

Warszawa, dnia 7 kwietnia 2017 roku

Sz. P. Witold Słowik
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Rozwoju
Plac Trzech Krzyży 3/5
00 - 507 Warszawa

Szanowny Panie Ministrze,

w ramach konsultacji społecznych dotyczących przedstawionego przez Ministerstwo Rozwoju projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym (ppp) oraz niektórych innych ustaw (dalej jako: „Projekt ustawy”), w imieniu członków Francusko - Polskiej Izby Gospodarczej w pierwszej kolejności chciałabym przekazać, że z wielką nadzieją obserwujemy działania rządu mające na celu promocję realizacji projektów w formule ppp w Polsce. Niewątpliwie założone przez rząd działania przelożą się na większe zrozumienie dla samej formuły ppp, jak i zagwarantują odpowiednie szkolenia stronie publicznej.

Mimo pozytywnego odbioru przedstawionego Projektu ustawy, chcemy szczegółowo odnieść się do poszczególnych zagadnień, które naszym zdaniem stanowią niewystarczającą zmianę, mającą bezpośredni wpływ na sytuację zarówno krajowych, jak i zagranicznych przedsiębiorców aktywnych na rynku ppp.

Analizując Projekt ustawy, w świetle dotychczas zdobytych doświadczeń oraz praktyki uczestnictwa w projektach realizowanych w formule ppp, chcemy przede wszystkim wyraźnie zaznaczyć nasze stanowisko w odniesieniu do kilku kluczowych zagadnień, wpływających istotnie na system udzielania zamówień publicznych.

Uwagi do poszczególnych przepisów nowelizacji Ustawy PPP

1. **art. 1 pkt 2 lit. b)** - definicja podmiotu publicznego w zakresie modyfikowanym przez proponowaną treść art. 1 pkt 2 lit. b) jest niejasna. Dodanie do definicji podmiotu publicznego będącego „osobą prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego ...” wymogu: „o ile nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jego celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności,” eliminuje z definicji podmiotu publicznego praktycznie wszystkie spółki komunalne i państwowe jako, że każda z nich zasadniczo albo

osiąga zysk albo ponosi straty z prowadzenia działalności. Generalnie takie podmioty na rynku nie istnieją zatem zasadne jest wycofanie się z tej zmiany. W przeciwnym razie spółki "publiczne" nie będą mogły realizować projektów PPP.

2. **art. 2 pkt. 4** - brak jednolitej definicji Partnerstwa publiczno-prywatnego odróżniającej przedsięwzięcie PPP od innych usług, np. DBFO.

Powszechnie utożsamia się przedsięwzięcie PPP ze świadczeniem usługi dostępności dostarczonego składnika aktywów. Niestety, pojęcie „dostępności” pojawia się w Ustawie jedynie dwa razy - w kontekście wynagrodzenia i alokacji ryzyk.

Niestety, niezmieniona redakcja przepisu art. 2 pkt. 4 Ustawy w dalszym ciągu nie zapewnia właściwego rozróżnienia umowy PPP od innych umów, w tym w szczególności od innych umów długoterminowych, próbując utożsamiać „przedsięwzięcie PPP” z usługą utrzymania lub zarządzania dostarczonej wcześniej usługi / dzieła / obiektu. Nie wiadomo też czy ustawę PPP trzeba stosować jeśli podmiot publiczny i prywatny chcą utworzyć wspólną spółkę czy też można ją utworzyć na podstawie KSH i UGK bez stosowania PZP czy koncesji do wyboru współnika do spółki, która to spółka następnie zrealizuje projekt odpowiadający definicji PPP.

Zważywszy na coraz większe preferencje dla stron przedsięwzięcia PPP w polskiej legislacji stoimy na stanowisku, że regulacje ustawowe PPP w naszym kraju powinny wyraźnie odróżniać przedsięwzięcie realizowane w ramach PPP od innych kategorii przedsięwzięć realizowanych przez sektor prywatny na rzecz sektora publicznego w trybie PZP. Ponadto wyraźne zdefiniowanie „przedsięwzięcia PPP” pozwoli m.in. przeciwdziałać ewentualnym patologiom polegającym na nierzetelnej klasyfikacji zamówień publicznych jako PPP w rozumieniu Ustawy.

3. **art. 2a ust. 1** - obowiązek sporządzenia oceny efektywności wyłącznie w sytuacji, gdy podmiot publiczny decyduje się na realizację przedsięwzięcia przy użyciu formuły PPP „z góry” stawia tę formę realizacji zadań publicznych w gorszej sytuacji w stosunku do innych narzędzi, z których może skorzystać podmiot publiczny (np. zamówienia in house, udzielenie tradycyjnego zamówienia publicznego, etc.). Obowiązek sporządzenia oceny efektywności powinien dotyczyć wszystkich inwestycji powyżej określonego progu (np. 10 - 20 mln złotych). Zmotywuje to podmioty publiczne do realnego poszukiwania rozwiązania, które będzie najbardziej efektywne oraz najlepsze z ekonomicznego punktu widzenia. Planując określoną inwestycję o wartości powyżej 10-20 mln złotych podmiot publiczny powinien poświęcić określony czas i środki na analizę i wybór sposobu realizacji danego przedsięwzięcia. Obowiązek dokonania stosownej analizy i porównania różnych metod realizacji zadań publicznych powinien obejmować realizację wszystkich przedsięwzięć o określonej wartości. W przeciwnym wypadku obowiązek sporządzenia oceny efektywności tylko w odniesieniu do modelu PPP będzie kolejną barierą w stosunku do innych metod realizacji zadania. Innymi słowy niezasadne jest wprowadzenie tego obowiązku wyłącznie w odniesieniu do projektów realizowanych w formule PPP ponieważ może zniechęcić to podmioty publiczne do prowadzenia projektów w tym modelu.
4. **art. 4 ust. 3 (dotychczasowy)** - w związku z wprowadzoną definicją podmiotu publicznego w ustępie 3 wyrażenie „partnera publicznego” należy zamienić na wyrażenie „podmiotu publicznego”.
5. **art. 7 ust. 4** - zmiana zasadna. Wyłączenie zastosowania przepisów dotyczących wysokości zabezpieczenia jest wskazane. Aktualnie nie jest jasne w jaki sposób należy ustalać wysokość zabezpieczenia w projektach PPP. Czy jednak projektowana zmiana oznacza, iż podmiot publiczny ma pełną swobodę w ustaleniu wysokości zabezpieczenia? Konieczne doprecyzowanie.

6. **art. 7 a) ust. 1** - zmiana wydaje się pożądana ponieważ wyjaśnia kwestię funkcji spółki celowej w procesie inwestycyjnym. Nowelizacja nie przesądza jednak kto jest inwestorem w tzw. kontraktowym PPP? podmiot publiczny czy partner prywatny?. Ponieważ mogą wystąpić różne sytuacje i w naszym przekonaniu czasem jeden a czasem drugi ustawa powinna wskazywać kryteria wg, których określi się który podmiot jest w danym przypadku inwestorem w rozumieniu KC.
7. **art. 7 a) ust 2** - jeśli ma zostać wprowadzona tak daleko idąca odpowiedzialność partnera prywatnego będącego współnikiem tzw. spółki PPP (możliwość prowadzenie egzekucji z majątku partnera prywatnego w przypadku gdy egzekucja z majątku spółki okaże się nieskuteczna) to analogiczna zasada co do prowadzenia egzekucji powinna znaleźć zastosowanie w stosunku do podmiotu publicznego (skoro podmiot ten, podobnie jak partner prywatny, jest współnikiem w spółce, w stosunku do której egzekucja z majątku stała się nieskuteczna).
8. **art. 7 b) ust. 1** - nie wiadomo, czy w tym wyrażeniu chodzi o członków konsorcjum będącego partnerem prywatnym, ponieważ stroną umowy PPP nie może być wielu partnerów prywatnych. Z przepisu tego może również wynikać, że w przypadku konsorcjum jego członkowie nie nabywają solidarnie udziałów, co może ograniczać swobodę umów pomiędzy członkami potencjalnego konsorcjum. Dodatkowo w kontekście pozostałych przepisów należy odpowiednio doprecyzować pojęcie udziałów a mianowicie należy wskazać, że może tutaj chodzić o udziały w sp. z o.o., wkłady komandytariuszy lub akcje w spółkach akcyjnych lub komandytowo-akcyjnych.

Poważane wątpliwości może budzić intencja ostatniego zdania w proponowanej treści nowego Art. 7b. Nie wiadomo, kto pełni de facto rolę partnera prywatnego, czy uczestnik postępowania o zamówienie publiczne, czy utworzona spółka celowa. Nie wiadomo również czy utworzona spółka celowa może, jako partner prywatny zawiązać z podmiotem publicznym spółkę, o której mowa w art. 14.

9. **art. 7 b) ust. 4** - brzmienie nowelizacji określając odpowiedzialność podmiotu udostępniającego swój potencjał odwołuje się co prawda do regulacji Prawa zamówień publicznych (do art. 22a ust. 5 Pzp), jednak ta odpowiedzialność w formule PPP byłaby odpowiedzialnością istotnie surowszą od tej przewidzianej przepisami aktualnego PZP. Wynika to z faktu, iż:

- a) podmiot udostępniający potencjał miałby, zgodnie z nowelizacją, odpowiadać za „wykonanie umowy” PPP (a nie jak stanowi PZP za szkodę spowodowaną zamawiającemu za nieudostępnienie potencjału chyba że nie ponosi winy),
- b) PZP co do zasady przewiduje odpowiedzialność podmiotu trzeciego tylko wówczas, gdy udostępniany przez niego potencjał jest potencjałem finansowym lub ekonomicznym.

Zaproponowana regulacja najprawdopodobniej uniemożliwi realizację znacznej części projektów PPP, które nadają się do realizacji w tym modelu z powodzeniem. Podmioty trzecie (którymi mogą być zarówno spółki z grupy kapitałowej, do której należy partner prywatny, a więc tzw. know how i doświadczenie skupia się w jednej grupie kapitałowej, jak i zupełnie odrębne od siebie, niepowiązane podmioty), nie będą w stanie zaakceptować własnej odpowiedzialności za wykonanie umowy przez partnera prywatnego przez wiele lat realizacji umowy PPP.



10. **art. 11 ust. 2 a** - przekazanie składnika majątkowego - Należy wyraźnie określić, o jaką tutaj spółkę chodzi, czyli odwołać się do art. 14 ust.1 albo 1a. Należy również dodać, że przepis ten będzie miał zastosowanie w przypadku, gdy czas trwania spółki nie kończy się z chwilą zakończenia umowy PPP.
11. **art. 14 ust 1 a)** - zmiana jest bardzo pożądana, jednakże w przepisie mowa wyłącznie o spółce spełniającej warunki określone w art. 2 pkt 1 lit b) ustawy - tj. warunki w praktyce nie spełniane przez podmioty obecne na rynku. Analizowane zagadnienie ma bardzo istotny aspekt praktyczny a proponowana nowelizacja wydaje się nie rozwiązywać problemu. Zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy podmiot publiczny może z wybranym partnerem prywatnym utworzyć spółkę, która realizować będzie przedsięwzięcie PPP. Tworzenie takiej nowej spółki jest niepotrzebną komplikacją, w sytuacji gdy podmiotem publicznym nie jest jednostka samorządu terytorialnego lecz jej spółka. Wybrany partner prywatny powinien mieć możliwość przystąpienia do takiej spółki (nabycie lub objęcie w niej udziałów). Jakiegokolwiek ograniczenia co do tego że spółka taka ma nie generować zysku ani strat są zupełnie nie zrozumiałe. Ponadto nie jasna jest sama regulacja. Do jakiej spółki z udziałem podmiotu publicznego ma przystąpić partner prywatny? Celem zmiany powinno być przede wszystkim to aby partner prywatny mógł objąć/nabyć udziały w podmiocie publicznym jeśli jest on spółką utworzoną przez jst. Z nowelizacji to nie wynika.

Dodatkowo wszystkie umowy zawierane przez tą spółkę później z partnerem prywatnym np. umowa o roboty budowlane czy operatorska powinny być wyraźnie wyłączone z reżimu zamówień publicznych. Wynika to z faktu, iż partner prywatny a jednocześnie wspólnik tzw. spółki PPP został już wybrany w przetargu na realizację całego projektu PPP (roboty budowlane i zarządzanie/operowanie). Jeśli zatem chce ze spółką PPP zawrzeć umowę jako podwykonawca, to umowa taka powinna być wyłączona spod PZP.

Ponadto w dalszym ciągu brakuje określenia statusu spółki utworzonej wspólnie przez podmiot publiczny i partnera prywatnego lub do której partner prywatny przystąpił. Należałoby wyraźnie określić, iż spółka taka nie pełni roli partnera prywatnego.

Wtedy również należy doprecyzować, jakie stosunki zobowiązaniowe panują pomiędzy tą spółką a partnerem prywatnym oraz podmiotem publicznym na gruncie umowy PPP. W szczególności należy określić, kto jest np. odbiorcą usług partnera prywatnego oraz spółki. Właściwe uregulowanie tej kwestii mogłoby rozwiązać problem związany z niekorzystną interpretacją dotyczącą podatku VAT w zakresie braku rozpoznania kompleksowości usługi dostępności świadczony przez partnera prywatnego.

12. **Art. 14 ust 3a** - przepis ten wyłącza stosowanie przepisów ustawy o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników i wymaga rozszerzenia.

Analogicznie należy również wyłączyć stosowanie odpowiednich przepisów ustawy o gospodarce komunalnej w zakresie zasad zbywania akcji spółek komunalnych oraz obowiązku ustanawiania rad nadzorczych w spółkach zawiązywanych przez podmiot publiczny i partnera prywatnego lub w spółkach, do których przystępuje partner prywatny w celu realizacji przedsięwzięcia PPP.
13. **art. 14 b)** - wprowadzenie takiego ustawowego ograniczenia udziału wspólnika przystępującego do spółki wydaje się nadmierne i nieuzasadnione, zwłaszcza że zgodnie z ust. 2 zbycie lub umorzenie udziałów tego wspólnika w spółce może być nieodpłatne,
14. **art. 16c** - zasada wyrażona w tym przepisie powinna dotyczyć nie tylko przedsięwzięć realizowanych przy udziale wydatków z budżetu państwa, ale także - w równym stopniu - tych realizowanych z udziałem wydatków z budżetów samorządowych. Ponadto proponowany próg

300 mln złotych jest zbyt wysoki. Lokalnie prowadzone są inwestycje o dużo niższej wartości, które mogą bardzo dobrze wpisywać się w filozofię PPP a ich realizacja w formule PPP może okazać się dużo bardziej korzystna dla samorządów i ostatecznie dla mieszkańców w stosunku do tradycyjnych metod realizacji inwestycji. Dlatego rekomendujemy obniżenie go do 50 mln złotych

15. art. 7 ust. 1 - projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, który zmienia brzmienie art. 6c ust 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach powinien zostać usunięty. Proponowana zmiana polega na zastąpieniu w ust. 2a, art. 6c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wyrazu „przetarg” wyrazem „postępowanie”. Zmiana ta pozwalałaby na powierzanie przez gminy własnym spółkom obsługi nieruchomości niezamieszkałych z pominięciem jakichkolwiek procedur konkurencyjnych. Tymczasem, w zeszłym roku dokonując nowelizacji PZP ustawodawca zdecydował, iż odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych co do zasady powinien być dokonywany przez podmiot wybrany przez gminę w drodze „przetargu”. Nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, iż zaszyły jakiegokolwiek okoliczności, które uzasadniałyby zmianę tego przepisu w kierunku, który wynika z przedmiotowego projektu ustawy. Wręcz przeciwnie, praktyki stosowane przez gminy wskazują na dowolne interpretowanie i obchodzenia przez nie przepisów określających warunki i procedury udzielania zamówień in-house.

II. Postulaty ogólne:

1. wyłączenie stosowania przepisów ustawy z dnia 8 marca 2013 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. 2016.684 j.t.),
2. skrócenie okresu amortyzacji środków trwałych do okresu trwania partnerstwa publiczno-prywatnego,
3. należy wyjaśnić kwestię czy PPP to robota budowlana czy usługa a co za tym idzie czy stosuje się przepisy o podwykonawcach robot budowlanych. PPP w tym kontekście powinno być traktowane jak zamówienie na usługi. W przedsięwzięciach PPP czasem jest nawet kilkuset podwykonawców, nie sposób zgłaszać zamawiającemu każdej umowy i każdej zmiany do niej,
4. do rozważenia definicja PPP, czy nie powinno być wymagane co najmniej 50% finansowanie capex przez partnera prywatnego. Aktualnie klasyczne zamówienia publiczne traktowane są jak PPP jeśli tylko po budowie następuje eksploatacja (de facto jest to zamówienie mieszane na roboty i usługi - ustawa PPP do tego nie jest potrzebna)
5. Projekt Ustawy powinien wskazywać jasno, w jaki sposób należy rozliczać koszty podatkowe związane z wytworzonym składnikiem majątkowym w ramach PPP.

Projekt powinien jednoznacznie wskazywać na konieczność rozpoznania kosztu wytworzenia składnika majątku w momencie sprzedaży (wystawienia faktury sprzedaży)

Alternatywnie projekt mógłby zawierać zmiany do art. 16a i art. 16i i 16j ustawy o CIT wraz z wykazem roboczych stawek amortyzacyjnych stanowiących załącznik nr 1 do ustawy CIT (oraz ich odpowiednikach w podatku PIT) w takim zakresie aby przepisy te wskazywały, iż w przypadku gdy budynek niemieszkalny lub mieszkalny został postawiony na cudzym gruncie w wyniku realizacji projektu PPP (jeśli spełniałby on kryteria zaliczenia do PPP na podstawie ustawy o PPP i innych stosownych aktów), to wówczas jego okres amortyzacji byłby równy okresowi, na który została zawarta umowa PPP ale jednak nie krótszy niż np. 10 lat). Obecna stawka amortyzacji dla budynków niemieszkalnych postawionych na gruncie obcym wynosi

bowiem 2,5%, zaś mieszkalnych 1,5% w skali roku. Warbud realizując projekt „Nowy Sącz” zetknął się już z tym problemem.

Projekt Ustawy mógłby wskazać, że zaproponowane tam rozwiązania nie naruszają przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (tj. może zmiana art. 3 i 8 tej ustawy). W praktyce bowiem już teraz dochodzi i może dochodzić do sytuacji, w której, ze względu na przepisy VAT i obowiązek wystawienia faktury VAT po zakończeniu etapu budowy, podmiot publiczny może (mimo zmiany przepisów w zakresie powstawania przychodu i kosztu dla celów podatków dochodowych) mieć obawy, czy płatności mogą być dokonywane w oparciu o umowę, w całym okresie obowiązywania umowy, a nie bezpośrednio po otrzymaniu faktury VAT po zakończeniu etapu budowlanego. Podmioty publiczne obawiają się bowiem, że w tej sytuacji tamią postanowienia ustawy o terminach zapłaty.

Projekt Ustawy mógłby wskazać, że realizacja umowy PPP nie stanowi świadczenia kompleksowego dla potrzeb podatkowych i składa się z odrębnych etapów, tj. etapu budowlanego, użytkowania i finansowego. Taka jednoznaczna deklaracja rozwiązałaby podatkowe problemy interpretacyjne dla potrzeb podatku VAT.

III. Zmiany w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami

1. art. 13 ust. 1 - należy po wyrazach „ust. 1” dodać wyraz „albo 1a”:

1a - Nieruchomość może być także przekazywana nieodpłatnie w drodze umowy partnerowi prywatnemu lub spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2015 r. poz. 696 i 1777 oraz z 2016 r. poz. 1920), na czas realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.”

2. art. 13 ust. 2a - zdanie drugie należy po wyrazach „nie wymaga dokonanie darowizny” dodać wyrażenie „zgodnie z ust. 1a lub”:

„2a. Darowizny nieruchomości stanowiącej przedmiot własności Skarbu Państwa dokonuje starosta, wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej - za zgodą wojewody, a nieruchomości stanowiącej przedmiot własności jednostki samorządu terytorialnego jej organ wykonawczy - za zgodą rady albo sejmiku. Zgody nie wymaga dokonanie darowizny zgodnie z ust. 1a lub przez ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, o której mowa w art. 59 ust. 1.

3. art. 37 ust. 2 pkt. 11 - należy po wyrazie „sprzedawana” dodać wyrażenie „lub oddawana w użytkowanie wieczyste” następnie po wyrazach „ust. 1” dodać wyraz „albo 1a” oraz wyrażenie „w art. 4 ust. 1 lub 2” zastąpić wyrażeniem „w art. 4 ust. 1 lub 3”

„11) jest sprzedawana lub oddawana w użytkowanie wieczyste partnerowi prywatnemu lub spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, jeżeli sprzedaż stanowi wniesienie wkładu własnego podmiotu publicznego, a wybór partnera prywatnego nastąpił w trybie przewidzianym w art. 4 ust. 1 lub 3 powołanej ustawy;”