rozliczyć etapami. Orzeczenie to wyraźnie „przesuwa” PPP w stronę zamówień publicznych. Wkomponowując je w pojęcie „testu rynkowego” można przyjąć, że sens projektów PPP jest co do zasady wątpliwy. W sytuacji, gdy wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzi z budżetu gminy, dla rozliczenia poszczególnych usług świadczonych przez niego w ramach PPP konieczne jest ich wydzielenie i osobne rozliczenie każdej z nich. To orzeczenie wymagało kolejnych interpretacji tak, aby nie zamknąć drogi PPP w projektach

Oplata za dostępność, stanowi finansowy ekwiwalent udostępnienia przez partnera prywatnego wybudowanej przez niego infrastruktury komunalnej i stanowi łączne wynagrodzenie za całość jego świadczenia. Jak pojęcie to wykształcone przez praktykę okazało się wątpliwe, świadczyć może wyrok NSA z 13 marca 2014 r.¹⁵, cytuję w większym fragmencie, bo pośrednio interpretuje m.in. ekwiwalentność świadczeń zawartych w umowie umowy PPP: W sprawie strona złożyła ofertę gminie miejskiej w postępowaniu dotyczącym wyboru partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia związanego z wybudowaniem oraz eksploatacją na terenie gminy drogi publicznej. W przypadku wyboru spółki zostanie zawarta umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym z gminą, zgodnie z u.p.p.p. W ramach umowy spółka jest zobowiązana do opracowania dokumentacji organizacji robót i budowy oraz uzyskania zezwoleń i innych dokumentów niezbędnych do wybudowania drogi, jak i wybudowania drogi zgodnie z harmonogramem oraz jej eksploatacji. Spółka jest zobowiązana do eksploatacji drogi w sposób stały i nieprzerwany. Wysokość wynagrodzenia będzie uzależniona od zachowania przez spółkę w okresie eksploatacji określonego standardu drogi oraz jej dostępności dla określonych użytkowników. Wynagrodzenie powinno zostać tak skalkulowane, aby pokrywało koszty poniesione na wybudowanie drogi, koszty jej eksploatacji (w tym koszty utrzymania i remontów), koszty ubezpieczenia drogi, koszty finansowe kredytów zaciągniętych na realizację przedsięwzięcia, koszty administracyjne spółki związane z realizacją przedsięwzięcia i zysk spółki z realizacji przedsięwzięcia.

W sprawie zagadnieniem spornym jest to, czy usługa wybudowania drogi i następnie jej eksploatacji jest usługą kompleksową, czy też są to dwie czynności. Koncepcja tzw. świadczeń złożonych została wypracowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu. Pomimo tego, że Trybunał w wielu orzeczeniach w sposób pomocny przy interpretacji przepisów wypowiedział się w kwestii świadczeń złożonych, to i tak każdorazowo rozstrzygnięcie w tym przedmiocie musi uwzględniać specyfikę konkretnego stanu faktycznego w danej sprawie. Należy podkreślić, że zasadą jest to, że każde świadczenie usług musi być zasadniczo uznawane za odrębne i niezależne. Zasadę tą wskazał Trybunał we wspomnianym przez WSA wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise. Wyjątek od tej zasady ma miejsce wtedy, gdy świadczenie obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę. W takiej sytuacji nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Trybunał wskazał, że „pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się, jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej”. Trybunał zaakcentował „ekonomiczny punkt widzenia” oraz ocenę z perspektywy nabywcy (...). Zatem z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości można wysnuć wniosek, że łącząc poszczególne dostawy czy świadczone usługi w jedno świadczenie nie można zapominać, że zasadą wynikającą z prawa unijnego jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy usług. Rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma, więc charakter wyjątkowy. Odnosząc powyższe wskazania na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że WSA trafnie uznał, że usługa budowy drogi oraz usługa eksploatacji tej drogi stanowią dwa oddzielne świadczenia.

14 Zgodnie z powołanym przepisem do jego zadań należy w szczególności upowszechnianie i promowanie partnerstwa publiczno-prywatnego, dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego, w tym stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego.

15 Sygn. akt I FSK 614/13.

drogowych i nie tylko, natomiast bez jego znajomości projekt PPP jest obciążony ryzykiem podatkowym. Takie „kamienie milowe” orzecznictwa sądowego powinny być nie tylko nagłaśniane, ale też odpowiednio omawiane. I tu znajduje swoje miejsce organ centralny.

1 grudnia 2017 r. Minister Rozwoju i Finansów, z inicjatywy Ministerstwa Rozwoju, opracował objaśnienia dotyczące rozliczeń w zakresie VAT, CIT i PIT transakcji realizowanych w ramach umów o partnerstwie publiczno-prywatnym. To przykład jakiej roli należy oczekiwać od organu centralnego w PPP.

Obowiązek informacyjny

Aby ułatwić ministrowi sporządzanie analiz i ocen funkcjonowania PPP, podmioty publiczne powinny być zobowiązane do informowania go o najważniejszych danych dotyczących planowanych i realizowanych projektów PPP. Organ powinien być również uprawniony do żądania przedstawienia dodatkowych informacji.

Dobrym pomysłem proponowanym w projektowanej nowelizacji jest upoważnienie ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego do prowadzenia i publikacji bazy projektów PPP. Na etapie wykonywania umów o partnerstwie publiczno-prywatnym minister ma nadal posiadać uprawnienia do monitorowania rynku projektów PPP, na jego żądanie podmiot publiczny ma być zobowiązany do udzielenia informacji na temat wykonywania umów o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Konsekwencją powyższego powinna być możliwość sporządzenia opinii na podstawie prac przygotowawczych dokonywanych przez podmiot publiczny. W razie pozytywnego zaopiniowania projektu partnerzy prywatni będą mogli wybrać lepiej przygotowany projekt, który obiektywnie zwiększy szansę na zawarcie umowy. Negatywna opinia może być wskazówką dla podmiotu publicznego o brakach i błędach w pracach przygotowawczych. Tak zwana „certyfikacja” stanowić może kolejny krok do popularyzacji oraz zachęcania do realizowania przedsięwzięć w formule PPP.

Już na pierwszy rzut oka narzuca się podobieństwo do interpretacji podatkowych, wysoko ocenianych przez przedsiębiorców. Ale na gruncie dotychczasowych przepisów takie interpretacje (nawet podatkowe w PPP) nie były możliwe.

W jednym z postępowań podmiot publiczny sugerował przedsiębiorcom wystąpienie o interpretację podatkową konkretnego zapisu umowy (chodziło o skutki podatkowe w zakresie VAT obowiązków stron), jednak po dłuższej dyskusji pojawiły się ryzyka odmowy wydania interpretacji ze względu na hipotetyczność stanu prawnego oraz rozbieżnych interpretacji dla każdego z oferentów (było ich łącznie sześciu). Jak rozumiem certyfikacja będzie miała właśnie charakter hipotetyczny, choć niewiążący zarówno dla podmiotu publicznego, jak i wybranego przedsiębiorcy.

W przypadku dużych projektów planowanych do realizacji w formule tradycyjnej, rozważa się obowiązek sporządzenia opinii o realizacji projektu w formule PPP. Test PPP miałby dostarczyć informacji o tym, która forma realizacji przedsięwzięcia będzie korzystniejsza w całym cyklu życia projektu.

ZDANIEM AUTORA

Niezależnie od proponowanych zmian warto zwrócić uwagę, że **ustawa o PPP ma charakter bardzo ogólny, więc w dużej mierze kształtowana była przez ostatnie 9 lat praktyką oraz orzecznictwem sądów powszechnych i administracyjnych. W mojej ocenie o sukcesie lub porażce przedsięwzięcia PPP decydowała determinacja i zaangażowanie strony publicznej. Jeżeli projekt był dobrze przygotowany a co najważniejsze „bankowalny”, projekty przechodziły w fazę realizacji. Przeciwną formą były projekty pozorne, które od początku pozbawione były szans ich realizacji. Do takich należały projekty infrastrukturalne wymagające od strony publicznej przekazania nieruchomości o określonych parametrach, a których to strona publiczna... nie posiadała.** To nie żart, co najmniej dwa z projektów realizowanych w ciągu ostatnich pięciu lat należących do gospodarki odpadami miały takie uchybienia. Wprawdzie żadna regulacja tego nie przewiduje wprost, ale na zasadach ogólnych można wyprowadzić roszczenie oparte na „prowadzeniu negocjacji w złej wierze” (72 § 2 kodeksu cywilnego), wtedy gdy strona publiczna wszczyna postępowanie PPP mające wyraźnie testowy charakter. Jeden z takich procesów zakończył się w mieście wojewódzkim na południu Polski. Potencjalny partner prywatny poniósł takie koszty przygotowania postępowania, że postanowił je odzyskać na drodze sądowej.

Podatki – pięta achillesowa PPP

Odrębne kwestie stanowią konsekwencje podatkowe, nągminnie pomijane przy kalkulacji ekonomicznej przedsięwzięcia przez stronę publiczną. Dotychczas żadna regulacja nie odniosła się choćby pomocniczo do definiowania świadczeń wzajemnych stron PPP. Nie zamierzam tu rozwiązywać jakichkolwiek kwestii. Warto jednak każdorazowo mieć na względzie, że PPP jak każdy stosunek prawny skutkujący zobowiązaniami prawnymi stron wywołuje konsekwencje podatkowe, są one często ograniczone po stronie publicznej, stąd mniejsze jej zainteresowanie tym tematem. W celu określenia konsekwencji podatkowych (głównie w sferze VAT) przedsięwzięcia PPP należy w pierwszej kolejności określić, czy świadczenia stron stanowią dostawę towarów, czy świadczenie usług (lub równocześnie oba te elementy) oraz moment powstania obowiązku podatkowego. Od klasyfikacji świadczeń przedsiębiorcy będą bowiem zależały konsekwencje podatkowe przedsięwzięcia. Co do zasady warto rozróżnić dwa skrajne

sposoby uregulowania świadczeń stron. Kluczowe dla tej oceny jest źródło finansowania przedsięwzięcia PPP, innymi słowy kto i jak „płaci” partnerowi prywatnemu za budowę obiektu lub świadczenie usług. Można wysnuć wniosek, że projekt PPP finansowany wpływami od odbiorców usług zbliża go do koncesji. Przeciwnie, gdy znaczna część wynagrodzenia partnera prywatnego pochodzi ze środków budżetowych, wtedy formuła zbliżona jest do zamówień publicznych, gdzie wydatkującym jest strona umowy PPP, tj. podmiot publiczny.

Zatem wybierając partnera w trybie koncesyjnym, należy przyjąć odpowiednie założenia postępowania odróżniające je od procedury wyboru partnera prywatnego. I tak:

- jego wynagrodzenie pochodzi z opłat od odbiorców usług, a ewentualne płatności strony publicznej nie mogą prowadzić do odzyskania całości nakładów poniesionych przez partnera, jeżeli takie nakłady poczynił w celu realizacji inwestycji;
- ryzyko ekonomiczne wykonywania partnerstwa „koncesyjnego” ponosi w zasadniczej części partner prywatny, w szczególności dotyczy to popytu.

Powyższe rozróżnienie ma daleko idące skutki podatkowe. Posłużę się przykładem **jak pominięcie analizy podatkowej na odpowiednim etapie postępowania przyczyniło się do rezygnacji z projektu budowy „akademików”** w formule PPP. Strona publiczna od początku postępowania nie była zdecydowana co do elementu „koncesyjnego” partnerstwa, dopuszczając możliwość rozliczania bezpośredniego pomiędzy partnerem i równocześnie zarządzającym obiektem a korzystającymi z niego studentami. Z punktu widzenia przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniu ten element był kluczowy i konieczny do przygotowania na etapie poprzedzającym procedurę. Po pierwsze, czym innym jest opłata za dostępność płacona przez podmiot publiczny, a czym innym cena za usługę korzystania z domu studenckiego. Po drugie, kluczową z punktu widzenia kalkulacji była stawka VAT i możliwość jej odliczenia. W związku z tym, przed dokonaniem wyboru oferty należało rozstrzygnąć, jaka stawka podatku VAT powinna mieć zastosowanie do wynagrodzenia wypłacanego w ramach umowy PPP partnerowi prywatnemu. Należało zatem odpowiedzieć na pytania:

Czy do wynagrodzenia w formie opłaty za dostępność, wypłacanej partnerowi prywatnemu wyłonionemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formule PPP, zastosowanie ma stawka

8% VAT przewidziana w art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 163 Załącznika nr 3 do ustawy o VAT?

Czy do opłat pobieranych przez Wnioskodawcę od studentów i doktorantów uczelni, będzie miało zastosowanie zwolnienie z podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 30 lit. b i lit. c ustawy o VAT?

Decyzja w tej sprawie miała być podjęta po otrzymaniu indywidualnych interpretacji podatkowych przez uczestników postępowania. Dla większości z nich okazało się to za późno, podobnie jak i dla służb finansowych podmiotu publicznego niebiorących udziału w bieżących negocjacjach. Na marginesie tylko dodam, że w tym samym mieście rok później przedsiębiorca niepowiązany z żadną uczelnią z powodzeniem zaoferował usługę zbliżoną do funkcji „akademików”. Ten swoisty test rynkowy uświadomił, że **niezależnie od wszelakich analiz i testów, PPP wymaga także zmysłu przedsiębiorczości.**

Reasumując, strona publiczna nie tylko musi mieć pomysł na przedsięwzięcie i analizę jego efektywności (może skorzystać w przyszłości z form konsultacyjnych), ale powinna przeprowadzić symulację opłacalności tej inwestycji dla przedsiębiorcy z uwzględnieniem skutków podatkowych. Zrozumienie punktu widzenia inwestora w całej rozciągłości to gwarancja sukcesu PPP zarówno z punktu widzenia inwestora, ale przede wszystkim strony publicznej.

Jerzy Angrocki, Prezes Zarządu spółki Budimex Parking Wrocław

Strona publiczna musi od początku wiedzieć na co się decyduje i bez tej świadomości nie powinna wchodzić w inwestycję. Niestety nie zawsze tak jest. Zdarza się, że się wycofuje, co zniechęca partnera prywatnego, który do przedsięwzięcia się przygotowuje dokonuje różnych analiz, które są kosztowne. Działalności filantropijnej podmiot prywatny prowadzić nie będzie, co trzeba głośno powiedzieć. Misja społeczna jest po drugiej stronie. My prowadzimy wyważony i transparentny biznes. Urzędnicy zaś powinni patrzeć perspektywicznie. Inwestycja taka jak parking przy Hali Stulecia we Wrocławiu z czasem stanie się własnością miasta. W dodatku musi zostać oddana w takim stanie technicznym, aby nadawała się do dalszej eksploatacji. Jest to więc, można powiedzieć, kupienie parkingu na kredyt za prawie darmowe raty.

Dr Tomasz Srokosz – radca prawny, partner kancelarii KSP T. Srokosz i wspólnicy sp.k., specjalista w zakresie prawa ochrony środowiska, partnerstwa publiczno-prywatnego, zamówień publicznych, a także gospodarki komunalnej. Doradzał podmiotom publicznym, partnerom prywatnym, koncesjonariuszom, przy zawieraniu umów PPP, m.in.:

- dla Miasta Sopot przy wyborze partnera prywatnego dla budowy dworca kolejowego i rewitalizacji terenów przydworcowych (projekt wart ok. 200 mln PLN);
- dla Miasta Katowice dotyczące projektu Miejskiego Zespołu Rekreacyjno-Sportowego i Kąpieliskowego pn.: „Park Wodny w Katowicach”;
- przy sporządzeniu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w ramach rozbudowy Szpitala Wincentego a Paulo Sp. z o.o. w Gdyni z udziałem wsparcia pochodzącego ze środków Unii Europejskiej – Inicjatywy JESSICA.