

Wojciech Bożek

Uniwersytet Szczeciński
Wydział Prawa i Administracji
wojciech.bozek@usz.edu.pl

Partnerstwo publiczno-prywatne a dyscyplina finansów publicznych – wybrane zagadnienia

Kod JEL: K39

Słowa kluczowe: partnerstwo publiczno-prywatne, dyscyplina finansów publicznych

Streszczenie. Partnerstwo publiczno-prywatne (PPP) stanowi istotną formę realizacji zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego (JST). Ład i bezpieczeństwo finansów publicznych zapewnia w tym przypadku m.in. zachowanie dyscypliny w wydatkowaniu środków publicznych. Obszar badań został ograniczony do umów koncesji na roboty budowlane lub usługi zawieranych w ramach PPP przez samorządowe jednostki sektora finansów publicznych i partnerów prywatnych.

Podstawowym celem badawczym jest określenie istoty PPP w realizacji zadań publicznych samorządu terytorialnego oraz wskazanie możliwości naruszenia podstawowych zasad gospodarowania środkami publicznymi skutkujących naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Autor dochodzi do wniosku, że PPP jest bardzo atrakcyjną, bo działającą w interesie społecznym, ale niepozbawioną wad formą współpracy JST z sektorem prywatnym, choć trzeba zaznaczyć, że w latach 2013–2017 organy orzekające rozpatrywały sprawy dotyczące naruszenia umów koncesji na roboty budowlane i usługi zaledwie dwukrotnie.

W opracowaniu zastosowano metody porównawczą, dogmatyczną i analizy podstawowych aktów prawnych, sprawozdań z działalności organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz poglądów wyrażonych w literaturze przedmiotu.

Wprowadzenie

Partnerstwo publiczno-prywatne zaliczone zostało do hybrydowych form finansowania zadań przez jednostki samorządu terytorialnego (Filipiak, 2008, s. 37). Jego

istotą jest współpraca między partnerem publicznym a partnerem prywatnym oparta na umowie i służąca – zgodnie z założeniami ustawowymi – realizacji zadań publicznych (Brzozowska, 2006, s. 22). Jedną z form PPP jest umowa koncesji na roboty budowlane i usługi, którą w ujęciu normatywnym uznaje się za szczególną formę zamówień publicznych. Ten rodzaj PPP dominuje w Polsce (Cieślak, 2015, s. 213, 214, 225). Instytucja koncesji nie jest rozwiązaniem nowym, a jako akt administracyjny, posiadający istotne cechy współcześnie rozumianej instytucji koncesji, była znana już w prawie międzywojennym (Cieślak 2018, Legalis, teza 3).

Podstawowym celem badawczym opracowania jest określenie zasad obowiązujących w PPP przy realizacji zadań publicznych samorządu terytorialnego. Chodzi również o wskazanie możliwych zagrożeń w wykorzystywaniu środków publicznych – wzięte pod uwagę zostaną przepisy określające ponoszenie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W opracowaniu omówiono nie tylko podstawy materialnoprawne PPP w formie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, lecz także wybrane rozwiązania prawne dotyczące ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, które należy interpretować poprzez powiązanie z aktami prawnymi regulującymi koncesje na roboty budowlane lub usługi. Rozważania teoretyczne zostaną powiązane z danymi statystycznymi opartymi na sprawozdaniach z działalności komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w latach 2013–2017, co umożliwi sformułowanie wniosków końcowych.

W opracowaniu uwzględniono stan prawny obowiązujący na dzień 10 maja 2018 roku.

1. Wymiar finansowy partnerstwa publiczno-prywatnego w formie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi

Przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego. W umowie PPP partner prywatny zobowiązuje się do wykonania prac za wynagrodzeniem, poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią. Z kolei podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Wynagrodzenie powinno być świadczeniem ekwiwalentnym do wkładu partnera prywatnego w realizację przedsięwzięcia, i może przyjmować różne formy. W Ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (u.p.p.p.) nie narzucono modelu współpracy pomiędzy stronami umowy PPP (Ustawa, 2008), co pozwala twierdzić, że JST mają względną swobodę wyboru odpowiedniej do specyfiki przedsięwzięcia formy tej współpracy, która może być uzależniona np. od przyjętego sposobu finansowania przedsięwzięcia. Przy takim konstruowaniu PPP ustawodawca kierował się tym, aby w możliwie najszerszym zakresie objąć istotne pola ewentualnej współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi (w praktyce najczęściej są

to JST) i partnerami prywatnymi. Jest to jednocześnie przejaw zaufania ustawodawcy do organów wykonujących zawarte w u.p.p.p. postanowienia, przy czym zaufanie to oparte jest na oczekiwaniu działania nie tylko zgodnego z prawem, ale także efektywnego i adekwatnego do istniejących potrzeb.

Podstawą finansowoprawną współpracy sektora prywatnego z samorządową częścią sektora publicznego jest przede wszystkim wskazana wyżej u.p.p.p., ale zastosowane tam ujęcie *sensu largo* PPP implikuje uznanie, iż takie umowy mogą być zawierane również w oparciu o przepisy innych aktów prawnych, np. Ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty i usługi budowlane (u.k.r.b.u.) czy Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (u.p.z.p.). W ten sposób powstają różne dopuszczalne w porządku prawnym formy współpracy. W art. 1 ust. 2 u.p.p.p. ustawodawca odniósł się do wielu różnych modeli organizacyjno-prawnych wykonywania zadań publicznych, co ma istotne znaczenie dla wskazania zakresu przedmiotowego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Ustawa, 2008). Może to być również umowa koncesji, określana – zgodnie z art. 3 u.k.r.b.u. – jako umowa, na podstawie której zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem (Ustawa, 2016).

Aby w pełni scharakteryzować instytucje prawne wskazane w ww. ustawach, należy również uwzględnić zapisy Ustawy z dnia 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (u.f.p.) oraz Ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (u.o.n.d.f.p.).

Z art. 1 ust. 2 u.p.p.p. wynika, że wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta jest na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego (Ustawa, 2008). W żadnym z ww. aktów prawnych nie sformułowano jednak definicji zadania ani nie doprecyzowano zasad podziału tychże zadań. Uznać można – w oparciu o wykładnię językową – że w ww. przepisie chodzi o czynności, które należy wykonać w celu realizacji całego przedsięwzięcia, np. zarządzanie składnikiem majątkowym wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub z nim związanego. Przez zarządzanie należy z kolei rozumieć podejmowanie decyzji czy też wykonywanie innych czynności, które służyć będą efektywnemu i prawidłowemu funkcjonowaniu danego składnika majątkowego. Ważne jest przy tym, aby składniki majątkowe były należycie utrzymane, tzn. zgodnie z zasadami prawidłowego gospodarowania i przy zachowaniu zasad należytej staranności.

Do 18 marca 2015 roku nie wiadomo było o podziale jakiego rodzaju ryzyka we wspólnej realizacji przedsięwzięcia jest mowa. Zdefiniowano je dopiero w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie, które weszło w życie 18 marca 2015 roku. Wskazano tam na:

- a) ryzyko budowy, które obejmuje zdarzenia powodujące zmianę kosztów lub terminów wytworzenia nowych środków trwałych lub ulepszenia już istniejących;

- b) ryzyko dostępności, które obejmuje zdarzenia skutkujące niższą ilością lub gorszą jakością świadczonych w ramach umowy o PPP usług w porównaniu z wielkościami i wymaganiami uzgodnionymi w tej umowie;
- c) ryzyko popytu, obejmujące zmienność popytu na określone usługi (Rozporządzenie, 2015).

To pozwala klasyfikować zobowiązania wynikające z umów PPP i ocenić ryzyko na podstawie jednoznacznych kryteriów.

Warto w tym miejscu dodać, że zależność od partnera prywatnego może być postrzegana jako wada umów PPP, gdyż wiąże się z ograniczeniem wpływu administracji publicznej na jego działanie. Należy jednak mieć na uwadze, że realizacji zadań w ramach PPP zawsze będzie towarzyszyć ryzyko wynikające z uwarunkowań działalności gospodarczej. Żadna ze stron umowy PPP nie ma na to wpływu, obie mogą natomiast minimalizować ryzyko związane z przedsięwzięciem, które realizują. Dlatego też tak istotne jest kompleksowe – na miarę możliwości – zaplanowanie wspólnej realizacji przedsięwzięcia, w szczególności zaś podziału ryzyka związanego z finansowaniem i utrzymaniem infrastruktury wytworzonej (eksploatowanej) w ramach przedsięwzięcia PPP. Bagatelizowanie ww. problemów może skutkować naruszeniem podstawowych zasad gospodarki finansowej, określonych w u.f.p., a to z kolei stanowi podstawę do wszczęcia postępowania w oparciu o przepisy u.o.n.d.f.p.

Partnerstwo publiczno-prywatne jest formą wykonywania zadań publicznych stosowaną często wówczas, gdy samorządowe jednostki sektora finansów publicznych, w tym JST, nie mają wystarczających środków na realizację inwestycji. PPP urzeczywistnia nowy model zarządzania publicznego w sektorze samorządowym, realizując w ten sposób ideę gospodarności. JST podwyższają tym samym efektywność inwestycyjną nakładów sektora publicznego na realizację zadań publicznych. Nie bez znaczenia pozostaje również wpływ PPP na skuteczność wykonywania zadań publicznych, jak i na ich innowacyjność, co wiąże się z wykorzystaniem nowych technologii. Dzięki takiej współpracy możliwy jest również transfer wiedzy i umiejętności, a także standardów wykonawczych i zarządczych z sektora prywatnego do sektora usług publicznych. Należy jednak podkreślić, że PPP może okazać się droższym sposobem finansowania działalności inwestycyjnej niż model, w którym podmiot publiczny pozyskuje środki na samodzielne zrealizowanie inwestycji.

W literaturze przedmiotu wskazano, że PPP od klasycznego zamówienia publicznego odróżnia „wspólna realizacja zadania przez obie strony umowy. Współpraca nie ogranicza się wyłącznie do nabycia usługi, dostaw lub robót budowlanych w zamian za ustaloną zapłatę, jak w zwykłym zamówieniu publicznym” (Korbus, 2010, s. 35). Podkreślić należy w tym miejscu, że u.p.p.p. nie określa merytorycznego zakresu partnerstwa. Biorąc jednak pod uwagę inne akty prawa powszechnego, uznać trzeba, że współpraca JST w ramach PPP obejmować może wszystkie zadania związane z działalnością uregulowaną prawem. Na przykład w przypadku gminy będzie to Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (u.s.g.), choć przyjęte tam rozwiązania nie są klarowne i łatwe w interpretacji.

Wystarczy wskazać, że zgodnie z art. 6 ust. 1 u.s.g. do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów (Panaszuk, 2009, s. 295).

2. Partner publiczny i partner prywatny (zamawiający i koncesjonariusz) jako podmioty odpowiedzialne za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

W rozumieniu u.k.r.b.u. koncesjonariusz to wykonawca, z którym zawarto umowę koncesji (Ustawa, 2004). Zamawiającym mogą być natomiast wszystkie jednostki sektora finansów publicznych wymienione w art. 9 u.f.p. (Ustawa, 2009).

Zagadnienia związane z ponoszeniem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w sposób kompleksowy przedstawia u.o.n.d.f.p., dlatego w u.p.p.p., u.f.p., u.k.r.b.u., a także w u.p.z.p. nie zawarto odrębnych uregulowań tej kwestii. Choć warto dodać, że modele organizacyjno-prawne wykonywania zadań publicznych określone w art. 1 ust. 2 u.p.p.p. pozwalają wskazać zakres przedmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Ustawa, 2008).

Podstawowym celem rozwiązań prawnych przyjętych w u.o.n.d.f.p. jest ochrona ładu finansów publicznych, tj. ustalenie reguł gospodarowania mieniem i środkami publicznymi pozostającymi w dyspozycji jednostek sektora finansów publicznych. Ład ten określają w szczególności regulacje formułujące zasady i tryb wykonywania budżetów JST, zasady gospodarki finansowej oraz gospodarowania i dysponowania mieniem podmiotów sektora finansów publicznych. Chodzi tu o rozwiązania prawne określone zarówno w u.f.p. oraz innych ustawach, jak i w decyzjach wydawanych przez dysponentów środków publicznych lub umowach zawieranych z dysponentami środków publicznych. Dotyczą one przede wszystkim ustalania, poboru i egzekucji należności stanowiących środki publiczne, wydatkowania środków publicznych, zaciągania zobowiązań angażujących środki publiczne, a także nabywania towarów, usług lub robót budowlanych – mowa o tym w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów (Sejm RP IV kadencji, 2003, s. 78).

W art. 4 oraz 4a u.o.n.d.f.p. określono podmioty, które ponoszą odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Poza podmiotami związanymi bezpośrednio z jednostkami sektora finansów publicznych, takimi jak kierownik jednostki (zamawiający w rozumieniu u.k.r.b.u.), pracownik, któremu powierzono obowiązki wynikające np. z u.k.r.b.u., osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy, wskazać można również grupę podmiotów, które nie są związane organizacyjnie z sektorem publicznym. Zostanie im poświęcona szczególna uwaga w dalszej części opracowania.

Zakres podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w pierwotnym brzmieniu art. 4 pkt 4 u.o.n.d.f.p. dotyczył nie tylko osób zajmujących się gospodarką finansową jednostki sektora finansów publicznych, lecz także „osób

gospodarujących środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych” (Ustawa, 2004). Po istotnej nowelizacji art. 4 u.o.n.d.f.p., dokonanej Ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw, zniknęły wątpliwości dotyczące obarczania odpowiedzialnością takich osób (Ustawa, 2011) – wcześniej podkreślano, że nie gospodarują one środkami publicznymi, bowiem środki publiczne przekazywane poza sektor finansów publicznych przestają mieć charakter publiczny. Aktualnie zatem odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponoszą osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami. Należy uznać to uściślenie za w pełni uzasadnione i usuwające trudności związane z prawidłowym stosowaniem i poprawną interpretacją przepisów u.o.n.d.f.p. Warto podkreślić, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie ma charakteru odpowiedzialności karnej, gdyż została powiązana z wykonywaniem obowiązków w zakresie gospodarowania mieniem i środkami publicznymi. Przy tym jest to odpowiedzialność o charakterze represyjnym i prewencyjnym.

Wśród podmiotów sektora prywatnego, które objęte zostały zakresem podmiotowym odpowiedzialności w u.o.n.d.f.p., znalazły się również osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy zamawiającego niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, lub zarządzającego mieniem tych jednostek. Uwzględnić trzeba też osoby zobowiązane do realizacji projektu finansowanego z udziałem środków unijnych lub innych środków zagranicznych, którym przekazano środki publiczne przeznaczone na realizację tego projektu lub które wykorzystują takie środki, a także osoby zobowiązane lub upoważnione do działania przez podmiot realizujący projekt finansowany z udziałem środków unijnych lub innych środków zagranicznych, któremu przekazano środki publiczne przeznaczone na realizację tego projektu lub który wykorzystuje takie środki (Cieślak, 2015, s. 227).

3. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez stronę umowy PPP spoza sektora finansów publicznych

W u.o.nd.f.p. ustalono system kar, które należy stosować w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Represyjny charakter odpowiedzialności uniemożliwia rozszerzającą wykładnię przepisów, a to z kolei implikuje konieczność odniesienia się do użytych – tak w u.o.n.d.f.p., jak i w u.p.p. oraz innych aktach prawnych – sformułowań o charakterze nieostrym i nieprecyzyjnym. Zgodnie bowiem z art. 19 u.o.n.d.f.p. odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą

w czasie jego popełnienia (Ustawa, 2004). A zatem komisja orzekająca w danej sprawie ma obowiązek ustalenia, czy w zarzucanym czynnie istnieją znamiona ustawowo określonego naruszenia; jeśli jest inaczej, nie wszczyna się postępowania, a gdy już zostało wszczęte, należy je umorzyć.

Z u.o.n.d.f.p. i definicji PPP w ujęciu *sensu largo* wynika, że istnieje kilkanaście możliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych, w tym również w przypadku umów na roboty budowlane lub usługi. W katalogu określonych w art. 5–18c u.o.n.d.f.p. czynów nawiązujących do u.k.r.b.u. wyróżnić można kilka kategorii. Pierwszą z nich tworzą naruszenia związane z zawarciem umowy koncesji na roboty lub usługi budowlane, o których mowa w art. 17a u.o.n.d.f.p. wraz z jednym czynem odnoszącym się do środków unijnych lub innych środków zagranicznych – art. 13 pkt 6 lit. b u.o.n.d.f.p. Kolejną będą czyny związane z kontrolą zarządczą – art. 18 ust. 1 pkt 9–12 u.o.n.d.f.p. (Ustawa, 2004).

W art. 17a u.o.n.d.f.p. wskazano kilkanaście przypadków naruszeń dyscypliny finansów publicznych, które można podzielić na trzy podkategorie:

1. Naruszenia przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, związane z:
 - a) wyborem koncesjonariusza,
 - b) obowiązkiem publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o koncesji lub wstępnego ogłoszenia informacyjnego,
 - c) naruszeniem zasady uczciwej konkurencji,
 - d) innym naruszeniem przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji.
2. Naruszenia związane z niewłaściwą formą zawarcia umowy i powiązane z naruszeniem określonych ustawowo terminów jej zawarcia, czy też innych działań, tzn. zawarcie umowy:
 - a) bez zachowania formy pisemnej;
 - b) z pominięciem terminu, w jakim może ona być zawarta, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
 - c) na czas dłuższy niż określony w przepisach o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
 - d) przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie odwołania wniesionego w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.
3. Naruszenia związane z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji:
 - a) unieważnienie postępowania o zawarcie umowy koncesji z naruszeniem przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
 - b) zmiana umowy koncesji z naruszeniem przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;

- c) niewyłączenie z postępowania o zawarcie umowy koncesji osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- d) niezłożenie przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji po stronie zamawiającego lub mogące mieć wpływ na jego wynik oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania;
- e) niezgodne z przepisami o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi ustalenie szacunkowej wartości umowy koncesji (zaniżenie wartości), jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- f) niezgodne z przepisami o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi: łączenie przedmiotu umowy koncesji, dzielenie przedmiotu umowy koncesji, podejmowanie decyzji o zawarciu jednej umowy koncesji lub kilku odrębnych umów koncesji w sposób pozwalający uniknąć stosowania przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- g) niezgodne z przepisami o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi wybranie metody wykorzystywanej do szacowania wartości umowy koncesji w celu uniknięcia stosowania tych przepisów;
- h) niezgodne z przepisami o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi opisanie przedmiotu umowy koncesji, określenie kryteriów kwalifikacji oraz kryteriów oceny ofert.

Należy ponadto wskazać, że naruszeniem związanym bezpośrednio z umową koncesji na roboty budowlane lub usługi jest niezgodne z przeznaczeniem wykorzystanie środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych na realizację programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub innych środków zagranicznych lub naruszenie procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu. Przy czym chodzi wyłącznie o przypadki wynikające z art. 17a u.o.n.d.f.p (Ustawa, 2004).

Podkreślenia wymaga również znaczenie zmian dokonanych w art. 17a u.o.n.d.f.p. po wejściu w życie przepisów u.k.r.b.u. Do katalogu naruszeń dyscypliny finansów publicznych dodano z dniem 14 grudnia 2016 roku kilkanaście kolejnych czynów. W uzasadnieniu do Rządowego projektu ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Sejm RP VIII kadencji, 2016, s. 1–2), wskazano, zgodnie z motywem 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, że szeroko rozumiane zamówienia publiczne i koncesje na roboty budowlane lub usługi stanowią jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych (Dyrektywa. 2014). To uprawnia do stwierdzenia, że umowy koncesji są ważnymi instrumentami długoterminowego rozwoju strukturalnego infrastruktury i usług strategicznych, przyczyniając się do wzmocnienia konkurencyjności na rynku wewnętrznym, umożliwiając

korzystanie z wiedzy eksperckiej sektora prywatnego, a także pomagają osiągnąć wydajność i innowacyjność.

W art. 18c u.o.n.d.f.p. wskazano natomiast naruszenia związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem kontroli zarządczej. Kierownik jednostki sektora finansów publicznych może zostać pociągnięty do odpowiedzialności, jeżeli niedopełnienie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej miało wpływ na:

- a) zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi z koncesjonariuszem, który nie został wybrany zgodnie z przepisami o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- b) zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi z naruszeniem przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi dotyczących formy pisemnej umowy, okresu, na który umowa może być zawarta, lub w przypadku wniesienia odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, czyli terminu jej zawarcia;
- c) unieważnienie postępowania o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub z naruszeniem przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- d) dokonanie, w zakresie gospodarki finansowej albo w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, czynności naruszającej dyscyplinę finansów publicznych przez osobę nieupoważnioną do wykonania tej czynności (Ustawa, 2004).

4. Analiza sprawozdań z działalności regionalnych komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w latach 2013–2017

Należy w pierwszej kolejności wskazać, że regionalne komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (RKO) są właściwe do rozstrzygnięcia spraw zgodnie z terytorialnym zasięgiem działania regionalnej izby obrachunkowej, przy której została utworzona ta komisja, tzn. w odniesieniu do JST oraz ich związków i stowarzyszeń (z wyłączeniem osób pełniących funkcje marszałka województwa, członka zarządu województwa i głównego księgowego budżetu województwa lub skarbnika województwa); realizacji budżetu wojewody (z wyłączeniem osób pełniących funkcje wojewody, wicewojewody, dyrektora generalnego urzędu wojewódzkiego i głównego księgowego części budżetowej, której dysponentem jest wojewoda); jednostek podległych i nadzorowanych przez wojewodę; samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych; innych jednostek otrzymujących środki publiczne przekazane z budżetów JST lub innych środków publicznych, którymi dysponują te jednostki; innych jednostek w zakresie środków otrzymanych z budżetu wojewody lub z innych środków, którymi dysponuje wojewoda (Ustawa, 2004, art. 51).

Analiza sprawozdań z działalności RKO pozwala stwierdzić, że naruszeń, o których mowa w art. 17a u.o.nd.f.p. i dotyczących PPP jest niewiele. W sprawozdaniach

naruszenie z art. 13 pkt 6 lit. b u.o.n.d.f.p. ujmowane jest zbiorczo z jego lit. a oraz pkt 7–8, natomiast naruszenia związane z kontrolą zarządczą ujmowane są zbiorczo w ramach całego art. 18c u.o.nd.f.p. (tabela 1).

Tabela 1. Naruszenia dyscypliny finansów publicznych w umowach koncesji na roboty budowlane i usługi

Rok	Art. 13 pkt 6, 7, 8*	Art. 17a	Art. 18c**
2013	14	0	0
2014	14	0	3
2015	24	0	9
2016	24	0	6
2017	16	2	12

* Naruszenia dot. umów koncesji na roboty budowlane i usługi dot. wyłącznie art. 13 pkt 6 lit b u.o.n.d.f.p.

** O naruszeniach dotyczących umów koncesji na roboty budowlane i usługi jest mowa w art. 18c ust. 1 pkt 9–12 u.o.n.d.f.p.

Źródło: opracowanie własne na podstawie: GKO, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018.

Z tabeli 1 wynika, że w analizowanym pięcioleciu naruszenia z art. 17a u.o.n.d.f.p. pojawiły się jedynie dwa razy (rozstrzygnięcia zapadły przed RKO w Łodzi i RKO w Warszawie). Może to oznaczać, że współpraca między sektorem publicznym i sektorem prywatnym doskonale się sprawdza (Panasiuk, 2009, s. 24–26). Nasuwa się więc wniosek, że koncesja na roboty budowlane lub usługi jest modelem realizacji zadań publicznych obciążonym niskim ryzykiem naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zwiększa to atrakcyjność tej formy zaspokajania potrzeb społeczeństwa i czyni ją pożądaną, zwłaszcza w przypadku zadań mających potencjał dochodowy, np. dotyczących również komercyjnego wykorzystania infrastruktury takiej jak parkingi miejskie czy obiekty sportowe (Cieślak, 2017, *Legalis* pkt 3). Dodać również należy, że organ drugiej instancji – Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych – nie wydał ani jednego orzeczenia w sprawach związanych z umową koncesji na roboty budowlane lub usługi (Baza orzecznictwa GKO, 2018)¹.

Oceniając efektywność rozwiązań przyjętych w u.o.n.d.f.p., nie sposób nie odnieść się do przewidzianych w tej ustawie kar. Mogą one – zgodnie z art. 31 – mieć postać upomnienia, nagany, kary pieniężnej albo zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi, ale w przypadkach szczególnych RKO mają prawo odstąpić od ich wymierzenia na podstawie art. 36 u.o.n.d.f.p. (Ustawa, 2004).

W tabeli 2 zaprezentowano rodzaje kar i częstotliwość ich wymierzania w latach 2013–2017. Należy doprecyzować, że w zestawieniu uwzględniono kary orzekane przez RKO i sumę kar (oraz odstąpień od wymierzenia kar) w danym roku.

¹ Orzeczenia w zakresie art. 18 ust. 1 pkt 12 nie dotyczą umów koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Tabela 2. Kary za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w latach 2013–2017

Rok	Relacja liczby wymierzonych kar określonego rodzaju / odstąpienia od wymierzenia kary przez RKO do ich ogólnej liczby									
	Odstąpienie od wymierzenia kary	%	Upomnienie	%	Nagana	%	Kara pieniężna	%	Zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi	%
2013	374/724	51,66	253/305	82,95	28/34	82,35	9/10	90%	1/1	100
2014	419/749	55,94	260/289	89,97	32/32	100	7/9	77,78	0/0	0
2015	364/403	90,32	266/310	85,81	47/57	82,46	9/12	75	1/1	100
2016	400/427	93,68	239/267	89,51	39/40	97,5	17/27	62,96	0/0	0
2017	339/371	91,37	247/309	79,94	49/56	87,5	11/25	44	2/2	100

Źródło: opracowanie własne na podstawie: GKO, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018.

Okazuje się, że RKO stwierdza największą liczbę naruszeń dyscypliny finansów publicznych. Wśród najczęściej orzekanych kar na pierwszym miejscu znajduje się upomnienie, a następnie nagana, przy czym najczęściej jednak orzekano odstąpienie od wymierzenia kary. Można również stwierdzić, że większość potwierdzonych przypadków naruszenia dyscypliny finansów publicznych cechuje nieznaczny stopień szkodliwości dla finansów publicznych. Potwierdza to fakt, że w zdecydowanej większości przypadków składy orzekające po przeanalizowaniu w danej sprawie rodzaju i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub właściwości i warunków osobistych sprawcy uznawały ostatecznie najczęściej, iż istnieje możliwość wymierzenia kary łagodniejszego rodzaju.

Dane z tabeli 1 oraz tabeli 2 pozwalają także stwierdzić, że udział naruszeń związanych z zawieraniem umów o PPP w ich ogólnej liczbie stwierdzonej przez RKO jest marginalny. Należy jednocześnie wskazać, że rodzaje kar cechuje niski stopień oddziaływania represyjnego na sprawcę czynu, którym jest podmiot niezaliczany do sektora finansów publicznych. Postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma również charakter prewencyjny (ogólny i indywidualny) i kara powinna to odzwierciedlać. Istnieje zatem potrzeba wykorzystania najwyższych standardów (wiedzy merytorycznej i praktycznej) przez składy orzekające w celu wymierzenia kary adekwatnej do winy i stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych. Ocena okoliczności decydujących o wymierzeniu kary upomnienia lub o odstąpieniu od wymierzenia kary jest bardzo trudna, gdyż członkowie komisji orzekających są niezawisli w zakresie orzekania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych i podlegają tylko przepisom

prawa, orzekają w granicach określonych ustawą oraz na mocy przekonania opartego na ocenie dowodów. Istotne jest również to, aby rozstrzygnięcia składów orzekających były samodzielne oraz niezwiązane rozstrzygnięciami innych organów, z wyjątkiem prawomocnego wyroku sądu.

Podsumowanie

Analiza przepisów u.p.p.p. wskazuje, że dają one możliwość elastycznego formułowania umowy o takiej współpracy. Podkreślić jednak należy, że ważne jest właściwe rozpoznanie ryzyka związanego z realizacją przedsięwzięcia, a wybór instrumentów zaradczych nastęrcza sporo trudności. Ma to istotne znaczenie dla przestrzegania zasad gospodarki finansowej i dla zapobiegania popełnianiu czynów określonych w u.o.n.d.f.p.

Pozostaje żywić nadzieję, że swoboda kształtowania modelu współpracy przybierze racjonalną formę, uwzględniającą normy ładu i bezpieczeństwa finansów publicznych, a składy orzekające w sprawach naruszenia zasad prawidłowego gospodarowania środkami publicznymi – jeśli do takowych dojdzie – obiektywnie ocenią winę i stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych. Ustawodawca zapewnił znaczną elastyczność orzekania w tych kwestiach, pozwalając m.in. na wykorzystanie kryteriów indywidualizujących.

Niekwestionowaną zaletą stosowania umów PPP jest w przypadku samorządów terytorialnych zaspokajanie potrzeb społeczności lokalnych, a także podnoszenie jakości dostarczanych dóbr i usług publicznych. Najczęściej spotykaną formą współpracy samorządów z jednostkami sektora prywatnego są umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Należy więc uznać za zasadne szczegółowe określenie w u.o.n.d.f.p. katalogu czynów, które stanowią naruszenie dyscypliny finansów publicznych, rozszerzonego w ramach uregulowań u.k.r.b.u. w 2016 roku.

Podkreślenia jednak wymaga to, że w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych mogą pojawić się trudności z wykładnią używanych w u.p.p.p., u.k.r.b.u. i u.p.z.p. zwrotów niedookreślonych i nieostrych, do których ustawodawca nawiązuje w u.o.n.d.f.p. Choć nie ma powodów do kwestionowania kompetencji składów orzekających w omawianych sprawach, pojawiają się obawy związane z zachowaniem jednolitości interpretacyjnej. Ponadto rozstrzyganie wątpliwości to proces czasochłonny, co może prowadzić do przedawnienia karalności danego czynu. Zagrożenia, o których mowa, pozostają obecnie na poziomie hipotetycznym, gdyż naruszenia związane z zawieraniem umowy koncesji na roboty budowlane i usługi są popełniane rzadko (tabela 1).

Wykaz w u.o.n.d.f.p. uwzględnia zaangażowanie podmiotów prywatnych w wykonywanie zadań na rzecz wspólnoty samorządowej. Należy jednak zauważyć, że jeśli przyjąć za kryterium oddziaływanie represyjne na sprawcę czynu, katalog kar budzi zastrzeżenia. Analiza sprawozdań organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych prowadzi do wniosku, że w większości przypadków RKO odstępują od wymierzenia kary, zaś w ok. 80% pozostałych spraw karą jest najczęściej upomnienie lub nagana. Pojawia się więc postulat modyfikacji rodzajów kar i ich dostosowania do zakresu

podmiotowego w taki sposób, aby miało to wpływ na zachowania dysponentów środków publicznych niezaliczanych do jednostek sektora finansów publicznych w przyszłości, tj. aby kary pełniły funkcję prewencyjną. Trudno bowiem uznać, że widmo kary upomnienia wystarczająco zdyscyplinuje osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy zamawiającego niezaliczanego do jednostek sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czy też osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi zamawiającemu niezaliczanemu do sektora finansów publicznych.

Zgłoszone wyżej zastrzeżenia nie służą dyskredytacji PPP w zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Autor zauważa, że w literaturze przedmiotu wskazuje się na różne korzyści płynące z PPP, takie jak: przyspieszenie rozwoju infrastruktury lokalnej dzięki recypowaniu przez sektor finansów publicznych rozwiązań komercyjnych, przestrzeganie zasad gospodarności poprzez obniżenia kosztów inwestycyjnych sektora publicznego, dostęp do nowych technologii stosowanych przez partnera prywatnego, aktywizacja sektora prywatnego (Hajdys, 2010, s. 602). To niekwestionowane zalety wprowadzenia tego modelu do polskiego porządku prawnego. Ważne jest jednak, aby ustawodawca kompleksowo uregulował kwestię odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co będzie możliwe tylko wówczas, jeśli forma PPP będzie zgodna z przepisami wszystkich dotyczących jej wdrażania aktów prawnych. Ma to szczególne znaczenie dla sektora samorządu terytorialnego, gdyż to tam najczęściej stwierdza się naruszenia dyscypliny finansów publicznych (tabela 2). Nie należy przy tym zapominać o konieczności budowania zaufania obywatela do państwa – może ono być tracone w wyniku rozbieżnych rozstrzygnięć w podobnych sprawach czy też stosowania kar, które niewystarczająco oddziałują na sprawcę i go dyscyplinują.

Literatura

- Baza orzecznictwa GKO (2018). Pobrane z: <https://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/dzialalnosc/ciala-kolegialne/glowna-komisja-orzekajaca/baza-orzecznictwa-gko> (10.05.2018).
- Brzozowska, K. (2006). *Partnerstwo publiczno-prywatne. Przesłanki, możliwości, bariery*. Warszawa: CeDeWu.
- Cieślak, R. (2015). Koncesja na roboty budowlane lub usługi w kontekście naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W: A. Talik, W. Robaczyński, A. Babczuk (red.), *Dyscyplina finansów publicznych. Podstawy i zakres odpowiedzialności* (s. 213–243). Warszawa: C.H. Beck.
- Cieślak, R. (2017). Komentarz do art. 17a uONDFP. W: W. Misiąg (red.), *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*. Komentarz 2017, Legalis pkt 3. Warszawa: C.H. Beck.
- Cieślak, R. (red.) (2018). *Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.02.2014 w sprawie udzielania koncesji. Dz.Urz. UE L 94, ze zm.

- Filipiak, B. (2008). *Strategie finansowe jednostek samorządu terytorialnego*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- GKO (2014). Sprawozdanie z działalności Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych oraz zbiorcze sprawozdanie z działalności komisji orzekających pierwszej instancji w 2013 r. Pobrane z: https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=f3a081c4-6dc7-4fca-8626-98021501bcb8&groupId=764034 (10.05.2018).
- GKO (2015). Sprawozdanie z działalności Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych oraz zbiorcze sprawozdanie z działalności komisji orzekających pierwszej instancji w 2014 r. Pobrane z: https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=ae463349-4917-4b43-a922-5d75ee0989db&groupId=764034 (10.05.2018).
- GKO (2016). Sprawozdanie z działalności Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych oraz zbiorcze sprawozdanie z działalności komisji orzekających pierwszej instancji w 2015 r. Pobrane z: https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=88618e52-72bd-4140-b4b1-dc5decf40152&groupId=764034 (10.05.2018).
- GKO (2017). Sprawozdanie z działalności Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych oraz zbiorcze sprawozdanie z działalności komisji orzekających pierwszej instancji w 2016 r. Pobrane z: https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=c48407eb-369f-49fa-bb5b-7c56f88879b6&groupId=764034 (10.05.2018).
- GKO (2018). Sprawozdanie z działalności Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych oraz zbiorcze sprawozdanie z działalności komisji orzekających pierwszej instancji w 2017 r. Pobrane z: https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=baf5f81a-ff56-4993-8a38-b49b9b30b72e&groupId=764034 (10.05.2018).
- Hajdys, D. (2010). Partnerstwo publiczno-prywatne jako element zarządzania publicznego. W: T. Juja (red.), *Dylematy i wyzwania finansów publicznych*. Poznań: Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu.
- Korbus, B. (red.) (2010). *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*. Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.
- Panasiuk, A. (2009). *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, Warszawa.
- Rozporządzenie Ministra Gospodarki z 11.02.2015 w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie. Dz.U. 2015, poz. 284.
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 9.01.2018 w sprawie sprawozdawczości budżetowej. Dz.U., poz. 109.
- Sejm RP IV kadencji (2003). Rządowy projekt ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Druk nr 1958. Pobrane z: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/\(\\$vAllByUnid\)/02BD56CC89D51DF9C1256D9D002D21FA/\\$file/1958.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllByUnid)/02BD56CC89D51DF9C1256D9D002D21FA/$file/1958.pdf) (10.05.2018).
- Sejm RP VIII kadencji (2016). Rządowy projekt ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi. Druk 612. Pobrane z: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=612> (10.05.2018).
- Ustawa z 8.03.1990 o samorządzie gminnym. Dz.U. 2017, poz. 1875, ze zm.
- Ustawa z 29.01.2004 Prawo zamówień publicznych. Dz.U. 2017, poz. 1579.
- Ustawa z 17.12.2004 o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dz.U. 2017, poz. 1311, ze zm.

Ustawa z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym. Dz.U. 2017, poz. 1834.

Ustawa z 29.08.2009 o finansach publicznych. Dz.U. 2017, poz. 2077, ze zm.

Ustawa z 19.08.2011 o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw. Dz.U., nr 240, poz. 1429.

Ustawa z 21.10.2016 o umowie koncesji na roboty i usługi budowlane. Dz.U. 2016, poz. 1920, ze zm.

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (CONTRACT FOR CONSTRUCTION WORKS OR SERVICES AGREEMENT) AS A METHOD OF IMPLEMENTATION OF PUBLIC TASKS THROUGH LOCAL GOVERNMENT UNITS IN THE CONTEXT OF RESPONSIBILITY FOR INFRINGEMENT OF THE DISCIPLINE OF PUBLIC FINANCES

Keywords: public-private partnership, public finance discipline

Summary. Public-private partnership (PPP) is an important form of implementation of public tasks by local government units. The order and security of public finances are ensured, among others by discipline in spending public funds. The area of research was limited to PPP contracts concluded by self-government units of the public finance sector and private partners, including concession contracts for construction works or services, as one of the forms of PPP.

The primary purpose of the research study is to determine the essence of the PPP in the implementation of public tasks by local government and identify areas of possible risks of violation of basic principles of public funds management, resulting in violation of public finance discipline.

The author concludes that the PPP is very attractive, but not without flaws form of cooperation with the private sector in the public interest. In 2013–2017, violations related to contracts for concessions for construction works and services (as forms of PPP), regulated in the Act of 17.12.2004 on liability for violation of public finance discipline, were only twice subject to resolution by the adjudicating authorities in these cases violations.

The study uses a comparative, dogmatic and analytical method in relation to basic legal acts, reports on the activities of adjudicating commissions in cases relating to violation of public finance discipline and views expressed in the literature on the subject.

Translated by Wojciech Bożek

Cytowanie

Bożek, W. (2018). Partnerstwo publiczno-prywatne a dyscyplina finansów publicznych – wybrane zagadnienia. *Ekonomiczne Problemy Usług*, 4 (133/1), 41–55. DOI: 10.18276/epu.2018.133/1-04.