

PARTNERSTWO PUBLICZNO - PRYWATNE A POMOC PUBLICZNA



URZĄD OCHRONY
KONKURENCJI
I KONSUMENTÓW

*Szkolenia, ekspertyzy i publikacje w zakresie pomocy publicznej dla UOKiK
w ramach programu Transition Facility PL2004/016-829.01.10 Rezerwa Elastyczna*

Autorzy:

Włodzimierz Dzierżanowski

Małgorzata Stachowiak

Marcin Cichowicz

Maciej Zasłona

SPIS TREŚCI

Pomoc publiczna w Unii Europejskiej. _____ 4

Formy pomocy publicznej. _____ 7

Pojęcie partnerstwa publiczno – prywatnego. _____ 9

Najczęstsze modele PPP. _____ 14

Zastosowanie PPP. _____ 17

W jakich dziedzinach można realizować projekty w systemie PPP – wpływ przedmiotu partnerstwa na występowanie pomocy publicznej? _____ 17

Czym różni się projekt realizowany na zasadach PPP od innych projektów? _____ 20

Jakie podmioty mogą brać udział w projektach PPP? _____ 23

Źródła finansowania przedsięwzięć w modelu PPP i ich wpływ na stosowanie przepisów o pomocy publicznej. _____ 31

Fundusze europejskie a PPP. Sposób stosowania przepisów o pomocy publicznej. _____ 32

Podstawa prawna partnerstwa i jej związek z charakterem _____ przedsięwzięć oraz z występowaniem pomocy publicznej. _____ 40

Ustawa o partnerstwie publiczno - prywatnym, a prawo Unii Europejskiej dotyczące pomocy publicznej. _____ 44

Podatki w przedsięwzięciu PPP, nieobjęte przepisami ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym. _____ 59

Ustawa o autostradach płatnych oraz budowa i eksploatacja dróg. _____ 63

Koncesja w rozumieniu ustawy o zamówieniach publicznych. _____ 68

Partnerstwo – publiczno prywatne realizowane w oparciu o kodeks spółek handlowych i inne akty prawne dopuszczające uczestnictwo organów publicznych w działalności gospodarczej, w szczególności w świadczeniu usług użyteczności publicznej. _____ 71

Przepisy dotyczące prywatyzacji i zmiana stosunków właścicielskich w spółkach wykonujących zadania publiczne. _____ 79

Kontrola Komisji Europejskiej nad przedsięwzięciami _____ realizowanymi w systemie PPP. _____ 83

Analiza wybranych przykładów oraz doświadczeń państw _____ członkowskich. _____ 97



Linia kolejowa Perpignan – Figueras (Francja i Hiszpania).	98
Oczyszczalnia ścieków dla regionu miasta Dublin, Irlandia.	
100	
Infrastruktura penitencjarna - więzienie w Liverpool.	
102	
Metro w Londynie.	
103	
Infrastruktura wodno-kanalizacyjna, Sofia.	105
Rozwój infrastruktury wokół dworca kolejowego – Utrecht.	107
Utworzenie parku rozrywki Bioscope - Francja.	108
Propagowanie literatury i języka francuskiego – wsparcie publiczne	
Spółdzielni Eksportowej Książki Francuskiej.	112
Bibliografia.	115
Piśmiennictwo.	115
Akty prawne.	116
Orzecznictwo.	118



Pomoc publiczna w Unii Europejskiej.

Reguły dotyczące pomocy publicznej zawarte w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską stanowią, iż pomoc przyznawana przez państwo lub przy użyciu zasobów państwowych, która sprzyja niektórym przedsiębiorcom lub produktom oraz zakłóca konkurencję lub grozi jej zniekształceniem, o ile ma to wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, jest niezgodna z regułami wspólnego rynku. Przedmiotem zakazu jest zatem nie tylko pomoc powodująca zakłócenie konkurencji, ale także samą możliwość (groźbę) jej zakłócenia, o ile jest konkretna i prawdopodobna. Zakłócenie może polegać zarówno na wzmocnieniu pozycji konkurencyjnej przedsiębiorstwa na danym rynku, jak i na utrudnieniu dostępu do danego rynku innym przedsiębiorstwom. Zgodnie z artykułem 87 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską pomoc, aby podlegać przepisom o pomocy publicznej, musi spełniać łącznie następujące przesłanki:

- jest udzielana przez państwo członkowskie lub ze źródeł państwowych,
- przedsiębiorca/podmiot prowadzący działalność gospodarczą uzyskuje przysporzenie na warunkach korzystniejszych niż oferowane na rynku,
- ma charakter selektywny (uprzywilejowuje określonego przedsiębiorcę lub produkcję określonych towarów),
- zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji oraz wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej.

Dla realizacji przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno - prywatnego szczególnie istotne są postanowienia Traktatu zawarte w art. 87 ust. 2, na podstawie których za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana:

- pomoc przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu



regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia;

- pomoc przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania lub mająca na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce Państwa Członkowskiego;
- pomoc przeznaczona na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem;
- pomoc przeznaczona na wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej i konkurencji we Wspólnocie w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem;
- inne kategorie pomocy, jakie Rada może określić decyzją, stanowiąc większością kwalifikowaną, na wniosek Komisji.

Ze względu na obszary życia, w których wystąpią przedsięwzięcia realizowane w ramach PPP dla oceny wystąpienia w nich pomocy publicznej istotne znaczenie będzie miał również art. 86 ust. 2 Traktatu zgodnie z którym przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom Traktatu, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty.

Zgodnie z postanowieniami art. 86 ust. 3 oraz 88 ust. 3 Traktatu zarówno nad stosowaniem reguły odnoszącej się do świadczenia usług ogólnego



interesu gospodarczego, jak i nad prawidłowością udzielania pomocy publicznej czuwa Komisja Europejska. W przypadku udzielania pomocy Komisja jest informowana, o wszelkich planach jej przyznania lub zmiany, a Państwo Członkowskie nie może wprowadzać w życie projektowanych środków (udzielić pomocy) dopóki procedura ta nie doprowadzi do wydania pozytywnej decyzji końcowej.



Formy pomocy publicznej

Zgodnie z przepisami o pomocy publicznej formami udzielania pomocy mogą być w szczególności:

- dotacje,
- ulgi podatkowe,
- dokapitalizowanie przez nabywanie lub obejmowanie akcji, lub udziałów,
- zwolnienia od wpłat z zysku w przedsiębiorstwie państwowym, jednoosobowej spółce Skarbu Państwa lub spółce, w której wszystkie akcje (udziały) są własnością Skarbu Państwa,
- pożyczki lub kredyty preferencyjne,
- poręczenia lub gwarancje, odstąpienia od dochodzenia wierzytelności,
- zaniechania poboru podatku, umorzenie w całości lub w części zaległości podatkowej, odsetek za zwłokę, opłaty prolongacyjnej, zaległości z tytułu innego świadczenia pieniężnego stanowiącego środki publiczne,
- rozłożenie na raty zapłaty świadczenia pieniężnego stanowiącego środki publiczne,
- odroczenie terminu zapłaty świadczenia pieniężnego stanowiącego środki publiczne,
- zbycie mienia będącego własnością Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku,
- oddanie do korzystania mienia będącego własnością Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku.

Ponadto zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, pojęcie pomocy obejmuje wszelkie interwencje, które, w różnych formach, łagodzą obciążenia normalnie zawarte w budżecie przedsiębiorstwa i



które, nie będąc dotacjami w ścisłym tego słowa znaczeniu, są podobne w swoim charakterze i mają ten sam skutek¹.

¹ sprawa C-387/92 *Banco Exterior de España*, Zb. Orz. str. I-877, pkt. 13, oraz sprawa C-295/97 *Piaggio*, Zb. Orz. str. I-3735, pkt. 34



Pojęcie partnerstwa publiczno – prywatnego.

Partnerstwo publiczno-prywatne (dalej jako: PPP) to pojęcie coraz bardziej popularne w większości krajów świata, które jednak nie zostało zdefiniowane w jednoznaczny i zamknięty sposób. Takiej definicji brak w systemach prawnych większości państw europejskich, a także na poziomie prawa wspólnotowego. Definicje legalne pojawiające się w ustawodawstwach państw członkowskich najczęściej ograniczają się do niektórych typów PPP, lub wyartykułowania niektórych aspektów PPP, pozostawiając inne formy lub elementy partnerstwa jako procesy niezdefiniowane. Taka sytuacja ma miejsce między innymi w Polsce począwszy od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o partnerstwie publiczno – prywatnym (dalej również jako *ustawa o PPP*). Ustawa ta definiuje PPP jako *opartą na umowie o partnerstwie publiczno – prywatnym współpracę podmiotu publicznego i partnera prywatnego służącą realizacji zadania publicznego, jeżeli odbywa się na zasadach określonych w ustawie*. Konstytutywne cechy PPP wynikają więc nie tyle z definicji, która wskazuje raczej na mechanizm nawiązywania współpracy niż istotę PPP, lecz z całości przepisów ustawy. Główne zasady współpracy, która może być uznana za PPP są więc następujące:

- współpraca musi opierać się na umowie o PPP,
- współpraca musi być zawiązana pomiędzy podmiotami, z których jeden jest podmiotem publicznym (w rozumieniu ustawy o PPP), zaś drugi podmiotem prywatnym (w rozumieniu tej samej ustawy),
- celem współpracy ma być realizacja zadania publicznego,
- przedmiot umowy jest realizowany przez partnera prywatnego, na rzecz podmiotu publicznego, za wynagrodzeniem,
- przynajmniej część nakładów na realizację przedsięwzięcia jest ponoszona przez partnera prywatnego, a ryzyka są



zdywersyfikowane pomiędzy strony partnerstwa,

- partnerstwo może być zawarte, jeśli jest korzystniejsze dla interesu publicznego od innych sposobów realizacji przedsięwzięcia, które jest przedmiotem partnerstwa,
- partner prywatny musi być wyłaniany z zachowaniem zasad równego traktowania, w sposób jawny i zachowaniem ustawowych procedur².

Próby zdefiniowania i opisanie PPP pojawiają się również na poziomie wspólnotowym, w tym w wielu dokumentach Komisji Europejskiej. „Green Paper” - czyli stanowisko KE wobec PPP³ określa PPP jako *„formę współpracy pomiędzy władzami publicznymi a światem biznesu, która zmierza do zapewnienia finansowania, budowy, odnowienia, zarządzania lub utrzymania infrastruktury lub świadczenia usług”*. W innym dokumencie - „Wytycznych dotyczących udanego PPP” uznano iż jest to *„partnerstwo między sektorem publicznym oraz prywatnym w celu zrealizowania przedsięwzięcia lub świadczenia usług tradycyjnie świadczonych przez sektor publiczny. Uznaje się, że obie strony osiągają korzyści odpowiednie do stopnia realizowania przez nie zadań. Przez umożliwienie każdemu z sektorów robienia tego, co potrafi najlepiej, usługi publiczne oraz infrastruktura są realizowane i dostarczane w najbardziej efektywny ekonomicznie sposób. Głównym celem PPP jest zatem kształtowanie takich stosunków między stronami, aby ryzyko ponosiła ta strona, która najlepiej potrafi je kontrolować”*⁴.

Podobnie jak ma to miejsce w przypadku definicji zawartej w prawie polskim, w definicjach unijnych oraz poglądach prezentowanych przez Komisję Europejską można wskazać na cechy charakterystyczne dla PPP.

² Na podstawie: Ustawa o Partnerstwie Publiczno – Prywatnym. Komentarz, Michał Kulesza, Michał Bitner, Agata Kozłowska, Warszawa 2006 r.

³ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final

⁴ European Commission, Guidelines for successful public-private partnerships



Są to w szczególności: nacisk na cel umowy (a nie przedmiot), realizację projektu w zakresie należącym do zadań publicznych, podział ryzyka pomiędzy partnerów publicznych i prywatnych.

Poglądy Komisji Europejskiej na temat PPP zostały zebrane w Komunikacie Komisji z dnia 15 listopada 2005 r dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji. Zdaniem Komisji Europejskiej:

- prawo wspólnotowe nie określa czy władze publiczne mają prowadzić działania gospodarcze we własnym zakresie, czy też powierzać ich realizację stronie trzeciej. Jeśli jednak władze publiczne podejmą decyzję o włączeniu stron trzecich do prowadzenia działań, wówczas prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji winno mieć zastosowanie,
- wszystkie rodzaje PPP – o ile objęte są zakresem stosowania Traktatu WE – należy sklasyfikować jako zamówienia publiczne lub koncesje. Jednakże, jako że do zamówień publicznych i koncesji stosują się odmienne przepisy, w prawie WE nie istnieje jednolita procedura udzielania zamówień przewidziana dla PPP,
- z tej przyczyny władze publiczne unikają zawierania PPP, które są rozwiązaniem innowacyjnym, aby uniknąć ryzyka ustanawiania PPP, które mogłyby się później okazać niezgodnie z prawem WE,
- dlatego zdaniem Komisji winien być wydany dokument wyjaśniający w sprawie PPP oraz wspólnotowego prawa zamówień publicznych. Powinien on przede wszystkim wyjaśniać zastosowanie przepisów zamówień publicznych (1) do ustanawiania podmiotów z kapitałem



mieszanym, których celem jest świadczenie usług w ogólnym interesie (gospodarczym) oraz (2) uczestnictwo firm prywatnych w istniejących przedsiębiorstwach publicznych wykonujących takie zadania,

- w kontekście PPP, należy pamiętać, że wg ETS zgodnie z wyrokiem z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie Stadt Halle (sprawa C-26/03/2005) procedury zamówień publicznych określone w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych muszą - jeśli spełnione są inne warunki ich zastosowania - zawsze być zastosowane w przypadku, gdy organ zamawiający zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym z przedsiębiorstwem prawnie odrębnym od niego,
- Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii*) wyjaśnił, że jakiegokolwiek relacje pomiędzy jednostkami administracji publicznej, ich jednostkami organizacyjnymi publicznymi oraz podmiotami prawa publicznego o charakterze niekomercyjnym nie mogą być z góry wyłączone z prawa zamówień publicznych.

Mimo stosunkowo dobrej diagnozy cech jakimi powinno się charakteryzować partnerstwo publiczno – prywatne, nie sposób nie dostrzec, iż pojęcie to często jest nadużywane, a jego mianem określa się przedsięwzięcia, które z PPP nie mają wiele wspólnego. W szczególności nie znajduje uzasadnienia określanie mianem PPP działań prywatyzacyjnych, czy każdego przekazania środków publicznych prywatnemu przedsiębiorcy. To ostatnie działanie będzie najczęściej po prostu pomocą publiczną poddaną regułom prawa wspólnotowego, które nie przewiduje szczególnych odstępstw od zakazu udzielania pod pretekstem partnerstwa. Postrzeganie partnerstw przez pryzmat



przepisów o pomocy publicznej będzie więc koncentrować się na celu przekazania wsparcia, wielkości pomocy, podmiotu, który je otrzymuje oraz innych, właściwych dla każdej pomocy podstaw do oceny jej dopuszczalności. Sam fakt, że jakiegokolwiek przedsięwzięcie zostanie opatrzone mianem partnerstwa publiczno – prywatnego nie będzie wywierał jakiegokolwiek znaczenia dla oceny prawidłowości udzielania pomocy.



Najczęstsze modele PPP

W „Wytycznych dotyczących udanego Partnerstwa Publiczno-Prywatnego”, opracowanych przez Komisję Europejską, wskazano na następujące rodzaje partnerstwa publiczno-privatnego:

- BOT (Build-Operate-Transfer), w tym przypadku udział inwestora prywatnego jest ograniczony do budowy i eksploatacji inwestycji (np. drogi) przez określony czas, a następnie przekazania jej (wraz z prawami do eksploatacji) władzom publicznym.
- DBFO (ang. Design-Build-Finance-Operate), w tym przypadku w trakcie realizacji przedsięwzięcia inwestor prywatny zapewnia środki finansowe do jej wykonania, natomiast koszt bieżącej eksploatacji może być pokrywany z państwowej subwencji. Po określonym czasie, tak jak w BOT prawo własności przechodzi na władze publiczne.
- BOO (ang. Build-Own-Operate), najistotniejszą cechą tego modelu PPP jest konieczność pobierania opłat od użytkowników inwestycji, przez partnera prywatnego (w innych modelach PPP pobieranie opłat może, lecz nie musi mieć miejsca). W systemie BOO konieczność poboru opłat wynika z faktu, iż od początku kontraktu to partner prywatny jest właścicielem inwestycji. Aby ją utrzymać musi więc czerpać przychody od użytkowników. Umowa między podmiotem publicznym, a prywatnym nie przewiduje ponadto przeniesienia własności obiektów wzniesionych i eksploatowanych przez partnera prywatnego na podmiot publiczny w żadnym momencie umowy ani po jej zakończeniu.

Wszystkie w/w modele (co często pomija się w rozważaniach na temat PPP) to jedynie fragment problematyki partnerstwa. Odnoszą się one bowiem wyłącznie do sytuacji wiążących się z wykonaniem obiektu budowlanego oraz jego użytkowaniem. PPP to natomiast zjawisko znacznie



szersze. Dotyczy np. wykonywania usług stanowiących zadania publiczne, a nie wymagających realizacji inwestycji budowlanych. W przypadku usług najprostszym modelem jest *MO* (*utrzymuj – operuj – zarządzaj*). W takim modelu partner prywatny odpowiada za utrzymanie infrastruktury i zarządza nią. Partner publiczny sprawuje funkcje nadzorcze.

Poza wyżej wymienionymi (najczęstszymi modelami PPP) można wyróżnić znacznie więcej projektów, np.:

- **BDO** – Build, Develop, Operate / Buduj – Rozwijaj- Zarządzaj,
- **BOR** – Build, Operate, Renew / Buduj – Zarządzaj – Odtwarzaj,
- **BOOT** – Build, Own, Operate, Transfer / Buduj jako własność – Zarządzaj – Przekaż,
- **BTL** – Build, Transfer&Lease / Buduj – Przekaż – Oddaj w leasing,
- **DBFM+O** – Design, Build, Finance&Maintain + Separate Operations/ Projektuj – Buduj – Finansuj – Utrzymuj i Zarządzaj,
- **DBFMOT** – Design, Build, Finance, Maintain, Operate&Transfer/ Projektuj – Buduj – Finansuj – Utrzymuj – Zarządzaj – Przekaż,
- **MMO** – Modernize, Maintain&Operate / Modernizuj – Utrzymuj – Zarządzaj.⁵

Wielość modeli PPP przesądza o różnorodności ich zastosowania. Należy jednak pamiętać, że to nie teoretycznie zbudowany model, ale podstawa prawna zezwalająca na określony sposób realizacji zadań publicznych, w tym poprzez współpracę z partnerem prywatnym, przesądza o możliwości wykorzystania PPP. Modele te, dając pewien pogląd na temat obszarów w których występuje PPP nie mogą jednak stanowić punktu wyjścia do oceny zasad funkcjonowania PPP, ani determinować jego zakresu stosowania.

Od wybranego modelu partnerstwa (podobnie jak od innych czynników) zależy natomiast występowanie w przedsięwzięciu pomocy publicznej oraz

⁵ Wg „Nowoczesne systemy realizacji zadań publicznych. Poradnik PPP” pod red. Marka Chałasa. Radek Czapski, Włodzimierz Dzierżanowski, Jur Gruszczyński, Marek Krawczyk, Paweł Piątkowski, Krzysztof Siwek, Artur Bińka



jej skala. Orzecznictwo ETS oraz decyzje KE wskazują na odmienne traktowanie przedsięwzięć, w których współpraca podmiotu publicznego z prywatnym ogranicza się do wybudowania przez podmiot prywatny obiektu i przekazania go podmiotowi publicznemu oraz takich gdzie następuje w ramach PPP wybudowanie przez podmiot prywatny obiektu, a następnie jego eksploatacja. Jeszcze inaczej traktowane są projekty, w których przedmiotem umowy jest wyłącznie eksploatacja obiektu już istniejącego oraz zarządzanie nim przez podmiot prywatny. Co do zasady zdecydowanie częściej organy UE dopatrują się elementów pomocy w zakresie powierzania podmiotom publicznym prawa do zarządzania obiektami, niż w przypadku ich wznoszenia, nawet połączonego z eksploatacją. Ponieważ jednak każdy z wymienianych wyżej modeli może być stosowany w oparciu o różne podstawy prawne to szczegółowe informacje na temat oceny występowania pomocy publicznej przy ich wykorzystaniu znajdują się w dalszych rozdziałach.



Zastosowanie PPP

Niezależnie od przyjętej definicji, partnerstwo publiczno-prywatne polega współpracy podmiotów z tych dwóch sektorów, przy realizacji zadań publicznych. Za zadanie publiczne należy przy tym uznać każde zadanie ustawowo przypisane podmiotowi publicznemu. Brak wskazania, że zadanie publiczne należy do konkretnego podmiotu pozwala na domniemanie, iż jest ono zadaniem samorządu terytorialnego, a przede wszystkim gminy (art. 163 Konstytucji oraz art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 o samorządzie gminnym). Mając więc zdefiniowany krąg podmiotów publicznych (w ustawie o PPP, jeśli będziemy rozważać partnerstwo w jej rozumieniu, albo innych ustawach – np. ustawie z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, jeśli partnerstwo rozumiane potocznie zostanie zdefiniowane szerzej niż jego legalna definicja) oraz ich zadania w ustawach szczególnych można ustalić, czy konkretne przedsięwzięcie spełni podstawowy wymóg dla uznania go za realizowane w systemie PPP.

Chodzi więc o zadania publiczne w najszerszym rozumieniu czyli takie, które zaspokajają potrzeby zbiorowe, a wydawane są na nie środki publiczne.

W jakich dziedzinach można realizować projekty w systemie PPP – wpływ przedmiotu partnerstwa na występowanie pomocy publicznej?

Praktyka krajów europejskich wskazuje, że przedsięwzięcia w systemie PPP realizowane są najczęściej przy budowie, odbudowie, zarządzaniu i utrzymaniu infrastruktury lub dostarczaniu usług publicznych. Szeroka definicja ustawowa PPP zawarta w art. 1 polskiej ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym sprawia, że za PPP będzie uznawane wykonywanie wszelkich zadań publicznych, jeśli jest oparte o umowę o współpracy



podmiotu publicznego i prywatnego. Ustawodawstwo wskazuje na różnorodność zadań publicznych. Są nimi szkolnictwo, oczyszczanie miast, więziennictwo, transport, komunikacja, opieka zdrowotna i społeczna, zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych, budowa i utrzymanie obiektów sportowych i obiektów kultury i wiele innych przedsięwzięć. Ze względu na stosunkowo krótki okres obowiązywania ustawy, trudno jednak przesądzić czy okaże się ona aktem, w oparciu o który realizowane będą raczej niewielkie przedsięwzięcia o charakterze lokalnym, czy też znaczne zamierzenia ogólnokrajowe⁶. Ponadto dziedziny życia, w których PPP sprawdza się w praktyce w bardzo istotnym stopniu zależą od krajowych lub nawet regionalnych uwarunkowań kulturowo – społecznych. W Holandii PPP z powodzeniem rozwija się w przedsięwzięciach związanych z rewitalizacją budownictwa miejskiego, a partnerem sektora publicznego nie koniecznie są firmy komercyjne lecz organizacje społeczne, które prowadzą działalność gospodarczą definiowaną jako tzw. biznes społeczny. Analiza przypadków z Wielkiej Brytanii wskazuje z kolei na realizowane z powodzeniem przedsięwzięcia dotyczące infrastruktury wodociągowej i komunikacyjnej. Niezależnie od obszaru życia, w którym lokuje się projekt, PPP może mieć związek z pomocą publiczną. O jej wystąpieniu lub nie, decyduje bowiem nie dziedzina, w której realizowana jest współpraca, ale aspekt ekonomiczny przedsięwzięcia, zachowanie zasad konkurencji, proporcjonalność działań podmiotu publicznego w stosunku do zaspokajanych potrzeb, a także cechy podmiotu prywatnego będącego partnerem prywatnym.

Przedsięwzięcia realizowane w systemie PPP stosunkowo często dotyczą *usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym*. Mimo braku

⁶ Jak wynika z uzasadnienia do projektu nowej ustawy o PPP, przepisy obowiązującej ustawy, nie były dotychczas stosowane. W uzasadnieniu nie podano jednak źródła tej informacji. Z informacji posiadanych przez autorów ekspertyzy, wynika, że prace nad wyborem partnera prywatnego do realizacji zadań publicznych w oparciu o przepisy ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym, są zaawansowane np. przy organizacji systemu parkowania w jednym z dużych miast wojewódzkich, w kilku przedsięwzięciach z zakresu termomodernizacji oraz zmniejszania zużycia energii elektrycznej.



ustawowej definicji tego pojęcia, w praktyce Wspólnoty przyjęło się uważać, iż pojęcie to odnosi się usług o charakterze gospodarczym, których zaspokajanie stanowi obowiązek sektora publicznego. Obejmuje ono tym samym zwłaszcza pewne rodzaje usług transportu publicznego, usługi pocztowe, sektor energetyczny i komunikacyjny. Jednak termin ten rozciąga się także na każdy inny rodzaj działalności gospodarczej, który podlega obowiązkom z tytułu świadczenia usług publicznych. Orzecznictwo ETS poczynawszy od spraw *Ferring i Altmark* wyraźnie odróżnia tego rodzaju usługi od pozostałych działań sektora publicznego, jeśli chodzi o występowanie pomocy publicznej. O ile co do zasady działalność państwa nakierowana na subsydiowanie lub inne formy wsparcia przedsiębiorców jest uznawana za pomoc publiczną i badaniu podlega jedynie jej dopuszczalność, to w przypadku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w pierwszej kolejności ustaleniu podlega, czy przekazywane wsparcie jest pomocą, czy też stanowi jedynie rekompensatę za wykonywanie usług na nierynkowych warunkach.

Poza usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym przedmiotem PPP mogą być wszelkie inne usługi użyteczności publicznej. Komisja Europejska objaśnia, że jest to termin szerszy od pojęcia «usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym» i obejmuje poza usługami rynkowymi również usługi nierynkowe, które stanowią sposób zaspokajania potrzeb społecznych będąc zadaniem władz publicznych⁷. PPP może również dotyczyć robót budowlanych służących stworzeniu obiektów lub infrastruktury, które służą realizacji usług publicznych tj. usług świadczonych na rzecz ogółu społeczeństwa, lub zaspokajających interes publiczny.

Wiele z wymienionych wyżej dziedzin życia, w których mogą być realizowane przedsięwzięcia typu PPP, to obszary aktywności gospodarczej

⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów Biała Księga nt. usług użyteczności publicznej Com(2004) 374 Final Bruksela, 12.5.2004 str. 25



przedsiębiorców. Znajdują się wśród nich jednak i takie, w których partnerem prywatnym podmiotu publicznego będą z reguły instytucje nie prowadzące działalności gospodarczej. W takich przypadkach zazwyczaj PPP nie będzie się wiązać z udzielaniem pomocy publicznej. Przyjęcie takiego założenia jako niewzruszalnej zasady może jednak prowadzić do błędnych wniosków, gdyż zgodnie z unijnymi regułami dotyczącymi udzielania pomocy status prawny podmiotu otrzymującego wsparcie nie jest przesądzający dla zakwalifikowania konkretnych działań jako podlegające lub nie przepisom o dopuszczalności pomocy publicznej⁸.

Szeroka dopuszczalność realizacji zadań publicznych w trybie PPP nie oznacza, że w każdej sytuacji będzie to działanie racjonalne. Zarówno polski system prawny (art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym), jak i stanowisko Komisji Europejskiej wskazują, że dla realizacji zadania w systemie PPP niezbędne jest zapewnienie maksymalizacji wartości dodanej uzyskiwanej dzięki PPP w stosunku do innych sposobów realizacji zadań z zapewnieniem jasnych zasad ogólnych i szczegółowych realizacji projektu. Brak szczegółowej analizy korzyści zastosowania partnerstwa publiczno – prywatnego, a co się z tym wiąże niecelowość wydatków publicznych ponoszonych na realizację przedsięwzięcia wspólnie z partnerem prywatnym może być uznane za naruszenie przepisów dotyczących zasad gospodarowania środkami publicznymi (w szczególności art. 35 ust. 3 ustawy o finansach publicznych). Może być również uznane za ukrytą formę udzielania partnerowi prywatnemu pomocy publicznej, jeśli relacje pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym odbiegają od normalnych reguł rynkowych.

Czym różni się projekt realizowany na zasadach PPP od innych projektów?

PPP stanowiąc alternatywę dla tradycyjnych metod realizacji zadań publicznych różni się od nich przede wszystkim ograniczeniem

⁸ Szerzej w rozdziale zatytułowanym „Jakie podmioty mogą brać udział w projektach PPP ?”



wykonawczych funkcji podmiotów publicznych i przeniesieniem ich w sposób kompleksowy na partnera prywatnego. W ten sposób administracja (podmioty publiczne) przyjmują na siebie raczej rolę programującą i monitorującą realizację zadań publicznych, zaś funkcje gospodarcze wypełnia partner prywatny. Wydaje się, że to z tej właśnie przyczyny PPP szybciej rozwija się w systemie anglosaskim niż w Europie kontynentalnej, w której wykonawcze funkcje administracji są silniej zakorzenione. Realizacja typowego, wieloaspektowego przedsięwzięcia (obejmującego przeprowadzenie inwestycji i jej wykorzystywanie w celu publicznym) metodą tradycyjną, bez zastosowania PPP, składa się z samodzielnego prowadzenia przez podmiot publiczny kolejnych etapów realizacyjnych.

- a) zapewnienie całości środków finansowych potrzebnych do realizacji przedsięwzięcia,
- b) wyłonienie wykonawcy projektu przedsięwzięcia przy zastosowaniu procedur właściwych dla wydatkowania środków publicznych,
- c) nadzór nad wykonaniem projektu zamierzenia inwestycyjnego i jego akceptacja,
- d) wyłonienie wykonawcy inwestycji,
- e) nadzór nad wykonawcą odbiór i wypłata ustalonego wynagrodzenia,
- f) samodzielna eksploatacja przejętej od wykonawcy inwestycji lub wyłonienie w trybie przepisów o zamówieniach publicznych drugiego wykonawcy, który będzie wykonywał zamówienie polegające na zaspokajaniu potrzeby publicznej za wynagrodzeniem ustalonym w wyniku przetargu,
- g) ustalenie zasad prowadzenia prac remontowych i ewentualny wybór trzeciego wykonawcy, który będzie świadczył usługi remontowe.

W przypadku przedstawionej wyżej, tradycyjnej metody realizacji przedsięwzięcia podmioty prywatne, które będą wykonywać poszczególne czynności są co do zasady wybierane w trybie konkurencyjnej procedury



przewidzianej w dyrektywach o zamówieniach publicznych⁹. Wówczas nie będą one beneficjentami pomocy publicznej w rozumieniu obowiązujących przepisów. Nawet odstępstwo od przepisów o zamówieniach publicznych – możliwe w szczególności przy udzielaniu koncesji na usługi¹⁰ nie przesądza jednak o tym, że wyłoniony przedsiębiorca otrzyma pomoc publiczną. Aby pomoc wystąpiła niezbędne byłoby bowiem spełnienie przesłanek traktatowych¹¹, co nie będzie miało miejsca w szczególności w przypadkach świadczenia usług ogólnego interesu gospodarczego, jeśli relacje pomiędzy podmiotem prywatnym i publicznym zostaną ukształtowane we właściwy sposób, zgodny z orzecznictwem Trybunału (ETS w sprawie Altmark Trans GmbH).

W odróżnieniu od wymagającej stałego działania podmiotu publicznego etapowej metody realizacji przedsięwzięcia, partnerstwo publiczno-prywatne pozwala na zintegrowane podejście do przedsięwzięcia. Partner prywatny wybierany jest jednorazowo – w celu całościowej realizacji przedsięwzięcia, a etapy stanowią elementy częściowe projektu. „W ramach tego samego zakresu przedsięwzięcia będziemy mieli do czynienia z jedną specyfikacją i pojedynczym wyborem partnera prywatnego, który jest w stanie (sam lub przy współudziale podwykonawców) *obsłużyć* cały cykl projektowy i zapewnić realizację przedsięwzięcia na poziomie i wg standardów określonych w umowie. W ramach formuły PPP to partner prywatny projektuje, buduje, finansuje, eksploatuje i modernizuje. Jego zadania i ryzyka związane z poszczególnymi etapami częściowymi, a co za

⁹ Dyrektywa 2004/17 WE, dyrektywa 2004/18 WE oraz orzecznictwo ETS dotyczące przepisów o zamówieniach publicznych, za konkurencyjne procedury uznają procedurę otwartą, ograniczoną, negocjacyjną z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny.

¹⁰ Odstępstwo takie jest możliwe na podstawie art. 17 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. W polskim systemie prawnym wyłączenie takie nie zostało przewidziane.

¹¹ Porównaj przesłanki wymienione w rozdziale Pomoc publiczna w Unii Europejskiej.



tym idzie zakres jego odpowiedzialności są szczegółowo opisane w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym.”¹².

Zintegrowane podejście do postrzegania zadania publicznego niewątpliwie uprasza jego realizację pod względem proceduralnym. W odróżnieniu od klarownego podziału ról, który ma miejsce przy metodzie tradycyjnej, przy przedsięwzięciach typu PPP następuje jednak przemieszanie obowiązków i odpowiedzialności stron przedsięwzięcia. Znika w szczególności bezwzględne rozdzielenie pomiędzy strony umowy funkcji wykonawcy zadania (podmiotu prywatnego) od funkcji płatnika, którym jest podmiot publiczny. W zależności od woli stron przedstawionej w umowie odzwierciedlającej ustalenia w procesie wyłaniania partnera publicznego zasady finansowania przedsięwzięcia mogą być ustalone w sposób dowolny, byleby nie naruszały przepisów prawa. Swoboda w kształtowaniu finansowych relacji pomiędzy stronami partnerstwa może więc być tym etapem, na którym pojawi się w umowie o PPP element pomocy publicznej, jeśli świadczenia publiczne przekroczą granice rekompensaty.

Jakie podmioty mogą brać udział w projektach PPP?

Mimo iż ustawa o partnerstwie publiczno - prywatnym nie jest jedyną formą możliwej współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi i prywatnymi, to ona właśnie wskazuje na modelowe i pożądane przez ustawodawcę zasady współpracy. Jeśli partnerstwo publiczno – prywatne będzie rozpatrywane przez pryzmat przedsięwzięć realizowanych na podstawie ustawy o PPP, wówczas podmiotem publicznym będą:

- organy administracji rządowej, do których należy zaliczyć w szczególności: Radę Ministrów, przewodniczących określonych w ustawach komitetów oraz kierowników urzędów centralnych takich jak

¹² Partnerstwo publiczno-prywatne jako metoda realizacji zadań publicznych. Ministerstwo Gospodarki i Pracy Departament Polityki Regionalnej, 2005, niepublikowane.



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta, Urząd Zamówień Publicznych, Urząd Regulacji Energetyki, Urząd Regulacji Telekomunikacji i Poczty, Urząd Komunikacji Elektronicznej itd. Organami administracji rządowej w terenie są wojewodowie,

- jednostki samorządu terytorialnego i ich związki tzn. gminy, powiaty i województwa i ich związki opisane w tzw. ustawach samorządowych¹³,
- fundusze celowe, tj zgodnie z art. 29 ustawy o finansach publicznych¹⁴, każdy fundusz ustawowo powołany, którego przychody pochodzą ze środków publicznych, a wydatki przeznaczane są na realizację zadań wyodrębnionych z budżetu państwa. Fundusz celowy może działać jako osoba prawna lub stanowić wyodrębniony rachunek bankowy, którym dysponuje organ wskazany w ustawie tworzącej fundusz,
- państwowe szkoły wyższe działające na podstawie ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym.¹⁵ Podmiotem publicznym będą jedynie uczelnie publiczne w rozumieniu art. 2 pkt. 2 wspomnianej ustawy. Statusu takiego nie będą natomiast miały niepubliczne szkoły wyższe,
- jednostki badawczo – rozwojowe tzn. zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o jednostkach badawczo-rozwojowych,¹⁶ państwowe jednostki organizacyjne wyodrębnione pod względem prawnym, organizacyjnym i ekonomiczno-finansowym, tworzone w celu prowadzenia badań naukowych i prac rozwojowych, których wyniki powinny znaleźć

¹³ ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591), ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1592) oraz ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1590).

¹⁴ ustawa z 30 czerwca 2005 r o finansach publicznych (Dz. U z 2005 r nr 249 poz. 2104)

¹⁵ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. Nr 164, poz. 1365 z późn. zm.)

¹⁶ustawa z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 33, poz. 388 z późn. zm.



zastosowanie w określonych dziedzinach gospodarki narodowej i życia społecznego. Do jednostek badawczo-rozwojowych zalicza się instytuty naukowo-badawcze, ośrodki badawczo-rozwojowe oraz centralne laboratoria,

- samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej tzn. zgodnie z ustawą o zakładach opieki zdrowotnej,¹⁷ wyodrębnione organizacyjnie zespoły osób i środków majątkowych, utworzone i utrzymywane w celu udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia lub w celu prowadzenia badań naukowych i prac badawczo-rozwojowych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, albo realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, których założycielem jest minister lub centralny organ administracji rządowej, wojewoda albo jednostka samorządu terytorialnego. Są to więc np. szpitale, zakłady opiekuńczo-lecznicze, zakłady pielęgnacyjno-opiekuńcze, sanatoria, przychodnie, ośrodki zdrowia, pogotowie ratunkowe,
- państwowe lub samorządowe instytucje kultury działające zgodnie z ustawą o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej.¹⁸ Państwowe instytucje kultury są tworzone przez ministrów oraz kierowników urzędów centralnych, zaś samorządowe instytucje kultury przez jednostki samorządu terytorialnego. Instytucje te posiadają osobowość prawną,

¹⁷ ustawa z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr14 poz 89.

¹⁸ ustawa z 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej Dz. U. z 2001 r., Nr 13, poz. 123 z późn. zm.



- Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne PAN jest państwową instytucją naukową, która działa na podstawie ustawy o Polskiej Akademii Nauk,¹⁹
- państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych . Do grupy tej zaliczyć należy m.in. agencje państwowe, którym ustawy nadają status państwowych osób prawnych np. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Agencja Mienia Wojskowego, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Agencja Rynku Rolnego, Agencja Nieruchomości Rolnych, Wojskowa Agencja Mieszkaniowa. Do tej grupy należeć też będą Polska Organizacja Turystyczna, Krajowa Szkoła Administracji Publicznej i inne.

Wyszczególnione wyżej podmioty, w przypadku wystąpienia w umowie o partnerstwie publiczno – prywatnym elementów pomocy publicznej byłyby podmiotem udzielającym pomocy w rozumieniu art. 2 pkt. 12 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (t.j. Dz. U. z 2007 r. nr 59 poz. 404), zgodnie z którym takim podmiotem jest organ administracji publicznej lub inny podmiot, który jest uprawniony do udzielania pomocy publicznej, w tym przedsiębiorca publiczny. W przypadku PPP, a więc współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego opartej na umowie (art. 1 ustawy o PPP) pomoc publiczna będzie najczęściej przyznawana w oparciu o tą umowę. To jej postanowienia mogą uprzywilejowywać przedsiębiorcę będącego jej stroną wobec innych przedsiębiorców poprzez działania podmiotu publicznego (drugiej strony umowy). Nie wykluczona jest jednak sytuacja, w której strony umowy o PPP zobowiążą się do zawarcia odrębnej umowy dotyczącej niektórych obowiązków stron. Wówczas również ta umowa będzie podlegać ocenie w kontekście wystąpienia pomocy.

¹⁹Ustawa z dnia 25 kwietnia 1997 r o Polskiej Akademii Nauk Dz. U. z 1997 r Nr 75, poz. 469 z późn. zm.



Beneficjentem pomocy publicznej w rozumieniu art. 2 pkt 16 ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, może być partner prywatny w rozumieniu przepisów o PPP, o ile będzie to podmiot prowadzący działalność gospodarczą, niezależnie od jego formy organizacyjno-prawnej. Partnerami prywatnymi zgodnie z ustawą o partnerstwie publiczno – prywatnym mogą być:

- przedsiębiorca w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Art. 4 ust. 1 ustawy uznaje, że przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Z kolei zgodnie z art. 2 działalnością gospodarczą 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,
- organizacja pozarządowa. Pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Zgodnie z tą definicją organizacjami pozarządowymi są, nie będące jednostkami sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, i niedziałające w celu osiągnięcia zysku, osoby prawne lub jednostki nie posiadające osobowości prawnej utworzone na podstawie przepisów ustaw, w tym fundacje i stowarzyszenia. Zgodnie z poglądem wyrażonym w kształtującym się piśmiennictwie dotyczącym PPP nie ma przeszkód aby mimo nadawać mu szerokie znaczenie, jak ma to miejsce w języku



potocznym²⁰ uznając za organizacje pozarządowe również np. organizacje spółdzielcze, związki zawodowe itp.,

- kościół lub związek wyznaniowy - działają one na podstawie ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (t.j. Dz. U z 2005 r nr 231 poz. 1965) oraz kilkunastu ustaw szczególnych i umów międzynarodowych regulujących status poszczególnych kościołów. Zarówno kościół jak i związek wyznaniowy zawierając umowy w sprawie PPP będzie działał przez swoje osoby prawne,
- podmiot zagraniczny, jeśli jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa kraju rejestracji i spełnia warunki do wykonywania w RP działalności gospodarczej. Ustawa przesądza, że partnerem prywatnym może więc co do zasady być każdy przedsiębiorca niezależnie od miejsca prowadzenia działalności, jeśli faktycznie mógłby prowadzić ją w Polsce tj spełnia warunki do jej prowadzenia.

Analizując partnerstwa pod kątem ewentualnego występowania elementów pomocy publicznej nie należy więc kierować się wyłącznie statusem formalnym podmiotów prywatnych w rozumieniu prawa polskiego. Przeciwnie - należy rozważyć, czy podmioty te będą *przedsiębiorstwami* w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji. Dla oceny, czy wsparcie udzielane jest przedsiębiorcy nie ma bowiem znaczenia, czy zgodnie z definicją wynikającą z przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r.o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807) podmiot jest przedsiębiorcą. Przesądzające będzie postrzeganie jego statusu przez pryzmat prawa europejskiego. W praktyce sądy europejskie definiują jako przedsiębiorstwo „każdą jednostkę

²⁰ Tak Ustawa o Partnerstwie Publiczno – Prywatnym. Komentarz, Michał Kulesza, Michał Bitner, Agata Kozłowska, Warszawa 2006 r. Należy jednak wskazać, że pogląd dopuszczający jako partnera prywatnego np. związek zawodowy lub partię polityczną jest kontrowersyjny i nie w pełni odpowiada postanowieniom ustaw szczególnych odnoszących się do tych podmiotów.



wykonującą działalność gospodarczą, niezależnie od jej formy prawnej i sposobu jej finansowania” (orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 „Hoefner i Elser,). Jednocześnie za działalność gospodarczą uznaje się „oferowanie dóbr i usług na danym rynku” (orzeczenie ETS z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-35/96 „Komisja v. Włochy”). Decydujące znaczenie ma więc kwestia prowadzenia działalności gospodarczej, rozumianej jako odpłatne świadczenie usług czy oferowanie produktów. Aby oceniać, czy w przypadku konkretnej umowy o PPP może wystąpić pomoc publiczna niezbędne jest zatem zbadanie jaki charakter ma działalność prowadzona przez partnera prywatnego, w celu stwierdzenia, czy należy go traktować jako potencjalnego beneficjenta pomocy publicznej. Przy takim rozumieniu pojęcia „przedsiębiorca”, w wielu przypadkach za podlegające regułom pomocy publicznej będzie uznawane udzielanie wsparcia np. organizacjom pozarządowym prowadzącym działalność gospodarczą, a działającym w formie stowarzyszeń lub fundacji, albo związek wyznaniowy, jeśli spełnia ten sam warunek.

Należy jednak zwrócić uwagę, że przedstawiony wyżej najprostszy podział, zgodnie z którym organem udzielającym pomocy będzie podmiot publiczny, zaś jej odbiorcą podmiot prywatny nie zawsze będzie odpowiadał rzeczywistości. Niejednokrotnie ostatecznym odbiorcą wsparcia ze środków publicznych będzie bowiem nie partner prywatny, z którym zawarto umowę w sprawie PPP, ale odbiorca oferowanych przez niego usług. Takie okoliczności mogą wystąpić w szczególności w przypadku realizacji w ramach PPP usług o charakterze edukacyjnym, służącym opłacanemu częściowo ze środków publicznych podnoszeniu kwalifikacji przez przedsiębiorców lub zatrudnionych u nich pracowników. W obowiązującym stanie prawnym kwestie zbliżone do sygnalizowanego wyżej problemu pojawiają się w rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 16 września 2004 roku, w sprawie udzielania pomocy przez



Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości pomocy finansowej w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich 2004 – 2006 (Dz. U. z 2004 roku, Nr 207, poz. 2115), które dotyczy udzielania przedsiębiorcom pomocy finansowej. Mimo iż opisane w nim zadania nie są obecnie realizowane w oparciu o umowy w sprawie PPP, to jednak zastosowanie do takich zadań formuły PPP jest co do zasady dopuszczalne. W rozporządzeniu stanowiącym emanację programu pomocowego enumeratywnie wyliczono wydatki dokonywane przez podmiot publiczny niejako za pośrednictwem wykonawcy usługi szkoleniowej na rzecz przedsiębiorcy korzystającego ze wsparcia. Wydatki takie objęte są regułami pomocy publicznej, choć nie dotyczą wsparcia dla partnera prywatnego.



Źródła finansowania przedsięwzięć w modelu PPP i ich wpływ na stosowanie przepisów o pomocy publicznej.

Przedsięwzięcia realizowane w systemie PPP są w każdym przypadku finansowane (częściowo lub w całości) ze środków, które zapewnia partner prywatny angażując środki własne, ale również zaciągając kredyty lub pożyczki. Podmiot publiczny uzupełnia finansowanie. Nie ma przy tym reguł prawnych, wskazujących, która część środków finansowych (pochodząca od podmiotu prywatnego, czy publicznego), winna być większa. Udział środków publicznych w finansowaniu przedsięwzięć PPP to ponadto nie tylko środki podmiotu publicznego zaangażowanego w partnerstwo, ale również środki pomocowe, których beneficjentem może być partner prywatny lub utworzona przez oba podmioty spółka celowa. W zależności od tego, który z modeli finansowania znajdzie zastosowanie, wystąpienie pomocy publicznej oraz jej formy mogą wyglądać odmiennie.

W przypadku finansowania przedsięwzięcia w całości ze środków prywatnych elementy pomocy publicznej mogą wystąpić jedynie przy zastosowaniu nierynkowych mechanizmów gwarancji, zwolnień i ulg podatkowych oraz innych niedotacyjnych instrumentów wsparcia. Ich ocena pod kątem uznania za pomoc publiczną musi być jednak każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem wszystkich warunków kontraktu dotyczącego przedsięwzięcia PPP, gdyż nierzadko preferencje uzyskane w jednym z aspektów realizacji zadania są równoważone niewspółmiernymi do warunków rynkowych obowiązkami i obciążeniami w innych jego obszarach.²¹

W polskim systemie prawnym wkład partnera publicznego w PPP polegający na wniesieniu do przedsięwzięcia wkładu kapitałowego,

²¹ Szerzej na ten temat w rozdziale *ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym*



postawienia do dyspozycji kredytu zaciągniętego przez podmiot publiczny, będzie zobowiązaniem finansowym podmiotu publicznego, a zaciąganie takich zobowiązań jest limitowane przepisami prawa. Nie stanowi takich zobowiązań udzielanie dotacji. Jednakże wszystkie te instrumenty mogą być elementami pomocy publicznej, podobnie jak uzyskanie przez partnera prywatnego wsparcia bezpośrednio ze środków publicznych pochodzących z budżetu innego podmiotu publicznego (w tym środków z funduszy UE).

Fundusze europejskie a PPP. Sposób stosowania przepisów o pomocy publicznej

Rosnące potrzeby w zaspokajaniu potrzeb publicznych powodują, że współdziałanie z sektorem prywatnym w tym zakresie staje się coraz powszechniejszym zjawiskiem we wszystkich krajach UE. Mechanizmem tego współdziałania jest częstokroć partnerstwo publiczno – prywatne. Zdaniem Komisji Europejskiej upowszechnienie PPP może przyczynić się do sprawnego wykorzystywania funduszy europejskich, w szczególności w zakresie rozwoju infrastruktury. W opracowanych przez Komisję „Wytycznych dotyczących udanego partnerstwa publiczno-prywatnego” wskazano, w jaki sposób i na jakich warunkach możliwe jest wykorzystanie funduszy europejskich w tak finansowanych projektach. Również w komunikacie z lipca 2005 roku. „Polityka spójności wspierająca wzrost gospodarczy i zatrudnienie. Strategiczne wytyczne wspólnotowe, 2007-2013” KE wskazała PPP, jako odpowiednią i wartą wsparcia metodę finansowania inwestycji w przypadku, gdy istnieje możliwość zaangażowania sektora prywatnego, zwłaszcza tam gdzie nie jest możliwe odstąpienie od własności publicznej lub też świadczenia usług przez podmioty publiczne.

Należy jednak zwrócić uwagę, na całkowicie odmienne cechy przedsięwzięć, które są realizowane w systemie PPP od tych, które są



współfinansowane ze środków UE. Cel PPP postrzegany z punktu widzenia partnera prywatnego to w zdecydowanej większości przypadków przede wszystkim zysk. Przedsięwzięcia będące przedmiotem PPP, co do zasady mają więc charakter komercyjny zapewniający partnerowi prywatnemu zwrot poniesionych nakładów oraz zysk. Współfinansowanie projektów ze środków publicznych ma natomiast miejsce przede wszystkim w sytuacjach, gdy rynkowe mechanizmy działania nie zapewniają uzyskania efektów pożądaných ze względów społecznych. W piśmiennictwie powszechny jest pogląd, że najbardziej uzasadnione wydaje się stosowanie dotacji w przypadku wykorzystywania ich do przedsięwzięć, które dzięki temu wsparciu mogą osiągnąć pułap finansowy, który umożliwi pozyskanie reszty finansowania ze źródeł niepublicznych²². Nie jest to jednak zdaniem Komisji Europejskiej jedyny warunek zaangażowania środków pochodzących ze wsparcia Wspólnoty w przedsięwzięcia typu PPP. Podmiot dysponujący środkami UE oraz każdy z krajów członkowskich, dopuszczając udzielanie dotacji ze środków wspólnotowych na przedsięwzięcia typu PPP muszą zapewnić spełnienie szeregu wymogów. Ich katalog wskazuje jednak na brak skryształizowanego poglądu co do charakteru takich dotacji. Z jednej strony są one postrzegane jako środki przeznaczone dla podmiotu publicznego i kierowane do wykorzystania jako element lub ekwiwalent wynagrodzenia partnera prywatnego, z drugiej zaś jako środki, które mogą się przyczyniać do uprzywilejowania partnerów prywatnych czyli *de facto* jako pomoc publiczna. Poszczególne warunki stawiane przez Komisję Europejską są bowiem następujące:

- równy dostępu partnerów prywatnych do realizacji zadań w formule PPP wraz z podmiotem publicznym, tj zastosowanie przy jego wyborze zgodnych z dyrektywami procedur przetargowych;

²² Partnerstwo publiczno – prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych, Bartosz Piotr Korbus, Mariusz Strawiński, Warszawa 2006.



Pogląd Komisji opiera się w tym zakresie na zasadzie równego dostępu wszystkich podmiotów do realizacji zadań publicznych. Podobny wymóg zawiera również polska ustawa o finansach publicznych (art. 33 ust. 1). Uznając, iż zgodnie z tym poglądem rolą partnera prywatnego w ramach PPP będzie wykonywanie zadania publicznego, należy położyć nacisk na przysługujące za spełnione świadczenia wynagrodzenie. Jego forma jest przy tym uzgadniana przez strony umowy. Prawidłowa realizacja tej wytycznej KE (tego obowiązku ustawowego) może okazać się w wielu przypadkach przesądzająca dla uznania, iż Państwo (jego organ lub podmiot publiczny działający w jego imieniu) zawierając umowę z partnerem prywatnym dochowało zasad konkurencji, a wsparcie kierowane jest dla przedsięwzięcia (zadania publicznego) nie stanowiąc uprzywilejowania podmiotu prywatnego, który je współrealizuje gdyż nie było dokonane z naruszeniem zasad równości i konkurencyjności podczas wyboru wykonawcy.

- zgodność z regulacjami unijnymi dotyczącymi pomocy publicznej;

Zdaniem Komisji Europejskiej dotacje ze środków UE mogą stanowić pomoc publiczną i być udzielane w celu zachęcenia sektora prywatnego do podejmowania konkretnych działań – w tym podjęcia się roli partnera prywatnego w przedsięwzięciu PPP. Pomocą publiczną będzie więc wsparcie nie stanowiące elementu wynagrodzenia odpowiadającego rynkowym warunkom spełniania świadczenia będącego przedmiotem umowy o PPP. W polskim systemie prawnym wsparcie to może być wkładem własnym podmiotu publicznego, lub dotacją udzielaną wprost partnerowi prywatnemu lub spółce utworzonej z jego udziałem do realizacji przedsięwzięcia PPP. Zakres takiego wsparcia winien zawsze podlegać ocenie poprzez pryzmat ogólnych zasad udzielania pomocy publicznej, w tym zasady dodatkowości. Szczególnie istotne dla poprawności udzielenia dotacji będzie miało więc ustalenie jej



optymalnego udziału w całości finansowania przedsięwzięcia oraz analiza korzyści wynikających z udzielenia wsparcia. W przypadku wyboru partnera prywatnego w procedurach niekonkurencyjnych²³ pod kątem występowania pomocy publicznej oceniane winno być również wynagrodzenie partnera prywatnego. Jeśli po niekonkurencyjnym wyborze, zasady wynagradzania ustalono w sposób odbiegający od rynkowego, wówczas prawdopodobieństwo wystąpienia pomocy publicznej jest istotne.

- ochrona interesu publicznego – zapewnienie odpowiedniej jakości usług przez partnera prywatnego, mechanizmy eliminacji nadzwyczajnych (nierynkowych) zysków²⁴ dla partnera prywatnego, stały nadzór partnera publicznego nad realizacją przedsięwzięcia;

Korzyści wynikające z udzielenia wsparcia ze środków publicznych projektowi realizowanemu w ramach PPP to przede wszystkim dbałość o

²³ Procedury niekonkurencyjne to w świetle dyrektyw 2004/17 oraz 2004/18 WE procedury nie poprzedzane ogłoszeniem. Zgodnie z nomenklaturą dyrektyw jest to więc *procedura negocjacji bez uprzedniego ogłoszenia*. W krajowych porządkach prawnych nazewnictwo może się jednak różnić. W przepisach polskich, tryby te nazywają się *negocjacje bez ogłoszenia* i *zamówienie z wolnej ręki* (w ustawie Prawo zamówień publicznych).

²⁴ Problem zysków nadzwyczajnych (nierynkowych) występuje w szeregu decyzji Komisji Europejskiej oraz orzeczeniach sądownictwa europejskiego np. Decyzja Komisji z dnia 24 stycznia 2007 r. w sprawie pomocy państwa C 52/2005 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004) w formie dotacji na dekodery cyfrowe, udzielonej przez Republikę Włoską (notyfikowana jako dokument nr C(2006) 6634) pkt 193 i dalsze; Decyzja Komisji z dnia 20 października 2004 r. dotycząca pomocy państwa częściowo wdrożonej przez Francję na rzecz przedsiębiorstwa "Sernam" (notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3940); Decyzja Komisji z dnia 8 września 2004 r. dotycząca działań na rzecz parku rozrywki Bioscope podjętych przez Francję na rzecz przedsiębiorstwa "S.M.V.P – Mise en Valeur du Patrimoine Culturel" (notyfikowana jako dokument nr C(2004) 2686) pkt 25 i dalsze; Wyrok sądu I instancji z dnia 15 czerwca 2005 r. W sprawie T-17/02 Fred Olsen SA, przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. W każdym przypadku rozstrzygnięcie o ich występowaniu lub nie polega na porównaniu zysków możliwych do osiągnięcia w danych warunkach bez wsparcia publicznego oraz z takim wsparciem. Analizie podlega również zysk osiągany w tym sektorze (z uwzględnieniem uwarunkowań lokalnych), do którego jest porównywany zakładany zysk podmiotu z przedsięwzięcia korzystającego ze wsparcia publicznego. Zgodnie z wyrokiem ETS w sprawie Altmark Trans GmbH (por str 72) poziom rekompensaty należy określić na podstawie analizy kosztów, jakie typowe, dobrze zarządzane przedsiębiorstwo dysponujące odpowiednimi środkami potrzebnymi do spełnienia koniecznych wymogów z tytułu świadczenia usług publicznych poniosłoby, wywiązując się z tych zobowiązań, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i osiągniętego zysku z wywiązywania się z tych zobowiązań. Na temat pojęcia *rozsądnego zysku*, szeroko wypowiada się KE w decyzji z 28 listopada 2005 r (Dz.Urz. WE L 312)



interes publiczny. Analiza przedinwestycyjna wskazująca, że dofinansowanie przedsięwzięcia ze środków pomocowych przyczyni się do lepszej jakości życia i rozwoju społeczności, dla której realizowane jest zadanie publiczne pozwoli na udzielenie takiego wsparcia. Z drugiej strony jednak, jeśli wsparcie to mimo spełnienia swego podstawowego celu jakim jest jak najlepsza realizacja zadań publicznych sprawi, że dzięki niemu podmiot prywatny uzyskał nadzwyczajne i niemożliwe do osiągnięcia w warunkach rynkowych zyski²⁵, to wówczas może być ono traktowane jako pomoc publiczna.

- określenie optymalnego poziomu dotacji – w sposób nie zakłócający działania rynku;

Optymalny poziom dotacji to nie tylko poziom, który nie zakłóca idei pomocniczości i dodatkowości, ale również zabezpieczenie przed nadmiernym uprzywilejowaniem podmiotu będącego partnerem prywatnym. Ograniczony poziom dotacji zmniejsza bowiem możliwość wystąpienia nadmiernych i nieuzasadnionych realiami rynkowymi zysków partnera prywatnego. Jeśli więc dopuszczalny dla przyznania dotacji poziom zwrotu z inwestycji mieści się w normalnej (właściwej dla segmentu rynku) rynkowej wielkości wówczas udzielenie dotacji jest możliwe. Przekroczenie poziomu normalnego zysku, sprawi, że wysokość dotacji winna być ograniczona. Dotacja nie powinna też zastępować opłat ponoszonych przez użytkowników (konsumentów), jeśli są oni w stanie je ponosić.

²⁵ W umowach dotyczących PPP podmioty publiczne zabezpieczają zarówno osiągnięcie wysokiej jakości usług, jak i kontrolę przychodów z przedsięwzięcia osiąganych przez podmiot prywatny. Stosowane metody zależą od rodzaju przedsięwzięcia. W przypadku usług ogólnego interesu gospodarczego, w których część opłat pochodzi od ostatecznych użytkowników, podmioty publiczne najczęściej gwarantują sobie wpływ (często wyłączny) na ustalanie taryf. (tak np. w przypadku oczyszczalni ścieków w Dublinie). W niektórych partnerstwach prawo to jest oddawane partnerowi prywatnemu, jednak wówczas prawo do zwiększenia wysokości opłat wiąże się z oceną jakości świadczonych usług przez podmiot publiczny. Jeśli jakość ta nie odpowiada poziomowi opłat, stanowi to podstawę do naliczania wysokich kar umownych (tak np. w sprawie Metrolink w Manchesterze).



Jeśli przekroczenie normalnego poziomu zysków osiągniętych przez podmiot prywatny będzie skutkiem dotacji przekazanej na realizację przedsięwzięcia PPP, wówczas dotacja ta będzie nosić cechy pomocy publicznej. Jeśli zyski pozostaną na normalnym rynkowym poziomie, a dotacja jedynie umożliwi ich uzyskanie zastępując opłaty wnoszone przez konsumentów, będzie ona raczej wsparciem dla obywateli niż dla przedsiębiorcy.

- zmiana umów w sprawie PPP, a pomoc publiczna;

Jedną z czterech podstawowych zasad finansowania grantami unijnymi jest *„zapewnienie spójności między zasadami PPP a zasadami pomocy publicznej”*. W przypadku, gdy wybór partnera prywatnego nastąpił w drodze konkurencyjnej procedury przetargowej, jak to się dzieje w większości PPP, możliwości wystąpienia pomocy publicznej są niewielkie. Jednak, gdy zmienia się umowę na korzyść oferenta już po fazie konkurencyjnej przetargu (tzn. po jego wyborze, ale przed podpisaniem umowy), istnieje zwiększone ryzyko, że takie działanie może być uznane za pomoc publiczną. W październiku 2002 r. Komisja Europejska zajmowała się takim przypadkiem, w którym zachodziło podejrzenie udzielenia niedozwolonej pomocy przedsiębiorcom wykonującym niektóre zadania w rozwoju metra londyńskiego. Komisja uznała, że działania władz brytyjskich nie stanowią pomocy publicznej. Decyzja ta stanowi precedens świadczący o tym, że skomplikowane przedsięwzięcia infrastrukturalne mogą być realizowane po wyborze partnera prywatnego w ramach wydłużonej procedury przetargowej obejmującej negocjacje i zmiany w umowie już po zatwierdzeniu preferowanego oferenta, bez klasyfikowania ich jako pomocy publicznej. Należy jednak zwrócić uwagę, że decyzja Komisji dotyczyła konkretnej sytuacji i w żadnym razie nie można przyjmować, że zmiany umów rozszerzające korzyści wykonawcy już po zawarciu umowy nie będą nosić znamion pomocy. W szczególności, jeśli



wynagrodzenie będzie zawierać zawyżone wielkości, to wówczas może być uznane za pomoc publiczną.

Warto również zwrócić uwagę, że W Dzienniku Urzędowym C 234 , 22/09/2005 P. 0052 – 0059 została opublikowana opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) i wpływu PPP na wzrost, w której Komitet wyraził pogląd w sprawie sposobów oceny występowania pomocy publicznej w przedsięwzięciach, w których korzysta się ze środków instytucji europejskich. EKES zwrócił uwagę, że w takich przypadkach poza zweryfikowaniem w sposób przewidziany prawem wspólnotowym (decyzje i wytyczne KE, orzecznictwo ETS) czy w przedsięwzięciu nie wystąpiły elementy niedozwolonej pomocy publicznej, instytucje europejskie powinny ocenić czy:

- utrzymano standardy pracy, zdrowia i dostępności, i zapewnić, by normy takie były przestrzegane na wszystkich etapach projektowania, rozwoju, realizacji i zarządzania przedsięwzięć, które współfinansują;
- utrzymano zasady konkurencji pomiędzy podmiotami publicznymi a prywatnymi;

Zachowując wszystkie powyższe wymogi, które zdaniem Komisji są niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania PPP, wzrasta znaczenie tego sposób realizacji zadań współfinansowanych ze środków europejskich. W rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, zwrócono szczególną uwagę aby programowanie wydatków zapewniało wzajemną koordynację między istniejącymi instrumentami finansowymi, uwzględniając partnerstwa publiczno-prywatne. Dofinansowanie ze środków UE funduszy kapitałowych angażujących się w partnerstwa



publiczno-prywatne stało się wręcz przykładowym (zalecanym rozwiązaniem), szczególnie w odniesieniu do partnerstw angażujących się w projekty objęte zintegrowanym planem zrównoważonego rozwoju obszarów miejskich (art. 44 cyt. rozporządzenia). Jednocześnie art. 52 stanowi, że w przypadku wspierania PPP środkami pochodzącymi z budżetu wspólnotowego wielkość wsparcia jest uzależniona od wysokości środków pochodzących ze źródeł prywatnych. Skala wsparcia w poszczególnych przypadkach nie może być bez uzasadnienia różnicowana, co oznacza, że partnerstwa publiczno-prywatne działające w tych samych dziedzinach mogą uzyskiwać wsparcie, którego udział w całości kosztów jest podobny.

Pogląd wskazujący na celowość integrowania środków publicznych pochodzących ze wsparcia wspólnoty ze środkami prywatnymi w celu realizacji zadań publicznych Komisja wyrażała wielokrotnie. Przykładem jest odpowiedź udzielona deputowanemu do Parlamentu Europejskiego, opublikowana w DZ.Urz WE (OJ C 37, 3.2.2001), na pytanie dotyczące rozwiązania problemu gospodarki wodno – ściekowej. KE wskazała w niej, że zastosowanie PPP w tej dziedzinie jest możliwe i może dotyczyć zarówno budowy jak i eksploatacji oczyszczalni. Co więcej, zaangażowanie środków prywatnych i prywatnego partnera nie ogranicza możliwości korzystania ze środków Funduszy Strukturalnych i Funduszu Spójności.



Podstawa prawna partnerstwa i jej związek z charakterem przedsięwzięć oraz występowaniem pomocy publicznej.

Mimo wzrastającego zainteresowania partnerstwem publiczno - prywatnym, które ma miejsce we wszystkich krajach UE, jak dotychczas brak jest generalnego, oficjalnego stanowiska Wspólnoty co do występowania pomocy publicznej przy współpracy sektora publicznego z podmiotami prywatnymi w przedsięwzięciach definiowanych w dokumentach Komisji jako PPP²⁶. Poglądy Komisji na ten temat prezentowane są przy okazji różnych przedsięwzięć PPP odnosząc się za każdym razem do konkretnych stanów faktycznych lub mają charakter sugestii o ogólnym charakterze. Brak wyczerpującego i jednoznacznego stanowiska powoduje niestety brak pewności obrotu gospodarczego zarówno po stronie podmiotów publicznych jak i partnerów prywatnych i może ujemnie wpłynąć na rozwój PPP.

Orzecznictwo Trybunału, oraz poglądy Komisji Europejskiej zdają się przy tym prezentować pogląd, że za pomoc publiczną może być zarówno działalność ujęta w ramy prawne jak i współpraca podmiotu publicznego z prywatnym nie wynikająca z umowy lub decyzji, jeśli w jej wyniku podmiot prywatny zyskuje uprzywilejowaną pozycję rynkową.

W sprawie Valmont przeciw Komisji²⁷ Sąd Pierwszej Instancji rozpatrywał występowanie pomocy publicznej we współpracy lokalnych władz publicznych z prywatną spółką w zakresie prowadzenia parkingu. Po uprzednim zbyciu nieruchomości na rzecz spółki władze lokalne uzgodniły z nabywcą, mimo iż nie było to przedmiotem umowy, że na nabytej nieruchomości spółka uruchomi i poprowadzi dostępny dla podmiotów trzecich parking samochodowy. Komisja Europejska uznała, że działanie to

²⁶ **Patrz też rozdział:** Pojęcie partnerstwa publiczno – prywatnego (PPP)

²⁷ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 16.09.2004 r w sprawie Valmont vs Komisja T – 274/01



jest powiązane z uprzednią transakcją zbycia nieruchomości publicznej po zaniżonej cenie. Ponieważ zbycie nieruchomości na warunkach odbiegających od rynkowych może stanowić niedozwoloną pomoc publiczną Komisja zbadała sposób wykorzystywania nieruchomości wynikający z innego niż umowa porozumienia władz i spółki i uznała, że zadanie polegające na prowadzeniu parkingu w jego części ogólnie dostępnej stanowi usługę ogólnego interesu gospodarczego. Tym samym uznała, że obniżka ceny nieruchomości mogła mieć miejsce w takiej proporcji w jakiej parking jest udostępniany innym podmiotom niż spółka będąca jego właścicielem. Decyzja KE nakazała więc spółce zwrot 50% wsparcia, gdyż w tej części zdaniem KE była to nieuprawniona pomoc wykraczająca poza rekompensatę za wykonywanie zadania publicznego. Sąd rozpatrujący sprawę uznał, że Komisja słusznie uznała iż nastąpiło udzielenie niedozwolonej pomocy publicznej. Doniosłość orzeczenia polega jednak w szczególności na zanegowaniu prawa Komisji Europejskiej do arbitralnego ustalania wielkości udzielonej pomocy, bez przedstawienia szczegółowych wyliczeń wskazujących na dokładną wartość niedozwolonego wsparcia. Zwrotowi bowiem może podlegać jedynie pomoc bezspornie niedozwolona.

Mimo iż Sąd w swym orzeczeniu przyjął iż istnieje konieczność ochrony przedsiębiorców korzystających z pomocy przed arbitralnymi decyzjami organów to jednak, możliwość uznania w zasadzie każdego rodzaju współpracy podmiotów publicznych i prywatnych za obarczoną wystąpieniem niedozwolonej pomocy sprawia, że przedsiębiorcy niezmiennie ostrożnie podchodzą do współpracy z sektorem publicznym. Niebezpieczeństwo narażenia się na zarzut udzielenia niedozwolonej pomocy ze strony państwa jest również ważną przyczyną niechęci podmiotów publicznych do współpracy z przedsiębiorcami. Obawy przed naruszeniem przepisów o pomocy publicznej pozwala zmniejszyć takie postępowanie podmiotu publicznego, które w trakcie wyboru partnera prywatnego zapewnia stosowanie procedur przetargowych. Nie rozwiązuje



to jednak wszystkich problemów. Nawet wówczas gdy do wyboru partnera prywatnego zastosowano otwarte i konkurencyjne procedury to już ewentualne modyfikacje warunków jeszcze nie podpisanej umowy, dokonywane po wyborze partnera, mogą spowodować, iż udzielona zostanie niedozwolona pomoc publiczna²⁸.

Brak ustawowej definicji PPP, a także brak jednego – możliwego do zastosowania niezależnie od rodzaju przedsięwzięcia stanowiska Komisji Europejskiej, wskazującego jakie postępowanie przy wyborze partnera prywatnego i współpracy zwalnia z obaw udzielenia niedozwolonej pomocy, to najważniejsze ograniczenia w tworzeniu partnerstw.

W kontekście braku jednoznacznych wytycznych organów europejskich, dotyczących oceny przedsięwzięć PPP pod kątem występowania i dopuszczalności pomocy publicznej szczególnie ważna staje się precyzyność krajowych regulacji prawnych. Mimo iż to nie podstawa prawna współpracy podmiotu publicznego z przedsiębiorcą przesądza o występowaniu pomocy publicznej to jednak akty prawne tworzące ramy takiej współpracy wskazują często na formy udzielania pomocy publicznej, które mogą wystąpić w przypadku oparcia współpracy o konkretny akt prawny. Realizacja zadań publicznych w oparciu o konkretne przepisy krajowe zwiększa pewność zgodności z prawem wspólnotowym. Prawo krajowe podlega bowiem badaniu pod kątem zgodności z dorobkiem prawnym Wspólnoty i w odróżnieniu od przedsięwzięć realizowanych wspólnie przez podmioty publiczny i prywatny bez szczególnej podstawy prawnej obawa wystąpienia niedozwolonej pomocy publicznej jest wielokrotnie mniejsza.

²⁸ W tym kontekście szczególnie niebezpieczne jest wprowadzanie do systemów prawnych regulacji dopuszczających nieograniczoną możliwość zmiany wykonywania umów po wyborze partnera prywatnego. Przykładem takiego niebezpieczeństwa może być przepis art. 140 ust 2 ustawy prawo zamówień publicznych znajdujący zgodnie z art. 14 ustawy o PPP zastosowanie do umów w sprawie PPP.



Ocena dopuszczalności stosowania rozwiązań polegających na wspólnej realizacji zadań przez podmioty publiczne i prywatne bez obawy wystąpienia zakazanej pomocy winna również uwzględniać dorobek orzecznictwa dotyczący tzw. zadań ogólnego interesu gospodarczego. Pojęcie to, mimo iż niezdefiniowane w sposób jednoznaczny zdaniem ETS powinno być interpretowane szeroko. Trybunał w orzeczeniu SIEPSA (C-238/00 Komisja vs. Hiszpanii) podkreślił że potrzeby nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego (ogólnego interesu gospodarczego) to przeważnie potrzeby, których nie można zaspokoić na rynku. Państwo decyduje się więc zaspokajać je samo lub utrzymywać decydujący wpływ na ich zaspokajanie. Z analizy orzeczeń ETS wynika, że decyzja o uznaniu określonej usługi za wypełniającą warunki zadań ogólnego interesu gospodarczego należy w pierwszym rzędzie do krajów członkowskich (national approach). Prawidłowość decyzji krajowych podlega jednak kontroli ETS. Zdaniem Trybunału zajmującego się poszczególnymi przypadkami właściwym było uznanie za takie usługi np. usług w zakresie gospodarki odpadami (C-203/96), działalności w zakresie pośrednictwa pracy prowadzonego przez podmioty spoza administracji (C-41/90), wspieranie rozwoju regionalnego w państwie członkowskim (T-260/94). Zagadnienia udzielania pomocy przedsiębiorcom świadczącym usługi takiego rodzaju jest jedną z najtrudniejszych i znajdującą niewielkie odzwierciedlenie z orzecznictwie organów europejskich. Europejski Trybunał Sprawiedliwości zajmował się nimi między innymi w sprawach C-240/83 oraz C 53/00. Rezultatem był doniosły w skutkach wniosek ETS, że kraj, który świadcząc usługi publiczne wykonuje obligatoryjne zadania państwa i posługuje się przy tym podmiotami prywatnymi, nie udziela im pomocy publicznej, jeśli przekazywane wsparcie ma charakter rekompensaty za świadczenie takich usług i nie wiąże się z przyznaniem przedsiębiorcy rzeczywistej korzyści finansowej, ani nie poprawia jego pozycji konkurencyjnej. Wnioskując *a contrario* trzeba jednak dostrzec, że gdyby wielkość rekompensaty została przeszacowana, wówczas nosiłaby



znamiona pomocy publicznej, gdyż korzyść finansowa była by wyższa od zysku możliwego do osiągnięcia na rynku. Aby zgodnie z orzeczeniami ETS, aby uznać, że pomoc publiczne dla partnera prywatnego nie ma miejsca, należy zweryfikować czy:

- umowa w sprawie PPP nakłada na partnera prywatnego obowiązek świadczenia zadań publicznych zdefiniowanych prawem,
- zasady ustalania wielkości rekompensaty są ustalone z góry w sposób obiektywny i przejrzysty,
- czy wysokość rekompensaty nie przekracza wysokości ponoszonych kosztów, oraz niezbędnego godziwego zysku,
- czy poziom rekompensaty został ustalony na podstawie prawidłowej analizy kosztów podobnego przedsięwzięcia w sektorze prywatnym.

Ten ostatni wymóg jest zbędny, jeśli partner prywatny był wybierany w drodze otwartego przetargu zapewniającego zawarcie umowy z partnerem, który złożył najkorzystniejszą ofertę²⁹.

Ustawa o partnerstwie publiczno - prywatnym, a prawo Unii Europejskiej dotyczące pomocy publicznej.

Ustawa o partnerstwie publiczno - prywatnym pozwala na realizację wspólnych przedsięwzięć sektora publicznego i prywatnego w najszerszym zakresie. Decyzja o realizacji zadań w oparciu o ustawę o PPP musi być poprzedzona wieloaspektową analizą czy ten sposób ich wykonania będzie korzystny dla sektora publicznego.

Wymóg sporządzenia w/w analizy przed przystąpieniem do partnerstwa jest niezależny od przewidywanego trybu wyłaniania partnera prywatnego, co oznacza, że istnieje nawet wówczas, gdy partner jest wybierany w

²⁹ Tak ETS w wyroku 280/ 00 z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie Altmark Trans GmbH



otwartej konkurencyjnej procedurze czyli trybie przetargowym (art. 11 ust. 1 pkt 2 -4 ustawy o PPP). Rozporządzenie Ministra Finansów, wydane na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o PPP w sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz.U. z 2006 r. nr 125 poz.866) wskazuje, że jednym z rodzajów analiz winna być analiza ekonomiczno – finansowa. Jej niezbędnymi elementami są między innymi:

- wielkość całkowitych nakładów na przedsięwzięcie;
- źródła finansowania;
- koszty przedsięwzięcia;
- rachunek zysków i strat obejmujący całe przedsięwzięcie;
- rachunek przepływów pieniężnych obejmujący całe przedsięwzięcie;
- obliczenie podstawowych wskaźników efektywności, w tym wewnętrznej stopy zwrotu z inwestycji oraz zaktualizowanej wartości netto przedsięwzięcia;

Prawidłowe wykonanie takiej analizy umożliwia ocenę, czy w trakcie planowanego przedsięwzięcia możliwe będzie jego funkcjonowanie na zasadach właściwych dla rynku, tj bez zapewniania nadmiernych (nieuzasadnionych w warunkach obrotu prywatnego), korzyści partnerowi prywatnemu. W zdecydowanej większości przypadków, gdy odpowiedź na tak sformułowane pytanie jest negatywna będzie to równoznaczne z faktem, że umowa o PPP prowadzi do nadmiernych wydatków ze środków publicznych. Wówczas PPP nie powinno w ogóle znaleźć zastosowania, gdyż zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o PPP, partnerstwo publiczno-prywatne może stanowić sposób realizacji przedsięwzięcia, tylko jeżeli przynosi to korzyści dla interesu publicznego przeważające w stosunku do korzyści wynikających z innych sposobów realizacji tego przedsięwzięcia.

Szeroko zakreślony w ustawie zakres współpracy sektora publicznego z



prywatnym, obejmujący większość zadań publicznych sprawia, że w przypadku przedsięwzięć realizowanych na podstawie ustawy o PPP mogą wystąpić działania podmiotów publicznych noszące cechy pomocy publicznej. Mnogość zadań które mogą być w tym systemie realizowane, zróżnicowanie parterów prywatnych oraz daleko idąca swoboda w kształtowaniu stosunków umownych pomiędzy podmiotem publicznym, a prywatnym wskazują że:

- w zdecydowanej większości przypadków zawieranie umów o PPP, będzie wymagało indywidualnej analizy czy nie występują elementy pomocy publicznej,
- analiza ta powinna mieć miejsce łącznie z innymi ocenami poprzedzającymi decyzję o rozpoczęciu działań zmierzających do zawarcia partnerstwa,
- umowy w sprawach PPP winny być oceniane pod kątem występowania w nich pomocy publicznej każdorazowo w przypadku jakiegokolwiek zmiany, która jest do nich wprowadzana.

W przypadku umów o partnerstwie publiczno - prywatnym znajduje odpowiednie zastosowanie art. 140 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2006 r nr 164 poz. 1163), zwaną dalej również *ustawą PZP*, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy (partnera prywatnego) wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Świadczenie to, powinno więc odzwierciedlać opis przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia gdyż oferta musi być zgodna z SIWZ. W konkurencyjnej fazie przetargu, podmioty ubiegające się o zawarcie umowy, znają zakres przewidywanej współpracy, co powoduje, że zachowane zostają rynkowe warunki zawarcia kontraktu, a tym samym nie wystąpi co do zasady pomoc publiczna. W świetle art. 140 niedopuszczalne są natomiast czynności skutkujące rozszerzeniem świadczenia ponad określenie przedmiotu w



specyfikacji wyboru partnera prywatnego. Zakaz ten odnosi się w równym stopniu do zawarcia umowy w zakresie szerszym niż wynika to ze specyfikacji, jak i późniejszych zmian umowy. Norma ta znajdzie zastosowanie mimo wyłączenia stosowania do umów o PPP art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych (wyłączony art. 14 ustawy o PPP). Ukonstytuowane w art. 140 ustawy PZP ograniczenie możliwości zmiany przedmiotu umowy, nie eliminuje jednak możliwości wystąpienia pomocy publicznej w takich sytuacjach. Jej wystąpienie będzie prawdopodobne w szczególności gdy poprawie uległyby warunki wykonywania umowy przez partnera prywatnego. Jeśli więc dla niezmienionego zakresu świadczeń strony umowy uzgodniłyby zmianę zwiększającą wynagrodzenie partnera prywatnego, lub za ustalone wcześniej wynagrodzenie zgodziły się na wykonanie ograniczonego zakresu świadczenia, to takie zachowania zawsze muszą być poddane ocenie w kontekście wystąpienia pomocy publicznej. Jeśli zmiany umów odbiegają od normalnych praktyk rynkowych i skutkują wynagrodzeniem nieadekwatnym do zakresu wykonywanych czynności wówczas działanie podmiotu publicznego nosi znamiona pomocy publicznej. W kontekście ogólnych regulacji może być to jednak pomoc dozwolona (bagatelna, nie zakłócająca konkurencji) lub zabroniona. Ocena w pierwszym rzędzie należy do podmiotu publicznego, traktowanego w tym kontekście jako organ udzielający pomocy. W konsekwencji może wystąpić obowiązek notyfikowania pomocy KE.

Dla oceny wystąpienia pomocy publicznej w przedsięwzięciach realizowanych w oparciu o PPP ważne są wynikające z ustawy rodzaje relacji finansowych pomiędzy podmiotem publicznym oraz partnerem prywatnym. Składają się nań wynagrodzenie partnera prywatnego lub wniesienie wkładu własnego. Użycie koniunktora „lub”, wskazuje że mogą wystąpić również oba te elementy. Zgodnie z ustawą wkład własny to wkład podmiotu publicznego polegający w szczególności na sfinansowaniu części kosztów realizacji przedsięwzięcia, w tym dopłaty do usług



świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia lub wniesieniu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 roku, nr 16, poz. 93 z późn. zm) - dalej jako Kc, nieruchomości lub rzeczy ruchomej, licencji i innych wartości niematerialnych lub prawnych, jeżeli służą realizacji przedsięwzięcia. Wynagrodzenie to prawo partnera prywatnego do pobierania pożytków lub uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia lub zapłatę sumy pieniężnej przez podmiot publiczny.

Wynagrodzenie z zasady nie będzie traktowane jako pomoc publiczna. Stanowi bowiem zapłatę za spełnione świadczenia, a ocenie pod kątem racjonalności wydatku i uzasadnienia poniesionych kosztów będzie poddawany sposób skalkulowania wysokości wynagrodzenia. Wynagrodzenie które mogłoby nosić znamiona pomocy publicznej może pojawiać się w przypadku niekonkurencyjnych procedur wyboru partnera prywatnego³⁰

Zgodnie z przedstawioną wyżej definicją, wkład własny podmiotu publicznego w porównaniu do form pomocy publicznej mógłby być kwalifikowany jako dotacja, albo zbycie mienia (oddanie do korzystania mienia) na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku. Wkład ten zgodnie z przepisami ustawy może mieć bowiem zarówno formę pieniężną - przybiera wówczas formę nieco zbliżoną do dotacji celowej przekazywanej partnerowi prywatnemu, gdyż może być wykorzystany wyłącznie na realizację przedsięwzięcia PPP. Drugą formą wkładu własnego jest postać niepieniężna, tj przekazanie nieruchomości, rzeczy ruchomej, licencji, wartości niematerialnych lub prawnych. Również taki wkład może być wykorzystywany wyłącznie w celu realizacji przedsięwzięcia. Reguły stosowane przy ocenie działań pod kątem uznania ich za pomoc publiczną wskazują, że odrębnie należy rozpatrzyć

³⁰ por. rozdział Fundusze europejskie a PPP. Sposób stosowania przepisów o pomocy publicznej



ewentualność wystąpienia pomocy przy przekazywaniu wkładu własnego w formie pieniężnej, a odrębnie przy formach pozostałych, choć jednym z celów takiej analizy powinno być każdorazowo ustalenie, czy w wyniku zawarcia umowy o PPP nie nastąpi niezgodne z prawem udzielenie pomocy publicznej.

Planując przekazanie wkładu podmiotu publicznego w formie pieniężnej, dokonywana analiza powinna udzielać w pierwszej kolejności odpowiedzi na pytanie, czy możliwe (opłacalne pod względem ekonomicznym dla podmiotów prywatnych) byłoby zrealizowanie takiego przedsięwzięcia bez wkładu finansowego ze strony sektora publicznego. Uwzględniając wielkość całkowitych nakładów na przedsięwzięcie, dostępne w określonych okolicznościach faktycznych źródła finansowania oraz podstawowe wskaźniki efektywności, w tym stopę zwrotu z inwestycji, podmiot publiczny winien dokonać rachunku ekonomicznego opłacalności przedsięwzięcia, od którego uzależni konieczność przekazania, oraz wysokość planowanego wkładu własnego

Opisany zakres niezbędnej analizy ekonomicznej wskazuje, że nie może ona się ograniczać do ustalenia, czy PPP będzie formą bardziej korzystną niż inne sposoby realizacji przedsięwzięcia, ale musi wskazywać również jakie nakłady ze strony sektora publicznego są niezbędne, aby przedsięwzięcie zostało zrealizowane nie naruszając jednocześnie konkurencji na rynku.

Przy przekazywaniu wkładu własnego, ustawa w art. 9 wskazuje, że może to nastąpić np. w formie darowizny, sprzedaży (z zastrzeżeniem odkupu) użyczenia użytkowania, najmu albo dzierżawy³¹. Jednocześnie mimo

³¹ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r o partnerstwie publiczno - prywatnym (Dz.U z 2005 r nr 169 poz 1420) Art. 9 ust 1 w brzmieniu: „Przekazanie wkładu własnego może nastąpić w szczególności w formie darowizny, sprzedaży (z zastrzeżeniem odkupu), użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy, z zastrzeżeniem art. 25.”



zasady, iż po zakończeniu okresu realizacji przedsięwzięcia wkład w postaci składnika majątkowego jest przekazywany podmiotowi publicznemu, ustawodawca dopuszcza możliwość innych rozwiązań, w tym nie wyklucza nieodpłatnego pozostawienia takiego składnika partnerowi prywatnemu i przeniesienie nań prawa własności. Wszelkie czynności związane z przekazywaniem partnerowi prywatnemu do korzystania lub na własność mienia lub praw, powinny być rozpatrywane w kontekście zasady dokonywania transakcji „na normalnych warunkach rynkowych”, które wyłączają uznanie czynności za pomoc publiczną. W przypadkach gdy wkład własny będzie stanowić nieruchomość zastosowanie znajdą w szczególności reguły określone w Komunikacie Komisji Europejskiej dotyczącym elementów pomocy publicznej w sprzedaży nieruchomości przez władze publiczne³². Komunikat wskazuje, że pomoc publiczna w przypadku sprzedaży nieruchomości przez władze publiczne nie wystąpi, jeśli:

1. sprzedaż nieruchomości jest dokonywana zgodnie z procedurą publicznego, otwartego i bezwarunkowego przetargu, w którym przyjmuje się najlepszą ofertę (za najlepszą może być uznana jedyna złożona oferta)
2. sprzedaż nieruchomości następuje bez przetargu, ale po cenie nie niższej (co do zasady) od ceny ustalonej przez niezależnego rzeczoznawcę na podstawie powszechnie przyjętych wskaźników rynkowych i standardów ich wyceny

W świetle poglądów przedstawionych w komunikacie, jeśli elementem umowy o PPP jest sprzedaż partnerowi publicznemu nieruchomości (z prawem odkupu lub bez) to może być ona uznana za nie stanowiącą pomocy publicznej gdy nastąpi po cenach wyższych lub równych jak wycena rzeczoznawcy. Nie sposób bowiem uznać przetargu w celu wyboru partnera prywatnego za „otwarty i bezwarunkowy przetarg” w celu

³² Commission communication concerning aid elements in land sales by public authorities (OJ_C 209/10.07.1997)



sprzedaży nieruchomości w rozumieniu przywoływanego komunikatu KE. Jednocześnie trzeba zwrócić uwagę, że do działań związanych ze zbyciem nieruchomości znajdują zastosowanie wszelkie inne reguły dotyczące pomocy publicznej. W szczególności będzie to zasada de minimis określająca bagatelny próg pomocy. Ponadto pomoc w postaci sprzedaży nieruchomości po cenie niższej od rynkowej, winna być zawsze oceniana w kontekście wszystkich zobowiązań dotyczących przekazania wkładu własnego wynikających z umowy o PPP, gdyż niejednokrotnie niska cena zbycia nieruchomości może być skutecznie równoważona np. nałożeniem na partnera prywatnego uciążliwych i rodzących ponoszenie kosztów obowiązków związanych z podziałem, zmianą przeznaczenia nieruchomości itp.

Problem wystąpienia lub nie pomocy publicznej przy sprzedaży nieruchomości przewidywanej w umowie o PPP zawsze powinien być przedmiotem analiz dokonywanych przed wszczęciem postępowania o wyłonienie partnera prywatnego. Wnioski wyciągnięte z analizy, które wskażą na niezgodność reguł sprzedaży nieruchomości z komunikatem Komisji powinny być przesłanką notyfikowania transakcji KE, która ustali, czy występuje pomoc publiczna. Z obowiązku tego nie zwalnia fakt istnienia orzecznictwa odnoszącego się do wyłączenia PPP służącego świadczeniu usług ogólnego interesu gospodarczego pod pewnymi warunkami z reguł pomocy, jeśli dotyczy to rekompensat za świadczone usługi. Orzecznictwo to dotyczy bowiem kształtowania wynagrodzenia za świadczenie, nie zaś wsparcia w innej formie tj np. niezgodnego z regułami rynku zbywania nieruchomości przez władze publiczne. Brak orzecznictwa nie oznacza oczywiście, iż zastosowanie preferencyjnych zasad zbycia nieruchomości na rzecz partnera prywatnego, nie będzie mogło być uznane za formę rekompensaty za świadczenie usług ogólnego interesu gospodarczego.

W tym kontekście szczególnej uwagi wymagają przepisy ustawy z dnia 31



sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz.U z 2004 r nr 261 poz. 2603 z późn zm). Zezwalają one bowiem na jednoczesne odstąpienie od trybu przetargowego oraz zastosowanie bonifikaty w sprzedaży nieruchomości wnoszonej jako wkład własny do przedsięwzięcia PPP. W świetle wytycznych Komisji zawartych w komunikacie dotyczącym pomocy publicznej przy sprzedaży nieruchomości są to przepisy wskazujące na możliwość wystąpienia pomocy publicznej. Zdaniem autorów ekspertyzy wykazanie, że zastosowanie bonifikaty stanowi rekompensatę przysługującą z tytułu świadczenia usług ogólnego interesu gospodarczego powoduje iż pomoc nie wystąpi³³. Wymaga to jednak jednoznacznego wyliczenia wysokości rekompensaty i dostosowania do niej wielkości udzielonej bonifikaty. Skorelowanie tych dwóch czynności może się okazać niezmiernie trudne, gdyż konieczność zastosowania rekompensaty, a szczególnie jej wysokość nie może być przesądzona z góry, niezależnie od kosztów ponoszonych na świadczenie usług – a w taki sposób tj. przed rozpoczęciem świadczenia usług przekazuje się nieruchomości na cele umowy o PPP (a więc również ustala wielkość bonifikaty). Ponadto – co niezmiernie ważne, nie każdy obszar, w którym może być realizowane PPP będzie pokrywał się ze świadczeniem usług ogólnego interesu gospodarczego, a prawna możliwość stosowania bonifikat dotyczy wszystkich partnerstw.

Analizy dokonywane przed podjęciem współpracy w formie PPP powinny dotyczyć również ewentualnej pomocy przy innych zasadach przekazywania nieruchomości partnerowi prywatnemu. Komunikat Komisji nie dotyczy co prawda np. czynności dzierżawy lub najmu nieruchomości, ale nie oznacza to, że nie może w takim przypadku wystąpić pomoc

³³ Por. wyrok Sądu I Instancji w sprawie Valmont omówiony na str 40 – 41. Wyrok dotyczy wprowadzie nieco odmiennego stanu faktycznego, a różnica polega w szczególności na działaniu bezumownym, w zakresie świadczenia usług, stąd nie można go wprost odnieść do kształtowania postanowień umowy o PPP, ale wskazuje, iż stosowanie bonifikat przy zbyciu nieruchomości może być uznawane za pomoc publiczną jeśli wykracza poza rekompensowanie kosztów świadczenia usługi.



publiczna. Ocena sytuacji musi być w takim przypadku dokonywana w świetle wspomnianej już zasady „zawierania transakcji na normalnych warunkach rynkowych”.

W analogiczny sposób należy dokonać analizy przekazania jako wkładu własnego innych rzeczy lub praw. Należy bowiem pamiętać, że wkład własny podmiotu publicznego nie może być ukrytą formą nadmiernego wynagrodzenia. Stanowi on element umożliwiający realizację przedsięwzięcia w systemie PPP i poniesienie ciężarów jego realizacji, których partner prywatny nie zdecydowałby się ponieść, gdyby obciążały go w całości. Wynagrodzenie jest czynnością odrębną i przysługuje za spełnianie świadczenia związanego z przedsięwzięciem. Wystąpienie przy przekazywaniu wkładu własnego elementów sprzecznych z zasadą przestrzegania realiów rynkowych może narażać strony umowy na sankcje w postaci konieczności zwrotu pomocy udzielonej niezgodnie z prawem.

Przekazanie parterowi prywatnemu przez podmiot publiczny jako wkładu własnego nieruchomości, jeśli następuje nieodpłatnie nie stanowi przychodu do opodatkowania u partnera publicznego zgodnie z art. 13 ust 2 pkt 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Jeśli podmiot publiczny spełnia wymogi określone w unijnych przepisach o pomocy publicznej dla ustalenia, że jest przedsiębiorcą (np. jest samorządową instytucją kultury, o której mowa w art. 4 pkt 3 lit g ustawy o PPP prowadzącą działalność gospodarczą), to wówczas umowy darowizny nieruchomości, nieodpłatnego oddania w użytkowanie partnerowi prywatnemu (dopuszczalne na gruncie art. 9 ust. 1 ustawy o PPP) mogą być przyczyną wystąpienia pomocy publicznej udzielonej podmiotowi publicznemu (publicznemu przedsiębiorcy). Może to bowiem stanowić faktyczne uprzywilejowanie podatkowe publicznego przedsiębiorcy uznające, że w takich sytuacjach przekazanie przezeń składnika majątkowego podmiotowi trzeciemu na określonych warunkach nie



stanowi przychodu podlegającego opodatkowaniu. W świetle ogólnych reguł ustalania przychodu do opodatkowania jest to wyjątek uprzywilejowujący podmiot publiczny (jeśli jest przedsiębiorcą) uczestniczący w PPP w stosunku do pozostałych przedsiębiorców.

Przez pryzmat występowania pomocy publicznej należy rozważyć również fakt uznania u partnera prywatnego za koszt uzyskania przychodów (a więc za wyłączenie z podstawy do opodatkowania) wartości nieruchomości otrzymanej jako wkład własny pomniejszonej o wielkość odpisów amortyzacyjnych. Samo zastosowane rozwiązanie (art. 15 ust. 1r ustawy z dnia 15 lutego 1992 r o podatku dochodowym od osób prawnych, t.j. Dz.U z 2000 r nr 54 poz 654 z późn. zm - dalej jako uopdp) nie stanowiłoby pomocy, gdyby nie fakt, że odnosi się wyłącznie do przedsiębiorców – stron umowy o PPP. Inne podmioty znajdujące się w takiej samej sytuacji rynkowej wydatki na nabycie środków trwałych zaliczają do kosztów uzyskania przychodów jedynie w przypadku ich odpłatnego zbycia.

Podobny cel - zmniejszenie obciążeń podatkowych z tytułu przychodów osiąganych w związku z udziałem w przedsięwzięciu PPP w charakterze partnera prywatnego jest przewidziany w art. 17 ust. 1 pkt 42 uopdp. Zgodnie z tym przepisem wkład własny przekazany w formie pieniężnej partnerowi prywatnemu lub spółce utworzonej w celu realizacji przedsięwzięcia PPP nie podlega opodatkowaniu. Mechanizm ten jest odmienny od ogólnej zasady przewidzianej w ustawach podatkowych zgodnie z którą podatnik (przedsiębiorca) za przychód ma uznawać między innymi dotacje, subwencje, dopłaty i inne świadczenia otrzymane na pokrycie kosztów, albo zwrot poniesionych wydatków. Mimo iż wykładnia celowościowa orzeczeń ETS dotyczących uznania za dopuszczalne rekompensat dla przedsiębiorców świadczących usługi ogólnego interesu gospodarczego, wskazywałaby, że wszelkiego rodzaju



zwolnienia kwot pieniężnych od podatku można by traktować jako formę rekompensaty brak jest doświadczeń dotyczących sposobu oceny takich czynności przez organy właściwe w sprawach pomocy publicznej. Uzasadnionym wydaje się przy tym pogląd, że gdyby kwoty stanowiące wkład własny podmiotu publicznego w PPP przekazany podmiotowi prywatnemu podlegały opodatkowaniu, to wówczas wartość tego wkładu dla celów ustalenia wielkości rekompensaty (lub pomocy publicznej) winna być pomniejszona o kwoty odprowadzonego podatku.

Bez wątplenia celem rozwiązań dotyczących zastosowanych w ustawach podatkowych było zapewnienie neutralności podatkowej świadczeń, których dotyczą umowy o PPP. Odstąpienie od opodatkowania czynności, które służą zaspokajaniu potrzeb publicznych (realizacji zadań publicznych) wspieranych przez państwo stanowi raczej rekompensatę niż pomoc dla wykonującego te zadania przedsiębiorcy. Ukształtowana w orzecznictwie ETS i decyzjach KE zasada uznawania rekompensat za działania nie stanowiące pomocy publicznej pozwala przyjąć, iż zwolnienia podatkowe przewidziane w ustawie o PPP nie naruszają zasad Traktatu. Neutralność podatkowa do której zapewnienia służą oznacza bowiem zniesienie obciążeń, które mogłyby zniweczyć istotę PPP i stałyby w opozycji do jej idei. Jednakże wszystkie wymienione wyżej działania, jeśli miałyby miejsce, powinny być poddane starannej ocenie pod kątem uznania ich bądź nie, za pomoc publiczną. W szczególności posługiwanie się instrumentem ustawowo dopuszczalnego zwolnienia podatkowego w sposób niezgodny ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem prawa, lub przyjmowanie przez podmiot publiczny zbyt dużej ilości ryzyk podatkowych może prowadzić do złamania zasady neutralności.

Problem z ustawowym uprzywilejowaniem podatkowym działań objętych umowami o PPP, polega w szczególności na tym, że jednakowo potraktowano te działania PPP, które nie polegają na świadczeniu usług w



ogólnym interesie gospodarczym oraz tych, które służą takim usługom. Istnieje bowiem część zadań publicznych, które ze świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym nie mają nic wspólnego choć są zadaniem publicznym. Nie wymieniając wszystkich można wskazać np. na niektóre zadania JBR. Tych zadań (w tym realizowanych w systemie PPP), które służą świadczeniu usług w ogólnym interesie gospodarczym, a tytułu których przedsiębiorca uzyskuje korzyści w zasadach opodatkowania dotyczy wyrok Trybunału z dnia 22 listopada 2001 r. w sprawie C-53/00 (Ferring), odnoszący się do opodatkowania przedsiębiorców.

Ferring S.A. jako spółką działającą na rynku dystrybucji farmaceutycznej, poprzez system sprzedaży bezpośredniej do aptek zaskarżyła do sądu przepis o opodatkowaniu sprzedaży bezpośredniej wskazując, że podatek ten jest nakładany wyłącznie na niektórych przedsiębiorców (laboratoria farmaceutyczne), a tym samym uprzywilejowuje innych (hurtowników), co może stanowić pomoc państwa.

Podatek został wprowadzony w celu dofinansowania narodowego funduszu ubezpieczeń zdrowotnych oraz przywrócenia równowagi konkurencji pomiędzy sieciami dystrybucji leków, która była uważana za zakłóconą z tego powodu, że hurtownicy zobowiązani są do świadczenia usług publicznych, natomiast takie obowiązki nie spoczywają na laboratoriach farmaceutycznych.

W ramach wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, francuski sąd ubezpieczeń społecznych zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o rozstrzygnięcie, czy będący przedmiotem sporu przepis prawa krajowego może być uznany za udzielenie pomocy państwa w rozumieniu art. 87 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) i jeśli tak, to czy jest on uzasadniony strukturą i strukturą systemu. Ponadto, francuski sąd ubezpieczeń społecznych zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o rozstrzygnięcie, czy hurtownikom powierzono



świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 TWE i ocenę, czy jeśli przedmiotowy podatek może zostać uznany za pomoc państwa, to czy musi on zostać zrekompensowany przez dodatkowe koszty wynikające ze zobowiązania nałożone na hurtowników, aby mogło być zastosowane wyłączenie przewidziane w art. 86 ust. 2 TWE.

Zdaniem Trybunału, nie objęcie hurtowników podatkiem od sprzedaży bezpośredniej, czyli podatkiem przeznaczonym na dofinansowanie narodowego funduszu ubezpieczeń zdrowotnych jest równoznaczne z przyznaniem im zwolnienia podatkowego. W ten sposób, władze francuskie z korzyścią dla hurtowników, zrezygnowały z pobierania podatku przyznając im przewagę ekonomiczną. Korzyść została przyznana przy użyciu zasobów państwowych i wzmocniła pozycję konkurencyjną hurtowników w stosunku do innego systemu dystrybucji produktów leczniczych. Jednakże podatek od sprzedaży bezpośredniej może stanowić pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE tylko w tym zakresie, w jakim nie obejmuje dystrybutorów hurtowych.

Jednocześnie, zdaniem Trybunału kwalifikowanie opodatkowania jako pomocy mogłoby być wykluczone gdyby wynikało z obowiązku świadczenia usług publicznych, jakie nakłada na hurtowników francuski system zaopatrywania aptek w leki.

Jeśli podatek od sprzedaży bezpośredniej nałożony na laboratoria farmaceutyczne odpowiada dodatkowym kosztom rzeczywiście ponoszonym przez hurtowników z tytułu obowiązku świadczenia usług publicznych, to nie objęcie hurtowników wspomnianym podatkiem może być uznane za wynagrodzenie za świadczone usługi i tym samym jako działanie nie stanowiące pomocy państwa w rozumieniu art. 87 TWE.



Zdaniem ETS fakt, że przedsiębiorstwa są traktowane różnie nie implikuje więc automatycznie istnienia korzyści w znaczeniu pomocy publicznej. Taka korzyść nie istnieje, kiedy dana różnica w traktowaniu jest uzasadniona przyczynami wynikającymi z logiki systemu. Jeśli więc jedno z przedsiębiorstw muszą świadczyć usługi publiczne to wówczas inne – które czynią to dobrowolnie i nie są obciążone obowiązkami z tego wynikającymi również wtedy gdy jest to ekonomicznie nieopłacalne mogą być dla przywrócenia równowagi konkurencji obciążone podatkiem. Zwolnienie przedsiębiorców świadczących usługi publiczne od podatku można uznać za uzasadnione przy założeniu, że podatek nałożony na nie świadczących usług publicznych odpowiada dodatkowym kosztom rzeczywiście ponoszonym przez świadczących takie usługi.

Wydając wyrok Trybunał uznał, iż zgodnie z wykładnią art. 87 Traktatu działanie wprowadzone na mocy prawa francuskiego, obciążające wyłącznie sprzedaż bezpośrednią produktów leczniczych prowadzoną przez firmy farmaceutyczne stanowi pomoc państwa dla hurtowników tylko w zakresie, na ile przewaga, jaką mają w związku z faktem nie podlegania taksie od sprzedaży bezpośredniej produktów leczniczych przewyższa dodatkowe koszty, jakie ponoszą z tytułu zobowiązania do świadczenia usług publicznych, jakie spoczywa na ich na mocy ustawodawstwa krajowego.

Wyrok w sprawie Ferring wskazuje więc, że ustawowe zróżnicowanie podatków dla podmiotów wykonujących zbliżoną lub nawet taką samą działalność jest możliwe, jeśli ma stanowić rekompensatę za wykonywanie szczególnych zadań. Oznacza to jednak, że w każdym indywidualnym przypadku stosowania zwolnień lub ulg dopuszczalnych takimi przepisami, nie może być przekroczony próg rekompensaty.



Podatki w przedsięwzięciu PPP, nieobjęte przepisami ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym.

Poza wynikającymi z ustawy o PPP szczególnymi regulacjami podatkowymi dotyczącymi przedsiębiorców angażujących się w partnerstwa z sektorem publicznym, istnieje cały szereg innych czynności podlegających opodatkowaniu, które w przedsięwzięciu PPP występują, a jednocześnie nie są zostały objęte przepisami podatkowymi odwołującymi się do ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym.

Jedną z takich kwestii jest podział ryzyka podatkowego. Dotyczy on w szczególności zmian stawek podatkowych w trakcie realizacji przedsięwzięcia, czyli ryzyka legislacyjnego w sferze podatków. Co do zasady w obrocie gospodarczym jest to normalne ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej ponoszone przez przedsiębiorcę. W umowach o PPP, gdzie zainteresowanym stabilnością kosztów dla użytkowników ostatecznych jest podmiot publiczny mogą pojawiać się rozwiązania gwarantujące partnerowi prywatnemu poniesienie kosztów wzrostu podatku od towarów i usług przez podmiot publiczny. Jeśli działania te mają charakter dopuszczalnej rekompensaty, tj. powiązane są z analizą opłacalności przedsięwzięcia prowadzonego w nowej sytuacji podatkowej, wówczas nie powinny być traktowane jako niedozwolone. Jeśli jednak postanowienia umowy o PPP zmierzają do niejako automatycznego wzrostu wynagrodzenia partnera prywatnego o kwotę wynikającą ze zmiany stawek VAT mogą być uznane za niedopuszczalne uprzywilejowanie przedsiębiorcy. Analogiczne rozumowanie winno towarzyszyć ewentualnym zmianom umowy, jeśli w chwili jej zawierania strony nie przewidywały wzrostu stawek VAT. Orzecznictwo sądowe w sprawach cywilnych - w tym dotyczących umów, w których stroną jest podmiot publiczny dopuszcza co prawda zmianę wynagrodzenia w sytuacji zmiany stawek VAT. Opowiedział się za tym między innymi Sąd Najwyższy



w wyroku z dnia 16 maja 2007 roku (III CSK 452/06). Wskazał jednak, że zmiana winna być rozpatrywana w kontekście przepisów prawa zamówień publicznych tj. w szczególności nieprzewidywalności zmian stawek podatkowych, oraz z uwzględnieniem art. 357¹ Kc tj. groźby rażącej straty dla strony umowy, gdyby do zmiany postanowień umownych nie doszło. Dopuszczalność zmiany wynagrodzenia służy więc utrzymaniu bezpieczeństwa obrotu na normalnym rynkowym poziomie, a w przypadku PPP również zapewnieniu odpowiedniej wielkości rekompensat za wykonywanie zadania publicznego, jednakże jej ograniczenie przepisami Kc i PZP do zmniejszenia ryzyka strat wskazuje, że nie może ono służyć udzielaniu pomocy publicznej³⁴

Ze skutkami podatkowymi wiąże się korzystanie z nieruchomości. Zgodnie z ustawą z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych Opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości podlegają grunty, budynki lub ich części, budowle lub ich części związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Jednocześnie podatnikami podatku od nieruchomości są m in osoby prawne, jednostki organizacyjne, w tym nieposiadające osobowości prawnej, będące posiadaczami nieruchomości lub ich części albo obiektów budowlanych lub ich części, stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, jeżeli posiadanie wynika z umowy zawartej z właścicielem. Taka sytuacja nierzadko będzie występować w przedsięwzięciach typu PPP, jeśli nieruchomość będzie stanowiła bądź wkład własny podmiotu publicznego, bądź będzie oddana w użytkowanie partnerowi prywatnemu realizującemu przedsięwzięcie.

Jeśli zadaniem publicznym, którego realizacja jest przedmiotem umowy o PPP, jest zadanie należące do gminy będącej jednocześnie organem

³⁴ Podobny pogląd wyraził ETS w sprawie dotyczącej metra londyńskiego – por rozdział Analiza wybranych przykładów oraz doświadczeń państw członkowskich UE



podatkowym w zakresie podatku od nieruchomości, to wydaje się, że wówczas strony w trakcie negocjacji dotyczącej umowy PPP będą w zdecydowanej większości przypadków poruszać kwestię zwolnień lub ulg podatkowych.

Wysokość stawek podatku od nieruchomości określa Rada Gminy w drodze uchwały, z tym że przy określaniu ich wysokości może je obniżać w stosunku do maksymalnych stawek ustawowych. Przy obniżaniu może różnicować ich wysokość dla poszczególnych rodzajów przedmiotów opodatkowania, uwzględniając w szczególności lokalizację, rodzaj prowadzonej działalności, sposób wykorzystywania budynku, przeznaczenie i sposób wykorzystywania gruntu. Jeśli więc podejmując uchwałę, Rada obniży wysokość podatku w taki sposób, że będzie to działanie zmierzające do uprzywilejowania przedsiębiorcy będącego partnerem prywatnym w PPP, to wówczas badaniu będzie musiała ulec zgodność takiego działania z przepisami o pomocy publicznej. Będzie bowiem miało ono w praktyce charakter indywidualny, a jeśli nie będzie dotyczyć działalności prowadzonej w ogólnym interesie gospodarczym lub w przypadku działalności prowadzonej w takim interesie będzie nadmierne, tj. przekroczy dopuszczalność rekompensat, to będzie stanowiło niedozwoloną pomoc publiczną.

Skutki podatkowe dla stron umowy ma również zakończenie umowy o PPP. Ustawa o PPP przewiduje, że po zakończeniu umowy partner prywatny przekazuje składniki majątkowe będące przedmiotem umowy podmiotowi publicznemu, albo innemu podmiotowi wskazanemu w umowie. Ustawa nie wskazuje jednak, czy przekazanie to ma charakter odpłatny, czy nie. Strony powinny przewidzieć to w umowie, gdyż skutki podatkowe czynności będą w obydwu sytuacjach odmienne. Brak postanowień umownych w tym zakresie może powodować w przyszłości wystąpienie zwolnień podatkowych nie uwzględnianych przy zawiązywaniu umowy, a



tym samym nie wliczanych do kwoty rekompensat, czyli stanowiących pomoc ponad poziom rekompensaty za świadczenie usług ogólnego interesu gospodarczego. Zwolnienia te (jeśli wystąpią), będą co prawda czynnością odrębną i niezależną od stron umowy o PPP, ale wystąpią w związku z uprzednią umową o PPP. Jeśli więc w umowie nie rozstrzygnięto czy zwrot majątku będzie miał charakter odpłatny czy też nie i następnie wskutek przyjęcia określonych rozwiązań nastąpią zwolnienia podatkowe, zostaną one prawdopodobnie podważone, jako przewyższające niezbędną wysokość rekompensat, gdyż umowa o PPP ustalając zakres rekompensat abstrahowała od tych zwolnień.



Ustawa o autostradach płatnych oraz budowa i eksploatacja dróg.

Szczególnym trybem wyłaniania partnera prywatnego jest procedura przetargowa, wynikająca z przepisów o autostradach płatnych, w której wyłaniane są podmioty budujące lub prowadzące eksploatację autostrad. Procedura ta składa się z 3 etapów:

- 1) kwalifikacji wstępnej;
- 2) przetargu ograniczonego do zakwalifikowanych do złożenia ofert
- 3) negocjacji umowy o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady.

Postępowanie rozpoczyna się od ogłoszenia w prasie o zasięgu krajowym oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenie to wskazuje, jaka autostrada będzie przedmiotem umowy, oraz czy partner prywatny będzie zaangażowany w proces jej budowy, czy tylko eksploatacji. Partnerzy prywatni zainteresowani udziałem w przedsięwzięciu muszą udowodnić, że spełniają warunki wiarygodności finansowej i technicznej. Po dokonaniu kwalifikacji wstępnej wybrani (spełniający warunki) oferenci otrzymują pisemne zaproszenie do przetargu. W jego trakcie Komisja przetargowa ocenia stan ekonomiczno-finansowy oferenta, jego przygotowanie organizacyjne i techniczne do należytego wykonania autostrady, przedstawiony plan finansowania oraz program budowy i eksploatacji autostrady i przedstawia swój wybór Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, który przeprowadza negocjacje z wybranym podmiotem w sprawie umownych zobowiązań w zakresie realizacji przedsięwzięcia. Po przeprowadzeniu negocjacji, strony mogą podpisać umowę w sprawie realizacji projektu autostradowego.

Procedura przewidziana dla wyboru podmiotu eksploatującego autostradę różni się nieco od większości sposobów wyłaniania prywatnych partnerów w innych przedsięwzięciach. Nie zmienia to jednak najistotniejszego



elementu dla przesądzenia, że eksploatacja ta jest PPP. Wykonywane jest zadanie publiczne, wykonawcą jest podmiot prywatny, podstawą ich współpracy jest umowa, a od poprawności jej realizacji zależy korzyść podmiotu prywatnego.

Sposób postępowania przy wyborze partnera prywatnego do budowy i eksploatacji (samej eksploatacji) autostrady przewidziany w przepisach o autostradach płatnych pozwala na stwierdzenie, że wystąpienie w tym przypadku elementów niezgodnej z prawem UE pomocy publicznej nie będzie miało miejsca. W szczególności należy zwrócić uwagę, na możliwość wypełnienia przy działaniu w oparciu o przywołane przepisy tych przesłanek, które w sprawie Altmark ETS uznał za wystarczające dla stwierdzenia braku pomocy publicznej w umowie pomiędzy partnerami prywatnym i publicznym. Mimo iż sprawa Altmark dotyczyła innego rodzaju przedsięwzięć i świadczenia innego rodzaju usług, to wydaje się, że określone w niej przesłanki dotyczące wybierania partnera prywatnego oraz zasad ustalania rekompensat mają charakter generalny. Jeśli umowa taka nakłada na partnera prywatnego obowiązek świadczenia zadań publicznych, które wynikają z prawa kraju członkowskiego, zasady udzielania rekompensaty są ustalone z góry w sposób obiektywny, a jej wysokość ustalona na podstawie prawidłowej analizy kosztów nie przekracza ponoszonych kosztów, oraz niezbędnego godziwego zysku. Wówczas nie wystąpi pomoc publiczna. Każdorazowo jednak podmioty realizujące przedsięwzięcia autostradowe muszą ocenić, czy w danym przypadku dochowano należytej staranności przy w/w czynnościach, unikając w ten sposób udzielenia zabronionej pomocy.

W przypadku przedsięwzięć PPP dotyczących budowy i eksploatacji dróg należy również uwzględniać zasady wynikające z decyzji Komisji Europejskiej z dnia 15 maja 2006 roku dotyczącej pomocy oznaczonej numerem N 149/2006 dotyczącej finansowania budowy autostrady M3 na



odcinku Clonee – North of Kells oraz tunelu Limerick.

Kraj członkowski – Irlandia, działając w oparciu o ustawodawstwo krajowe zamierzał w systemie partnerstwa publiczno - prywatnego zrealizować projekt budowy i utrzymania dwóch wymienionych inwestycji drogowych. Prawo Krajowe Irlandii zezwala, aby instytucja publiczna odpowiedzialna za budowę i utrzymanie dróg wykonywała te zadania poprzez powierzanie ich innym podmiotom np. w ramach umów o PPP. Umowa o PPP dotyczyła zaprojektowania, budowy, finansowania i utrzymania infrastruktury drogowej przez przedsiębiorcę prywatnego w okresie 30 – 45 lat.

Przedsiębiorca (wykonawca) został wyłoniony w procedurze negocjacji z ogłoszeniem wynikającej z dyrektywy 2004/18 dotyczącej udzielania zamówień publicznych i możliwej do zastosowania w przypadku udzielania tzw. koncesji na roboty budowlane. W związku z tym, zastosowane kryteria wyboru spełniały wymogi obiektywizmu i niezmienności w całym okresie kontraktowania (od ogłoszenia do podpisania umowy). Umowa, zgodnie z informacjami podawanymi w trakcie postępowania o wyłonienie partnera prywatnego przewiduje, iż podmiot publiczny udostępni grunt pod budowę drogi, a w procesie projektowania i budowy zachowa funkcje nadzorcze nad inwestycją. Obowiązki utrzymania i zarządzania drogą spoczywają na wykonawcy. Wykonawca pokrywa 60% kosztów inwestycji, które są uzupełnione zapłatą wynagrodzenia za część kosztów inwestycji (tzw. construction grant). Ponadto z tytułu zarządzania i utrzymania drogi wykonawca otrzymuje częściowe wynagrodzenie, zaś część jego przychodów pochodzi z opłat od użytkowników obiektu.

Takie ustalenie zasad wynagradzania wykonawcy jest zgodne z europejskimi przepisami dotyczącymi koncesji na roboty budowlane oraz ideą partnerstwa publiczno - prywatnego dotyczącą ryzyk ponoszonych w trakcie przedsięwzięcia. Zarówno wynagrodzenie przybrało w części formę niepieniężną jak i ryzyko zostało przeniesione częściowo na podmiot prywatny (niepewność wysokości przychodów z opłat).



Co do zgodności podjętych działań z przepisami o pomocy publicznej Komisja Europejska wskazała, że:

- badanie czy pomoc publiczna występuje ma miejsce tylko wówczas gdy stroną umowy o PPP jest prowadzący działalność gospodarczą przedsiębiorca w rozumieniu art. 87 Traktatu,
- budowa infrastruktury transportowej przez władze publiczne nie stanowi o prowadzeniu działalności gospodarczej, zaś w przypadku prowadzenia takiej budowy przez podmioty prywatne może prowadzić do wystąpienia pomocy publicznej, ale tylko wówczas, gdy rekompensaty ze strony władz publicznych są nadmierne,
- Odpowiednia (nie nadmierna) wysokość rekompensat oraz otwarcie budowanej infrastruktury dla wszystkich użytkowników na równych warunkach wskazuje na brak pomocy publicznej.

Odrębnie od budowy Komisja rozważyła eksploatację i zarządzanie obiektem drogowym wskazując, iż właściwe jest takie konstruowanie umów, aby czynności budowy były jasno wyróżniane od zarządzania i eksploatacji.

- Zarządzanie infrastrukturą drogową przez podmioty prywatne - w tym wyłonione w mechanizmach właściwych dla PPP jest zdaniem Komisji działalnością gospodarczą. Musi więc być poddane ocenie z punktu widzenia występowania pomocy publicznej.
- Otwarta i konkurencyjna procedura wyboru podmiotu prywatnego minimalizuje zagrożenie nieuprawnionego uprzywilejowania przedsiębiorcy, który zostanie wybrany do wykonywania zadań zarządzania drogą, jednakże nie oznacza, iż pomoc publiczna w żadnym wypadku nie wystąpi. Jej wystąpienie może mieć miejsce ze względu na wzmocnienie jego kondycji finansowej dzięki projektowi dofinansowywanemu ze środków publicznych, gdy skala projektu (czas trwania, zakres terytorialny, czy też przedmiotowy) powoduje iż



podmiot uzyska pozycję rynkową (pewność działania, rynek zbytu itp.) zdecydowanie silniejszą od konkurentów nie uczestniczących w projekcie.

- Do udzielania pomocy publicznej w obszarze zarządzania infrastrukturą drogową nie zostały stworzone żadne szczególne regulacje, a tym samym pomoc zgodna z regułami wspólnego rynku musi podobnie jak w innych dziedzinach życia wspierać jasno określony cel interesu wspólnego, zachowywać zasadę proporcjonalności i odpowiedniości, zaburzenia konkurencji winny być ograniczone, a ostateczny efekt pomocy musi być pozytywny.
- W przypadku pomocy dotyczącej przedsięwzięć związanych z budową i zarządzaniem obiektami infrastruktury w orzecznictwie komisji ulegają doprecyzowaniu znaczenia w/w pojęć. Należy więc badać czy tworzenie infrastruktury służy celom wspólnym (rozwojowi regionu, dostępności itp.) – to znaczy czy jest po prostu potrzebne (przyp. autora). Należy również ocenić czy tworzona infrastruktura jest odpowiedniej skali (tzn. proporcjonalna do potrzeb) oraz czy rokuje, iż w średniookresowej perspektywie będzie wykorzystywana w satysfakcjonującym zakresie. Poza tym ocenie podlega czy dostęp do infrastruktury jest otwarty dla wszystkich potencjalnych użytkowników w sposób równy i niedyskryminujący, a także czy stopień wpływu na rozwój handlu nie jest sprzeczny z interesem Wspólnoty.³⁵

³⁵ Na powyższe zasady wskazuje Komunikat Komisji – Wytyczne wspólnotowe dotyczące finansowania portów lotniczych i pomocy państwa na rozpoczęcie działalności dla przedsiębiorstw lotniczych oferujących przeloty z regionalnych portów lotniczych. Tekst mający znaczenie dla EOG. Dziennik Urzędowy C 312, 09/12/2005 P. 0001 – 0014. Wydając omawianą decyzję KE powołała się na przywołanie wytyczne.



Koncesja w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych.

Ustawa Prawo zamówień publicznych może stanowić podstawę prawną wspólnej realizacji skomplikowanych przedsięwzięć przez sektor publiczny i prywatny. Współpraca ta, jeśli jej podstawą są przepisy ustawy PZP odnoszące się do koncesji ogranicza się jednak wyłącznie do robót budowlanych połączonych z eksploatacją zbudowanych obiektów. Nie może więc dotyczyć np. zarządzania już istniejącym obiektem.

Ustawa przewiduje możliwość zawarcia umowy na roboty budowlane, w taki sposób że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z zapłatą. Przedmiotem tej umowy jest zobowiązanie się wykonawcy (koncesjonariusza) do wykonania obiektu budowlanego w zamian za możliwość czerpania pożytków z jego eksploatacji przez czas określony w zawartej z zamawiającym umowie, oraz zobowiązanie się zamawiającego do znoszenia obecności wykonawcy na wzniesionym obiekcie. W przypadku koncesji wykonanie zamówienia publicznego nie jest w całości lub w części określonej w umowie pomiędzy zamawiającym a koncesjonariuszem finansowane ze środków publicznych. Tę część bądź też całość zamówienia finansuje podmiot prywatny.

W konstrukcji koncesji szczególnie istotny jest element zdefiniowania wynagrodzenia należnego koncesjonariuszowi za wykonanie zamówienia, gdyż to on tak naprawdę stanowi o specyfice tej konstrukcji prawnej. Wynagrodzeniem tym jest, zależnie od postanowień zawartej umowy, prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, bądź takie prawo wraz z zapłatą. Z powyższej definicji wyraźnie wynika, że świadczenie pieniężne nie jest elementem konstytutywnym koncesji. Może ono stanowić pewną, określoną w umowie, część wynagrodzenia obok prawa do eksploatacji,



albo zostać całkowicie zastąpione przez świadczenia niepieniężne tzn. przez „prawo do eksploatacji obiektu budowlanego”. W zakresie tego pojęcia mieści się prawo koncesjonariusza do czerpania korzyści ekonomicznych z obiektu budowlanego przez czas określony w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a koncesjonariuszem. Czerpanie korzyści ekonomicznych oznacza korzystanie z obiektu budowlanego w celach komercyjnych, a czas prawa do eksploatacji musi korelować z okresem niezbędnym do zwrotu nakładów poniesionych przez podmiot prywatny, któremu została udzielona koncesja. Wszystkie te kwestie powinny być jasno i jednoznacznie uregulowane w zawieranej pomiędzy stronami umowie w sprawie udzielenia koncesji na roboty budowlane. Umowa ta w sposób powinna precyzować prawa i obowiązki podmiotu publicznego oraz jego partnera prywatnego oraz zasady podziału ryzyk związanych z jej zawarciem oraz wykonaniem. Spełnienie opisanych wyżej wymogów będzie w świetle przytaczanego już wcześniej orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz decyzji Komisji Europejskiej wystarczające dla uznania, że relacje pomiędzy stronami umowy nie wiążą się z udzielaniem pomocy publicznej.

W przypadku oparcia współpracy z partnerem prywatnym o umowę w sprawie koncesji na roboty budowlane zastosowanie do wyłonienia partnera, z którym będzie ona zawarta znajdzie między innymi art. 90 ust. 2 ustawy PZP w związku z jej art. 89 ust. 1 pkt 4. Przepisy te stanowią, że zamawiający musi odrzucić oferty zawierające rażąco niską cenę – między innymi wówczas, gdy kalkulacja ceny wynika z udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Norma ta zdaje się odnosić do pomocy już udzielonej przedsiębiorcy uprzednio – tj bez związku z prowadzonym postępowaniem. Jednakże jej celem jest również ochrona konkurencji przed zakłóceniami powodowanymi



bezprawną pomocą publiczną. Należy więc opowiedzieć się za poglądem, że przewidzenie przez podmiot publiczny pomocy niezgodnej z Traktatem w prowadzonym postępowaniu musi oznaczać, że jeśli w wyniku rozstrzygnięcia postępowania zostanie zawarta umowa, to będzie ona obarczona wadą gdy pomoc będzie faktycznie udzielona. Nieważność ta będzie wynikać z art. 146 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy PZP tj ze wspomnianych tam przepisów odrębnych, za które winny być uznane przepisy UE dotyczące dopuszczalności udzielania pomocy publicznej. Ze względu na doniosłość sankcji nieważności umów cywilnoprawnych (konieczność zwrotu świadczeń bezumownych, bezpodstawne wzbogacenie, brak podstaw do odliczania podatku VAT i inne) kontrola prawidłowości udzielania pomocy przed zawarciem umowy z koncesjonariuszem jest szczególnie ważna dla pewności obrotu gospodarczego.

Powyższe uwagi w całości znajdą zastosowanie również do umów o PPP zawieranych na podstawie przepisów o partnerstwie publiczno - prywatnym. Nakazują one bowiem do wyłaniania partnera prywatnego oraz umów o PPP stosować przepisy prawa zamówień publicznych, a więc również zasady traktowania umów przewidujących bezprawną pomoc publiczną.



Partnerstwo – publiczno - prywatne realizowane w oparciu o kodeks spółek handlowych i inne akty prawne dopuszczające uczestnictwo organów publicznych w działalności gospodarczej, w szczególności w świadczeniu usług użyteczności publicznej.

Konstrukcją prawną możliwą do zastosowania w świetle doświadczeń związanych z partnerstwem publiczno - prywatnym w innych krajach Unii Europejskiej, jest utworzenie przez podmiot publiczny i partnera prywatnego spółki (odrębnego, nowego podmiotu prawnego), w celu realizacji zadania publicznego. Możliwość tą stwarza zarówno przepis art. 19 ustawy o PPP, jak również przepisy ustawy – Kodeks spółek handlowych z dnia 15 września 2000 roku (Dz. U. z 2000 r. nr 94. poz. 1037 z późn. zm).

Wówczas jest to tzw. przedsięwzięcie typu joint ventures, które od początku opiera się na zaangażowaniu dwóch stron, w celu wspólnej realizacji zadania publicznego, czyli jest typowym PPP mimo, że nie konieczne opartym o ustawę o PPP.

Współpracę definiowaną jako partnerstwo publiczno - prywatne należy jednak odróżniać od zaangażowania państwa w działalność gospodarczą. Działalność taka jest dozwolona prawem i prowadzona przez przedsiębiorców publicznych czyli podmioty zależne od organów państwowych, działające w oparciu o różne akty prawne. Poza Kodeksem spółek handlowych będą to np. ustawa z dnia 16 września 1982 r prawo spółdzielcze (t.j. Dz.U. z 2003 r, nr 188 poz. 1848 z późn. zm.), ustawa o przedsiębiorstwach państwowych (t.j. Dz.U z 2002 r. nr 112 poz. 981 z późn. zm.), ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2002 r. nr 72 poz. 665 z późn. zm.). W oparciu o w/w przepisy mogą być tworzone osoby prawne, które są uznawane za przedsiębiorcę



publicznego, tj. takiego na którego działalność decydujący wpływ wywiera organ państwowy niezależnie od wpływu wywieranego na niego przez inne podmioty.³⁶

Zaangażowanie organów państwa w prowadzenie działalności gospodarczej ograniczają przepisy szczególne. W przypadku samorządu jest to np. ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. nr 9 poz. 43 z 1997 r z późn. zm.), która określa zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, polegające na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Są to w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Ich wykonywanie może polegać na utworzeniu lub przystąpieniu do spółki prawa handlowego. W określonych i wynikających z ustawy (art. 10) sytuacjach, jednostki samorządu mogą tworzyć oraz przystępować do spółek prowadzących działalność w innych obszarach niż użyteczność publiczna.

Samo utworzenie, a w szczególności przystąpienie do spółki (np. w pełni prywatnej), mimo iż wiąże się z nabyciem udziałów lub akcji nie jest równoznaczne z tworzeniem uprzywilejowanej pozycji przedsiębiorcy.

Zgodnie ze stanowiskiem Komisji opublikowanym w Biuletynie Komisji nr 9/1984, przepisy Traktatu dotyczące pomocy publicznej mogą jednak znaleźć zastosowanie do nabywania udziałów (akcji) władz publicznych w kapitale spółki. Jako udział publiczny, rozumiany jest przy tym bezpośredni udział rządu centralnego, władz regionalnych lub władz lokalnych, lub bezpośredni udział instytucji finansowych lub innych agencji

³⁶ Definicja na podstawie ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz. U. Nr 191 poz. 1411)



krajowych, regionalnych lub przemysłowych, które są finansowane z zasobów państwowych lub na które rząd centralny, władze regionalne lub władze lokalne wywierają dominujący wpływ. W przypadku, gdy władza publiczna, która wnosi do spółki kapitał poprzez nabycie w tej spółce udziałów, nie dostarcza jedynie kapitału akcyjnego w normalnych warunkach gospodarki rynkowej, to wówczas taki przypadek należy oceniać w świetle przepisów Traktatu WE dotyczących pomocy publicznej.

Zdaniem Komisji, nie stanowi pomocy danej spółce zwykle (częściowe lub całkowite), nabycie udziału w kapitale istniejącej spółki, bez wnoszenia nowego kapitału. Pomoc publiczna nie zachodzi także wtedy, gdy wniesienie nowego kapitału następuje w okolicznościach, które byłyby możliwe do przyjęcia dla prywatnego inwestora działającego w normalnych warunkach gospodarki rynkowej. Taka sytuacja ma miejsce gdy:

- następuje utworzenie nowej spółki, w której władze publiczne kontrolują cały kapitał, bądź też większościowy lub mniejszościowy pakiet akcji, pod warunkiem, że władze stosują te same kryteria, co dostawca kapitału w normalnych warunkach gospodarki rynkowej,
- następuje wniesienie nowego kapitału do przedsiębiorstwa publicznego, pod warunkiem, że odpowiada on nowym potrzebom inwestycyjnym oraz bezpośrednio z nimi związanym kosztom, a także sektor, w obrębie którego działa dane przedsiębiorstwo, nie cierpi na strukturalną nadwyżkę mocy produkcyjnych na wspólnym rynku, a sytuacja finansowa przedsiębiorstwa nie budzi zastrzeżeń,
- ma nastąpić zwiększenie udziału publicznego w spółce, pod warunkiem, że wnoszony kapitał jest proporcjonalny do liczby udziałów posiadanych przez władze oraz następuje jednocześnie z wniesieniem kapitału o



realnej wartości ekonomicznej przez prywatnego udziałowca,

- jest to udział w małym lub średnim przedsiębiorstwie, które z racji swej wielkości nie jest zdolne uzyskać odpowiedniego zabezpieczenia na prywatnym rynku finansowym, lecz którego perspektywy uzasadniają udział publiczny przekraczający jego aktywa netto lub prywatne inwestycje,
- strategiczny charakter inwestycji pod względem rynków lub dostaw pozwala traktować nabycie pakietu akcji jako normalne zachowanie dostawcy kapitału, pomimo że rentowność jest opóźniona w czasie,
- potencjał rozwojowy spółki przejawiający się w zdolności tworzenia innowacji przez wszelkiego rodzaju inwestycje, pozwala traktować nabycie udziałów jako inwestycję związaną ze szczególnym ryzykiem, lecz w ostateczności opłacalną.

Pomoc publiczna ma natomiast miejsce gdy wniesienie nowego kapitału następuje w okolicznościach, które nie byłyby możliwe do przyjęcia dla prywatnego inwestora działającego w normalnych warunkach gospodarki rynkowej. Dzieje się tak w przypadku, w którym:

- sytuacja finansowa spółki, a w szczególności struktura wielkość długu, nie pozwala oczekiwać w rozsądnym terminie normalnego zysku (w postaci dywidend lub zysków kapitałowych) od zainwestowanego kapitału,
- ze względu na niewystarczający przepływ środków pieniężnych, spółka nie byłaby w stanie pozyskać funduszy potrzebnych do programu inwestycyjnego na rynku kapitałowych,



- udział ma charakter krótkoterminowy, z okresem obowiązywania i ceną sprzedaży określonymi z góry tak, że zysk dla dostawcy kapitału jest zdecydowanie niższy, niż mógłby on oczekiwać od inwestycji na rynku kapitałowym przy podobnym okresie czasu,
- udział w władz publicznych obejmuje przejęcie lub kontynuację całości lub części nieefektywnych działań spółki w złej kondycji poprzez utworzenie nowej osoby prawnej,
- wniesienie kapitału do spółek, których kapitał podzielony jest pomiędzy prywatnych i publicznych akcjonariuszy, sprawia, że udział publiczny osiąga znacznie wyższy poziom niż pierwotnie, zaś stosunkowy brak zaangażowania prywatnych udziałowców jest w znacznym stopniu spowodowany niepewnymi perspektywami uzyskania przez spółki dochodu,
- wielkość udziału przekracza rzeczywistą wartość (aktywa netto plus wartość firmy lub wartość know-how) spółki.

Są również takie sytuacje, których nie da się jednoznacznie przypisać do żadnego z opisanych modeli. Wówczas domniemanie, że występuje pomoc publiczna winno mieć miejsce gdy interwencja władz przybiera formę nabycia udziału połączonego z innymi formami interwencji, które wymagają zgłoszenia na mocy przepisów o pomocy publicznej.

Przez pryzmat powyższych zasad ocenie pod kątem występowania pomocy publicznej będzie poddawana ta czynność w ramach partnerstwa publiczno – prywatnego, która przewiduje wspólne tworzenie podmiotu trzeciego (spółki).

Również dalsza działalność takiej spółki będzie podlegać ocenie pod kątem dopuszczalności uzyskiwania wsparcia z zasobów publicznych. Nawet



100% udział podmiotu publicznego w kapitale zakładowym podmiotu nie zwalnia bowiem od respektowania zasad udzielania pomocy publicznej. Jeśli więc podmiot nie wykonuje usług ogólnego interesu gospodarczego, o których mowa w decyzji Komisji Europejskiej z 28 listopada 2005 roku o zakresie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu do pomocy publicznej w formie rekompensat dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym (OJ L 2005.312.67), wówczas każda pomoc niebagatelna musi być notyfikowana Komisji.

Dla oceny dopuszczalności wsparcia podmiotów, które działając w ramach PPP wykonują usługi ogólnego interesu gospodarczego– *services of general economic interests*) szczególne znaczenie ma orzeczenie ETS w sprawie Altmark Trans GmbH. Stwierdzające iż podmioty te w konkretnych okolicznościach nie są beneficjentami pomocy publicznej w rozumieniu obowiązujących przepisów³⁷. Tezy wyroku muszą być jednak za każdym razem rozważane w całości, a sytuacje z pozoru podobne nie muszą wskazywać, iż pomoc publiczna nie będzie miała miejsca.

Istotą sprawy Altmark było rozstrzygnięcie, czy zapewnienie przez władze lokalne prawa wykonywania usług transportu publicznego w długim okresie oraz zapewnienie publicznych subsydiów za wykonywanie tych usług jednemu przedsiębiorcy, przy jednoczesnym odrzuceniu wniosku innego o umożliwienie mu wykonywania tych samych usług, stanowi pomoc publiczną. Przedsiębiorca, którego wniosek został odrzucony podniósł, że narusza to zasadę równego traktowania oraz, że wybrany podmiot jest w stanie zapewnić wykonanie usługi wyłącznie dzięki dotacjom. Rozstrzygając tę sprawę Trybunał wskazał, że art. 87 ust. 1 TWE ustanawia cztery przesłanki warunkujące jego zastosowanie tj. uznania za pomoc publiczną. Po pierwsze, występuje jest interwencja ze strony państwa lub poprzez zasoby państwowe. Po drugie, interwencja ta narusza lub może naruszać

³⁷ orzeczenie ETS C 280/00 z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie Altmark Trans GmbH



handel między państwami członkowskimi. Po trzecie, skutkować ona winna przyznaniem korzyści na rzecz beneficjenta. Po czwarte, narusza konkurencję lub takim naruszeniem grozi.

Trybunał wydając wyrok w oparciu o powyższe zasady określił warunki, w jakich rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych nie stanowią pomocy państwa.

- Po pierwsze, przedsiębiorstwo będące beneficjentem musi wywiązywać się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych; zobowiązania te muszą być jasno zdefiniowane,
- po drugie, wskaźniki na podstawie których wyliczana jest rekompensata, muszą zostać ustanowione w sposób obiektywny i przejrzysty, aby uniknąć przyznawania korzyści gospodarczych, które dawałyby przedsiębiorstwu będącemu beneficjentem przewagę nad konkurującymi z nim przedsiębiorstwami. Jeśli państwo członkowskie wypłaca rekompensatę za straty poniesione przez przedsiębiorstwo - nie określwszy wcześniej wskaźników stosowanych do obliczania tego typu rekompensat - gdy retrospektywnie okazuje się, że świadczenie niektórych usług związanych z wywiązywaniem się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych jest nierentowne, stanowi to środek finansowy, który jest objęty pojęciem pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu,
- po trzecie, wysokość rekompensaty nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w trakcie wywiązywania się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i rozsądnego zysku,
- po czwarte, w przypadku gdy wyboru przedsiębiorstwa mającego wywiązywać się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych nie dokonuje się zgodnie z procedurą udzielania zamówień publicznych, która pozwoliłaby na wybór oferenta świadczącego te usługi za cenę najkorzystniejszą dla danej społeczności, poziom rekompensaty należy



określić na podstawie analizy kosztów, jakie typowe, dobrze zarządzane przedsiębiorstwo dysponujące odpowiednimi środkami potrzebnymi do spełnienia koniecznych wymogów z tytułu świadczenia usług publicznych poniosłoby, wywiązując się z tych zobowiązań, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i osiągniętego zysku z wywiązywania się z tych zobowiązań.

Jednocześnie zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa Trybunału aktualny pozostaje pogląd iż „Niemożliwe jest, aby dotacja publiczna przyznana przedsiębiorstwu, które świadczy jedynie lokalne lub regionalne usługi transportowe i nie świadczy żadnych usług transportowych poza swoim krajem pochodzenia, pozostawała bez wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi”. W przypadku, gdy państwo członkowskie przyznaje publiczną dotację dowolnemu przedsiębiorstwu, podaż usług transportowych może z tego powodu zostać utrzymana na dotychczasowym poziomie lub być zwiększona i w efekcie przedsiębiorstwa posiadające siedzibę w innych państwach członkowskich mają mniejsze szanse na rynku w danym państwie członkowskim³⁸

W świetle powyższego (tak zresztą w uzasadnieniu wyroku), o stanowisku ETS, iż w sprawie Altmark nie występuje pomoc publiczna przesądziła więc wyłącznie kwestia braku korzyści dla przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy środki publiczne stanowią jedynie rekompensatę za świadczenie usług ogólnego interesu gospodarczego.

³⁸ Tak w szczególności *Sprawa 102/87 Francja przeciwko Komisji* [1988] Zb.Orz. 4067, pkt 19, *Sprawa C-305/89 Włochy przeciwko Komisji* [1991] Zb.Orz. I-1603, pkt 26, oraz *Hiszpania przeciwko Komisji*, pkt 40).



Przepisy dotyczące prywatyzacji i zmiana stosunków właścicielskich w spółkach wykonujących zadania publiczne.

Brak jednolitej definicji partnerstwa publiczno – prywatnego w skali ponad krajowej powoduje, że niejednokrotnie z przedsięwzięciami typu PPP utożsamiane są procesy prywatyzacji (szczególnie częściowej) przedsiębiorstw publicznych. W jednym rzędzie z PPP stawia się najczęściej prywatyzację podmiotów wykonujących zadania użyteczności publicznej (lub świadczących usługi ogólnego interesu gospodarczego). Nie sposób zaprzeczyć, że w przypadku sprzedaży podmiotowi prywatnemu części udziałów albo akcji przedsiębiorstwa stanowiącego własność publiczną i wykonującego zadania z zakresu np. zbiorowej komunikacji, zaopatrzenia w wodę itp. efekt zewnętrzny będzie identyczny jak w przypadku powołania spółki celowej dla świadczenia usług publicznych. W obu przypadkach dostarczycielem usług stanie się podmiot zależny jednocześnie od sektora publicznego jak i prywatnego. Jeśli przy tym umowa prywatyzacyjna nakłada na nabywcę akcji (udziałów) obowiązki zbliżone do typowych zobowiązań związanych z PPP (np. kontrolę podmiotów publicznych nad polityką cenową, zatwierdzanie taryf, harmonogram obowiązkowych nakładów inwestycyjnych itp.), to wówczas różnice faktyczne między PPP a prywatyzacją są znikome. W polskim systemie prawnym o różnicy przesądza przede wszystkim zupełnie odmienne instrumentarium prawne, przy pomocy którego kształtuje się pożądaný stan faktyczny. W przypadku PPP ideą jest wyodrębnienie spośród zadań publicznych (a więc wykonywanych przez podmioty publiczne) takich przedsięwzięć, które mogą być wykonywane przez przedsiębiorców (podmioty prawa prywatnego). W przypadku prywatyzacji - nawet jeśli dotyczy ona prywatyzacji spółek wykonujących zadania zdefiniowane jako publiczne (np. zaopatrzenia w wodę) celem jest zmiana



struktury właścicielskiej przedsiębiorstwa. Nie występuje więc przeniesienie wykonywania zadania publicznego na przedsiębiorcę, gdyż, zadanie to już wykonuje przedsiębiorca, tyle że jest to przedsiębiorca publiczny. Sprzedaż akcji lub udziałów takiego przedsiębiorcy podmiotowi prywatnemu powinna oczywiście następować z respektowaniem prawa. Jego istotą jest nie naruszanie zasad równego traktowania przedsiębiorców – potencjalnych nabywców. Odstąpienie od reguł przetargowych, jeśli jest połączone ze sprzedażą za kwotę nie odpowiadającą wycenie może stanowić np. naruszenie zasad dotyczących występowania elementów pomocy publicznej w sprzedaży nieruchomości przez władze publiczne, jeśli zbycie przedsiębiorstwa wiąże się ze zbyciem składnika w postaci nieruchomości (por. przywoływana wcześniej decyzja Komisji Europejskiej – Commission communication concerning aid elements in land sales by public authorities (OJ_C 209/10.07.1997)).

Relacje pomiędzy sektorem publicznym a prywatnym w zakresie pomocy publicznej są jednak w tym przypadku całkowicie odmienne niż w przypadku podejmowania się wspólnej realizacji zadań w systemie PPP. Podczas prywatyzacji, pomoc publiczna może być ewentualnie udzielona przedsiębiorcy - nabywcy udziałów (akcji) tj. przyszłemu właścicielowi podmiotu świadczącego usługi użyteczności publicznej. W przypadku zadań z zakresu PPP – samemu przedsiębiorcy realizującemu zadanie, niezależnie od formy własności.

Cechy zbliżone do prywatyzacji mogą mieć jednak czynności dokonywane na podstawie przepisów ustawy o PPP w zakresie zbywania przez podmiot publiczny udziałów w spółce powołanej zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o PPP w celu wykonywania przedsięwzięcia PPP.

Zgodnością z art. 87 ust. 1 Traktatu regulacji dotyczących zmian akcjonariatu w spółkach kontrolowanych przez podmioty publiczne



zajmował się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 23 marca 2006 r. W sprawie C-237, w postępowaniu Enirisorse SpA przeciwko Sotacarbo SpA. W rozstrzyganej sprawie, spółki publiczne (zależne od państwa) utworzyły spółkę celową (Sotacarbo). Jej zadaniem było rozwijanie nowoczesnych technologii wykorzystywania węgla kamiennego w sektorze energetyki. W trakcie istnienia spółki jeden z jej akcjonariuszy został sprywatyzowany, a tym samym spółka w zakresie swego akcjonariatu oraz celu działania zyskała status identyczny jak podmioty tworzone w ramach typowych partnerstw publiczno - prywatnych.

Następnie jeden z akcjonariuszy zdecydował na wystąpienie ze spółki. Trybunał rozstrzygając kwestie występowania w takim przypadku pomocy publicznej uznał, że uregulowania, które przyznają wspólnikom spółki kontrolowanej przez państwo uprawnienie do wystąpienia z tej spółki pod warunkiem zrzeczenia się wszelkich praw do jej majątku, nie można uznać za pomoc państwa w rozumieniu art. 87 WE nawet wówczas, gdy jest to uprawnienie odbiegające od prawa powszechnego. ETS wskazał, że aby wystąpiła pomoc państwa muszą się ziścić łącznie warunki określone w wyroku dotyczącym sprawy Altmark Trans GmbH³⁹. Samo uregulowanie, które uprawnia, a nie zobowiązuje akcjonariuszy do wystąpienia ze spółki nie przyznaje korzyści spółce.

Polska ustawa o PPP, która z przekazania akcji na rzecz podmiotu prywatnego czyni wyjątek (odstępstwo od art. 19 ust. 4 konstytuującego prawo podmiotu publicznego możliwe na podstawie kodeksu spółek handlowych), zaś regułą jest przeniesienie własności udziałów lub akcji na podmiot publiczny jest więc zgodna z zasadami Traktatu dotyczącymi pomocy publicznej. Jednakże nieodpłatne zbycie akcji lub udziałów na

³⁹ Por str 72. Warunki te to wystąpienie interwencji państwa lub przy użyciu zasobów państwowych, która jest w stanie wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi, przyznaje beneficjentowi korzyść oraz zakłóca lub grozić zakłóceniem konkurencji.



rzecz przedsiębiorcy może być pomocą publiczną i jej dopuszczalność trzeba każdorazowo oceniać w świetle kompleksowych relacji łączących strony partnerstwa. Jeśli będzie ono jedną z form rekompensaty, wówczas może być uznane za działanie dozwolone, jeśli jednak będzie dodatkowym świadczeniem na rzecz przedsiębiorcy, nieuzasadnionym poniesionymi przez niego nakładami będzie prawdopodobnie niedozwoloną pomocą publiczną.



Kontrola Komisji Europejskiej nad przedsięwzięciami realizowanymi w systemie PPP.

W systemie prawa europejskiego odnoszącego się do pomocy publicznej rola Komisji Europejskiej w zakresie oceny, czy działania władz publicznych wobec przedsiębiorców nie stanowią naruszenia wyrażonej w Traktacie zasady zakazującej udzielania pomocy publicznej jest niezmiernie istotna. Mimo iż ostateczny charakter mają w tym zakresie orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu Pierwszej Instancji, to w codziennej praktyce, właśnie komunikaty wyjaśniające, wskazówki, interpretacje oraz zalecenia KE wywierają zasadniczy wpływ na rozumienie zakresu zakazu udzielania pomocy. W tym kontekście ważne jest przytoczenie istotnych decyzji Komisji odnoszących się do działań władz krajów członkowskich podejmowanych przy realizacji zadań publicznych z udziałem przedsiębiorców świadczących usługi ogólnego interesu gospodarczego.

28 listopada 2005 roku, Komisja podjęła decyzję o zakresie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu do pomocy publicznej w formie rekompensat dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym (OJ L 2005.312.67). W przytoczonej decyzji Komisja przyjęła, że nawet gdy przekazywane przedsiębiorcom rekompensaty spełniają wszelkie warunki aby były uznane za pomoc publiczną, to o dopuszczalności ich przekazywania świadczy skala rekompensaty. Zgodne z regułami obowiązującymi w UE będzie działanie podmiotów publicznych, gdy wpływ korzyści uzyskiwanych przez partnerów prywatnych na zakłócenie wymiany handlowej między państwami członkowskimi będzie znikomy. Definiując zakres takiego postępowania (uznania pomocy za dopuszczalną) Komisja wskazała, że dotyczy to rekompensat



przekazywanych:

- przedsiębiorcom, których średni obrót netto z dwóch lat obrachunkowych poprzedzających rok, w którym zostało powierzone świadczenie usług był mniejszy niż 100 mln euro i które otrzymują roczną rekompensatę niższą niż 30 mln euro (liczone jako średnia roczna dla kontraktu, lub jego 5 lat, jeśli trwa on dłużej niż 5 lat zgodnie z art. 2 ust. 1 lit a, w związku z normą prawną w ostatnim akapicie art. 2 ust. 1 decyzji)
- szpitalom, a także przedsiębiorcom świadczącym usługi w zakresie mieszkalnictwa społecznego,
- podmiotom realizującym połączenia lotnicze i morskie z wyspami, jeśli ich roczny ruch z dwóch lat obrachunkowych poprzedzających rok, w którym zostało powierzone im świadczenie takich usług nie przekroczył 300 tysięcy pasażerów, portom lotniczym i wodnym, jeśli roczny ich ruch z dwóch lat obrachunkowych poprzedzających rok, w którym zostało powierzone im świadczenie takich usług nie przekroczył 1 mln pasażerów (dla lotniczych) lub 300 tys. (dla wodnych).

Na temat konieczności zapewnienia bezpieczeństwa prawnego w dziedzinie rekompensat za świadczenie usług publicznych przedsiębiorstwom, którym powierzono wykonywanie usług w ogólnym interesie gospodarczym wypowiadał się również Europejski Komitet Ekonomiczno – Społeczny. Zdaniem Komitetu istnieje potrzeba doprecyzowania metod obliczania kosztów (przejrzystość, parametry) oraz rodzaju zobowiązań z tytułu wykonywania usług publicznych, za które przyznawana jest rekompensata. Jest to konieczne mimo dodatkowych kryteriów prawnych wykonywania usług publicznych, określonych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, np. w wyroku dotyczącym sprawy Altmark Trans GmbH. Komitet wyraził przy tym opinię, że co do zasady pomoc publiczna we względnie niewielkiej



wysokości udzielana przedsiębiorstwom za świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym jest zgodna z zasadami wspólnego rynku. Nie ulega również wątpliwości, że należy uznać zawsze za dopuszczalne regularne rekompensaty za usługi publiczne w ogólnym interesie gospodarczym, o ile odpowiadają one poniesionym kosztom, lecz ich nie przekraczają, przy czym obdarowane przedsiębiorstwo musi prowadzić odrębną księgowość. Wszystko powyższe podlega późniejszej kontroli Komisji i Trybunału Sprawiedliwości.

Pojęcie *usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym* mimo, że występuje w art. 86 ust. 2 traktatu nie jest w prawie wspólnotowym zdefiniowane. Państwa członkowskie w ramach tzw. „swobody definiowania” korzystają z szeroko zakreślonego uznania co do tego, które rodzaje działalności zaliczyć należy do usług, o których mowa w art. 86 ust. 2 TWE. Nie oznacza to jednak pełnej dowolności po ich stronie. Działania państw członkowskich w tym zakresie podlegają bowiem kontroli ze strony Komisji Europejskiej, a przede wszystkim ze strony sądów wspólnotowych. Zgodnie z poglądem Komisji Europejskiej wyrażonym w punkcie 22 komunikatu Komisji z 20 września 2000 r. w sprawie usług użyteczności publicznej (Communication from the Commission – *Services of general interest in Europe*), COM (2000) 580 final, Dz. Urz. WE 2001 C 17/4, iż ingerencja instytucji wspólnotowych w sprawach uznania danej działalności za usługę w ogólnym interesie gospodarczym jest uzasadniona jedynie w przypadku zaistnienia oczywistego błędu (*manifest error*) po stronie państwa członkowskiego.⁴⁰

Codzienną praktyką jest natomiast sprawowana przez Komisję kontrola w zakresie prawidłowości przyznawania pomocy publicznej, a więc również kształtowania poziomu rekompensat (i ich dopuszczalności) za świadczenie

⁴⁰ Sławomir Dudzik, Wspólnotowa regulacja dotycząca pomocy Państwa dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym, w: Ochrona Konkurencji i Konsumentów w Polsce, studium prawno ekonomiczne pod red. Cezarego Balasińskiego, Warszawa 2005



omawianych usług. Kontrola w sprawach nie objętych wyłączeniem (o charakterze wyłączenia grupowego) polega m.in. na wydawaniu decyzji w zakresie uznania działań Państwa członkowskiego za zgodne z zasadami udzielania pomocy publicznej.

Rozporządzenie Rady (WE) NR 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE *Dz.U. L 83 z 27.3.1999, str. 1–9*, wskazuje, że z zastrzeżeniem odrębnych przepisów stanowiących o obowiązku notyfikowania pomocy, Państwo Członkowskie zgłasza Komisji w odpowiednim czasie wszelkie plany przyznania nowej pomocy. Oznacza to, że nawet brak szczególnych przepisów odnoszących się do określonych rodzajów pomocy lub obszarów życia nie zwalnia z notyfikacji pomocy, na podstawie generalnej normy zawartej w art. 2 cyt. rozporządzenia, jeśli uprzednio nie zostały ustalone zasady zwolnienia grupowego. Przypomina o tym Komunikat Komisji - COM (2006) 177 wersja ostateczna z 26 kwietnia 2006 r. na temat realizacji wspólnotowego programu lizbońskiego *Usługi socjalne użyteczności publicznej w Unii Europejskiej*, w którym Komisja stwierdza:

„Władza publiczna może zadecydować o wypłaceniu na rzecz podmiotu zewnętrznego rekompensaty za pełnienie społecznej misji użyteczności publicznej. Ta rekompensata finansowa ma służyć wynagrodzeniu wszelkich kosztów poniesionych w trakcie pełnienia tej misji, które nie byłyby ponoszone przez dane przedsiębiorstwo działające na warunkach rynkowych. Zgodnie z wyrokiem Trybunału⁴¹, Komisja uchwaliła decyzję⁴² dotyczącą pomocy państwa, która już znacznie uprościła wymagania w dziedzinie rekompensaty finansowej otrzymywanej przez dostarczycieli usług, zapewniając konieczną pewność prawną. Decyzja ta ustaliła takie progi i kryteria, by rekompensaty wypłacane w przypadku ogromnej większości usług socjalnych były automatycznie uznawane za zgodne z

⁴¹ Wyrok z dnia 24.7.2003 r. w sprawie C-280/00 (Altmark Trans GmbH).

⁴² Decyzja z 28 listopada OJ L 2005.312.67 str. 67-73.



regułami konkurencji, a tym samym zwolnione z obowiązku uprzedniego zawiadamiania.”

Przykładem decyzji Komisji odnoszącej się do zgłaszanej pomocy, nie objętej odstępstwem grupowym jest podjęta 20 kwietnia 2005 decyzja Nr 355/2004w sprawie pomocy publicznej w przedsięwzięciu typu PPP:

Władze belgijskie powiadomiły Komisję Europejską o zamiarze stworzenia partnerstwa publiczno-prywatnego w celu budowy tunelu w Krijgsbaan w Deurne, rozwoju terenów przemysłowych i modernizacji lotniska w Antwerpii. W tym celu powołane miało zostać przedsiębiorstwo (zwane dalej EC), którego założycielami miały być: region flamandzki, partnerzy regionalni, tj. dwa podmioty publiczne (l'Autorité portuaire municipale d'Anvers et la GOM Antwerpen (spółka rozwoju regionalnego Antwerpii) i jeden prywatny (Haut Conseil du Diamant) oraz jeszcze jeden podmiot sektora prywatnego. Podmiot ten miał zostać wybrany w drodze przetargu nieograniczonego przy zastosowaniu procedur zamówień publicznych.

Zadania jakie postawiono przed powołanym podmiotem (EC) były następujące: budowa tunelu i stref bezpieczeństwa na krańcach pasów startowych oraz rozwój terenów przemysłowych. W zamian, EC uzyskać miała prawo zarządzania lotniskiem przez okres co najmniej 20-30 lat oraz dzierżawę terenów przemysłowych. Z upływem terminu dzierżawy, teren, infrastruktura i powstałe na tym terenie obiekty przejść miały na własność regionu flamandzkiego bez dodatkowych opłat. Wkład finansowy partnerstwa kształtował się na poziomie ok. 21 milionów euro.

Komisja Europejska stanęła na stanowisku, iż w niniejszej sprawie mamy co prawda do czynienia z udzieleniem pomocy publicznej, lecz pomocy dozwolonej w świetle art. 87 ust.3 lit c TWE. Za tym, iż jest to pomoc publiczna zdaniem Komisji przemawiały następujące fakty: środki na finansowanie inwestycji miały przekazane być przez region flamandzki/flandryjski oraz dwa podmioty publiczne (AP Anvers i GOM



Antwerpen), a zatem uruchomione zostały środki publiczne. Po drugie, ocena przedsięwzięcia wskazywała, iż główną korzyść z niego miał odnieść port lotniczy, a tylko w nieznacznym stopniu cała inwestycja miała przełożyć się na interesy Wspólnoty. Tym samym, beneficjentem tej pomocy było jedno z przedsiębiorstw funkcjonujących na rynku, a mianowicie podmiot zarządzający portem lotniczym. Po trzecie, przyznanie środków publicznych jednemu z podmiotów działających na rynku, na którym istnieje konkurencja, zawsze niesie ze sobą zakłócenie wymiany handlowej między państwami członkowskimi, a tym samym naruszenie konkurencji. Jednocześnie Komisja stwierdziła, iż zachodzą okoliczności pozwalające uznać tę pomoc za dopuszczalną w świetle art. 87 ust. 3 lit.c TWE. Zgodnie z przywołaną regulacją, za dozwoloną można uznać pomoc przeznaczoną na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem. Komisja stwierdziła, iż podniesienie znaczenia lokalnych lotnisk leży w interesie Wspólnoty, spowoduje bowiem zmniejszenie obciążenia dużych lotnisk, i pozwoli na lepsze wykorzystanie istniejącej infrastruktury, której utrzymanie jest bardzo kosztowne. Ponadto, zdaniem Komisji, małe lokalne lotniska, które obsługują rocznie nie więcej niż milion pasażerów, nie stanowią realnego zagrożenia dla wymiany handlowej i konkurencji wewnątrzwspólnotowej. Mając na uwadze, iż natężenie ruchu pasażerskiego na lotnisku w Antwerpii nie przekracza wspomnianej liczby, Komisja postawiła tezę, iż pomoc publiczna przyznana EC w celu zarządzania lotniskiem nie zmieni warunków wymiany handlowej. Komisja zbadała ponadto, iż przyznana pomoc spełnia wymogi proporcjonalności i minimalności. Wysokość przyznanych środków sprawiła, że inwestycją zainteresowały się podmioty prywatne, a jednocześnie nie była na tyle znacząca by pokryć przewidywane koszty przedsięwzięcia. Zakładała zatem dość duże zaangażowanie ze strony podmiotu, któremu powierzone zostanie zarządzanie lotniskiem i na niego przerzucała ryzyko inwestycji,



bowiem mógł on się jedynie zaspokoić z zysków, jakie zostaną wygenerowane przez port lotniczy i tereny przemysłowe w czasie ich eksploatacji. Komisja uznała, iż strona belgijska wykazała w sposób wystarczający, iż jej zamierzeniem jest poprawa rentowności lotniska w Antwerpii (przynoszącego straty), co leży w interesie całej Wspólnoty, bowiem zwiększenie znaczenia lotnisk lokalnych jest integralną częścią wspólnotowej polityki transportowej. Powyższe, jak i wcześniej zarysowana sytuacja lotniska w Antwerpii (niewielki ruch pasażerski, a tym samym znikomy wpływ na konkurencję), świadczą, iż przyznane środki pozostają w zgodzie z zasadą proporcjonalności i minimalności.

Komisja Europejska w cyklicznie publikowanych zestawieniach przypadków, w których nie zgłosiła zastrzeżeń do prawidłowości działań władz publicznych w kontekście udzielania pomocy informuje między innymi o przypadkach partnerstwa publiczno – prywatnego, które były zgłaszane przez władze publiczne krajów członkowskich jak działania pomocowe. Takie decyzje zawarte są np. w Official Journal C 186 , 06/08/2003 P. 0018 – 0020 w odniesieniu do PPP dotyczącego wsparcia Agencji wyodrębnionej z Ministerstwa Obrony Wielkiej Brytanii w poszukiwaniu źródeł finansowania i sposobów działalności na rynku komercyjnym. Kolejna decyzja opublikowana w Official Journal C 024 , 26/01/2002 P. 0002 – 0003 dotyczyła projektu partnerstwa zawiązanego pomiędzy władzami publicznymi Belgii oraz partnerem prywatnym w celu zapewnienia funkcjonowania urzędów do załadunku i wyładunku w żegludze śródlądowej.

Partnerstwo publiczno – prywatne polegające na świadczeniu usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejowego i drogowego (podobnie jak świadczenie tych usług w innych formach) oraz konsekwencje świadczenia takich usług przez podmioty prywatne w kontekście pomocy publicznej zostaną zapewne uregulowane w



rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady.

Komisja Europejska w Dz.U. C 49 z 28.2.2006, opublikowała listę wniosków legislacyjnych, wśród których znajduje się zapowiedź wprowadzenia rozporządzenia *Rady i Parlamentu Europejskiego dotyczącego usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejowego i drogowego (COM 2005/319 końcowy)*⁴³. W uzasadnieniu dla potrzeby regulacji wskazano, że usługi transportu publicznego już od lat 60-tych XX wieku stanowią problem, a konieczność ustanowienia szczegółowych wspólnotowych metod obliczania rekompensat stała się konieczna, aby uniknąć ścisłego stosowania procedur dotyczących pomocy państwa. Z powodu braku takich przepisów Komisja Europejska musiałaby zbadać każdy z mechanizmów kompensacyjnych łącznie ze znacznym utrudnieniem procedur oraz ryzykiem zastoju systemu, z jakim to by się wiązało.

Komisja wskazała przy tym, że już w 1969 r. przyjęto rozporządzenie, które stanowi ramy wspólnotowe mające zastosowanie do publicznego transportu lądowego pasażerów. Rozporządzenie to, pozwala Państwom Członkowskim na nałożenie obowiązku świadczenia usług publicznych mających na celu zapewnienie świadczenia usług zgodnie z pewnymi zasadami taryfowymi w zakresie ciągłości, regularności lub możliwości. Państwa są wówczas odpowiedzialne za rekompensowanie kosztów poniesionych przez operatora. Rozporządzenie określa procedury, które należy przeprowadzić przed zapłaceniem rekompensaty oraz ustala szczegółowe metody obliczeniowe zapewniające, że jej kwota jest właściwa. Takie rekompensaty nie podlegają obowiązkowi wcześniejszego informowania i uzyskiwania pozwoleń. Rozporządzenie jest jednak

⁴³ 12 grudnia 2006 roku ukazał się Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego zgodnie z art. 251 ust 2 akapit drugi Traktatu WE dotyczący wspólnego stanowiska przyjętego przez Radę w celu uchwalenia rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejowego i lądowego (COM 2006/805 wersja ostateczna)



niedostosowane do potrzeb rynku i nie w pełni przystaje do zasad przejrzystości i niedyskryminacji. Nie określa również zasad przyznawania kontraktów na usługi publiczne. Dlatego stało się źródłem niepewności prawnej i wymaga istotnych zmian i ustanowienia systemu konkurencji, który zwiększyłby efektywność i atrakcyjność usług dla pasażerów. Zdaniem Komisji funkcjonowanie usług transportu publicznego winno opierać się na:

- uzgodnieniach kontraktowych pomiędzy właściwymi władzami i operatorem lub operatorami zobowiązanym(-i) do świadczenia usług podczas przyznawania rekompensat finansowych lub praw wyłącznych;
- konieczności przeprowadzania okresowego przeglądu warunków kontraktu a zatem ograniczanie okresu jego obowiązywania,
- Zasadą wyboru przedsiębiorcy świadczącego takie usługi winien być przetarg na świadczenie usług publicznych, z wyjątkiem przypadków, w których możliwe jest bezpośrednie przyznanie kontraktów (np. pod pewnymi warunkami w przypadku kolei, metra lub poniżej pewnego progu finansowego).

Jednocześnie zdaniem Komisji kwestia ram prawnych dotyczących zasad rekompensowania zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych nie ogranicza się do transportu. Pojawia się ona w wielu innych sektorach i dlatego zaproponowane wyżej zasady winny być postrzegane jako mające charakter znacznie bardziej uniwersalny przy świadczeniu usług użyteczności publicznej, w tym usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym tj takich, które Państwa Członkowskie lub Wspólnota podporządkowują szczególnym zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych zgodnie z kryterium interesu gospodarczego.

Różne sektory, w których dochodzi do świadczenia usług użyteczności publicznej są dotychczas poddawane zupełnie różnym regulacjom w zakresie wyboru partnerów prywatnych oraz innym zasadom



dopuszczalności wypłaty rekompensat. Dla przykładu w transporcie lotniczym lub morskim prawodawstwo Wspólnoty wymaga przeprowadzenia procedury przetargowej na kontrakty na usługi publiczne. W transporcie lądowym ograniczono się do zastosowania ścisłych metod obliczenia kwoty rekompensat z tytułu świadczenia usług publicznych na mocy art. 73 Traktatu nie mówiąc w jaki sposób mają być przyznawane kontrakty na usługi publiczne ani zwłaszcza czy powinny one być przedmiotem przetargu.

Zasada niedyskryminacji przedsiębiorców ze względu na kraj pochodzenia, oraz postępująca globalizacja rynku usług powoduje że Unia Europejska, która dotychczas nie zajmowała się sposobem przyznawania kontraktów tam gdzie brak było konkurencji ponadnarodowej obecnie czuje się zobowiązana do zajęcia stanowiska. Zdaniem Komisji zachodzi konieczność przyjęcia przepisów, których celem będzie zarówno uregulowanie konkurencji, w tym również w skali regionalnej i lokalnej, zapewnienie przejrzystości w sposobie przyznawania i warunkach wykonania kontraktów na usługi publiczne, jak i usunięcie podejrzeń, że rekompensaty przyznane z pominięciem procedury przetargowej stanowią pomoc państwa.

Komisja w trakcie wymiany poglądów z Parlamentem Europejskim zaproponowała więc wprowadzenie do rynku usług publicznych stosunków umownych pomiędzy władzami i operatorem oraz wprowadzenia procedury przetargowej w odniesieniu do kontraktów na usługi publiczne, w celu uzyskania przejrzystości i uniknięcia dyskryminacji podczas ich przyznawania. Wniosek ten przewidywał początkowo kilka wyjątkowych sytuacji, w których władza publiczna po spełnieniu pewnych warunków mogła podjąć decyzję o bezpośrednim przyznaniu kontraktów na usługi publiczne, bez procedury przetargowej:

- w przypadku kolei, z powodów bezpieczeństwa;



- w przypadku metra lub kolei podmiejskiej, z powodu kosztów lub bezpieczeństwa;
- w przypadku połączonych usług, to znaczy dotyczących kilku rodzajów transportu, np. usługi metra i autobusowe, z powodu kosztów lub bezpieczeństwa;
- których wartość roczna wynosiła mniej niż 3 miliony euro

We wspólnym stanowisku Rady i Parlamentu (Com. 2006/805) rozszerzono możliwość bezpośredniego przyznawania kontraktów kolejowych na ogół usług transportu kolejowego, za wyjątkiem metra i tramwajów, wprowadzając jednocześnie ograniczenie czasu trwania tych kontraktów do 10 lat.

Uwzględniono również specyficzne traktowanie małych i średnich przedsiębiorstw określając progi mające zastosowanie jedynie do MŚP, co pozwala na bezpośrednie przyznawanie tym przedsiębiorstwom kontraktów na usługi publiczne, o wartości rocznej nie przekraczającej 1,7 miliona euro lub obejmujących maksymalnie 500 000 km rocznie na korzyść spółek eksploatujących nie więcej niż 20 pojazdów. Potwierdzono zasadę swobodnego wyboru władz lokalnych w zakresie organizacji przetargu lub powierzenia operatorowi wewnętrznemu usług transportu autobusowego, tramwajowego i metra.

Władzom publicznym pozostawiono wybór pomiędzy przyznaniem kontraktów na usługi publiczne w drodze przetargu oraz świadczeniem usług transportu publicznego bezpośrednio przez nią samą lub za pośrednictwem własnego przedsiębiorstwa, pod warunkiem jednakże nie uczestniczenia w przetargach na przyznanie innych kontraktów na usługi publiczne. Jednocześnie uelastyczniono kryterium odnoszące się do posiadania w spółce kapitału przez właściwą władzę. W konsekwencji, niektóre spółki o kapitale mieszanym (w przypadku Polski mogą to być np. spółki utworzone w związku z przepisami ustawy o PPP) mogą zostać



uznane za operatorów wewnętrznych i skorzystać w ten sposób z możliwości bezpośredniego przyznania kontraktów na publiczne usługi transportowe. Stanowisko Rady i Parlamentu wskazuje bowiem, że w celu stwierdzenia, czy właściwy organ lokalny sprawuje nad przedsiębiorstwem kontrolę, bierze się pod uwagę takie elementy, jak stopień reprezentowania w organach administrujących, zarządzających lub nadzorczych, stosowne postanowienia w statutach, struktura własnościowa, wpływ na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania oraz sprawowanie nad nimi skutecznej kontroli. Zgodnie z prawem wspólnotowym posiadanie przez właściwy organ publiczny pełnej własności, w szczególności w przypadku partnerstw publiczno-prywatnych, nie jest niezbędnym wymogiem sprawowania kontroli, o ile istnieje przewaga wpływu publicznego i że sprawowanie kontroli można stwierdzić na podstawie innych kryteriów.

Należy jednak pamiętać, że projekt rozporządzenia narzuca, aby w każdym przypadku działania wewnętrznego operatora były ograniczone ścisłym geograficznym podziałem uprawnień.

Jednocześnie projekt ustala metody postępowania w przypadku odstępstwa od reguły przetargu przy wyłanianiu wykonawców (brak nadmiernej rekompensaty i wzajemnego subsydiowania, rozdzielenie rachunków, koszty rzeczywiste, promowanie jakości i efektywności).

Przyjęto również, że rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych mogą okazać się konieczne, aby przedsiębiorstwa odpowiedzialne za usługi publiczne działały w oparciu o zasady i na warunkach pozwalających na realizację ich zadań. Mogą więc być zgodne z Traktatem, jednakże aby tą zgodność zapewnić mogą być przyznawane wyłącznie w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej w rozumieniu Traktatu. Ponadto w celu uniknięcia nieuzasadnionego zakłócenia konkurencji, nie mogą przekroczyć poziomu koniecznego do pokrycia



kosztów netto realizacji zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych przy uwzględnieniu odpowiednich dochodów, jak również rozsądnego zysku.

W projekcie rozporządzenia przyjęto w związku z tym, że:

1. Rekompensata nie może przekroczyć kwoty równej wynikowi finansowemu netto, który równy jest sumie wyników – pozytywnych lub negatywnych – dotyczących zgodności ze zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych w odniesieniu do kosztów i dochodów operatora. Wyniki te oblicza się porównując sytuację, w której zobowiązanie z tytułu świadczenia usług publicznych jest wypełnione, z sytuacją, która powstałaby na skutek niewypełnienia zobowiązania oraz gdyby omawiane usługi objęte zobowiązaniem były świadczone zgodnie z warunkami rynku.
2. Obliczenie wyniku finansowego uwzględnia wpływ, jaki ma przestrzeganie zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych na zapotrzebowanie na usługi transportowe na całej sieci.
3. Obliczenie kosztów i dochodów musi odbywać się zgodnie z obowiązującymi zasadami rachunkowości.
4. W celu zwiększenia przejrzystości oraz uniknięcia wzajemnego subsydiowania w przypadku gdy operator świadczy jednocześnie usługi rekompensowane podlegające zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług transportu publicznego i innych działań, rachunki związane ze wspomnianymi usługami publicznymi muszą zostać odpowiednio rozdzielone i spełniać przynajmniej następujące warunki:
 - konta odpowiadające każdej wykonywanej działalności są odrębne i część odpowiednich środków trwałych oraz kosztów stałych dzieli się zgodnie z obowiązującymi zasadami rachunkowości,
 - koszty związane z inną działalnością operatora pokrywają wszystkie koszty zmienne, odpowiedni wkład w koszty stałe i rozsądny zysk. W żadnym wypadku koszty te nie mogą być naliczane za omawiane



usługi publiczne,

- koszty usług publicznych są wyrównywane przez dochody z działalności oraz wpłaty władz publicznych, bez możliwości przeniesienia dochodów na inny sektor działalności operatora.

5. Przez rozsądny zysk należy rozumieć stopę zwrotu kapitału zwykłego dla sektora, który musi wziąć pod uwagę ryzyko lub jego brak ponoszone przez operatora z powodu działania interwencyjnego władzy publicznej.

6. Metoda rekompensowania musi wspierać utrzymanie lub rozwój:

- skutecznego zarządzania przez operatora, które mogłoby być obiektywnie ocenione oraz
- świadczenia usług na odpowiednim poziomie jakości.



Analiza wybranych przykładów oraz doświadczeń państw członkowskich.

Praktyczne doświadczenia Państw Unii Europejskiej w zakresie występowania pomocy publicznej w przedsięwzięciach typu PPP wskazują, że podejście zarówno władz krajowych jak i Komisji Europejskiej do PPP i badania pomocy publicznej w przedsięwzięciach tego typu cały czas ewoluuje. W szczególności zmienia się pogląd Komisji dotyczący łączenia PPP z wsparciem ze środków z Funduszy Strukturalnych oraz dopuszczalności pomocy w ramach programów wsparcia. Brak jednoznacznych regulacji prawnych w tym zakresie był jedną z przyczyn rozdzielenia budowy linii Perpignan – Figueras na dwa odrębne zadania (PPP i współfinansowane ze środków UE). Z kolei budowa parku rozrywki we Francji, pomyślana jako zadanie publiczne i świadczenie usług ogólnego interesu gospodarczego, dopuszczające rekompensaty lecz zakładające brak pomocy publicznej, zostało w tym zakresie przez Komisję zanegowane. Nie przekreśliło to jednak realizacji przedsięwzięcia, gdyż w tym przypadku zgodność z regułami udzielania pomocy regionalnej przesądziła, że współpraca podmiotów prywatnego i publicznego okazała się możliwa.

Poniższe przykłady pokazują zarówno typowe, jak i precedensowe rozstrzygnięcia i zachowania przy realizacji zadań w systemie PPP i ich związki z pomocą publiczną.



Linia kolejowa Perpignan – Figueras (Francja i Hiszpania).

Całe przedsięwzięcie polegało na budowie i utrzymaniu pięćdziesięciokilometrowego odcinka linii kolejowej w celu połączenia systemów kolejowych hiszpańskiego i europejskiego. Koszt inwestycji wynosił około 1 mld euro, z czego około 55% pochodziło ze środków publicznych, w tym środków UE, nieco ponad 100 mln euro to wkład własny partnera prywatnego, zaś pozostałe 350 mln to kredyty i pożyczki bankowe zaciągnięte przez partnera prywatnego. Przedmiotem partnerstwa była jednak tylko część przedsięwzięcia nie współfinansowana przez UE.

Partner prywatny wyłoniony w drodze publicznego przetargu, w umowie o realizację przedsięwzięcia został zobowiązany do zaprojektowania oraz wybudowania linii, w zamian otrzymując prawo do eksploatacji i czerpania pożytków z inwestycji przez 50 lat. Dodatkowo umowa wskazywała, że strona publiczna zapewni w ramach projektu wszelkie wsparcie dotyczące kwestii formalnoprawnych związanych z inwestycją oraz zapewni przekazanie środków finansowych w ustalonej wielkości (55%) w trakcie budowy linii kolejowej w ustalonych terminach. Partner prywatny ponosił odpowiedzialność za montaż finansowy i prawidłowość wykonawstwa inwestycji. Po wygaśnięciu koncesji (po 50 latach) obiekt będący przedmiotem PPP stanie się własnością podmiotu publicznego.

Umowa koncesyjna ograniczała swobodę partnera prywatnego w kształtowaniu poziomu opłat za korzystanie z infrastruktury. W umowie określono maksymalny poziom taryf. W ten sposób większość ryzyka związanego z eksploatacją przeniesiono na stronę prywatną. Wsparcie ze środków publicznych w trakcie realizacji inwestycji, oraz gwarancje rządowe na okres eksploatacji nie powodują, że niepowodzenia w przypadku funkcjonowania projektu obarczają przede wszystkim partnera



prywatnego. W połączeniu z transparentną i konkurencyjną procedurą wyboru partnera prywatnego (przetarg) pozwala to uznawać, że realizacja przedsięwzięcia nie wiąże się z udzieleniem pomocy publicznej. Wskazuje na to również konstrukcja, która przekazanie środków publicznych na realizację inwestycji wiąże z prawem sektora publicznego do ingerowania w wysokości opłat nakładane na użytkowników obiektu przez partnera prywatnego. Kwoty te rekompensując się wzajemnie niwelują ewentualne uprzywilejowanie przedsiębiorcy.



Oczyszczalnia ścieków dla regionu miasta Dublin, Irlandia.

Współpraca sektora publicznego z prywatnym w sektorze wodno – kanalizacyjnym oparta jest z reguły na jednym z trzech modeli:

- *kontraktacji usług*, gdzie sektor publiczny zleca na stosunkowo niedługi okres realizację usług remontów utrzymania, poboru opłat, codziennego kierowania siecią, ale pozostawia w zakresie własnych obowiązków istotne koszty eksploatacyjne i pełną decyzyjność odnośnie rozwoju sieci,
- *umów operatorskich*, tj. umów obejmujących eksploatację i zarządzanie siecią często połączone z umową dzierżawy sieci na okresy 10 – 30 letnie, gdzie partner prywatny zajmuje się wszystkimi aspektami bieżącego zarządzania siecią i jej codziennej eksploatacji, niekiedy odpowiadając również za pobór opłat. Podmiot publiczny odpowiada za realizację rozwoju sieci, w tym finansowanie wszelkich inwestycji przekraczających codzienny zarząd,
- *umowy koncesji* (stosując nomenklaturę PPP będzie to najczęściej umowa typu BOT lub DBFO). W tym modelu projektowanie (jeśli jest to sieć nowotworzona), budowa, finansowanie oraz eksploatacja i zarządzanie są odpowiedzialnością strony prywatnej. Podmiot publiczny ogranicza się do nadzoru nad prawidłowym zaspokajaniem potrzeb publicznych, czasami pobierając również opłaty, a następnie wynagradzając partnera prywatnego za jego świadczenia.

Powyższe modele wskazują, że pojęcie Partnerstwa publiczno - prywatnego jeszcze nie wyjaśnia z jakimi regułami współpracy mamy do czynienia. W różnych krajach członkowskich UE znaczy ono z resztą często co innego odnosząc się do bardzo zróżnicowanych stanów prawnych i faktycznych. Tym co je łączy jest wyłącznie zaangażowanie podmiotów prywatnych w realizację przedsięwzięć służących ogółowi. O ile w polskim



systemie prawnym zdecydowana większość zadań polegających na zaspokajaniu niekomercyjnych potrzeb o charakterze powszechnym jest zadaniem sektora publicznego to np. w systemach anglosaskich nie jest to już tak oczywiste.

Przykład budowy i eksploatacji oczyszczalni ścieków w Dublinie, w prawie polskim byłby raczej uznany za udzielenie zamówienia publicznego na długotrwałe wykonywanie zadania publicznego przez podmiot prywatny za wynagrodzeniem ze środków publicznych. Nie mieści się też w żadnym z podręcznikowych modeli PPP lokując się pomiędzy umową operatorską, a umową koncesji. Wykonawca wznoszący oczyszczalnię nie angażował w jej budowę środków własnych, nie ponosił też ryzyka niepowodzenia na etapie budowy. Przedsięwzięcie sfinansowano bowiem ze środków zmawiającego oraz Funduszu Spójności. Umowa została zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a termin jego wykonywania został ustalony na 20 lat. Zamówienie obejmuje wybudowanie oraz eksploatację oczyszczalni, ale wykonawca otrzymuje zapłatę za eksploatację oczyszczalni. ze środków publicznych. Władze miasta ustalają taryfy oraz pobierają opłaty wyłącznie od użytkowników, Inwestycja jest cały czas własnością publiczną, a partner prywatny za otrzymywane ustalone w umowie wynagrodzenie jest obowiązany do utrzymywania (eksploatacji) oczyszczalni i pokrywania jej kosztów operacyjnych. Nadwyżka stanowi jego zysk. Jest to jednak umowa o charakterze handlowym, która nie ma w żadnym wypadku cech pomocy publicznej. W zasadzie trudno w niej mówić nawet o rekompensacie za wykonywanie usług ogólnego interesu gospodarczego, gdyż jej finansową istotą jest przede wszystkim wynagrodzenie oparte na rachunku ekonomicznym.



Infrastruktura penitencyjna - więzienie w Liverpool.

Po publicznym przetargu, kontrakt na zaprojektowanie, budowę, zarządzanie i finansowanie więzienia w Liverpool zawarto na okres 25 lat. Po upływie tego okresu więzienie zostanie przekazane na własność rządu. Partner prywatny w całości sfinansował, zaprojektował i zbudował obiekt oraz przez czas obowiązywania umowy odpowiada za zarządzanie obiektem, nadzorowanie więźniów ich wyżywienie, edukację i usługi medyczne na miejscu.

Zarówno proces inwestycyjny jak i zarządzanie obiektem oraz świadczenie usług penitencyjnych jest jednak objęte nadzorem ze strony sektora publicznego. Strona prywatna musi zapewnić zgodność ze standardami dotyczącymi kontroli, zdrowia i ogólnego samopoczucia więźniów. Taki rodzaj PPP, gdzie sektor publiczny nie angażuje własnych środków we wspólne przedsięwzięcie raczej nie będzie zawierał elementów pomocy publicznej. Nie wyklucza to jednak wystąpienia pomocy (w formie dotacji lub innych instrumentów przynoszących korzyści finansowe), po ewentualnym zawarciu umowy i wspieraniu wybranego wykonawcy przy jej realizacji w sposób nie przewidziany w warunkach przeprowadzanego przetargu.



Metro w Londynie.

Realizacja londyńskiego metra to przypadek o charakterze precedensu. Po wyborze partnera prywatnego zmieniły się bowiem w stosunku do zakładanych warunki realizacji projektu. Zakładano bowiem, że współpraca sektora publicznego i prywatnego dotyczące metra londyńskiego zostanie ukształtowana w taki sposób że operatorem (zarządzającym) metrem będzie podmiot publiczny, a do jego obowiązków będą należeć między innymi:

- podstawowe usługi dla pasażerów w tym zarządzanie ruchem pociągów,
- pobieranie opłat za bilety i inne usługi (reklamy parkingi itp.),
- zarządzanie siecią,
- zapewnienie bezpieczeństwa.

Podmioty prywatne (niektóre z nich zostały sprywatyzowane) zapewniają utrzymanie infrastruktury i jej modernizację (w tym unowocześnienie systemu poboru opłat, odnawianie stacji itp.). W tym celu infrastruktura zostanie oddana podmiotom prywatnym w dzierżawę.

Tak ukształtowany zakres odpowiedzialności był przesłanką ukształtowania ryzyk. Przyjęto, że ryzyko przychodów poniesie podmiot publiczny. Jednakże ryzyko zmiany kosztów realizacji przedsięwzięcia biorą na siebie podmioty prywatne, zabezpieczone jedynie mechanizmem indeksacji. Ponieważ w trakcie realizacji projektu nastąpiły zmiany wynikające z nowych nieprzewidywalnych okoliczności takich jak zamachy 11 września, ale również np. zwiększenie wymagań co do poziomu usług w metrze. W związku z tym zmniejszył się zakres przedmiotowy projektu oraz wzrosły ceny usług. Podmiot publiczny był zmuszony do wprowadzenia zmian w uprzednio zawartej umowie. Rząd brytyjski notyfikował ten przypadek Komisji Europejskiej szukając potwierdzenia, że działania związane z



funkcjonowaniem partnerstwa nie narusza reguł wspólnego rynku. Przypadek ten, pod kątem ewentualnego wystąpienia pomocy publicznej został przeanalizowany przez Komisję Europejską, która skupiła się na następujących kwestiach:

- czy zmiany w warunkach realizacji projektu poprzedziła konkurencyjna procedura przetargowa;
- ile na zmianie zyskał partner prywatny (ekonomiczna wycena zmian);
- jaki jest wynik oceny proporcjonalności i odpowiedniości postanowień umowy.

Rezultatem była decyzja z 2 października 2002 r N 264 / 2002, w której Komisja stwierdziła spełnienie warunków konkurencyjnej procedury przetargowej i określiła, iż transfer „wartości” na rzecz partnera prywatnego w przeciwstawieniu do praw nadzorczych i realizacyjnych podmiotu publicznego w ramach umowy był rozsądny. Zapewniał też zachowanie zasady proporcjonalności działań władz publicznych do potrzeb niezbędnych do zrealizowania przedsięwzięcia. Nie stwierdzono rekompensat ponad miarę. Tym samym nie nastąpił przypadek udzielenia pomocy publicznej w ramach przedsięwzięcia. Świadczenia publiczne zostały natomiast uznane za dopuszczalną rekompensatę przekazywaną w zamian za świadczenie usług ogólnego interesu gospodarczego.



Infrastruktura wodno-kanalizacyjna, Sofia⁴⁴

Przedsięwzięcie polega na powierzeniu świadczenia usług publicznych za pomocą istniejących sieci wodno kanalizacyjnych w połączeniu z jej eksploatacją i utrzymaniem. Podmiot publiczny (miasto) postawiło sobie za cel stworzenie systemu wodno-kanalizacyjnego, o podwyższonym poziomie usług, spełniającym standardy Unii Europejskiej. Na podstawie analiz dotyczących korzyści z przedsięwzięcia i zagrożeń (ryzyk) z nim związanych uznano iż optymalnym rozwiązaniem jest wykorzystanie w tym celu doświadczenia i kapitału sektora prywatnego. Podstawowymi argumentami wskazującymi na konieczność zaangażowania podmiotów prywatnych była niska jakość usług, wyeksploatowanie istniejącej infrastruktury, brak środków na inwestycje, przestarzałe metody zarządzania, niski poziomem ściągальności opłat za usługi. Okoliczności faktyczne skutkujące podjęciem decyzji o realizacji przedsięwzięcia w systemie PPP są więc bardzo podobne do występujących w Polsce. Również sposób realizacji przedsięwzięcia jest analogiczny do przewidywanych polskim prawem gdyż realizuje je spółka celowa, której akcjonariuszami stali się partner prywatny – w 75% oraz podmiot publiczny w 25%. Przykład ten może więc być wykorzystywany w podobnych działaniach w Polsce.

Partner prywatny wybierany był w drodze otwartego przetargu, w oparciu o kryterium wynagrodzenia, którym była cena wody dostarczanej użytkownikom, gdyż jedyną formą wynagrodzenia było czerpanie korzyści z realizowanego przedsięwzięcia. Przedsięwzięcie jest współfinansowane ze źródeł europejskich tj ze środków ISPA oraz kredytu Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju, jednakże około 50% środków wnosi partner prywatny. Umowa w sprawie PPP przewiduje zasady ponoszenia kosztów

⁴⁴ Na podstawie informacji zawartych na stronach www.ebrd.com/projects/psd/psd2005/35976.htm, oraz niepublikowanych informacji otrzymanych od spółki



inwestycji oraz ich harmonogram. Mimo iż Bułgaria jest krajem, w którym w trakcie realizacji omawianej inwestycji nie obowiązywały jeszcze unijne reguły dopuszczalności pomocy publicznej wydaje się, że podstawowe zasady wymagane przez prawo Unii Europejskiej zostały spełnione tak, aby działania władz nie były uznane za zakazaną pomoc publiczną tj.:

- partner prywatny został wyłoniony w drodze otwartego przetargu,
- kryteria wyboru były przejrzyste i nie dyskryminacyjne oraz znane na etapie ogłaszania procedury wyboru i nie zmieniane w jej trakcie,
- zasady długotrwałej współpracy zostały określone przed zawarciem umowy.

Realizacja zadania przebiegająca w sposób niezakłócony w sferze inwestycyjnej napotyka jednak stałe trudności w warstwie finansowej. Stały wzrost kosztów prowadzenia działalności oraz brak możliwości samodzielnego ich pokrycia powoduje, że spółka – wykonawca, co kilkanaście miesięcy staje przed koniecznością przekonania władz publicznych do zmian reguł finansowania przedsięwzięcia. Przynajmniej niektóre z takich zmian będą nosić znamiona udzielania pomocy publicznej i od czasu akcesji Bułgarii do UE będą musiały być przeprowadzane z uwzględnieniem dorobku prawnego Wspólnoty dotyczącego udzielania pomocy. Może to być niestety dość trudne, gdyż jak widać zasady długotrwałej współpracy zostały określone w sposób nieprzystający do rzeczywistości. Może to oznaczać, że w trakcie wyboru partnera prywatnego nie zachowano wystarczająco zasady równego dostępu i transparentności. Wydaje się, że pomocny dla oceny możliwości zmian zasad współpracy między stronami umowy może być przypadek londyńskiego metra i decyzji KE Nr 264 / 2002.



Rozwój infrastruktury wokół dworca kolejowego – Utrecht⁴⁵

Przykładem współpracy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym jest zagospodarowywanie terenów i rozwój infrastruktury publicznej (dróg parkingów, placów itp.) wokół dworca kolejowego w Utrechcie. Dworzec jest położony pośrodku Centrum Handlowego i w okolicy Centrum Konferencyjnego. Wszystkie trzy podmioty (właściciel Centrum Konferencyjnego, Centrum Handlowego, koleje holenderskie) oraz władze miasta były szczególnie zainteresowane poprawą dostępności ich obiektów dla użytkowników. Podjęcie decyzji o realizacji przedsięwzięcia, w tym o zasadach współpracy z podmiotami prywatnymi zostały poprzedzone lokalnym referendum na podstawie którego sporządzono analizę ryzyka społecznego i politycznego, niezbędną z punktu widzenia władz publicznych. Analiza ta uwzględniała również ewentualne występowanie elementów pomocy publicznej dla przedsiębiorców, którzy działają na obszarze objętym rewitalizacją i zaangażowali się we współfinansowanie przedsięwzięcia. Mimo, iż wśród użytkowników obiektów poddanych rewitalizacji były dwa podmioty stricte komercyjne oraz jeden (koleje) wykonujący zadania publiczne, wsparcie władz publicznych dla przedsięwzięcia nie zostało przez podmioty podejmujące się rewitalizacji (miasto Utrecht) zakwalifikowane jako pomoc publiczna. Chociaż miasto zaangażowało w rewitalizację znaczne środki publiczne, które zostały wydatkowane na zadania realizowane razem z prywatnymi podmiotami, to przyjęto iż celem ponoszonych wydatków jest wykonywanie zadań publicznych polegających na zagospodarowaniu wspólnej przestrzeni. Przedsiębiorcom współuczestniczącym (partnerom prywatnym) nie została udzielona pomoc publiczna. Ich udział w przedsięwzięciu został bowiem ukształtowany na tak wysokim poziomie, że w praktyce to podmioty

⁴⁵ Na podstawie Institutional and Strategic Barriers to Public—Private Partnership: An Analysis of Dutch Cases Erik-Hans Klijn, Geert R. Teisman



prywatne ponosiły nieproporcjonalne koszty ułatwień w dostępie do infrastruktury publicznej, a nie korzystały ze wsparcia publicznego w dostępie do swych obiektów. Spowodowało to ich czasowe wycofanie się z przedsięwzięcia. Dopiero korekty w zasadach finansowania działań przywróciły współpracę. Mimo faktu, że zaangażowanie środków publicznych niewątpliwie podniosło dostępność do Centrów - Handlowego oraz Konferencyjnego, to celem władz publicznych było w szczególności zapewnienie dostępności do publicznej infrastruktury transportowej. Analizowany przykład wskazuje, że nie każde działanie podejmowane i finansowane wspólnie przez sektor publiczny i prywatny będzie się wiązać z udzieleniem pomocy publicznej. Nie jest nim wykonywanie przez władze publiczne swych ustawowych zobowiązań, połączone ze wsparciem dla tych zadań przez przedsiębiorców zainteresowanych ich realizacją, nawet wówczas gdy przedsiębiorcy odniosą rynkową korzyść dzięki wykonaniu przez władze publiczne tych zadań.

Utworzenie parku rozrywki Bioscope - Francja

Projekt parku rozrywki Bioscope został zapoczątkowany w roku 1994 przez region Alzacji. Celem było zrealizowanie parku rozrywki o charakterze naukowo – edukacyjno – rozrywkowym. Według władz regionalnych Alzacji park powinien pozwolić odwiedzającym na uczenie się przy zabawie. Dodatkowym celem stworzenia parku, nie stojącym w sprzeczności z celem pierwszym, było rozszerzenie oferty turystycznej Alzacji.

Na mocy przepisów prawa francuskiego przeprowadzenie konkurencyjnego postępowania wyboru partnera prywatnego powierzono podmiotowi częściowo zależnemu od władz publicznych. Jednocześnie władze te zdecydowały, że Państwo sfinansuje samodzielnie zakup terenów i część kosztów inwestycyjnych oraz powierzy budowę parku i jego prowadzenie przez okres 30 lat koncesjonariuszowi, w zamian za opłaty w wysokości zależnej od obrotów. Po wygaśnięciu koncesji majątek wróci do państwa.



W celu wyboru koncesjonariusza w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich opublikowano zaproszenie do składania ofert przez podmioty zainteresowane partnerstwem. W następstwie procedury wyboru, której celem było wyłonienie podmiotu posiadającego niezbędne doświadczenie do wybudowania parku i jego prowadzenia w zadowalający sposób, wybrano spółkę, która wspólnie z władzami publicznymi zrealizuje przedsięwzięcie.

Sposób udziału państwa został określony w szczególności jako przekazanie terenów o łącznej wielkości 50 hektarów na okres 30 lat. Tereny te pozostają własnością państwa i podlegają nieodpłatnemu zwrotowi po wygaśnięciu koncesji. Stanowiące własność Spółki związane z prowadzeniem parku budynki, obiekty i prawa zakupione, zagospodarowane, wybudowane lub zainstalowane przez tę spółkę w czasie obowiązywania koncesji podlegają nieodpłatnemu zwrotowi na rzecz państwa po wygaśnięciu koncesji, pod warunkiem że zostały amortyzowane w całości. W przeciwnym wypadku państwo uzyska je pod warunkiem wypłaty odszkodowania w wysokości odpowiadającej ich pozostałej wartości księgowej. Ponadto przyjęto że:

- spółka opracuje pod kontrolą państwa koncepcję parku rozrywki a następnie zrealizuje ją i prowadzi park przez okres 30 lat,
- wybudowany park stanowi inwestycję, której pierwsza transza wynosi 61,5 miliona euro. Państwo uczestniczy jedynie w inwestycjach pierwszej transzy, z udziałem w wysokości 30,5 miliona euro,
- późniejsze inwestycje związane z odnawianiem parku zostają w całości pokryte przez Spółkę. Ich koncepcja musi zostać zatwierdzona przez państwo, które w szczególności sprawdza ich zgodność z ideą pedagogiczną parku,
- Spółka płaci państwu roczną należność w wysokości 2,5 % rocznych obrotów brutto.



Komisja Europejska swoje zdanie na temat dopuszczalności działań podjętych przez władze francuskie wyraziła w decyzji Decyzja Komisji z dnia 8 września 2004 r. dotycząca działań na rzecz parku rozrywki Bioscope podjętych przez Francję na rzecz przedsiębiorstwa „S.M.V.P – Mise en Valeur du Patrimoine Culturel”(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 2686) (Tekst mający znaczenie dla EOG) Official Journal L 135 , 28/05/2005 P. 0021 – 0033.

Komisja wskazała, że podjęty środek stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu, jeśli przyznaje selektywną w stosunku do konkurencji korzyść jednemu lub kilku przedsiębiorstwom, za pomocą zasobów państwa, w taki sposób, że ma to lub może mieć wpływ na wymianę handlową pomiędzy Państwami Członkowskimi. Komisja zbadała każde z czterech połączonych kryteriów tej definicji stwierdzając że:

- nie ma wątpliwości, że podjęte środki są selektywne, ponieważ dają korzyść jednemu przedsiębiorstwu,
- działania interwencyjne absorbują w sposób jasny zasoby państwa,
- pomoc może mieć wpływ na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi,
- sama interwencja pieniężna państwa nie jest warunkiem wystarczającym, aby wnioskować o zaistnieniu korzyści dla spółki korzystającej z tej interwencji. W omawianej sprawie nie można jednak wykluczyć zaistnienia korzyści dla Spółki, gdyż test inwestora prywatnego nie został wykonany w sposób bezwzględnie wykluczający takie korzyści,
- ogólny cel edukacyjny parku nie konieczne musi pozwalać na uznanie że wszelkie zawarte w nim działania są zadaniem publicznym, a konsekwencji niektóre z nich nie mogą być przedmiotem rekompensat.

Na podstawie powyższy ustaleń komisja doszła do wniosku, że nie można wykluczyć istnienia pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu



na rzecz Spółki. Komisja uznała jednak, że ze względu na postanowienia Traktatu, pomoc ta jest z nim zgodna gdyż została przyznana dla projektu inwestycji zlokalizowanej w strefie mniej uprzywilejowanej w rozumieniu art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu, jej intensywność i data przyznania odpowiada regułom określonym w zasadach pomocy regionalnej,. W związku z powyższym Komisja doszła do wniosku, że pomoc jest zgodna z kryteriami wytycznych regionalnych, a więc zgodna ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu.

Jednocześnie Komisja zastrzegła, że ta pozytywna ocena została oparta na aktualnym stanie projektu parku i koncesji, tak jak zostało to przedstawione Komisji. W przypadku gdyby projekt parku miał zmienić charakter lub jeśli udział państwa miałby się zmienić w sposób zasadniczy, zmiany wprowadzone do projektu muszą zostać zgłoszone Komisji celem ponownego ich przeanalizowania w świetle zapisów wspólnotowych dotyczących pomocy państwa.

Należy wskazać, że podejmując decyzję wskazującą na wystąpienie pomocy publicznej Komisja odstąpiła od badania zgodności procedury przyznania koncesji na realizację i prowadzenie parku z regułami i zasadami prawa wspólnotowego. Wskazując w ten sposób, że prawidłowość procedury przetargowej ma szczególne znaczenie, gdy świadczenie państwa stanowi rekompensatę. W przypadku udzielenia dozwolonej pomocy publicznej jest to mniej istotne.



Propagowanie literatury i języka francuskiego – wsparcie publiczne Spółdzielni Eksportowej Książki Francuskiej.

Opisany przypadek nie stanowił przedsięwzięcia realizowanego w ramach PPP. Jednak ze względu na to, iż stanowi zadanie publiczne, a więc mieści się w sferze działań (zaspokajanie potrzeb z dziedziny kultury) właściwej dla PPP, a także ze względu na montaż finansowy środków przy jego wykonywaniu i konieczność wsparcia publicznego dla zrealizowania zadania, mógłby być realizowany w ramach PPP. Możliwość uzyskania wsparcia przez więcej niż jeden podmiot wskazuje również na otwartość naboru podmiotów prywatnych do realizacji zamierzenia.

Jest to jednocześnie jeden z bardziej skomplikowanych pod względem proceduralnym przypadków udzielania niewielkiej pomocy, którym dwukrotnie zajmował się Europejski Trybunał Sprawiedliwości oraz trzykrotnie Komisja Europejska. Konieczność takiej ingerencji była wynikiem uchybień proceduralnych, tj nie notyfikowania pomocy Komisji Europejskiej.

Władze francuskie udzieliły subwencji na rzecz spółdzielni której powierzono zarządzanie trzema szczegółowymi systemami pomocowymi (transport książek, popularyzowanie książek w krajach trzecich, podręczniki akademickie dla studentów z krajów trzecich) mającymi również na celu ułatwienie dostępu czytelnikom żyjącym z dala od książek francuskich. Podając, iż środki te miały na celu upowszechnienie języka francuskiego i literatury francuskiej cel kulturowy omawianej pomocy, sprawił, że odstępstwo przewidziane art. 87 ust. 3 lit. d Traktatu znalazło zastosowanie i pomoc spełniła warunki uznania jej za zgodną z Traktatem. Ponadto władze Francji postanowiły udzielić pomocy agentom eksportowym, którzy zgodzą się na wszystkie rodzaje



zamówień, niezależnie od ich wielkości i rentowności. Środki takie zostały uruchomione celem złagodzenia niedoborów na rynku i przyczynienia się do utrzymania działalności "nierentownych małych zamówień" w ramach rynku zamówień eksportowych. małe księgarnie, powstałe na obszarach zasadniczo nie francuskojęzycznych, niekiedy trudno dostępne i/lub oddalone, napotykają na poważne trudności w zaopatrzeniu, ponieważ ich zapotrzebowanie nie może być zaspokojone przez tradycyjne sieci dystrybucyjne, jeżeli zamawiana liczba pozycji książkowych jest niewystarczająca albo w wypadku gdy cena jednostkowa zamawianych książek nie jest na tyle wysoka, aby świadczenie takich usług mogło stać się rentowne. Wsparcie firm, będące przedmiotem niniejszej decyzji, miało na celu zachęcić firmy do zainteresowania się takimi klientami, którzy nie mogli być obsłużeni w ramach "normalnych" stosunków handlowych, opartych wyłącznie na zysku. W praktyce tylko jedna spółdzielnia skorzystała z "Programu małych zamówień". Inne podmioty odmówiły. Uzasadniając swój wniosek o subwencję spółdzielnia musiała udokumentować wystąpienie nadmiernych kosztów spowodowanych usługami typu „małe zamówienia” Wsparcie było przekazywane w transzach, a jeśli wartość pomocy nie została w całości spożytkowana, pozostałe sumy odliczano od subwencji przewidzianych na następny rok.

Zdaniem Komisji udzielone wsparcie stwarza korzystną sytuację dla spółdzielni, i nigdy zresztą nie było to kwestionowane przez władze francuskie, które to wsparcie finansują. Wsparcie mimo możliwości ubiegania się o jego uzyskanie przez wiele podmiotów jest skierowane do wyraźnie zdefiniowanej grupy, która może się o nią z racji wykonywanej profesji ubiegać I w związku z tym pomoc ma charakter selektywny. Zniekształcenie konkurencji wywołane pomocą występuje na rynku, mimo iż jest w istocie bardzo ograniczone. Ponieważ działania władz francuskich spełniają jednocześnie cztery warunki pojęcia



pomocy należy je uznać za pomoc publiczną . Należy jednak zauważyć, że wpływ na wymianę i zniekształcenie konkurencji wywołane zastosowanym działaniem jest bardzo słaby.

Jednakże pomoc przeznaczona na realizację małych zamówień książek w języku francuskim, została udzielona nielegalnie, ponieważ Francja nie zawiadomiła Komisji o tej pomocy przed jej wdrożeniem. Uznania pomocy za nielegalną ze względu na nie powiadomienie Komisji nie zmienia fakt, iż pomoc jest zgodna z zasadami wspólnego rynku w rozumieniu art. 87 ust. 3 lit. d) Traktatu. Merytoryczna poprawność działania nie uchroniła więc podmiotów realizujących zadanie publiczne od decyzji wskazującej na wadliwość postępowania w związku z zaniechaniami natury formalnej.



Bibliografia.

Piśmiennictwo.

1. Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym. Komentarz, Michał Kulesza, Michał Bitner, Agata Kozłowska, Warszawa 2006 r.,
2. Guidelines for successful Public Private Partnerships. European Commission, Directorate General Regional Policy, 2003,
3. Resource Book on PPP case studies, European Commission, Directorate General Regional Policy, 2004,
4. Partnerstwo publiczno-prywatne jako metoda realizacji zadań publicznych. Ministerstwo Gospodarki i Pracy Departament Polityki Regionalnej, 2005, niepublikowane,
5. Partnerstwo publiczno – prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych, Bartosz Piotr Korbus, Mariusz Strawiński, Warszawa 2006,
6. Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski Prawo zamówień publicznych, komentarz, Warszawa 2005,
7. Włodzimierz Dzierżanowski, Marlena Koniecka, Partnerstwo publiczno - prywatne bez ustawy o PPP w: Zamówienia publiczne, Doradca, 12/2005,
8. Krystyna Brzozowska, Partnerstwo publiczno - prywatne, przesłanki, możliwości, bariery,
9. Marian Moszoro, Partnerstwo publiczno - prywatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej; SGH, Warszawa 2005,
10. Sławomir Dudzik, Wspólnotowa regulacja dotycząca pomocy Państwa dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym, w: Ochrona Konkurencji i Konsumentów w Polsce, studium prawno ekonomiczne pod red. Cezarego Banasińskiego, Warszawa 2005,



11. Piotr Pełka, Mikołaj Stasiak, Pomoc Publiczna dla przedsiębiorców w Unii Europejskiej, Warszawa 2002,
12. Nikolaides P. „The Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgement, European Competition Law Review, 03/2002,
13. Erik Hans Klijn, Geert R. Teisman, Institutional and Strategic barriers to Public Private Partnership: An Analysis of Dutch Cases in Public Money & Management July 2003,
14. Marian Lemke, Dariusz Piasta, Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 roku, Warszawa 2006,
15. Prawo Wspólnot Europejskich, Orzecznictwo. Wybór i redakcja Władysław Czapliński, Rudolf Ostrihansky, Przemysław Saganek, Anna Wyrozumska,
16. Bartosz Piotr Korbus, Ramy prawne i regulacja przedsięwzięć typu PPP w Prawo UE 2004/7-8,
17. Finansowanie Inwestycji Infrastrukturalnych przez kapitał prywatny na zasadach Project Finance, Krystyna Brzozowska, Warszawa 2005
18. „Nowoczesne systemy realizacji zadań publicznych. Poradnik PPP” pod red. Marka Chałasa. Radek Czapski, Włodzimierz Dzierżanowski, Jur Gruszczyński, Marek Krawczyk, Paweł Piłatkowski, Krzysztof Siwek, Artur Bińka, Warszawa 2007,
19. Partnerstwo publiczno – prywatne, pod redakcją Agnieszki Gajewskiej – Jedwabny. Warszawa 2007,
20. Michał Bernat Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w sprawach gospodarczych, Warszawa 2006.

Akty prawne.

1. ustawa z dnia 28 lipca 2005 r o partnerstwie publiczno - prywatnym (Dz.U z 2005 r nr 169 poz 1420),
2. ustawa z 30 czerwca 2005 r o finansach publicznych (Dz. U z 2005 r



- nr 249 poz. 2104),
3. ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U 163 poz 1164),
 4. ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (t.j. Dz. U. z 2007 r. nr 59 poz. 404),
 5. ustawa z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz. U. Nr 191 poz. 1411),
 6. ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. Nr 164, poz. 1365 z późn. zm.),
 7. ustawa o jednostkach badawczo-rozwojowych (Dz. U. z 2001 r., Nr 33, poz. 388 z późn. zm.),
 8. ustawa o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.),
 9. ustawą o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2001 r., Nr 13, poz. 123 z późn. zm.),
 10. ustawa o Polskiej Akademii Nauk (Dz. U. z 1997 r. Nr 75, poz. 469 z późn. zm.),
 11. Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591),
 12. ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1592), ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1590),
 13. ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (t.j. Dz.U z 2006 r nr 121 poz 844 z późn. zm.),
 14. ustawa z dnia 9 listopada 2000 r o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U z 2000 r nr 109 poz 1158),
 15. ustawa z dnia 2 lipca 2004 r.o swobodzie działalności gospodarczej



- (Dz.U. z 2004 r Nr 173.poz 1807),
16. ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r.o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2003 r nr 96 poz. 893 z późn. zm.),
 17. ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (t.j.. Dz. U z 2005 r nr 231 poz. 1965),
 18. ustawa z dnia 31 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz.U z 2004 r nr 261 poz 2603 z późn zm.),
 19. ustawa z dnia 15 lutego 1992 r o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz.U z 2000 r nr 54 poz 654 z późn. zm.),
 20. ustawa – Kodeks spółek handlowych z dnia 15 września 2000 roku (Dz. U. z 2000 r. nr 94 poz. 1037 z późn. zm.),
 21. ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 roku, nr 16, poz. 93 z późn. zm.),
 22. rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999,
 23. rozporządzenie Rady (WE) NR 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE (Dz.U. L 83 z 27.3.1999, str. 1—9),
 24. dyrektywa 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi,

Orzecznictwo.

1. orzeczenie ETS z dnia 24 lipca 2003 r. C-280/00 w sprawie Altmark Trans GmbH,
2. orzeczenie ETS z 11 stycznia 2005 r. C-26/03/2005 w sprawie Stadt Halle,
3. orzeczenie ETS z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii,



4. orzeczenie ETS z dnia 23 kwietnia 1991 r. C-41/90 w sprawie „Hoefner i Elser,
5. orzeczenie ETS z dnia 18 czerwca 1998 r. C-35/96 w sprawie Komisja przeciwko Włochy,
6. orzeczenie ETS z 16 października 2003 r. C-238/00 w sprawie SIEPSA, Komisja przeciwko Hiszpanii,
7. orzeczenie ETS z dnia 23 marca 2006 r. C-237/04 w sprawie Enirisorse SpA przeciwko Sotacarbo SpA,
8. orzeczenie ETS z 25 czerwca 1998 C-203/96 w sprawie Dusseldorp,
9. orzeczenie ETS z 19 czerwca 1997 r. T-260/94 Air Inter przeciwko Komisji,
10. orzeczenie ETS C-240/83,
11. orzeczenie ETS z 22 listopada 2001 C - 53/00w sprawie Ferring,
12. orzeczenie ETS C-387/92 w sprawie *Banco Exterior de España*,
13. wyrok ETS, C-295/97 w sprawie *Piaggio*,
14. wyrok Sądu Pierwszej Instancji T – 274/01 w sprawie Valmont przeciwko Komisji,
15. decyzja Komisji Europejskiej z 28 listopada 2005 roku o zakresie stosowania art. 86 ust 2 Traktatu do pomocy publicznej w formie rekompensat dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym (OJ L 2005.312.67),
16. decyzja Komisji Europejskiej z 20 kwietnia 2005 N 355/2004 w sprawie PPP (Krijgsbaan at Deurne),
17. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2 października 2002 r nr 264 / 2002, w sprawie metra londyńskiego,
18. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 15 maja 2006 roku nr 149/2006 w sprawie finansowania budowy autostrady M3 na odcinku Clonee – North of Kells oraz tunelu Limerick,
19. decyzja Komisji z dnia 8 września 2004 r. w sprawie parku rozrywki Bioscope notyfikowana jako dokument nr C(2004) 2686) *Official Journal L 135 , 28/05/2005 P. 0021 – 0033*,



20. decyzja Komisji z dnia 20 kwietnia 2004 r. w sprawie pomocy państwa udzielonej przez Francję Spółdzielni Eksportowej Książki Francuskiej notyfikowana jako dokument nr C(2004) 1361) *Official Journal L 085, 02/04/2005 P. 0027 – 0057*,
21. Commission communication concerning aid elements in land sales by public authorities (OJ_C 209/10.07.1997),
22. opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) OJ_C 234 , 22/09/2005 P. 0052 – 0059,
23. wykaz wniosków legislacyjnych Dz.U. C 49 z 28.2.2006,, z projektem rozporządzenia Rady i Parlamentu Europejskiego dotyczącego usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego kolejowego i drogowego,
24. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów Biała Księga nt. usług użyteczności publicznej Com(2004) 374 final Bruksela, 12.5.2004,
25. Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004)327 final,
26. Komunikat Komisji – Wytyczne wspólnotowe dotyczące finansowania portów lotniczych i pomocy państwa na rozpoczęcie działalności dla przedsiębiorstw lotniczych oferujących przeloty z regionalnych portów lotniczych. Dz.U. C 312 , 09/12/2005 P,
27. Komunikat Komisji z 20 września 2000 r. w sprawie usług użyteczności publicznej (Communication from the Commission – *Services of general interest in Europe*), COM (2000) 580 final, Dz. Urz. WE 2001 C 17/4,
28. stanowisko Komisji dotyczące stosowania artykułów 92 i 93 Traktatu EWG do udziałów władz publicznych w kapitale spółki (Biuletyn Komisji nr 9/1984),
29. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2007 r (IIICSK 452/06).

