



Koncesja na roboty budowlane lub usługi a inne formy realizacji inwestycji publiczno-prywatnych

Tomasz Korczyński
Agata Kozłowska
Kacper Kozłowski
Arwid Mednis
Andrzej Nowaczek



a Wolters Kluwer business



WIERZBOWSKI EVERSHEDS

Koncesja na roboty budowlane lub usługi a inne formy realizacji inwestycji publiczno-prywatnych

**Tomasz Korczyński
Agata Kozłowska
Kacper Kozłowski
Arwid Mednis
Andrzej Nowaczek**



ABC

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2010

Stan prawny na 1 grudnia 2009 r.

Recenzenci:

Dr Irena Herbst

Prof. zw. dr hab. Włodzimierz Rydzkowski

Arkadiusz Godlewski

Wydawca:

Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący:

Joanna Maż

Redakcja:

JustLuk

Skład, łamanie:

JustLuk, Łukasz Drzewiecki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2010

ISBN: 978-83-7601-928-4

Wydane przez:

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek

01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a

tel. (022) 535 80 00, (022) 535 82 00

31-156 Kraków, ul. Zacisze 7

tel. (012) 630 46 00

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	9
Wprowadzenie	11
Rozdział I (Agata Kozłowska, Tomasz Korczyński)	
Możliwe formuły realizacji inwestycji publiczno-prywatnych	13
1. Realizacja inwestycji z udziałem partnerów zewnętrznych – stan obecny	13
2. Możliwości angażowania partnerów prywatnych na podstawie ustaw innych niż ustawa o PPP i ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi.....	21
2.1. Prawo zamówień publicznych.....	21
2.2. Ustawa o gospodarce komunalnej.....	25
2.3. Ustawa o gospodarce nieruchomościami	33
3. Wybór formuły realizacji inwestycji	34
4. Partnerstwo Publiczno-Prywatne jako forma realizacji inwestycji publiczno-prywatnych	40
5. Nowa ustawa o PPP z dnia 19 grudnia 2008 r – praktyczne aspekty; szanse i zagrożenia	46
6. Rozwój infrastruktury autostradowej w Polsce jako przykład wdrażania inwestycji publiczno-prywatnych	56
6.1. Program budowy autostrad w Polsce i jego realizacja.....	56
6.2. Koncesja na roboty budowlane – ogólna charakterystyka nowej regulacji	64
Rozdział II (Arwid Mednis)	
Postępowanie o zawarcie umowy koncesji – aspekty prawne.....	72
1. Zagadnienia ogólne związane z koncesją na roboty budowlane lub usługi.....	72
1.1. Zastosowanie ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi.....	72
1.2. Koncesjonariusz ponosi ryzyko.....	73

1.3. Koncesjodawca	74
1.4. Koncesjonariusz.....	74
1.5. Wyłączenie stosowania ustawy o koncesji.....	75
1.6. Zastosowanie kodeksu cywilnego.....	76
2. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji	76
2.1. Zasady prowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji.....	76
2.2. Przebieg postępowania	77
2.3. Zawarcie umowy koncesji	84
2.4. Okres obowiązywania umowy koncesji.....	86
3. Środek odwoławczy	87

Rozdział III (*Andrzej Nowaczek*)

Zasady finansowania przedsięwzięć koncesyjnych.....	92
1. Definicja koncesji, wynagrodzenie partnera prywatnego w koncesji.....	92
1.1. Niejasne sformułowania	94
1.2. Ryzyko ekonomiczne.....	96
2. Opłaty	97
2.1. Opłaty rzeczywiste (realne).....	98
2.2. Opłaty za dostępność	99
2.3. Opłaty ukryte	99
2.4. System mieszany	100
3. Wynagrodzenie partnera prywatnego w ustawie o PPP	100
4. Aspekty podatkowe koncesji na roboty budowlane lub usługi	104
5. Formuły prawno-organizacyjne przedsięwzięć koncesyjnych	112

Rozdział IV (*Kacper Kozłowski*)

Praktyczne aspekty pozyskiwania partnerów prywatnych do projektów typu PPP	116
1. Bez partnera ani rusz	116
2. Koncesja i PPP w oczach partnerów publicznych i prywatnych.....	120
3. Doświadczenia związane z koncesją na roboty budowlane w Polsce na tle doświadczeń Europy.....	123
4. Partnerzy prywatni i przyszli koncesjonariusze a przygotowanie projektu	126
5. Jak skutecznie wciągnąć partnerów do projektu	131
6. Zainteresowanie koncesją w Polsce	133

Bibliografia	135
Załączniki.....	139
Informacja o autorach.....	165

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

dyrektywa 2004/18/WE –	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, s. 114)
k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
p.p.s.a.	– ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.)
p.z.p.	– ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.)
u.g.k.	– ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 z późn. zm.)
u.g.n.	– ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz. U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603 z późn. zm.)
u.k.r.b.u.	– ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101)
u.p.p. z 2005 r.	– ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. Nr 169, poz. 1420)
u.p.p. z 2008 r.	– ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100)
ustawa o VAT	– ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.)

Inne

GDDKiA	–	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
j.s.t.	–	jednostki samorządu terytorialnego
PPP	–	Partnerstwo Publiczno-Prywatne

WPROWADZENIE

Niniejsza publikacja ukazuje się równo rok od wejścia w życie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ten pierwszy rok stosowania ustawy pokazał, że została ona zaakceptowana przez samorządy – w 2009 r. ukazały się aż 34 ogłoszenia koncesyjne. To bardzo dużo, szczególnie mając na uwadze, że w ciągu kilku lat obowiązywania „starej” koncesji, uregulowanej w prawie zamówień publicznych, zastosowano ją zaledwie kilka razy.

Tym bardziej aktualna i pomocna będzie ta książka, pomyślana jako praktyczny przewodnik, który wskazuje, kiedy i w jaki sposób stosować ustawę o koncesji oraz jakie są warunki zakończenia postępowania koncesyjnego sukcesem. Publikację kierujemy zarówno do samorządów, rozważających zastosowanie koncesji w realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego, jak i do firm – potencjalnych koncesjonariuszy.

Książka podzielona jest na 5 części, które koncentrują się na różnych aspektach koncesji – prawnych, finansowych i biznesowych. W kolejnych rozdziałach przedstawione zostaną regulacje prawne, których zastosowanie należy rozważać równolegle z ustawą o koncesji, prawne aspekty przeprowadzenia procedury koncesyjnej, zasady finansowania przedsięwzięć koncesyjnych oraz praktyczne aspekty pozyskiwania inwestorów do projektów publiczno-prywatnych.

Tematyka pierwszego rozdziału koncentruje się na innych niż koncesja możliwościach realizacji inwestycji publicznych z udziałem partnera prywatnego, na które pozwala p.z.p., ustawa o gospodarce komunalnej i ustawa o gospodarce nieruchomościami. Często stosowaną do tej pory formułą było zakładanie spółek prawa handlowego z udziałem jednostki samorządu terytorialnego. To rozwiązanie zastosowano choćby w projekcie Centrum Haffnera – dużym przedsięwzięciu zrealizowanym przez Miasto Sopot. W tej części publikacji szczegółowo przybliżono także możliwości realizacji przedsięwzięć według nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym,

która ze względu na swój ramowy charakter pozwala na swobodne kształtowanie relacji między podmiotem publicznym i prywatnym oraz może mieć zastosowanie do szerokiego zakresu przedsięwzięć.

Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi przewiduje nową procedurę wyboru koncesjonariusza, którą – co do idei – można porównać do dialogu konkurencyjnego. Szczegóły dotyczące jej prawidłowego przeprowadzenia, wliczając w to opis przedmiotu koncesji, przygotowanie ogłoszenia o koncesji, możliwe kryteria wyboru ofert, aż po zawarcie umowy koncesyjnej, opisane są w rozdziale drugim.

Tuż po wejściu w życie ustawy o PPP i ustawy o koncesji rozgorzała dyskusja na temat nakładania się obu ustaw w zakresie wyboru partnera prywatnego, bowiem procedura koncesyjna w określonym przypadku może być zastosowana także dla przedsięwzięć PPP. Kluczowe są tutaj kwestie związane z wynagrodzeniem oraz podziałem ryzyka pomiędzy partnerów. W przypadku koncesji, wynagrodzeniem jest prawo do pobierania pożytków z przedsięwzięcia, które może być uzupełnione o płatności partnera publicznego. Natomiast ryzyko ekonomiczne musi zawsze „w zasadniczej części” leżeć po stronie koncesjonariusza. Te kwestie wyjaśnione zostają w trzecim rozdziale książki, gdzie dodatkowo przedstawiono podatkowe aspekty realizacji przedsięwzięć koncesyjnych.

Niezbędne dla efektywnego przeprowadzenia koncesji jest zrozumienie motywów i oczekiwań uczestniczących w nim partnerów oraz szersze spojrzenie na sytuację na rynku finansowym. Dlatego kluczowe jest przeprowadzenie efektywnych konsultacji z rynkiem, tak aby warunki koncesji mogły zostać zaakceptowane przez taką ilość podmiotów, która zapewni konkurencyjność w procedurze wyboru koncesjonariusza. To biznesowe podejście, wraz z prognozą dla rynku projektów publiczno-prywatnych, zaprezentowano w ostatnim rozdziale książki.

Liczymy, że niniejsza publikacja przyczyni się do wzrostu liczby ogłoszonych postępowań koncesyjnych, a przede wszystkim – koncesji zakończonych sukcesem.

Agata Kozłowska

Rozdział I

MOŻLIWE FORMUŁY REALIZACJI INWESTYCJI PUBLICZNO-PRYWATNYCH

1. Realizacja inwestycji z udziałem partnerów zewnętrznych – stan obecny

Przedsięwzięcia publiczno-prywatne w Polsce są realizowane od wielu lat z wykorzystaniem instytucji spółki prawa handlowego z udziałem jednostki samorządu terytorialnego, co przewiduje art. 9 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 z późn. zm.), czy poprzez zawieranie długoletnich umów dzierżawy bądź użytkowania wieczystego¹. Nie stanowią one rozwiniętych form partnerstwa publiczno-prywatnego, które są znane w Europie, jednak niewątpliwie wychodzą poza schemat zamówienia publicznego, oparty na zasadzie: wykonanie zamówienia – zapłata.

Tabela 1. Spółki prawa handlowego z udziałem jednostki samorządu terytorialnego

Nazwa spółki	Saur Neptun Gdańsk S.A.	Wrocławski Park Wodny S.A.	Aquapark Łódź
Rok powstania	1992	2004	2003
Struktura własnościowa	Joint-venture: • Grupa SAUR – 51% • Miasto Gdańsk – 49%	Miało być: • Gmina Wrocław • InterSPA Obecnie spółka w 100% miejska.	Początkowo: • Miasto Łódź (17% udziałów w spółce) • Makro 5 Inwestycje Od 2009 r. spółka w 100% miejska.

¹ Na podstawie ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz. U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603 z późn. zm.).

Obszar działania	Świadczenie usług wodociągowo-kanalizacyjnych w mieście Gdańsku.	Spółka inwestycyjna w celu budowy, pozyskania finansowania i eksploatacji parku wodnego we Wrocławiu.	Zaprojektowanie, wybudowanie i eksploatacja parku wodnego w Łodzi.
Zakres współpracy	Kontrakt na 30 lat pomiędzy SAUR Neptun Gdańsk, Miastem Gdańsk i od 2004 r. Gdańską Infrastrukturą Wodociągowo-Kanalizacyjną (właściciel infrastruktury wod.-kan.). Podział głównych zadań: • SNG – odpowiada za bieżącą eksploatację, ciągłość i jakość usług, relacje z klientami, warunki techniczne, remonty; • GIWK – dzierżawi infrastrukturę dla SNG, decyduje o nowych inwestycjach i sposobie ich finansowania; • Miasto – zatwierdza taryfy opłat, kontrola jakości.	Zgodnie z założeniami, spółka publiczno-prywatna miała odpowiadać za prace projektowe, budowę, zapewnić finansowanie dla inwestycji oraz zająć się eksploatacją przez 30 lat. Ze względu na problemy we współpracy z partnerem prywatnym, miasto przejęło udziały w spółce, obecnie jest to spółka w 100% miejska.	Park wodny wybudował i sfinansował inwestor, a udział gminy Łódź stanowiły grunty, na których powstał park wodny. Miasto wykupiło udziały od inwestora prywatnego i jest właścicielem 100% udziałów w spółce.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie stron internetowych www.sng.com.pl, www.wroclaw.pl, www.aquapark.lodz.pl.

Współpraca sektora publicznego i prywatnego w ramach spółki charakteryzuje się długoletnim współdziałaniem współników w celu osiągnięcia wspólnego efektu (zasada „win – win”), co jest cechą partnerstwa publiczno-prywatnego. Należy podkreślić przy tym, że zarówno instytucjonalne (spółka), jak i kontraktualne (umowy) formy² wspólnej realizacji przedsięwzięć były i są możliwe do realizacji na podstawie obowiązującego prawa (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm., ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych,

² Pojęcia zaczerpnięto z Zielonej Księgi („Green Paper” on public – private partnerships and community law on public contracts and concessions, Brussels, 30.04.2004, (COM (2004) 327 final).

Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm., ustawa o gospodarce komunalnej, ustawa o gospodarce nieruchomościami, ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Odpowiedź na pytanie, czy i jak rozwija się partnerstwo publiczno-prywatne w Polsce, utrudnia zinstytucjonalizowanie tego pojęcia w ustawach³ oraz bariery pojawiające się wobec braku kompleksowej regulacji wszystkich zagadnień związanych z partnerstwem albo – wręcz przeciwnie – związane z niepotrzebnym zamknięciem w ramach prawnych struktur prawno-biznesowo-finansowych, których modele, wykorzystywane przy realizacji przedsięwzięć, podlegają nieustannym zmianom wraz ze zmianami rynku finansowego w Polsce i w Europie.

Rozważając, jak obecnie przebiega realizacja publicznych inwestycji z udziałem partnerów zewnętrznych, należy wziąć pod uwagę aspekty regulacji prawnych oraz aspekty praktyczne – w jakich formułach organizacyjno-prawnych współpraca ta jest realizowana oraz z jakimi problemami borykają się podmioty publiczne i prywatne.

Przede wszystkim, przedsięwzięcia planowane do realizacji z udziałem partnera prywatnego zgodnie z ustawą znalazły się nie tak dawno w specyficznym stanie zawieszenia. Ustawa o PPP, która weszła w życie dwa lata temu, z przyczyn formalnych nie zaowocowała żadnym projektem, jaki zostałby zrealizowany z udziałem partnera prywatnego w trybie przez nią przewidzianym, zaś nowelizacja (a właściwie nowa ustawa – w oparciu o nowe odmienne założenia) była dopiero tworzona. Podmioty publiczne zostały więc zmuszone przekształcić własne przedsięwzięcia PPP w tzw. ppp poza ustawą, które to pojęcie, jak się wydaje, bardziej zakorzeniło się w środowisku niż definicja właściwego, określonego w ustawie, partnerstwa publiczno-prywatnego.

Podstawy do wprowadzenia poprzedniej, pierwszej ustawy o PPP były uzasadnione: akt ten miał objąć swoim oddziaływaniem wszystkie możliwe sposoby współpracy publiczno-prywatnej, wykorzystać istniejące już instrumentarium prawne i stworzyć odrębną rozbudowaną procedurę wyboru partnera prywatnego, która przede wszystkim chroniłaby interes publiczny przed zawarciem umowy, mogącej wzbudzać jakiekolwiek podejrzenia o inne niż wskazane w ustawie intencje. Współpraca oparta na ustawie, miała wy-

³ Poprzednia ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1420 z późn. zm.) została zastąpiona obecnie obowiązującą.

kazać przeważające korzyści dla interesu publicznego w stosunku do innych rodzajów realizacji przedsięwzięcia.

Dodatkowo, pierwsza ustawa o PPP wyróżniała się zupełnie nowatorską regulacją, która dawała podstawę prawną podmiotom publicznym do prowadzenia konsultacji z rynkiem w trakcie przygotowań przedsięwzięcia do wdrożenia go w formule PPP. Przepis art. 10 ust. 1 wskazywał, że podmiot zainteresowany realizacją określonego przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego może zgłosić wniosek do podmiotu publicznego z propozycją realizacji tego przedsięwzięcia. Zapis ten umożliwiał podmiotowi publicznemu rozpoczęcie konsultacji z rynkiem, dialogu z potencjalnymi partnerami prywatnymi w celu zorientowania się, jaki jest poziom zainteresowania zaangażowaniem się w planowane przedsięwzięcie i na jakich wstępnych zasadach partnerzy prywatni skłonni byłiby partycypować w zamierzeniu. Przepis ten stał się narzędziem, umożliwiającym przygotowanie przedsięwzięcia w sposób gospodarny, rzetelny oraz z poszanowaniem interesu publicznego, bowiem celem konsultacji z rynkiem było zaoszczędzenie kosztów, związanych z przygotowaniem postępowania na wybór partnera prywatnego, które zakończy się niepowodzeniem ze względu na niedopasowane do realiów warunki realizacji projektu czy kryteria wyboru partnera prywatnego.

Wykorzystano to narzędzie co najmniej dwukrotnie: miasto Katowice zwróciło się z prośbą do podmiotów zainteresowanych realizacją przedsięwzięcia o składanie wniosków, zawierających koncepcję przeprowadzenia inwestycji (styczeń 2007 r.), a miasto Szczecin na podstawie art. 10 opracowało ankiety dotyczące najważniejszych aspektów planowanego przedsięwzięcia i poprosiło sektor prywatny o zweryfikowanie własnych oczekiwań (czerwiec 2008 r.). Obydwa miasta zorganizowały również międzynarodowe forum dla inwestorów przed ogłoszeniem postępowania na wybór partnera prywatnego.

Konsultacje z potencjalnymi inwestorami odbywały się jawnie, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości: wszystkie informacje zamieszczane były na stronach internetowych miast, a fora dla inwestorów odbywały się publicznie, wstęp na nie był otwarty dla każdego zainteresowanego.

Warto podkreślić, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby zgodnie z zasadami, właściwymi misji publicznej, nadal wykorzystywać te instrumenty do rzetelnego przygotowania do realizacji przedsięwzięcia planowanego w formule

PPP. Jednak dla administracji, działającej w myśl reguły „co nie jest dozwolone, jest zabronione”, którą oskarża się o zachowawcze (aby nie powiedzieć blokujące) nastawienie wobec partnerstwa, ta podstawa prawna była swego rodzaju przyzwoleniem na szersze kontakty z sektorem prywatnym.

Paradoksalnie jednak, to, co miało wyróżniać partnerstwo publiczno-prywatne od innych – dopuszczalnych cały czas przez polski system prawny – sposobów współpracy sektora publicznego z prywatnym, stało się największą przeszkodą we wprowadzaniu nowej formuły realizacji projektów inwestycyjnych w Polsce.

Procedura wyboru partnera prywatnego, przewidziana w pierwszej ustawie o PPP, zawierała kilka etapów, które należało zrealizować w celu prawidłowego wypełnienia zapisów ustawy. Nieprzestrzeganie obowiązków, związanych z przeprowadzeniem analiz oraz zamieszczeniem informacji o planowanym przedsięwzięciu w Biuletynie Informacji Publicznej i Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 13 poprzedniej u.p.p.), zagrożone było sankcją nieważności umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym z mocy prawa.

Problem z art. 13 polegał na tym, że formularze ogłoszeń, zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych, są nadawane rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów, a ze względu na brak formularzy, odnoszących się do projektów PPP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie mógł określić formuły, w jakiej dane dotyczące projektu powinny się znaleźć w ogłoszeniu. Z kolei brak wzoru ogłoszenia uniemożliwiał dalsze prowadzenie postępowania.

Sytuacja stała się o tyle problematyczna, że poprzez ujęcie „partnerstwa publiczno-prywatnego” w ramy legalnej definicji, PPP stało się ściśle określonym sposobem realizacji zadań publicznych, wyróżniających się uregulowaną procedurą przygotowawczą oraz procedurą wyboru partnera prywatnego. Mówiąc krótko, jeśli ktoś chciał zastosować mechanizm partnerstwa, nie mógł użyć go bez jednoczesnego zastosowania przepisów ustawy. Tak jak do tej pory, można było tworzyć różnorodne mechanizmy współpracy publiczno-prywatnej „poza u.p.p.”, jednak byłoby to partnerstwo w szerokim, ekonomicznym, a nie prawnym, znaczeniu tego słowa.

Wydaje się, że to ustawowe zamieszanie nieco ochłodziło klimat wokół partnerstwa publiczno-prywatnego. W mentalności administracji publicznej dalej funkcjonowało ono w kształcie spółek, jako najbardziej skomplikowanych do powołania, utrzymania i zarządzania tworów, podlegających ocenie