

Piaseczno, 20.09.2024 r.

dr hab. Wojciech Gonet, notariusz w Piasecznie

Recenzja pracy doktorskiej Pawła Stokłosa, pt. *Zastosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego w wykonaniu zadań własnych gminy*.

1. Cel badawczy

We wstępie Autor sformułował pytanie czy partnerstwo publiczno-prywatne może być stosowane w celu realizacji zadań własnych gminy i jakie są w tym zakresie ograniczenia wraz z hipotezą wskazującą, że obowiązujący stan prawny w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego jest poważną barierą w zakresie dynamicznego rozwoju instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego na poziomie realizacji zadań własnych gminy.

Zarówno pytanie jak i hipoteza są mało oryginalne. Były one przedmiotem wielu publikacji, analiz w tym cytowanych przez Autora. Całościowego opracowania poświęconego przedmiotowej tematyce nie było. Należy docenić wysiłek Autora podjęcia się opracowania tego złożonego zagadnienia, które wykracza poza dyscyplinę prawo, gdyż dotyczy także innych dyscyplin wskazywanych w rozprawie jak np. politologia, psychologia czy ekonomia.

2. Układ pracy

Autor podzielił pracę na pięć rozdziałów, wstęp i zakończenie. Rozdział III pt. *Teoretyczne ujęcie partnerstwa publiczno-prywatnego* składa się z dwóch podrozdziałów które są związane z tytułem rozdziału oraz dwóch kolejnych podrozdziałów pt. *Zalety i wady stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego*, *Wykorzystanie partnerstwa publiczno-prywatnego w wykonywaniu zadań własnych gminy*, które powinny być osobnymi rozdziałami. W szczególności dotyczy to opisanie przykładów, kiedy udało się zrealizować partnerstwo publiczno-prywatne w gminach, co jest praktyką a nie teorią. Jeżeli już Autor zajął się przedstawieniem pozytywnych przykładów PPP to dla równowagi powinien przedstawić przypadki, kiedy nie udało się zrealizować PPP, a było ich znacznie więcej niż zrealizowanych. Ich analiza pozwoliłaby na sformułowanie własnych wniosków, w zakresie trudności stosowania PPP w realizacji zadań własnych przez gminy. Autor w zakresie wskazania barier w rozwoju PPP ograniczył się do cytowania materiałów i opracowań opublikowanych przez podmioty zajmujące się doradztwem w zakresie PPP. Rozdział V pt. *Instytucjonalne*



zabezpieczenie funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego, w ograniczonym zakresie związany jest z tematem pracy a w szczególności podrozdział *Regulacje z zakresu finansów publicznych*. Jak słusznie zauważa Autor przepis art. 17 ustawy z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (dalej u.p.p.p.) nie dotyczy gmin, lecz organów administracji rządowej i łączna kwota do wysokości której organy administracji rządowej mogą w danym roku zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, wynikająca z ustawy budżetowej na dany rok, nie stanowi bariery dla gmin w wykorzystaniu partnerstwa publiczno-prywatnego, a przez to nie jest związana tematem pracy. W tym podrozdziale Autor mógł zająć się analizą zobowiązań z umów o partnerstwo publiczno-prywatnego, które są zaliczane do państwowego długu publicznego, na który składa się dług gmin. Przepis §3 pkt 2) rozporządzenia ministra finansów z 28.12.2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego (Dz. U. z 2012 r., poz. 58) stanowi, że tytuły dłużne zaliczane do państwowego długu publicznego, dzielą się na m.in.: kredyty i pożyczki, przy czym do tej kategorii, oprócz umów kredytu i pożyczek, zalicza się również umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz umowy o poprawę efektywności energetycznej, które mają wpływ na poziom długu publicznego, dłużne papiery wartościowe, których zbywalność jest ograniczona, umowy sprzedaży, w których cena jest płatna w ratach, 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. Ustawowa regulacja, wskazująca kiedy zobowiązania z umów o PPP nie wpływają na państwowy dług publiczny zawarta jest w art. 18a u.p.p.p. oraz w rozporządzeniu wykonawczym ministra gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie (Dz. U. z 2015 r., poz. 284), przy czym przepisy te nastroczają wiele wątpliwości interpretacyjnych. Związek zadłużenia gminy wynikającego z umowy o PPP z potencjalnym wykorzystaniem PPP do realizacji zadania publicznego jest oczywisty.

Przepis §3 pkt 2 rozporządzenia ministra finansów z 23.10.2010 r. (nie obowiązującego obecnie) stanowił, że tytułami dłużnymi zaliczanymi do państwowego długu publicznego są m.in.: kredyty i pożyczki, przy czym do tej kategorii zaliczało się również umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które miały wpływ na poziom długu publicznego, papiery wartościowe, których zbywalność jest ograniczona, umowy sprzedaży, w których cena jest płatna w ratach, 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. Przed wejściem w życie rozporządzenia ministra finansów z 23.10.2010 r. wiele gmin realizowało inwestycje dokonując wyboru wykonawcy w procedurze zamówień publicznych, wskazując w warunkach zamówienia, że płatność za wykonane prace budowlane, usługi, itp. nie nastąpi po wykonaniu i dopuszczeniu do użytkowania obiektów budowlanych, lecz będzie rozłożona w czasie, a wykonawca ma zapewnić całość finansowania inwestycji budowlanej, np. poprzez załączenie do oferty umowy kredytu zawartej z bankiem lub promesy jego udzielenia. Warunki zamówienia, wskazywały na możliwość cesji wierzytelności np. z umowy o roboty budowlane, po dopuszczeniu do użytkowania obiektów budowlanych w ten sposób, że gmina płaciła wynagrodzenie wykonawcy w częściach do banku finansującego, spłacając zadłużenie zaciągnięte na realizację inwestycji przez wykonawcę. Realizacja inwestycji z wykorzystaniem tego mechanizmu finansowania, była droższa niż gdyby gmina zapłaciła ze środków własnych lub samodzielnie zaciągnęła kredyt, który jest zazwyczaj tańszy niż dla przedsiębiorców. Zobowiązania gmin z tych przykładów realizacji inwestycji, nie były zaliczane do ich długu publicznego, gdyż umowy jakie gmina zawierała nie były ani kredytem ani pożyczką *sensu stricto*. Po rozszerzeniu pojęcia „kredytów i pożyczek” przez §3 pkt 2 rozporządzenia ministra finansów z 23.10.2010 r. i wskazanie, że do tej kategorii zalicza się do m.in.:

- 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,
- umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego,

dług publiczny wielu gmin po 1.01.2011 r. przekraczał ustawowe limity zadłużenia.

Do końca 2010 r. partnerstwo publiczno-prywatne było przedstawiane jako sposób realizacji inwestycji, usług z którego zobowiązania jednostek sektora finansów publicznych nie zalicza się do długu publicznego. Była to niewątpliwie zaleta i przewaga nad innymi formami realizacji inwestycji, gdy gmina mogła spłacać zobowiązania z umowy o PPP ze środków własnych w długim terminie, bez potrzeby jednorazowej zapłaty za wykonane prace budowlane lub usługi. Od 1.01.2011 r. do 1.01.2013 r. właściwe wszystkie zobowiązania z umów o PPP klasyfikowało się do długu publicznego, gdyż przepis art. 18a ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym wszedł w życie 1.01.2013 r. a rozporządzenie wykonawcze ministra gospodarki z dnia 11 lutego

2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie weszło w życie dopiero 18 marca 2015 r. Mimo zmian legislacyjnych nadal są trudności z zakwalifikowaniem lub nie zobowiązań z umów o PPP do długu publicznego. Wymienionych problemów nie rozwiązuje w pełni, publikacja autorstwa M. Bitnera i M. Warzyńskiego pt. *Analiza wpływu zobowiązań finansowych z umów o PPP na deficyt budżetowy i dług publiczny. Przewodnik praktyczny*, Warszawa 2019 r.¹, której brak w bibliografii rozprawy. Autor nie zajął się wpływem zobowiązań z umów o PPP na dług publiczny gminy oraz innymi problemami, jak należy ukształtować treść umowy o PPP aby zobowiązania z niej nie wpływały na poziom długu gminy a mógł to być jego istotny wkład własny do nauki prawa. Trudność ustalenia czy zobowiązania z umowy o PPP zwiększają dług gminy czy też nie oraz możliwość odmiennej interpretacji zapisów umowy o PPP w tym zakresie przez RIO, jest barierą w zakresie rozwoju PPP na poziomie realizacji zadań publicznych i potwierdza hipotezę sformułowaną we wstępie. W pozostałym zakresie układ pracy jest poprawny.

3. Treść merytoryczna pracy

Słuszny jest pogląd Autora, że PPP nie można zastosować w gminach do realizacji zadań administracyjnych, związanych ze stosowaniem uprawnień władczych gminy (str. 169). Nieco naiwny jest pogląd Autora, że w PPP może funkcjonować straż pożarna, której funkcjonariusze w czasie wolnym od gaszenia pożarów, wypompowywania wody z zalanych budynków itp. zajmowałiby się pracami wysokościowymi, utrzymaniem zieleni, bieżącym utrzymaniem dróg (str. 172). Jeżeli ktoś ma się zajmować bezpieczeństwem to powinien być gotowy do wykonania swoich obowiązków niezwłocznie. Wykonując jakiegokolwiek inne prace, naraża potrzebujących na opóźnienie w wykonaniu swoich podstawowych obowiązków, tj. nie zapewnia im w pełni bezpieczeństwa. Inne poglądy Autora dotyczące wykorzystania PPP do realizacji zadań gminy, są słuszne (str. 171, 173). Autor ma rację pisząc, że przygotowanie PPP jest bardzo długie na etapie poprzedzającym zawarcie umowy (str. 177) nie wskazuje jednak co należy zrobić, aby ten czas był krótszy tzn. z jakich analiz ustawodawca powinien zrezygnować aby wykazać, że realizacja przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w porównaniu do realizacji przedsięwzięcia w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych jest efektywniejsza (art. 3a ust. 1 u.p.p.). Jest to jedna z barier rozwoju PPP w Polsce. Jednostki sektora finansów publicznych nie mogą

¹ publikacja /<https://www.ppp.gov.pl/media/system/podstrony/Analiza-wplywu-zobowiazan-finansowych-z-umow-PPP-II.pdf>.

stosować PPP do realizacji swych zadań kiedy chcą, tak jak koncesji na roboty budowlane lub usługi (poza ograniczeniami wynikającymi z ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi), którą mogą się posłużyć bez przeprowadzania obowiązkowych analiz mających wykazać, że koncesja jest efektywniejszym sposobem realizacji zadania publicznego.

Autor w niewielkim zakresie podejmuje polemikę z prezentowanymi poglądami doktryny i orzecznictwem, np. na str. 87, kończy opis zagadnienia stwierdzeniem, że niejednoznaczne jest stanowisko orzecznictwa w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej za akty administracyjne na podstawie art. 417 §1 k.c., nie podejmując żadnej polemiki i nie prezentując własnych poglądów.

Na str. 96 wyrażony został pogląd, „... że podmioty publiczne, w przeciwieństwie do prywatnych, z zasady niemal zawsze są wypłacalne.” Pogląd jest słuszny, warto jednak pamiętać o wyjątkach od tej zasady jak zniesiona rozporządzeniem z 7.08.2018 r.² gmina Ostrowice, ze względu na jej zadłużenie, które do spłaty przejął Skarb Państwa (art. 3 ust. 2 ustawy 5 lipca 2018 r. o szczególnych rozwiązaniach dotyczących gminy Ostrowice w województwie zachodniopomorskim, Dz.U. z 2018 r. poz. 1432).

Na stronie 141 znajduje się sformułowanie z którego wynika, że inwestycje realizowane z wykorzystaniem PPP są tańsze średnio o 15-17% od inwestycji prowadzonych na podstawie klasycznego zamówienia publicznego. Może być to prawdą, gdy podmioty publiczny i prywatny nie zaciągają długu na wykonanie przedsięwzięcia a przedmiotem PPP nie są usługi w których świadczeniu następuje szybki postęp technologiczny. Jako przykład odchodzenia od PPP można wskazać Anglię, której zobowiązania z umów o PPP zostały uznane za dług publiczny oraz okazało się, że część usług świadczonych przez przedsiębiorców prywatnych w ramach wieloletnich umów o PPP jest droższa, niż gdyby zlecić ich wykonanie wspólnie. Dotyczy to np. umów o PPP polegających na monitorowaniu bezpieczeństwa w mieście. Umowy o PPP w tym zakresie podpisane kilkanaście lat temu, przy ówczesnym stanie techniki są obecnie drogie w porównaniu do techniki i środków jakie można zastosować wspólnie. Autor bezkrytycznie wskazuje doświadczenia krajów anglosaskich jako wzór dla polskich gmin w zakresie stosowania PPP. W prosty sposób nie da się przenieść rozwiązań legislacyjnych z kraju o innym systemie prawnym, w którym PPP ma tradycję bardzo długą do innego kraju, gdzie PPP nie przyjmuje się mimo znacznych działań podjętych na jego upowszechnienie w tym przez agencje rządowe.

² Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie zniesienia gminy Ostrowice oraz ustalenia granic gminy Drawsko Pomorskie i gminy Złocieniec z dnia 7 sierpnia 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1527).

W podrozdziale 3.4 na str. 150 i następnych zaprezentowane są dość niekatulane dane statystyczne dotyczące m.in. długu publicznego, wydatków gmin, wartości rynku PPP, które kończą się w większości na 2021 r. a praca jest napisana ze stanem na 31.03.2024 r. Autor powinien je uaktualnić przynajmniej do 2023 r.

Jako trudność w upowszechnieniu się PPP jako metody realizacji zadań własnych gminy można wskazać przy umowach wieloletnich brak wpływu gminy jako podmiotu publicznego na sytuację partnera prywatnego będącego spółką. Przedmiotowa spółka może ulegać przekształceniom, przejęciom, połączeniom, podziałom zgodnie z przepisami kodeksu spółek handlowych oraz jej sytuacja finansowa może się pogorszyć do tego stopnia, że będzie wymagała przeprowadzenia jednego z 4 postępowań restrukturyzacyjnych zgodnie z przepisami ustawy z 15.05.2015 r. prawo restrukturyzacyjne lub ogłoszona zostanie jej upadłość na podstawie przepisów ustawy z 28.02.2003 r. Prawo upadłościowe. Najgorsza jest sytuacja gminy w przypadku gdy zostanie ogłoszona upadłość partnera prywatnego. Wymienione wyżej zdarzenia nie były przedmiotem analiz Autora w zakresie negatywnego wpływu na rozwój PPP i możliwość zastosowania PPP do realizacji zadań własnych gmin, a zagadnienia te są mało opracowane w literaturze przedmiotu.

Niewłaściwe są dwa wnioski końcowe dotyczące zmian regulacji prawnych na str. 292, tj.:

- 1) doprecyzowania wymaga upoważnienie do wykonywania praw wynikających z posiadania przez j.s.t. udziałów lub akcji w spółce celowej, utworzonej w celu realizacji przedsięwzięcia PPP w przepisach u.p.p.p. poprzez odesłanie do właściwych przepisów szczególnych,
- 2) wprowadzenia zakazu występowania spółki komunalnej w charakterze partnera prywatnego.

Wykonywanie praw z udziałów, akcji w spółkach kapitałowych w których jednostki samorządu terytorialnego są współnikami uregulowane jest w art. 12 ustawy z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej odsyłającej do odpowiedniego stosowania przepisów art. 11-16 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym oraz w przepisach kodeksu spółek handlowych. W literaturze przedmiotu są opracowania wyjaśniające jak stosować ww. ustawy³. Przepisy te stosuje się również do spółek powołanych do realizacji PPP, z

³ Np. W. Gonet, *Obrót prawami właścicielskimi w spółkach komunalnych*, (w:) M. Biliński, W. Gonet, H. Wolska, *Gospodarka komunalna. Problematyka realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2020, s. 138-228; W. Gonet, *Kontrola zbywania akcji, udziałów przez jednostki samorządu terytorialnego, samorządowe osoby prawne, gminne spółki osobowe*, (w:) M. Biliński, W. Gonet, H. Wolska, *Kontrola oraz nadzór dotyczący realizacji zadań z zakresu gospodarki komunalnej*, Warszawa 2020, s. 158-168.

ograniczeniami dotyczącymi nakazu zbycia udziałów, akcji oraz ich prawa pierwokupu (art. 14b, 16 u.p.p.p.).

Spółki komunalne mogą być dochodowe, gdy zajmują się dostarczaniem ciepła, wody, odprowadzaniem ścieków, usuwaniem odpadów oraz wymagać wsparcia finansowego od gminy gdy zajmują się np. transportem publicznym. Spółki komunalne mogą utworzyć grupę kapitałową na podstawie art. 1a ustawy z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, w ten sposób łączny płacony podatek dochodowy przez wszystkie spółki jest mniejszy, gdyż strata spółek niedochodowych zmniejsza wysokość płaconego podatku przez spółki dochodowe⁴. Dochodowe spółki komunalne mogą realizować zadania inwestycyjne gminy, bez obciążania w tym zakresie gminy. Zarówno ustawa o PPP z 2005 r. jak i z 2008 r. tak samo definiowały osoby prawne w których jednostki sektora finansów publicznych wystarczy, że posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, aby uznać je za podmiot publiczny. Posłużenie się przez gminę spółką komunalną jako podmiotem publicznym do realizacji PPP oznacza, że nie będzie problemów z zaliczaniem zobowiązań z umowy o PPP do długu publicznego, gdyż zobowiązań spółek komunalnych, nie zalicza się do długu publicznego.

4. Uwagi edytorskie

W każdym rozdziale znajduje się tekst poza kwalifikacją. Pod tytułem rozdziału znajduje się tekst, który nie jest osobnym podrozdziałem ani zaznaczony jako wstęp do rozdziału. Podobnie jest w przypadkach, gdy podrozdziały dzielą się na punkty. Prawdłowo zredagowana praca nie zawiera tekstów bez przypisania do podrozdziału lub punktu.

Na stronach 90, 91 są przypisy o treści ²⁹³ Ibidem, s. 111, ²⁹⁴ Ibidem, s. 332, ²⁹⁵ Ibidem, s. 332, poprzedza je przypis o treści ²⁹² Wyrok SN z 6.06.2014 r., III CSK 211/13, LEX nr 1504755. Wyroki sądu publikowane elektronicznie w programie Lex nie zawierają stron. We wcześniejszych przypisach nr 289, 290, 291 również cytowane są wyroki sądów z programu Lex, a dopiero przypis cytujący publikację będącą książką ma nr 287. Nie wiadomo jakiego dzieła dotyczą przypisy 293, 294, 295. Kartki pomiędzy stronami 11-13, 110-112 nie zawierają nr strony. Na str. 93 znajdują się 2 zdania napisane niegramatycznie:

⁴ Jako przykład można wskazać spółkę pod firmą Krakowski Holding Komunalny S.A. z siedzibą w Krakowie, utworzoną przez spółki których właścicielem jest miasto Kraków.

„Jednak według aktualnie dominującej wykładni tego przepisu on zastosowanie jedynie w odniesieniu do szkód wyrządzonych aktami władczymi (aktami administracyjnymi, orzeczeniami sądowymi, aktami normatywnymi, środkami przymusu) nie zaś powstałych w wyniku czynności z zakresu usług komunalnych³¹³.”, po słowie „przepisu” brakuje słowa „ma”. „W piśmiennictwie podkreśla się, że relacji pomiędzy gminą a spółką komunalną nie można utożsamiać ze standardową relacją wspólnikiem spółki kapitałowej a tą spółką, niemniej jednak wydaje się, że w takich relacjach dopuszcza się możliwość stosowania art. 417 K.c. jako podstawy odpowiedzialności solidarnej gminy i jej spółki wobec wierzyciela.”, źle został odmieniony wyraz „wspólnikiem” powinno być „wspólnika”.

Na stronie 182 w zdaniu „Wskazano ponadto na (4) niewystarczający poziom wykorzystania formuły hybrydowej (priorytyzacja wykorzystania finansowania bezzwrotnego do realizacji inwestycji w formule tradycyjnej.”, zamiast „(” powinien być „, ”.

Autor używa w pracy potocznych, nie naukowych słów i zwrotów np.:

- „w odniesieniu”, „odnosi”, „odnośnie” np. na stronach 7, 12, 18, 84, 86, 89, 104 (2 razy), 144, 276, 291, 292, 293
- „nie odbiega” na stronie 94,
- „że chodzi to o” na stronie 95
- „rodzi” na stronach 9, 185, 92 w przypisie ³⁰⁸,
- „z kolei” na stronach 180, 144 w przypisie ⁴⁸⁹.

5. Wnioski

Opracowanie Pawła Stokłosa, pt. *Zastosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego w wykonaniu zadań własnych gminy* jest w miarę oryginalnym rozwiązaniem problemu naukowego. Autor wykazał się wystarczającą wiedzą: prawniczą i teoretyczną w dyscyplinie prawo. Praca Pawła Stokłosa spełnia w niezbędnym zakresie wymagania stawiane rozprawom doktorskim i może być przedmiotem dalszych czynności w przewodzie o nadanie stopnia doktora.

Wojciech Goner