



Warszawa, 15 lutego 2010 roku

Pan Magdalena Gaj  
Podsekretarz Stanu  
**Ministerstwo Infrastruktury**  
ul. Chałubińskiego 4/6  
00-928 Warszawa

Dot.: sposobów realizacji przez jednostki samorządu terytorialnego zadań w zakresie działalności telekomunikacyjnej

W związku z pojawieniem się dodatkowych zagadnień odnośnie do sposobów realizacji przez jednostki samorządu terytorialnego zadań w zakresie działalności telekomunikacyjnej, zgłoszonych pismem z dnia 17 lutego 2010 r., poniżej przekazuję stanowisko DZP w tym zakresie:

1.1 Partnerstwo publiczno-prywatne, koncesja – możliwe projekty ze względu na strukturę i wymogi dotyczące mechanizmu wynagrodzeniowego (*tiret 1 i 3*)

Mając na uwadze opisane w ekspertyzie instrumenty prawne służące realizacji zadań własnych JST w zakresie działalności określonej w art. 3 ust. 1 Projektu ustawy, należy stwierdzić, że zarówno PPP jak i koncesje nie w każdym przypadku mogą okazać się odpowiednim sposobem realizacji projektów w zakresie działalności, o której mowa w art. 3 ust. 1 Projektu ustawy. Wybór sposobu realizacji powinien być podyktowany specyfiką i przedmiotem projektu, a JST powinno kierować się zasadą optymalizacji efektów projektu i osiągnięcia korzyści z punktu widzenia interesu publicznego. Wymiar efektywności i korzystności może być finansowy (w świetle całościowego podejścia do projektu), ale również powinien wiązać się z jakością realizacji zadania, w tym poziomem świadczonych usług.

Zastosowanie danego sposobu realizacji zadania i określonej struktury powinno być efektem przeprowadzenia dogłębnych analiz prawnych (w tym podatkowych), finansowych i ekonomicznych oraz technicznych.

Jednocześnie w fazie przygotowania projektu, przy rozważaniu różnych struktur jego realizacji, rekomenduje się ścisłą współpracę z potencjalnymi partnerami prywatnymi (na zasadzie testowania rynku), których wkład merytoryczny odnośnie do założeń projektu może pomóc w zweryfikowaniu wymagań oraz pomysłów JST, niekiedy nie mających odzwierciedlenia rzeczywistości rynkowej.

Jednym z kluczowych elementów realizacji przedsięwzięć PPP i koncesji, obok efektywnej realizacji zadań JST na określonym poziomie jakościowym, jest zainteresowanie podmiotów prywatnych projektem i w ramach realizacji projektu - osiągnięcie celów im przyświecających (odpowiedni poziom zysku). Powyższe należy brać również pod uwagę ze względu na fakt, iż zarówno w formule PPP jak i koncesji finansowanie projektu zapewnia (w całości lub części) partner prywatny<sup>1</sup>.

W dużej mierze użycie formuły PPP czy też koncesji w ramach projektu będzie warunkowane możliwościami generowania przychodów w ramach projektu i w rezultacie przyjętym mechanizmem wynagrodzeniowym.

Skorzystanie z instrumentu koncesji będzie mogło dotyczyć projektów, w których możliwy i dopuszczalny, w szczególności z punktu widzenia partnera prywatnego będzie transfer ryzyka ekonomicznego związanego z koncesją. W związku powyższym oraz z przyjętym mechanizmem wynagrodzeniowym koncesji (prawo do korzystania z obiektu budowlanego/usługi albo takie prawo wraz z płatnością ze strony koncesjodawcy) do realizacji w tej formule naturalne wydają się projekty np. związane z pobieraniem opłat za korzystanie/udostępnienie infrastruktury, która została wybudowana i jest eksploatowana przez danego koncesjodawcę lub zawierające element świadczenia usług na rzecz użytkowników końcowych, w ramach których partner prywatny może przejąć ryzyko popytowe. Należy jednak podkreślić, że nie bez znaczenia będzie tu jednak obszar, na którym dokonywana będzie interwencja jak i warunki jej dokonania. Jednocześnie należy podkreślić, że sam fakt pobierania np. opłat od użytkowników końcowych w ramach projektu nie musi wiązać się z przejściem przez podmiot prywatny zasadniczej części ryzyka ekonomicznego związanego z prowadzoną działalnością gospodarczą. Konieczne będzie przeanalizowanie tego elementu w świetle całości zaprojektowanego w danym przypadku mechanizmu wynagrodzeniowego. Dodatkowo, mając na uwadze

---

<sup>1</sup> Por. art. 7 ust. 1 Ustawy o PPP oraz art. 1 Ustawy o koncesjach.

jego charakterystykę, należy zapewnić zgodność mechanizmu wynagrodzeniowego w ramach koncesji z zasadami pomocy publicznej.

Ostateczna wykonalność struktury koncesji powinna zostać zweryfikowana na podstawie odpowiednich analiz (w tym przede wszystkim dotyczących przepływów finansowych) i negocjacji z potencjalnymi koncesjonariuszami.

Partnerstwo publiczno-prywatne zapewnia możliwość realizacji dużo szerszego wachlarza projektów, w tym również takich, w których ryzyko ekonomiczne związane z projektem nie spoczywa na partnerze prywatnym. Wynagrodzenie partnera prywatnego na podstawie Ustawy o PPP może przybrać prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej jak i również formę płatności ze strony podmiotu publicznego<sup>2</sup>.

Mechanizm wynagrodzeniowy w ramach PPP powinien być wystarczający w kontekście sfinansowania projektu. Jednocześnie jego konstrukcja powinna zapewniać przejrzystość, zintegrowany charakter (zgodnie z ideą PPP płatność następuje za produkt), zgodność z zasadami pomocy publicznej i powinien on bazować na weryfikowalnych i obiektywnych kryteriach.

Mechanizmy płatności w ramach PPP mogą być konstruowane więc w oparciu o:

- (a) dostępność przedmiotu PPP;
- (b) rzeczywiste wykorzystanie przedmiotu PPP<sup>3</sup>.

W ramach takich systemów możliwe jest ujęcie zarówno projektów generujących przychody i przenoszących w tym zakresie ryzyko na partnera prywatnego, jak i projektów opartych o okresową płatność ze strony JST (bez transferu ryzyka popytowego) na podstawie jasno zdefiniowanych wskaźników dostępności.

## 1.2 Sposoby realizacji zadań z zakresu działalności telekomunikacyjnej (*tiret 2*)

Jak wskazano w ekspertyzie, realizacja działalności telekomunikacyjnej, o której mowa w art. 3 ust. 1 Projektu ustawy, może przyjąć różne formy i w związku z tym powodować konieczność zastosowania różnych instrumentów i regulacji prawnych. W zależności od charakterystyki projektu, wybranej formy jego realizacji, a także obszaru, na którym projekt będzie realizowany, realizacja zadań własnych JST z

---

<sup>2</sup> Jednocześnie należy zaznaczyć, że zgodnie z przyjętym stanowiskiem UZP wynagrodzenie za zamówienie publiczne nie musi przyjąć formy przekazania środków pieniężnych.

<sup>3</sup> Art. 7 ust. 2 Ustawy o PPP.

zakresu działalności telekomunikacyjnej może podlegać m.in. właściwym zasadom określonym w przepisach dotyczących zamówień publicznych (w tym powierzenia zadania tzw. podmiotowi wewnętrznemu), koncesji na roboty budowlane lub usługi, partnerstwa publiczno-prywatnego, gospodarowania nieruchomościami, z uwzględnieniem m.in. Prawa telekomunikacyjnego, czy przepisów dotyczących finansów publicznych, jak i funkcjonowania spółek prawa handlowego.

W ekspertyzie skupiono się na partnerstwie publiczno-prywatnym i koncesji ze względu na jej zakres przedmiotowy.

### 1.3 Ustawa o gospodarce komunalnej – planowane zmiany (*tiret 4*)

W zakres ekspertyzy nie wchodziła analiza konsekwencji planowanych zmian w Ustawie o gospodarce komunalnej.

Nie wchodząc w szczegóły, należy jednak stwierdzić, że zaproponowane w Projekcie ustawy brzmienie art. 3 ust. 1 Ustawy o gospodarce komunalnej jest niejasne i może budzić poważne wątpliwości interpretacyjne (np. co należy rozumieć pod pojęciem „zasady ogólne”, które zostało alternatywnie (alternatywa rozłączna) zaproponowane do wymienionych przepisów regulacji; w rzeczywistości należy stwierdzić, że właśnie wymienione w przepisach regulacje stanowią dla jednostek samorządu terytorialnego zasady ogólne ich działania). Tym samym więc, niezależnie od zastrzeżenia, iż pytanie to nie wchodzi w zakres ekspertyzy – nie rozumiejąc w pełni propozycji nowelizacyjnej dot. art. 3 ust. 1 Ugk – nie jesteśmy w stanie przewidzieć konsekwencji jego zmiany „dla wskazania trybu powierzania zadań z zakresu gospodarki komunalnej”.

Naszym zdaniem projektowane brzmienie przepisu nie odzwierciedla przekazanych nam intencji projektodawcy/prawodawcy dotyczących zapewnienia ścieżki postępowania, poprzez zastosowanie określonych instrumentów prawnych wykonywania zadań w przypadku, gdy nie znajdują zastosowania właściwe przepisy (por. pkt 1.4).

### 1.4 Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym – planowane zmiany

Projekt ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej: „Projekt ustawy”)<sup>4</sup> przewiduje zmianę ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100) (dalej: „Ustawa o PPP”), w zakresie dotyczącym procedury wyboru partnera prywatnego.

---

<sup>4</sup> Zarówno opinia jak i niniejsze stanowisko zostało przygotowane w oparciu o druk sejmowy 2546.

Zgodnie z projektowaną zmianą o art. 4 Ustawy o PPP „W przypadkach, w których nie ma zastosowania ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi ani ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami”.

Zgodnie z intencją projektu, celem tego przepisu „jest ustanowienie reguł wyłaniania partnera prywatnego w przypadku, w którym odesłanie do ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, a także do ustawy – Prawo zamówień publicznych obejmuje zamówienia lub koncesje wyłączone z zakresu zastosowania tych ustaw”<sup>5</sup>.

Pomijając analizę zasadności umieszczenia przepisu o powyższym celu w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, poniżej przedstawiamy analizę przepisu, w świetle realizacji przez jednostki samorządu terytorialnego (dalej: „JST”) zadań przewidzianych w Projekcie ustawy, w oparciu o formułę partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP).

W zakresie działalności związanej z sektorem telekomunikacyjnym obowiązują pewne wyłączenia z obowiązku stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz koncesji. Jak zostało wykazane w opinii, w ramach wykonywania zadań własnych określonych w art. 3 ust. 1 Projektu ustawy, JST nie zawsze będzie korzystała z przewidzianego przepisami wyłączenia.

Ze stosowania przepisów proceduralnych JST będzie zwolniona w przypadku, gdy będzie samodzielnie wykonywać działalność polegającą na udostępnianiu albo eksploatacji publicznej sieci telekomunikacyjnej albo świadczeniu publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. JST będą mogły prowadzić taką działalność na podstawie art. 5 Projektu ustawy, zgodnie z którym: „Działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1, wykonuje się zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, z tym że prowadzenie tej działalności przez jednostkę samorządu terytorialnego, także w formie niewyodrębnionej w ramach jej osobowości prawnej, wymaga uzyskania wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych”.

---

<sup>5</sup> Uzasadnienie do Projektu Ustawy.

Jednocześnie JST, która będzie jedynie powierzała innym podmiotom (tj. przedsiębiorcom telekomunikacyjnym) na podstawie umowy wykonywanie swoich zadań w zakresie telekomunikacji (tzn. udostępniania albo eksploatacji publicznej sieci telekomunikacyjnej albo świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych), nie będzie mogła korzystać ze wskazanego zwolnienia.

Jednym z możliwych trybów realizacji zadania własnego przez JST jest PPP. W takiej formule, przy zachowaniu specyfiki sektora oraz przepisów szczególnych i wykonaniu szczegółowych analiz, będą mogły być realizowane przedsięwzięcia z zakresu działalności, o której mowa w art. 3 ust. 1 Projektu Ustawy.

Ustawa o PPP w ramach zasad dotyczących wyboru partnera prywatnego, zgodnie z art. 4, odsyła, w zależności od mechanizmu wynagrodzeniowego do Prawa zamówień publicznych albo Ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi, z uwzględnieniem przepisów Ustawy o PPP (dotyczące obowiązku publikacyjnego, najkorzystniejszej oferty i kryteriów oceny ofert<sup>6</sup>).

W związku z możliwością zastosowania do określonych projektów wyłączeń z obowiązku stosowania przepisów zamówień publicznych lub koncesji sektora telekomunikacyjnego, w pewnych projektach realizowanych w ramach działalności objętej art. 3 ust. 1 Projektu ustawy JST nie miałyby jasno określonej procedury wyboru partnera.

Proponowana w Projekcie ustawy zmiana Ustawy o PPP, biorąc pod uwagę obowiązujące ww. wyłączenia sektora telekomunikacyjnego, wprowadza ścieżkę postępowania nakazującą w powyższym przypadku zastosowanie procedury zapewniającej konkurencję i równe traktowanie, przy jednoczesnym uwzględnieniu w odpowiednim zakresie przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami (w zakresie wnoszenia wkładu własnego). Jednocześnie przy przeprowadzaniu postępowania zastosowanie powinny znaleźć przepisy szczególne dotyczące postępowań PPP, o których mowa w Ustawie o PPP.

Zmianę taką należy uznać za idącą we właściwym kierunku, której rezultatem powinno być wydatkowanie środków publicznych w sposób przejrzysty i celowy, z zachowaniem zasad konkurencji i równego traktowania.

Wydaje się jednak, że intencja przyświecająca ustawodawcy przy wprowadzaniu tej zmiany powinna odnosić się nie tylko do Ustawy o PPP ale do wszystkich instrumentów związanych z powierzaniem zadań (zamówienia publiczne, koncesje).

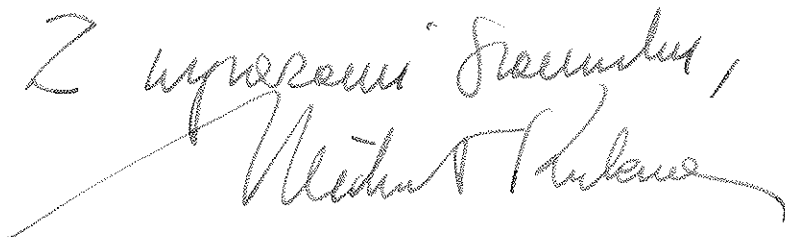
---

<sup>6</sup> Art. 5 i 6 Ustawy o PPP.

Dlatego uważamy, że generalna regulacja tego rodzaju powinna pojawić się w ustawie o gospodarce komunalnej (Ugk); równocześnie wyrażamy pogląd, że rozwiązanie zaprojektowane w tym zakresie dla Ugk (art. 3 ust. 1) jest niejasne i w szczególności nie oddaje właściwie powyższej intencji – por. poprz. pkt 1.3 niniejszego pisma).

Jak wspomiano zasadność umieszczenia przepisu o powyższym celu w Ustawie o PPP nie jest przedmiotem niniejszych rozważań.

Jednocześnie mając na uwadze powyższe, konstruuąc postępowania objęte wyłączeniem telekomunikacyjnym zgodnie z projektowanym przepisem, szczególny nacisk powinien zostać położony na kwestie mogącej się pojawić pomocy publicznej i naruszenie zasad konkurencji, związanych z wyborem wykonawcy jak i wniesieniem wkładu własnego. Należy pamiętać, że wyłączenie dotyczące sektora telekomunikacyjnego zostało przewidziane w przepisach wspólnotowych w związku z sytuacją na rynku telekomunikacyjnym w państwach członkowskich Unii Europejskiej, która pozwala na stwierdzenie, że istnieje na nim efektywna konkurencja w następstwie wdrożenia przepisów Wspólnotowych mających na celu liberalizację tego sektora. Należy domniemywać, że sytuacja będzie przedstawiała się jednak inaczej w przypadku podejmowania przez JST interwencji w zakresie działalności wskazanej w art. 3 ust. 1 (w tym działalności podlegającej wyłączeniom) na tzw. „obszarach białych” lub „szarych” (objęcie interwencją tych obszarów było założeniem prawodawcy), co może wpłynąć na ocenę tych projektów dokonywaną np. przez Komisję Europejską.



Prof. Michał Kulesza

*Partner*

Domański Zakrzewski Palinka sp.k.