



Memorandum

Data:	3.04.2017
Od:	FKA Furtek Komosa Aleksandrowicz
Do:	Związek Polskiego Leasingu
Dotyczy:	Uwagi i postulaty do projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym oraz niektórych innych ustaw

1. Art. 1 Projektu¹: ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym
 - 1.1 Art. 1 pkt 9 Projektu: zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-privatnym przez spółkę celową utworzoną przez partnera prywatnego (projektowany art. 7b ustawy o PPP)
 - 1.1.1 Zgodnie z projektowanym art. 7b ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym („ustawa o PPP”)² za zgodą podmiotu publicznego możliwe będzie zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-privatnym („umowa o PPP”) przez spółkę celową utworzoną przez partnera prywatnego w celu realizacji przedsięwzięcia. Projekt przewiduje, że podmiot publiczny może wyrazić zgodę i określić jej warunki w specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo dokumentach koncesji, o czym informuje w ogłoszeniu o zamówieniu albo w ogłoszeniu o koncesji (art. 7b ust. 2).
 - 1.1.2 Art. 4 przewiduje trzy różne procedury wyboru partnera prywatnego: 1) w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych, 2) w trybie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi, 3) w przypadkach, w których nie stosuje się przepisów ww. ustaw - w ramach procedury określonej przez podmiot publiczny.
 - 1.1.3 Projektowane brzmienie art. 7b ust. 2 odnosi się wyłącznie do wyrażenia zgody na zawarcie umowy przez spółkę celową w przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie 1) i 2) powyżej. Powoduje to wątpliwość, czy zgoda podmiotu publicznego na zawarcie umowy o PPP ze spółką celową będzie mogła zostać wyrażona również w przypadkach, w których do wyboru partnera prywatnego nie znajdują zastosowania przepisy PZP oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi.
 - 1.1.4 Takie zawężenie możliwości zawarcia umowy o PPP ze spółką celową nie jest uzasadnione. W związku z tym postulujemy zmianę przepisu (w zakresie sposobu wyrażania zgody przez podmiot publiczny) w celu

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym oraz niektórych innych ustaw – wersja z 3.03.2017r.

² Jeśli nie wskazano innego aktu prawnego, komentowane przepisy odnoszą się do zmienianej Projektem ustawy o PPP.

wyeliminowania powyższej wątpliwości. Przykładowe brzmienie art. 7b ust.2:

„ust. 2 Podmiot publiczny może wyrazić zgodę i określić jej warunki w dokumentach związanych z ogłoszeniem o planowanym partnerstwie publiczno-privatnym. W przypadkach, w których do wyboru partnera prywatnego mają zastosowanie ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych lub ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, podmiot publiczny może wyrazić zgodę i określić jej warunki w specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo dokumentach koncesji, o czym informuje w ogłoszeniu o zamówieniu albo w ogłoszeniu o koncesji.”.

- 1.1.5 Dodatkowo, zgodnie z projektowanym art. 7b ust. 1 zdanie drugie: „z chwilą zawarcia umowy, do spółki stosuje się przepisy ustawy dotyczące partnera prywatnego, z wyjątkiem ust. 3 i art. 7a ust. 2”. Zwracamy uwagę, że takie brzmienie przepisu (odesłanie do stosowania ustawy o PPP do spółki, o której mowa w projektowanym art. 7b ust. 1) może budzić wątpliwości interpretacyjne, czy spółka taka będzie uznawana za partnera prywatnego na gruncie innych ustaw, tj. czy odniesienia do partnera prywatnego znajdujące się w innych ustawach będą miały zastosowanie również do ww. spółki.
- 1.1.6 Przykładem może być projektowany art. 37 ust. 4a pkt 2) ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (w brzmieniu określonym w Projekcie), zgodnie z którym „Umowy użytkowania, najmu lub dzierżawy zawiera się w drodze bezprzetargowej: (...) na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata, ale nie przekraczający czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-privatnym, jeżeli użytkownikiem, najemcą lub dzierżawcą nieruchomości jest partner prywatny lub spółka, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym (...)”. W związku z tym, że spółka celowa, o której mowa w projektowanym art. 7b ust. 1 ustawy o PPP, nie jest uznawana za partnera prywatnego, a jedynie stosuje się do niej (częściowo) przepisy ustawy o PPP dotyczące partnera prywatnego, istnieje wątpliwość, czy tryb bezprzetargowy wskazany w art. 37 ust. 4a pkt 2 ustawy dotyczy również sytuacji, w której użytkownikiem, najemcą lub dzierżawcą miałaby być spółka celowa zawiązana przez partnera prywatnego.
- 1.1.7 Zasadne wydaje się więc doprecyzowanie w art. 7b ust. 1 zdanie drugie (proponowane brzmienie): „Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w przepisach szczególnych, z chwilą zawarcia umowy, do spółki stosuje się przepisy ustawy oraz innych ustaw dotyczące partnera prywatnego” oraz wprowadzenie wyjątków w art. 7a ust. 2 oraz 7b ust. 3 ustawy o PPP (względnie w innych ustawach szczególnych).



- 1.2 Art. 1 pkt 15 lit. a) oraz c) Projektu: zakaz uzyskania przez podmiot publiczny statusu komplementariusza w spółce projektowej (art. 14 ust. 1 i ust. 2a ustawy o PPP)
 - 1.2.1 Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 14 ust. 1, umowa o PPP może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną. Podmiot publiczny nie może być w takiej spółce komplementariuszem.
 - 1.2.2 Projekt zakłada dodanie ust. 1a, zgodnie z którym wykonanie umowy o PPP nastąpić może również przez przystąpienie partnera prywatnego do istniejącej już spółki z udziałem podmiotu publicznego. Jednocześnie Projekt przewiduje uchylenie w ww. ust. 1 zdania drugiego oraz dodanie w art. 14 ust. 2a, zgodnie z którym podmiot publiczny nie może być komplementariuszem nie tylko w spółce, o której mowa w ust. 1, ale też w spółce z ust. 1a.
 - 1.2.3 Taka zmiana nie ma uzasadnienia, ponieważ projektowany art. 14 ust. 1a odnosi się wyłącznie do spółek będących osobami prawnymi (a więc spółek kapitałowych, w których nie występują wspólnicy - komplementariusze), co wynika m.in. z odesłania do warunków określonych w art. 2 pkt 1 lit. b) ustawy o PPP. Dlatego też należy usunąć z Projektu zmiany przewidziane w art. 1 pkt 15 lit. a) i c) Projektu.
- 1.3 Art. 1 pkt 16 Projektu: zbycie lub umorzenie akcji/udziałów w spółce celowej należących do partnera prywatnego bez wynagrodzenia (projektowany art. 14b ust. 2 i 3 ustawy o PPP)
 - 1.3.1 Projekt wprowadza do ustawy o PPP szczegółowe regulacje dotyczące czasowego charakteru spółki oraz uczestnictwa partnera prywatnego w spółce celowej przeznaczonej do realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego (tj. spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 oraz 1a).
 - 1.3.2 Zgodnie z Projektem, spółka celowa, o której mowa w art. 14 ust. 1, zawiązywana jest na czas oznaczony. Jednocześnie przewiduje się możliwość przedłużenia spółki na czas nieoznaczony w przypadku, w którym partner prywatny zbędzie udziały/akcje na rzecz podmiotu publicznego lub jego udziały/akcje w spółce zostaną umorzone.
 - 1.3.3 W odniesieniu do spółki, o której mowa w art. 14 ust. 1a, Projekt stanowi dodatkowo, że zbycie udziałów/akcji partnera prywatnego lub ich umorzenie może być nieodpłatne (art. 14b ust. 2). Nie jest jednak uregulowane, w jakich przypadkach może dojść do nieodpłatnego zbycia lub umorzenia udziałów/akcji oraz która strona umowy o PPP będzie o tym decydować. Na zasadach ogólnych do nieodpłatnego pozbawienia partnera prywatnego praw udziałowych w spółce wymagana powinna być więc jego zgoda. Postulujemy uregulowanie tej kwestii wprost

- w projektowanym ust. 2, względnie usunięcie w Projekcie tego przepisu jako *superfluum*.
- 1.3.4 Zastrzeżenia budzi w szczególności projektowany art. 14b ust. 3 – jeżeli we wskazanym rocznym terminie partner prywatny nie zbędzie udziałów/akcji na rzecz podmiotu publicznego albo nie zostaną one umorzone, udziały/akcje podlegają umorzeniu w trybie przepisów k.s.h. o umorzeniu automatycznym, przy czym umorzenie następuje bez wynagrodzenia.
 - 1.3.5 Projekt zakłada więc przymusowe pozbawienie partnera prywatnego praw udziałowych w spółce bez rekompensaty równej choćby wartości wniesionego uprzednio do spółki wkładu, co jest nieuzasadnionym odstępstwem od zasad umarzania udziałów/akcji określonych w k.s.h. Taka regulacja może prowadzić wręcz do sytuacji celowego „przewlekania” przez podmiot publiczny działań związanych z dobrowolnym wyjściem partnera prywatnego ze spółki po zakończeniu realizacji PPP (brak uzgodnienia ceny nabycia udziałów lub akcji, niepodjęcie działań w celu doprowadzenia do dobrowolnego ich umorzenia), tak aby po upływie ustawowego terminu prawa udziałowe partnera prywatnego zostały umorzone bez obowiązku zapłaty wynagrodzenia.
 - 1.3.6 Brak też naszym zdaniem uzasadnienia dla zróżnicowania praw partnera prywatnego związanych z „wyjściem” ze spółki po zakończeniu PPP w zależności od tego, czy przedsięwzięcie realizowane jest przez nowo zawiązaną spółkę (art. 14 ust. 1) czy istniejącą spółkę podmiotu publicznego, do której przystąpił partner prywatny (art. 14 ust. 1a). Projektowana regulacja może w rezultacie zmniejszyć atrakcyjność nowelizacji ustawy o PPP w zakresie realizowania PPP z wykorzystaniem istniejących spółek partnerów publicznych.
 - 1.3.7 Niezależnie, postulujemy korektę redakcyjną projektowanego art. 14b ust. 1 poprzez zastąpienie zwrotu „najpóźniej po upływie roku od dnia” zwrotem „najpóźniej w terminie roku od dnia”, tak aby usunąć wątpliwości interpretacyjne dotyczące terminu, w którym zrealizowany ma zostać obowiązek zbycia lub umorzenia udziałów partnera prywatnego.
2. Art. 9 oraz Art. 11 Projektu: postulowane zmiany związane z usunięciem barier prawnych związanych z wykorzystaniem leasingu do realizacji PPP
 - 2.1 Postulowane zmiany dotyczą ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami („UGN”) oraz ustawy z 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych („PZP”) i mają na celu przede wszystkim poprawę warunków prawnych do realizacji zadań publicznych z wykorzystaniem instytucji leasingu.
 - 2.2 Leasing może być korzystnym sposobem finansowania realizacji zadań publicznych przez podmioty publiczne, stanowiąc atrakcyjną alternatywę dla kredytów bankowych (pożyczek) lub finansowania w formie emisji obligacji (m.in.

z uwagi na niskie koszty transakcyjne, nieskomplikowaną procedurę udzielenia finansowania)³. Współpraca podmiotów publicznych z leasingodawcami w ramach PPP może odbywać się m.in. w następujących modelach⁴:

- 1) leasingodawca buduje infrastrukturę, a następnie oddaje ją jednostce samorządu terytorialnego („JST”) w leasing. Po okresie leasingu JST ma prawo odkupić składniki majątkowe;
- 2) JST buduje infrastrukturę, finansując ją z zaliczek od leasingodawcy na poczet umowy sprzedaży; leasingodawca zawiera z JST umowę leasingu zwrotnego;
- 3) JST sprzedaje istniejące składniki majątkowe leasingodawcy, a następnie bierze je w leasing zwrotny.

2.3 Istniejące regulacje prawne nie sprzyjają jednak wykorzystaniu instytucji leasingu do realizacji zadań publicznych, m.in. z uwagi na niejasne przepisy proceduralne oraz uprzywilejowanie podmiotów udzielających finansowania w formie kredytów i pożyczek.

2.4 Poniżej przedstawiamy postulaty legislacyjne do UGN oraz PZP, które wyeliminować mają bariery prawne dotyczące korzystania z leasingu w ramach realizacji projektów PPP. Mając na uwadze, że Projekt zakłada wprowadzenie zmian nie tylko do ustawy o PPP, ale także innych ustaw, w tym UGN oraz PZP, zasadne jest rozważenie wprowadzenia postulowanych zmian związanych z poprawą otoczenia prawnego PPP w jednej ustawie nowelizującej.

2.5 Art. 9 Projektu: postulowane zmiany w UGN w zakresie leasingu zwrotnego

Stan obecny – problemy:

2.5.1 Leasing zwrotny jest obecnie formą finansowania inwestycji przede wszystkim przez przedsiębiorstwa prywatne. Bardzo słabo jest on natomiast wykorzystywany przez podmioty należące do Skarbu Państwa („SP”) i JST. Tak budżet państwa, jak i budżety JST mają ograniczenia dotyczące zadłużenia. SP i JST posiadają jednocześnie nieruchomości, w których zamrożony jest znaczny kapitał. Leasing zwrotny pozwala na uwolnienie kapitału zamrożonego w tych aktywach, a jednocześnie gwarantuje odzyskanie tytułu prawnego do nieruchomości po zakończeniu umowy leasingu.

2.5.2 Należy zwrócić uwagę, że wykorzystanie leasingu zwrotnego może mieć istotne znaczenie dla realizacji zadań publicznych w formule PPP, m.in. w odniesieniu do projektów z dziedziny energetyki (np. budowa ciepłowni – leasing ciepłowni – utrzymanie / zarządzanie ciepłownią), gospodarki

³ Zobacz materiały Platformy Partnerstwa Publiczno-Prywatnego dotyczące „Finansowania projektów PPP” z konferencji „Fundusze Europejskie szansą rozwoju PPP w Polsce”, źródło: http://www.centrum-ppp.pl/forum/download/kielce/finansowanie_projektow_ppp.pdf.

⁴ Przykłady zaczerpnięte z prelekcji „Wykorzystanie leasingu w wykonywaniu zadań publicznych” wygłoszonej przez reprezentanta Związku Polskiego Leasingu w ramach konferencji „Partnerstwo Publiczno-Prywatne w Polsce w świetle nowych rozwiązań legislacyjnych” (28.11.2008 r.).

odpadami (np. budowa zakładu unieszkodliwiania odpadów stałych – leasing zakładu – świadczenie usług odbioru odpadów – utrzymanie / zarządzanie zakładem) czy w sektorze wodno-kanalizacyjnym (np. budowa oczyszczalni ścieków – leasing oczyszczalni ścieków – utrzymanie / zarządzanie oczyszczalnią ścieków)⁵.

- 2.5.3 Istniejąca procedura zawierania umowy usługi leasingu zwrotnego nieruchomości należących do Skarbu Państwa i JST, wynikająca z braku korelacji między przepisami PZP oraz UGN, stanowi jednak barierę prawną ograniczającą możliwość korzystania z leasingu zwrotnego przez SP i JST. Zgodnie z przepisami:
- 1) zawarcie umowy o usługę leasingu zwrotnego powinno być co do zasady poprzedzone przeprowadzeniem procedury udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z PZP;
 - 2) jednocześnie leasing zwrotny nieruchomości zawiera w sobie czynność zbycia nieruchomości, co z kolei wiąże się z obowiązkiem wyboru nabywcy nieruchomości SP lub JST w trybie przetargowym określonym w art. 37 UGN;
 - 3) zarówno obowiązujące w tym względzie przepisy PZP, jak i UGN, mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a ich naruszenie może stanowić przyczynę nieważności umowy leasingu zwrotnego;
 - 4) w efekcie nie jest możliwe wyłonienie finansującego w konkurencyjnej procedurze określonej w PZP i jednocześnie przeprowadzenie przetargu na nabywcę nieruchomości zgodnie z przepisami UGN.

Propozycje i cel zmian:

- 2.5.4 Postulujemy zatem wyłączenie przewidzianego w UGN wymogu przeprowadzania przetargu dla zbycia nieruchomości przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego w przypadku, gdy do zbycia dochodzi na rzecz podmiotu świadczącego usługę finansową w ramach umowy leasingu zwrotnego, wybranego w trybie PZP.
- 2.5.5 Celem proponowanych zmian jest zwiększenie możliwości finansowych SP i JST, w tym ich zdolności do finansowania inwestycji poprzez wprowadzenie prostych, przejrzystych i jednoznacznych procedur korzystania z leasingu zwrotnego (usunięcie kolizji pomiędzy przepisami PZP a UGN).
- 2.5.6 W związku z tym proponujemy dodanie pkt 17) w art. 37 ust. 2 UGN, zgodnie z którym:

⁵ Analiza prawna możliwości realizacji przez podmioty publiczne projektów PPP na innej podstawie prawnej niż ustawa o PPP, Platforma partnerstwa publiczno-prywatnego, Kwiecień 2014 r., str. 23-24, źródło: www.ppp.gov.pl.



„2. Nieruchomość jest zbywana w drodze bezprzetargowej, jeżeli: (...)

17) jest zbywana na rzecz podmiotu świadczącego usługę finansową na podstawie umowy leasingu zwrotnego, a wybór tego podmiotu został dokonany w trybie ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych”.

- 2.6 Art. 11 Projektu: wyłączenie zamówień dotyczących pozyskania zwrotnego finansowania (w tym leasingu) z zakresu stosowania PZP

Stan obecny – problemy:

- 2.6.1 Dalej idącą postulowaną zmianą, mającą jednak uzasadnienie w przepisach unijnych, jest wyłączenie obowiązku stosowania PZP do umów związanych z pozyskaniem zwrotnego finansowania przez podmioty publiczne (w tym leasingu).
- 2.6.2 W stanie prawnym obowiązującym do 28.07.2016 r. wyłączenie dotyczące usług finansowych przewidziane w PZP obejmowało wprost jedynie „usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w szczególności związane z transakcjami mającymi na celu uzyskanie dla zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału” (art. 4 pkt 3 lit. j w brzmieniu sprzed 28.07.2016 r.). Jedynie zaciąganie kredytów i pożyczek przez Skarb Państwa było objęte wyraźnym ustawowym wyłączeniem stosowania PZP (art. 84 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych, dalej „u.f.p.”). Z tego względu pozyskiwanie finansowania, np. przez spółki zależne Skarbu Państwa lub spółki komunalne odbywało się często w drodze emisji obligacji, co pozwalało na pominięcie procedur zamówień publicznych.
- 2.6.3 28.07.2016 r. weszła w życie nowelizacja PZP, która wyraźnie wyłączyła stosowanie PZP również do zamówienia, którego przedmiotem są „pożyczki lub kredyty, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, z wyjątkiem kredytów zaciąganych przez jednostki samorządu terytorialnego w granicach upoważnień zawartych w uchwale budżetowej” (dodany art. 4 pkt. 3 lit. ja PZP).
- 2.6.4 Źródłem wprowadzenia do PZP ww. wyłączenia była implementacja do polskiego systemu prawnego przepisów dyrektywy „klasycznej” nr 2014/24/UE (art. 10 lit. f) oraz dyrektywy „sektorowej” nr 2014/25/UE (art. 21 lit. e), zgodnie z którymi dyrektywy nie mają zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie „pożyczek, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych” (wersja angielska: „loans, whether or not in connection with the issue, sale, purchase or transfer of securities or other financial instruments”).

- 2.6.5 Dyrektywy nie zawierają definicji pojęcia „pożyczki” (*loan*), występującego w motywie (26) preambuły dyrektywy „klasycznej” i jej art. 10 lit. f oraz w motywie (34) dyrektywy „sektorowej” i jej art. 21 lit. e. Pojęcie to powinno być interpretowane w prawie unijnym celowościowo jako obejmujące różne formy zwrotnego finansowania zawierającego element kredytowania.
- 2.6.6 Wskazuje na to m.in. motyw (27) preambuły poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE z 31.03.2004 r., zgodnie z którym „usługi finansowe objęte niniejszą dyrektywą nie obejmują instrumentów polityki pieniężnej, kursów wymiany, długu publicznego, zarządzania rezerwami ani innych polityk obejmujących transakcje papierami wartościowymi lub innymi instrumentami finansowymi, w szczególności transakcje zawierane przez instytucje zamawiające celem uzyskania funduszy lub kapitału”. Celem dodatkowych wyłączeń wprowadzonych dyrektywą nr 2014/24/UE oraz nr 2014/25/UE było natomiast jedynie doprecyzowanie zakresu wyłączenia usług finansowych oraz rozstrzygnięcie wątpliwości pojawiających się w państwach członkowskich UE na gruncie stosowania poprzednio obowiązujących dyrektyw – zgodnie z motywem (26) preambuły dyrektywy „klasycznej” nr 2014/24/UE „należy także ostatecznie doprecyzować, że pożyczki – bez względu na to, czy są one związane z emisją papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, czy też z innymi operacjami dotyczącymi takich papierów lub instrumentów – powinny być wyłączone z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy”.
- 2.6.7 Dla określenia zakresu wyłączenia usług finansowych istotne jest zatem odniesienie się do pojęcia „długu publicznego”. Definicję państwowego długu publicznego w prawie polskim zawierają przepisy u.f.p. i rozporządzenia Ministra Finansów z 28.12.2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego. Zgodnie z tymi przepisami państwowy dług publiczny obejmuje m.in. zobowiązania z tytułu zaciągniętych kredytów i pożyczek, przy czym „do tej kategorii zalicza się również (...) umowy leasingu zawarte z producentem lub finansującym, w których ryzyko i korzyści z tytułu własności są przeniesione na korzystającego z rzeczy, a także umowy nienazwane o terminie zapłaty dłuższym niż rok, związane z finansowaniem usług, dostaw, robót budowlanych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu (...)”.
- 2.6.8 Użyte w PZP pojęcia „pożyczka” i „kredyt” powinny być zatem interpretowane zgodnie z rozumieniem tego pojęcia na gruncie przepisów o finansach publicznych, a więc także jako inne formy pozyskania finansowania zwrotnego o cechach podobnych do umowy pożyczki lub kredytu (w tym na podstawie umowy leasingu).

- 2.6.9 Użycie ww. pojęć w PZP może powodować w praktyce wątpliwości interpretacyjne co do zakresu stosowania wyłączenia PZP wobec podmiotów innych niż Skarb Państwa, w tym prowadzić do jego stosowania wyłącznie do instrumentu pożyczki w rozumieniu k.c. lub kredytu w rozumieniu ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (na to ryzyko zwracano uwagę w toku prac legislacyjnych mających na celu transponowanie ww. dyrektyw do polskiego porządku prawnego, zob. uwaga nr 65 w tabeli rozbieżności zgłoszona przez Bank Gospodarstwa Krajowego). Takie zawężenie zakresu wyłączenia nie znajduje natomiast żadnego uzasadnienia i byłoby sprzeczne z celem i motywami dyrektyw unijnych. Mogłoby również skutkować zarzutem nieprawidłowej transpozycji dyrektyw do prawa polskiego.

Cel zmian:

- 2.6.10 Celem proponowanej zmiany PZP jest wyeliminowanie wskazanych wątpliwości interpretacyjnych poprzez wyraźne objęcie wyłączeniem stosowania PZP do zamówień na usługi finansowe związane z pozyskaniem zwrotnego finansowania, również na podstawie umów leasingu lub innych umów o podobnym charakterze (tj. umów wywołujących skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki oraz umowy kredytu).
- 2.6.11 Wprowadzenie tej zmiany jest konieczne z uwagi na kształtującą się już na gruncie obecnego brzmienia art. 4 pkt 3 lit. ja PZP niekorzystną praktykę podmiotów objętych PZP – podmioty te odnoszą wyłączenie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych jedynie do kredytów udzielanych przez banki oraz do umów pożyczek w rozumieniu art. 720 k.c. Taka praktyka skutkuje z kolei nadmiernym uprzywilejowaniem pozycji podmiotów udzielających finansowania w postaci pożyczek oraz kredytów (w szczególności banków) względem uczestników obrotu udzielających finansowania zwrotnego w innych formach. Dotyczy to zwłaszcza leasingodawców oferujących finansowanie w formie atrakcyjnej alternatywy dla kredytu bankowego. W dalszej perspektywie może to prowadzić natomiast do całkowitego wyeliminowania leasingu jako korzystnej formy realizacji zadań publicznych (w tym w formule PPP).

Propozycje zmian:

- 2.6.12 Wyraźne wskazanie w PZP, że wyłączenie jego stosowania dotyczy wszelkich usług finansowych związanych z pozyskaniem zwrotnego finansowania, podobnych do umowy kredytu, pożyczki czy leasingu. Jednocześnie wyłączenie to nie będzie miało zastosowania do pozyskania finansowania zwrotnego przez jednostki samorządu terytorialnego, które na podstawie przepisów szczególnych zobowiązane są do zaciągania kredytów (pożyczek) w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.



2.6.13 Proponowane brzmienie art. 4 pkt 3 lit. ja PZP:

„ja) usługi finansowe związane z pozyskaniem zwrotnego finansowania, inne niż usługi, o których mowa w lit. j), w szczególności na podstawie umowy kredytu, pożyczki, leasingu lub innej umowy o podobnym charakterze, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, z wyjątkiem umów zawieranych przez jednostki samorządu terytorialnego w granicach upoważnień zawartych w uchwale budżetowej,“.

FKA Furtek Komosa Aleksandrowicz