

Bartłomiej Poczowski\*

## **SPÓŁKA CELOWA (SPV) JAKO INSTRUMENT REALIZACJI PRZEDSIĘWZIĘĆ W FORMULE PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO Z PERSPEKTYWY PODMIOTU PUBLICZNEGO**

### **1. Wstęp**

Kondycja finansów publicznych sprawia, iż w sektorze publicznym co raz częściej zamiast wyboru tradycyjnej formy realizowania zadań publicznych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, rozważa się możliwość zastosowania formuły partnerstwa publiczno-prywatnego (dalej: ppp). Praktyka jej stosowania jest jednak stosunkowo skromna co uzasadniać należy w szczególności nowymi przepisami ustawy. Pomimo to, wskazać należy, iż jest to formuła, która może przyczynić się do realizowania inwestycji w sposób bardziej efektywny oraz zapewniający oszczędność dla podmiotu publicznego pod warunkiem jednak, iż zostanie odpowiednio zaplanowana, biorąc pod uwagę w szczególności ochronę interesów partnera publicznego. Przedsięwzięcia w formule ppp mogą być realizowane z wykorzystaniem struktury spółki celowej (tzw. SPV, *special purpose vehicle*, zwana również spółką specjalnego przeznaczenia). Warto podkreślić, iż dopiero ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym z 19.12.2008 r. dokonała legitymizacji spółki celowej jako narzędzia, które może ułatwiać wykonywanie zadań publicznych w formule ppp. Ze względu na niedostatek aktualnych opracowań, które poświęcone byłyby tej materii, konieczne jest omówienie najważniejszych

---

\* Mgr Bartłomiej Poczowski – Doktorant, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

założeń funkcjonowania spółki celowej, w kontekście realizacji zadań publicznych w formule ppp, ze szczególnym uwzględnieniem doniosłości roli oraz interesu partnera publicznego.

## 2. Realizacja zadań publicznych w formule partnerstwa publiczno- prywatnego

Sektor publiczny jest zobowiązany na mocy ustaw do realizowania określonych przedsięwzięć. *Sensu stricto* będą to jednak konkretne zadania publiczne i właśnie od wyjaśnienia ich definicji konieczne jest rozpoczęcie niniejszych rozważań. Moim zdaniem „zadanie publiczne” najtrafniej definiuje S. Fundowicz jako „przyjęte przez państwo zaspokajanie zbiorowych i indywidualnych potrzeb człowieka, wynikających ze współżycia ludzi w społeczności”. W definicji tej wyróżnić można dwa elementy: materialny oraz formalny. Pierwszy element stanowi o zaspokajaniu zarówno indywidualnych jak i zbiorowych potrzeb człowieka, które wynikają „ze współżycia ludzi w społeczności”. Z kolei element formalny, stanowi o wzięciu przez państwo odpowiedzialności za zaspokajanie tychże potrzeb. Państwo ustala normy prawne, które przewidują realizację określonych działań, będących zadaniami publicznymi. Istnieje powszechne przypisywanie pewnych działań mieszczących się w zakresie zadań publicznych, jak również pojawia się domniemanie, iż określone działanie jest realizowaniem zadania publicznego, szczególnie gdy podmiotem „sprawczym” jest osoba prawna prawa publicznego<sup>1</sup>. Realizowanie zadań publicznych<sup>2</sup> jest więc istotą funkcjonowania administracji publicznej, powinno jednak przebiegać z uwzględnieniem interesu publicznego oraz mając na uwadze jak najwyższy stopień zaspokajania potrzeb społeczeństwa.

Wraz ze wzrostem skali zadań jakie muszą być realizowane przez jednostki sektora finansów publicznych jak również kosztów ich realizacji, co raz większe zainteresowanie towarzyszy możliwościom decentralizacji zadań administracji publicznej. Pod dyskusję poddaje się czy zadania publiczne mogą być skuteczniej wykonywane przez państwo, przedsiębiorców, organizacje społeczne lub jednostkę. W ostatnich latach w debacie publicznej zauważyć można wzrost świadomości

---

<sup>1</sup> S. Fundowicz, *Dynamiczne rozumienie zadania publicznego* [w:] *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 158.

<sup>2</sup> Ustawa z 28.7.2005 r. o partnerstwie publiczno- prywatnym, precyzowała, że ppp to „współpraca służąca wykonywaniu zadania publicznego”. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż może dojść do wielu interpretacji jak i ograniczeń, zdecydowano by w nowej ustawie z 2008 r. nie używać sformułowania „zadanie publiczne”. Każdy podmiot będzie bowiem realizował ppp tylko w takim zakresie na jaki pozwala mu ustawa. Zamiast tego ustawodawca posługuje się szerokim pojęciem „przedsięwzięciem” (projekt ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym, druk sejmowy nr 1180 z 2.10.2008 r., Uzasadnienie, s. 6).

decydentów w zakresie wykorzystywania alternatywnych metod finansowania zadań publicznych. Do takich metod z pewnością zaliczyć należy formułę ppp. C. Kosikowski zwraca uwagę, iż ppp w swojej idei nie jest niczym nowym, gdyż od dawna administracja współpracuje z przedsiębiorcami partycypując w kosztach oraz dzieląc się odpowiedzialnością. Władza jest zobowiązana do realizowania określonych zadań, jednak nie dysponuje odpowiednią kadrą oraz wystarczającymi zasobami finansowymi. Jest jednak w posiadaniu lokali, nieruchomości, budynków oraz ma możliwość m.in. udzielania ulg podatkowych<sup>3</sup>, wydawania koncesji oraz zezwoleń a te z kolei chcą pozyskać przedsiębiorcy. Biorąc pod uwagę, iż podmiot publiczny jest co do zasady kontrahentem wiarygodnym oraz wypłacalnym<sup>4</sup>, nie budzi wątpliwości, iż to właśnie on będzie postrzegany przez przedsiębiorcę jako najbardziej dogodny partner. Nie sposób również nie zgodzić się z innym stwierdzeniem C. Kosikowskiego, iż idea ppp „stanowi jedynie o podkreśleniu samej możliwości i potrzeby współdziałania gospodarczego”<sup>5</sup>.

Współpraca podmiotu publicznego oraz partnera prywatnego powinna opierać się na osiągnięciu pewnych mierzalnych, satysfakcjonujących obie strony wskaźników (np. zysk partnera prywatnego, który poniósł nakłady w związku z realizacją przedsięwzięcia, a w związku z tym również oszczędność środków podmiotu publicznego), jak również na udzieleniu sobie długoterminowego kredytu zaufania. Interesujące badania w zakresie oceny wpływu inwestycji w formule ppp na sektor publiczny zostały przeprowadzone na zlecenie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. W badaniu przeprowadzonym wśród przedstawicieli podmiotów publicznych w 2014 r. (badaniem objęto 390 jednostek publicznych) 73% respondentów wskazywało, iż pozytywnym skutkiem realizacji inwestycji w formule ppp dla sektora publicznego jest dostęp do prywatnego kapitału, 51% uznało, iż jest to odroczenie wydatków publicznych i ich „rozlokowanie” w okresie

---

<sup>3</sup> Wynagrodzeniem partnera prywatnego może być oprócz określonej sumy pieniężnej (wypłacanej przez podmiot publiczny przez określony czas) również udzielenie zwolnień od podatków lokalnych.

<sup>4</sup> Najwyższa Izba Kontroli zwróciła uwagę na problem nadmiernego zadłużenia jednostek samorządu terytorialnego. Z analiz opracowanych w latach 2012-2013 wynika, iż jeżeli wydatki poniesione na inwestycje w latach 2007-2011 utrzymają się również w latach 2015-2020 może to skutkować naruszeniem zasady, o której mowa w art. 242 u.f.p. dotyczącym braku możliwości przekroczenia planowanych wydatków bieżących ponad planowane dochody powiększone o nadwyżkę budżetową z poprzednich lat (problem dotyczy ponad 900 j.s.t.). Konsekwencją zbyt dużego zadłużenia byłaby utrata płynności finansowej a to miałoby oczywiście wpływ na realizowane zadania (zob. *Oszacowanie środków niezbędnych do zapewnienia krajowego wkładu publicznego do projektów realizowanych w ramach średniookresowych ram finansowych 2014-2020*, Warszawa 2013; W. Misiąg, *Dochody, wydatki i zobowiązania JST w latach 2008-2011 i ich prognozy na lata 2012-2020*, Warszawa 2012; NIK, *Informacja o wynikach kontroli pn. „Wykonywanie zadań regionalnych izb obrachunkowych w zakresie przeciwdziałania zagrożeniom wynikającym z nadmiernego zadłużania się jednostek samorządu terytorialnego”*, Warszawa 2014, s. 17).

<sup>5</sup> C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, wyd. 4, Warszawa 2010, s.176.

funkcjonowania projektu, również 51% wskazało możliwość podziału ryzyk oraz nieobciążanie deficytu oraz długu publicznego, natomiast w opinii 39% atutem ppp jest sprawniejsza realizacja inwestycji niż w modelu tradycyjnym<sup>6</sup>.

Warto również podkreślić, iż na znacznie ppp zwróciła uwagę Komisja Europejska. W „Wytycznych dotyczących udanego partnerstwa publiczno-prywatnego” do korzyści, jakie niesie ppp zalicza się m.in. dodatkowe środki finansowe w sytuacji co raz większych cięć budżetowych sektora publicznego jak również lepszą jakość realizowanych prac dzięki lepszemu wykorzystaniu zasobów oraz niskie koszty w trakcie trwania projektu<sup>7</sup>. Ponadto efektem korzystania z ppp może być również osiąganie dodatkowych przychodów od podmiotów trzecich co ogranicza konieczność subwencjonowania projektu przez podmiot publiczny<sup>8</sup>.

Można zatem uznać, iż ppp jest formułą, która przyczynia się do bardziej efektywnego realizowania inwestycji. Należy jednak podkreślić, iż formuła ppp nie koniecznie musi być panaceum na wszelkie bolączki na jakie napotyka podmiot publiczny w realizacji zadań publicznych metodą tradycyjną. Prywatyzacja zadań publicznych nie oznacza bowiem konieczności stosowania przepisów odnoszących się do ppp, gdyż może się okazać, że istnieją inne formy współpracy dzięki którym podmiot publiczny i partner prywatny zrealizują przedsięwzięcie w sposób bardziej efektywny. Sposób realizacji zadania powinien być zdeterminowany bilansem korzyści oraz kosztów poniesionych z tytułu zastosowania takiej a nie innej formy współpracy<sup>9</sup>.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>10</sup> (dalej: u.p.p.p.), przedmiotem ppp jest „wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym”. W myśl art. 2 pkt 1 lit. a u.p.p.p., podmiot publiczny należy zdefiniować jako: (a) jednostkę sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, (b) inną, niż określona w pkt. (a), osobę prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt. (a), pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują ją w ponad 50% lub posiadają ponad

---

<sup>6</sup> Raport z badania wśród wybranych podmiotów publicznych sporządzony na potrzeby Analizy potencjału podmiotów publicznych i przedsiębiorstw do realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa, kwiecień 2014, s. 32 – źródło: [http://www.ppp.parp.gov.pl/uploads/files/Raport\\_podmioty\\_publiczne\\_2014.pdf](http://www.ppp.parp.gov.pl/uploads/files/Raport_podmioty_publiczne_2014.pdf).

<sup>7</sup> Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, Komisja Europejska, Bruksela 2003, EC (2003), s. 4.

<sup>8</sup> Partnerstwo publiczno-prywatne, Urząd Zamówień Publicznych, Poradnik, Praca zbiorowa, Warszawa 2010, s. 23.

<sup>9</sup> E. Kowalczyk, Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy z przykładami klauzul umownych, Gdańsk 2010, s. 40.

<sup>10</sup> Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z 19.12.2008 r. (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.).

połowę udziałów albo akcji, lub też sprawują nadzór nad organem zarządzającym – mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, (c) związki podmiotów, o których mowa w pkt. (a) i (b).

Partnerem prywatnym będzie natomiast przedsiębiorca lub przedsiębiorca zagraniczny (art. 2 pkt 1 u.p.p.p.)<sup>11</sup>. Intencją twórców ustawy o ppp było, aby „pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego oderwało się od swojego potocznego znaczenia” i aby posiadało określoną treść prawną, a co za tym idzie dotyczyło współpracy o bardziej skonkretyzowanym wymiarze. Jest to tyle ważne, że nie każda współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego okaże się *de facto* partnerstwem publiczno-prywatnym<sup>12</sup>.

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym ma charakter ramowy, kompleksowy i w przeważającej mierze poświęcona została kwestiom materialno-prawnym związanym z realizacją przedsięwzięć w formule ppp. Pojęcie ppp nie jest pojęciem całkowicie nowym. Zarówno teoretycy jak i praktycy posługiwali się nim jeszcze przed wejściem w życie ustawy z 28.7.2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, która jako pierwsza regulowała omawianą materię. Zarówno w obrocie gospodarczym jak i prawnym przyjęło się uważać, iż współpraca w ramach ppp może mieć charakter „bardzo zróżnicowanych form współpracy międzysektorowej”<sup>13</sup>. W piśmiennictwie definiuje się ppp poprzez wskazanie najważniejszych cech. Dlatego też *sensu lato* można je zdefiniować jako współpracę między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym, której celem jest realizacja zadań zaspokajających potrzeby społeczności, cechująca się długim horyzontem czasowym. Takie szerokie potraktowanie pojęcia ppp pozwala na stwierdzenie, iż przedsięwzięcia realizowane m.in. na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawy z 27.10.1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym<sup>14</sup>, ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>15</sup> oraz ustawy z 9.1.2009 r., o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>16</sup>, noszą cechy wpisujące się w desygnat ppp. Uznać zatem należy, iż partnerstwo jest dopuszczalne, jeżeli spełnione zostaną ustawowe wymagania dotyczące wynagradzania partnera prywatnego oraz podziału ryzyk<sup>17</sup>. Zgodnie z § 3 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 28.12.2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego do tytułów tych zalicza

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Projekt ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Uzasadnienie, druk sejmowy nr 1180 z 20.10.2008 r., s. 3.

<sup>13</sup> M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, red. M. Bejm, Warszawa 2010, s. 4.

<sup>14</sup> Dz.U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571 ze zm.

<sup>15</sup> Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.

<sup>16</sup> Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101 ze zm.

<sup>17</sup> Projekt ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Uzasadnienie, druk sejmowy nr 1180 z 20.10.2008 r., s. 31.

się kredyty oraz pożyczki, w tym umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>18</sup>. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na decyzję EUROSTAT-u nr 18/2004 z 11.2.2004 r. zgodnie z którą, aby aktywa mogły zostać zaangażowane w ppp i nie były aktywami klasyfikowanymi jako przynależące do sektora rządowego i samorządowego konieczne jest aby partner prywatny spełnił dwie przesłanki tj. ponosił ryzyko konstrukcyjne (budowy) oraz co najmniej ryzyko dostępności lub ryzyko popytu. Ryzyko związane z budową będzie miało miejsce gdy np. doszło do zmiany terminów oraz kosztów dotyczących budowy, przebudowy lub rozbudowy, powstania nowych technologii realizacji danego przedsięwzięcia, jak również wystąpienia wad prawnych oraz fizycznych, które mogą spowodować zmniejszenie wartości danego składnika majątkowego<sup>19</sup>. Ryzykiem dostępności będzie na przykład trudność w dostarczeniu określonej liczby usług natomiast ryzykiem związanym z popytem będzie przykładowo takie ryzyko, które ma wpływ na zmianę popytu (np. pojawienie się konkurencji, nowe trendy rynkowe)<sup>20</sup>. W. Gonet wskazuje, iż ppp może być realizowane wg następujących modeli:

– wszystkie nakłady poniesie partner prywatny przez cały okres trwania umowy o ppp, podmiot publiczny nie będzie ponosił nakładów finansowych jak również nie będzie wynagradzał partnera prywatnego (umowa o ppp nie będzie miała wpływu na dług publiczny);

– nakłady będą poniesione solidarnie przez partnera prywatnego i podmiot publiczny natomiast wynagrodzenie partnera prywatnego będzie pokrywane z dochodów generowanych przez przedsięwzięcie (umowa o ppp nie będzie miała wpływu na dług publiczny);

– nakłady związane z przedsięwzięciem poniesie partner prywatny a podmiot publiczny będzie zobowiązany do wypłaty części lub całości wynagrodzenia partnerowi prywatnemu tj. wypłaty w określonym terminie oraz w ratach (umowa o ppp będzie miała wpływ na dług publiczny);

– nakłady związane z przedsięwzięciem poniesie wspólnie partner prywatny z podmiotem publicznym natomiast w okresie eksploatacji przedsięwzięcia partner prywatny otrzyma wynagrodzenie w całości lub części od podmiotu publicznego (umowa o ppp będzie miała wpływ na dług publiczny)<sup>21</sup>.

Umowy o ppp nie mają wpływu na dług publiczny, jeżeli podmiot publiczny nie będzie dokonywał płatności w odniesieniu do partnera prywatnego jak również

---

<sup>18</sup> Dz. U. Nr 298, poz. 1767.

<sup>19</sup> W. Gonet, *Naprawa finansów jednostki samorządu terytorialnego*, Warszawa 2013, s. 167 – cyt. za: W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym ze wzorami uchwał, umów i pism. Objasnienia do aktów wykonawczych*, Warszawa 2006, s. 11-12.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 167-168.

<sup>21</sup> Ibidem – cyt. za: W. Gonet, *Problematyka łącznego zadłużenia sektora publicznego [w:] Prawo europejskie – 5 lat doświadczenia w polskim prawie finansowym*, red. H. Litwińczuk, Warszawa 2011, s. 89.

gdy zobowiązanie podmiotu publicznego będzie polegało jedynie na wniesieniu majątku lub wkładu umożliwiającego realizację przedsięwzięcia w formule ppp<sup>22</sup>.

### 3. Spółka celowa jako jedna z form współpracy podmiotu publicznego oraz partnera prywatnego

Przewidziane zostały dwa schematy realizacji inwestycji ppp. Pierwszy to zawarcie umowy o ppp. Wybór partnera prywatnego następuje na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych lub ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zawierana jest umowa o ppp, która zakłada współdziałanie podmiotu publicznego, w szczególności w postaci wniesienia wkładu, natomiast partner prywatny realizuje przedsięwzięcie za wynagrodzeniem oraz ponosi w całości lub w części wydatki. Drugi schemat zakłada zawarcie umowy o ppp jak również zawiązanie spółki celowej (SPV)<sup>23</sup>. Obowiązująca ustawa o ppp przewiduje możliwość utworzenia przez podmiot publiczny wraz z partnerem prywatnym spółki kapitałowej (spółki akcyjnej lub z ograniczoną odpowiedzialnością), a także spółki osobowej (spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej<sup>24</sup>, pod warunkiem jednak, iż podmiot publiczny nie będzie komplementariuszem – w przeciwnym razie byłby odpowiedzialny za zobowiązania spółki bez ograniczeń, z kolei partner prywatny odpowiadałby tylko do wysokości sumy komandytowej). Ustawodawca w nowej ustawie rozszerzył więc katalog spółek, które mogą zostać utworzone celem realizacji przedsięwzięcia w formule ppp.

Powstała spółka celowa, musi oczywiście czynić zadość zapisom umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zarówno przedmiot jak i cel działalności prowadzonej przez spółkę nie mogą wykraczać poza zakres wskazany w umowie<sup>25</sup>. Do spółki zastosowanie będą miały przepisy ustawy z 15.9.2000 r. Kodeks spółek handlowych (dalej: k.s.h.)<sup>26</sup> jak również innych aktów prawnych odnoszących się do publicznego prawa gospodarczego. Wyliczenie enumeratywne możliwych do utworzenia typów spółek oznacza, iż nie jest możliwe utworzenie przez zainteresowane strony spółki cywilnej<sup>27</sup>. Zawarcie umowy o ppp ma charakter pierwotny

<sup>22</sup> W. Gonet, *Partnerstwo publiczno-prywatne i koncesja na usługi i roboty budowlane jako formy realizacji zadań samorządu terytorialnego* [w:] *Rozwój w warunkach kryzysu. Wstęp do innowacyjnych metod finansowania inwestycji komunalnych*, red. A. Babczuk, Warszawa 2013, s. 64.

<sup>23</sup> M. Kulesza, D. Sześciło, *Polityka administracyjna i zarządzanie publiczne*, Warszawa 2012, s. 104.

<sup>24</sup> Spółka może zostać utworzona z wykorzystaniem wzorca zamieszczonego na stronie [www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl).

<sup>25</sup> Art. 14 ust. 2, Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.

<sup>26</sup> Ustawa z 15.9.2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 94, poz. 1037.

<sup>27</sup> K. Płonka-Bielenin, T. Moll, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2012, s. 135 – cyt. za: P. Błaszczyk, *Konstrukcja prawna*

w stosunku do zawarcia umowy spółki celowej (umowa o ppp nie jest więc umową spółki)<sup>28</sup>. Obok „kontraktualnego” ppp, którego wyrazem jest partnerska współpraca oparta na umowie o ppp, istnieje również „instytucjonalne” ppp, a więc struktura organizacyjna, w ramach której nawiązywana jest współpraca<sup>29</sup>.

Biorąc pod uwagę fakt, iż działalność spółki nie może wykraczać poza cel i przedmiot zapisany w umowie, a utworzenie spółki ma służyć realizacji tej umowy, stwierdzić należy za przedstawicielami doktryny prawa, iż spółka celowa ma charakter subsydiarny w stosunku do umowy o ppp. Jest to więc jedynie narzędzie, które służyć ma realizacji celu zapisanego w umowie. Można więc odnieść wrażenie, iż taka spółka będzie miała charakter „jednorazowy” i nie będzie mogła być wykorzystana przy realizacji innych umów<sup>30</sup>. Zgodzić należy się z poglądem M. Wawrzyniaka, który stwierdza, iż po zakończeniu obowiązywania umowy o ppp, spółka celowa, nie powinna zostać rozwiązana. Byłoby bowiem nonsensem gdyby wykonanie umowy skutkowało jednocześnie zakończeniem bytu spółki, jeżeli może ona dalej funkcjonować i służyć stronie publicznej. Konieczne jest jednak by dotychczasowy partner prywatny zbył swoje akcje lub udziały (lub zostały one umorzone) podmiotowi publicznemu. Po wygaśnięciu umowy o ppp tylko podmiot publiczny lub partner prywatny może zostać jedynym udziałowcem w spółce (nigdy razem). Podmiot publiczny może więc przejąć samodzielną kontrolę nad spółką, ale może również sprzedać akcje lub udziały partnerowi prywatnemu, który został wybrany w konkurencyjnym trybie<sup>31</sup>.

Umowa o ppp powinna wskazywać kiedy spółka zostanie zawiązana jak również powinna określać inne elementy umowy (lub statutu), a szczególnie: przedmiot wkładów jakie zostaną wniesione do spółki, zasady pokrycia strat oraz podziału zysków, reprezentację spółki oraz kompetencje organów spółki. Wydaje się, iż najpraktyczniejsze będzie załączenie wzoru umowy spółki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia<sup>32</sup>. Ustawa o ppp wskazuje również, iż spółka celowa powstaje z inicjatywy tylko i wyłącznie podmiotu publicznego i partnera prywatnego. Nie jest więc możliwe by były to inne podmioty. Istotą przedsięwzięcia realizowanego w formule ppp jest zaangażowanie partnera prywatnego, który został wybrany przez podmiot publiczny w trybie wskazanym w ustawie<sup>33</sup>. Nie ma jednak przeszkód by na późniejszym etapie funkcjonowania spółki doszło do zmian

---

*umowy lub statutu spółki w ramach partnerstwa publiczno– prywatnego – cz. 1, „Prawo Spółek” 2010, nr 2, s. 19.*

<sup>28</sup> M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, op. cit., s. 477.

<sup>29</sup> E. Kowalczyk, op. cit., s. 113.

<sup>30</sup> M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, op. cit., s. 479.

<sup>31</sup> M. Wawrzyniak, *Spółka celowa o kapitale mieszanym – zmiana struktury udziałowej, czas trwania umowy spółki*, „Forum PPP – Magazyn Inwestycji Publicznych” 2014, nr 1 (25), s. 34-35.

<sup>32</sup> T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno– prywatnym. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2011, s. 203.

<sup>33</sup> Ibidem, s. 115.



w ramach struktury własnościowej i wejścia do niej nowego współnika. Może to nastąpić na przykład poprzez zakup akcji lub udziałów. Wybór pierwotnego partnera prywatnego, musi zostać przeprowadzony z zapewnieniem transparentności procedur oraz konkurencyjności. Wątpliwości mogą pojawić się w sytuacji w której do spółki przystąpi nowy podmiot<sup>34</sup>.

W tym miejscu, konieczne jest przywołanie orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 19.6.2008 r. w sprawie *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH p. Republice Austrii*. Stwierdza on, iż zmiana zamówienia publicznego będzie istotna, wtedy gdyby nowe warunki, wprowadzone do pierwotnego zamówienia, stworzyłyby możliwość udziału w postępowaniu innych podmiotów niż ten, który pierwotnie został dopuszczony. Istotna zmiana ma również miejsce, jeżeli „modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy” z korzyścią dla usługodawcy w sposób, który nie został przewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia. Zastąpienie partnera prywatnego w spółce celowej będzie więc stanowić istotną zmianę, chyba, że już na etapie pierwotnego postępowania została przewidziana taka możliwość np. w formie podwykonawstwa. Jeżeli więc nowy współnik spółki jest w 100 % zależny od poprzedniego, któremu z kolei przysługuje prawo wydawania poleceń, jak również obie spółki związały się umową o wyłączeniu zysków i strat, to takiego działania nie można zakwalifikować jako istotnej zmiany<sup>35</sup>.

Zarówno forma jak i treść umów/statutów spółek zawiązanych celem realizacji ppp wynikać będzie m.in. z art. 105 i 106 k.s.h. (dla umowy spółki komandytowej), art. 130 i 131 k.s.h. (statut spółki komandytowo-akcyjnej), art. 157 k.s.h. (umowa spółki z o.o.) oraz art. 301 § 2 i art. 304 k.s.h. (statut spółki akcyjnej)<sup>36</sup>. Ze względu na ścisłe powiązania umowy o ppp oraz umowy spółki, nie jest wymagane podjęcie przez organ stanowiący podmiotu publicznego uchwały, która miałaby zawiązywać spółkę celową<sup>37</sup>. Warto również podkreślić, iż w przypadku gdy partnerem publicznym będzie jednostka samorządu terytorialnego, zastosowanie będzie miała oprócz ustawy o ppp, również ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej. Wskazuje ona m.in. konieczność powołania rady nadzorczej w spółce z udziałem jednostki samorządu terytorialnego, wymagania stawiane jej członkom (art. 10a tej ustawy) jak również *obligo* opracowania regulaminu korzystania z usług publicznych, które świadczyć będzie spółka (art. 13 ust. 1)<sup>38</sup>. Art. 15 u.p.p.p.

<sup>34</sup> I. Herbst, A. Jadach-Sepiolo, *Analiza stanu prawnego w zakresie realizacji projektów w formule PPP*, Warszawa 2012, s. 18-19.

<sup>35</sup> Sprawa C454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund)* i in. Zb. Orz. 2008 I-4401.

<sup>36</sup> M. Wawrzyniak, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym*, „Biuletyn partnerstwa publiczno-prywatnego” Warszawa 2013, nr 7, s. 30. Autor zwraca uwagę, iż opracowanie dwóch odrębnych dokumentów tj.: umowy o ppp oraz umowy spółki ma swoje praktyczne zalety ze względu na fakt, iż ta druga umowa musi zostać zawarta w formie aktu notarialnego.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej, Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43. Możliwość przystąpienia jednostki samorządu terytorialnego do spółki przewidziana została również

wprowadził konieczność uzyskania zgody akcjonariuszy lub też wspólników spółki na zbycie lub obciążenie nieruchomości, przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> kodeksu cywilnego.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na art. 17 § 1 k.s.h. który stanowi, iż dokonanie czynności prawnej przez spółką wymaga uchwały wspólników lub walnego zgromadzenia albo rady nadzorczej, w przeciwnym bądź razie czynność prawna będzie nieważna<sup>39</sup>. Jednak w terminie 2 miesięcy od dnia zawarcia umowy zbycia, obciążenia nieruchomości lub przedsiębiorstwa może ona być konwalidowana jeżeli zostanie podjęta uchwała o wyrażeniu zgody. Niepodjęcie uchwał wiązać się będzie z nieważnością umów<sup>40</sup>.

Ustawa przyznała również podmiotowi publicznemu prawo do pierwokupu akcji lub udziałów partnera prywatnego. Zgodnie z art. 16 ust. 2 u.p.p.p., z prawa pierwokupu, podmiot publiczny może skorzystać w okresie 2 miesięcy od powiadomienia go przez podmiot prywatny o treści umowy, która została zawarta ze stroną trzecią. Umowa o ppp może przewidywać dłuższy termin na zawiadomienie<sup>41</sup>. Ustawa nie precyzuje jaką formę powinno przybrać zawiadomienie. Uznać jednak należy, iż preferowaną formą będzie forma pisemna. Jeżeli podmiot publiczny nie skorzysta z prawa pierwokupu udziałów lub akcji, partner prywatny dokonuje ich zbycia w świetle art. 182 oraz art. 337-338 k.s.h.<sup>42</sup> Naruszenie art. 16 ust. 1- 2 u.p.p.p. skutkować będzie nieważnością zbycia akcji lub udziałów przez partnera prywatnego w spółce, która została zawiązana na podstawie umowy o ppp<sup>43</sup>.

Jak już wspomniano, podmiot publiczny ma możliwość pierwokupu udziałów lub akcji po cenie, która została zaproponowana w umowie między parterem prywatnym, a osobą trzecią. Warto nadmienić, iż nie jest możliwe negocjowanie ceny przez podmiot publiczny, a jedynie jej zaakceptowanie. Istnieje więc ryzyko iż parterowi prywatnemu będzie zależało na jak najwyższej cenie udziałów lub akcji, mając na uwadze ew. ich wykup przez podmiot publiczny<sup>44</sup>. Aby możliwa była ochrona interesu publicznego, konieczne jest aby zgodnie z art. 7 ust. 3 u.p.p.p.

---

w „ustawach samorządowych”. Przepis art. 13 ust. 1 ustawy z 5.6.1998 r. o samorządzie województwa, t.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 596 ze zm., zakłada, iż samorząd województwa działając w sferze użyteczności publicznej może tworzyć oraz przystępować do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółek akcyjnych. Podobną możliwość zakłada art. 6 ustawy z 5.6.1998 roku o samorządzie powiatowym, t.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 595 ze zm., który zezwala tworzenie jednostek organizacyjnych jak również zawieranie umów z innymi podmiotami, jak również art. 9 ustawy z 9.3.1990 r. o samorządzie gminy, t.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 594 ze zm., który zakłada możliwość powoływania przez gminę podmiotów obrotu gospodarczego oraz przystępowania do nich.

<sup>39</sup> Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.

<sup>40</sup> W. Gonet, *Reprezentacja stron umów w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2014, s. 138-139.

<sup>41</sup> Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.

<sup>42</sup> K. Płonka-Bielenin, T. Moll, op. cit., s. 151.

<sup>43</sup> Art.16. ust. 3, Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.

<sup>44</sup> K. Płonka-Bielenin, T. Moll, op. cit., s. 151 – cyt. za: W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wzory umów i pism*, Warszawa 2009, s. 74.

przewidziane zostały konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Przepis ten wskazuje, iż mogą to być w szczególności kary umowne, obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki celowej. Podmiot publiczny ma również możliwość bieżącej kontroli realizowanego przedsięwzięcia. Tryb jak i zasady jej przeprowadzenia powinny zostać określone w umowie o ppp (art. 8 u.p.p.)<sup>45</sup>.

#### 4. Bilans korzyści i strat w związku z udziałem podmiotu publicznego w spółce celowej

W tym miejscu zasadne wydaje się pytanie, czy z punktu widzenia podmiotu publicznego korzystne jest realizowanie przedsięwzięcia w formie spółki celowej w ramach ppp. Od specyfiki danego przedsięwzięcia powinno bowiem być uzależnione czy spółka celowa będzie najbardziej optymalnym modelem współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Nie jest uzasadnione tworzenie spółki celowej dla każdego przedsięwzięcia<sup>46</sup>. Powołanie spółki nie ma więc charakteru obligatoryjnego. Dzięki niej możliwa jest jednak wielopłaszczyznowa i ściślejsza współpraca niż tylko wniesienie wkładów przez partnerów.

Jedną z immanentnych cech spółki celowej jest transfer całości ryzyka projektu na inne podmioty, do których zaliczyć należy m.in. wykonawców na etapie budowlanym oraz operatorów na etapie operacyjnym – eksploatacji, a w końcu również na przyszłych odbiorców konkretnych usług oraz produktów projektu<sup>47</sup>. Wspólnicy spółki celowej mają swobodę kształtowania postanowień umowy, szczególnie w zakresie jej bieżącego funkcjonowania. Z drugiej jednak strony konieczne jest takie opracowanie treści umowy by w maksymalnym stopniu zabezpieczała interes podmiotu publicznego. Zaproponowane w ustawie o ppp jak również w innych aktach prawnych rozwiązania, umożliwiają stworzenie podmiotu „szytego na miarę”, który ma możliwość wzięcia na siebie obowiązków związanych z prowadzeniem i nadzorowaniem inwestycji jak również ponoszenia odpowiedzialności<sup>48</sup>. W przypadku spółki komandytowej podmiot publiczny nie może być komplementariuszem. Oznacza to, iż podmiot ten będzie odpowiadał przed wierzycielami za zobowiązania spółki tylko do wysokości sumy komandytowej. W przypadku

<sup>45</sup> Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.

<sup>46</sup> Co do zasady spółki celowe powinny być tworzone dla dużych inwestycji tak aby ryzyko finansowe w jak największym stopniu ponosił partner prywatny i aby nastąpiło znaczne odciążenie budżetu danego podmiotu publicznego.

<sup>47</sup> K. Szymański, *Analiza ryzyka w projektach ppp*, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego” Warszawa 2013, nr 9, s. 10.

<sup>48</sup> Ewa Grzegorzewska-Mischka, *Geneza partnerstwa publiczno-prywatnego i aktualny stan prawny* [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne w kontekście EURO 2012*, Gdańsk 2010, s. 20.

spółki komandytowo-akcyjnej podmiot publiczny jako akcjonariusz nie będzie odpowiadał za zobowiązania spółki.

Krytycy zwracają uwagę, iż spółka celowa może być mało elastycznym narzędziem w realizowaniu przedsięwzięć ppp z uwagi na konieczności zapewnienia spójności działania spółki z umową o ppp. Warto jednak podkreślić, iż nic nie stoi na przeszkodzie by doszło do zmiany jej trybu funkcjonowania pod warunkiem, iż nie nastąpi zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na podstawie których wybrany został partner prywatny (takie zmiany mogą wynikać na przykład z postępu technologicznego, innowacyjnych rozwiązań, które nie były znane w momencie projektowania i podpisywania umowy o ppp). Co więcej, interes podmiotu publicznego będzie również zabezpieczony w przypadku naruszenia przepisów dotyczących prawa pierwokupu. Partner prywatny nie może bowiem zbyć udziałów lub akcji, bez zawiadomienia o tym fakcie strony publicznej, dzięki czemu ma ona możliwość doboru nowego partnera prywatnego, a co za tym idzie zapewnienia ciągłości w realizacji przedsięwzięcia<sup>49</sup>.

Co szczególnie istotne, zgodnie z art. 9 pkt 14 ustawy o finansach publicznych, spółka prawa handlowego nie jest zaliczana do sektora publicznego. Oznacza to, iż zobowiązania wygenerowane przez spółkę nie będą stanowiły długu publicznego. Jest to o tyle istotne, iż z punktu widzenia ograniczeń w poziomie zadłużenia, zobowiązania zaciągane przez podmiot publiczny, muszą być racjonalne i efektywne. O specyfice spółki celowej świadczy więc neutralność jej zobowiązań w stosunku do długu publicznego. Zobowiązanie podmiotu publicznego wynikające z wkładu, który został wniesiony do spółki, objęcie przez niego udziałów lub akcji, jak również ich zakup (co nie stanowi wydatku majątkowego lub bieżącego w myśl art. 236 ustawy o finansach publicznych), nie będzie miało konsekwencji dla limitu zadłużenia sektora publicznego<sup>50</sup>.

## 5. Zakończenie

Zaproponowana w ustawie z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, możliwość wykorzystania konstrukcji spółki celowej dla realizowania przedsięwzięć w formule partnerstwa publiczno-prywatnego stanowi ważny krok zarówno kierunku bardziej efektywnego i racjonalnego wykonywania zadań publicznych do czego zobligowany jest podmiot publiczny, ale również promowania idei ppp. Podkreślenia wymaga jednak, iż zanim zostanie ona wykorzystana podmiot publiczny powinien przeprowadzić szczegółową analizę, uzasadniającą

<sup>49</sup> *Partnerstwo publiczno-prywatne – Poradnik*, red. B. Korbus, Warszawa 2010, s. 68.

<sup>50</sup> A. Dyrek-Orlando, P. Piwowar, *Opodatkowanie podatkiem VAT wykupu przez podmiot publiczny udziałów lub akcji w spółce celowej ppp jako formuły wynagrodzenia partnera prywatnego*, „Biuletyn partnerstwa publiczno-prywatnego”, Warszawa 2013, nr 8, s. 97.

jej zastosowanie, biorąc pod uwagę w szczególności interes publiczny, specyfikę danego przedsięwzięcia i realną możliwość jego realizacji w formie spółki celowej. Analiza obowiązujących przepisów prawa daje asumpt do stwierdzenia, iż interes podmiotu publicznego w spółce celowej może być skutecznie zabezpieczony.

### **A special purpose vehicle (SPV) as an instrument for realizing projects in the form of a public – private partnerships. Public partner perspective.**

The realization of public tasks is the basic responsibility of the functioning of the public sector. However, it brings a lot of expenses which are difficult to cover. The Act on Public-Private Partnership which came into force on the 19<sup>th</sup> of December 2008 proposed the possibility to conclude an agreement and then to create a special purpose vehicle (SPV) by the public and private partners (the SPV may take a form of i.e. joint stock company, a limited liability company). The choice of this mode of operation should be preceded by a detailed analysis that answers the question of whether it is possible to realize the task in the form of a special purpose vehicle. SPV is a tool that should be “tailor-made” and adapted to the specific character of a given project. In reference to the provisions of the Public-Private Partnership Act, it should be noted that the interest of the public partner shall be effectively protected.