



Warszawa, 23 grudnia 2009 roku

Ekspertyza prawna

dla Ministerstwa Infrastruktury
w sprawie sposobów realizacji przez jednostki samorządu terytorialnego zadań
w zakresie działalności telekomunikacyjnej

1. PRZEDMIOT OPINII

Przedmiotem opinii jest możliwość zastosowania ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi przy podejmowaniu przez jednostki samorządu terytorialnego (lub podmioty wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej) działalności w telekomunikacji w kontekście projektu ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej: „**Projekt ustawy**”).

W ramach powyższej ekspertyzy zostaną przedstawione ogólne założenia dotyczące potencjalnych sposobów realizacji projektów, o których mowa w Projekcie ustawy (art. 3 ust. 1).

2. ŹRÓDŁA PRAWA

Przy sporządzaniu niniejszej opinii wzięto pod uwagę następujące akty prawne:

- (a) Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. UE C 115 z 9 maja 2008 r.) (dalej: „**Traktat FUE**”);
- (b) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07 Nr 223, poz.1655 -j.t. z późn. zm) (dalej: „**Prawo zamówień publicznych**”);
- (c) Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) (dalej: „**Prawo telekomunikacyjne**”);

- (d) Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100) (dalej: „**Ustawa o PPP**”);
- (e) Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101) (dalej: „**Ustawa o koncesji**”);
- (f) Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9 poz. 43 ze zm.) (dalej „**Ustawa o gospodarce komunalnej**”).

3. DZIAŁALNOŚĆ TELEKOMUNIKACYJNA W UJĘCIU PROJEKTU USTAWY

W ramach wykonywania działalności telekomunikacyjnej, o której mowa w Projekcie ustawy, mogą być realizowane projekty polegające na:

- (a) budowie lub eksploatacji infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych oraz nabywania prawa do infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych;
- (b) dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych lub zapewnianiu dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej;
- (c) świadczeniu, z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, usług na rzecz:
 - (i) przedsiębiorców telekomunikacyjnych,
 - (ii) podmiotów, o których mowa w art. 4 Prawa telekomunikacyjnego,
 - (iii) użytkowników końcowych.

Wszystkie powyższe aktywności zostały uznane za zadania własne poszczególnych szczebli jednostek samorządu terytorialnego (dalej: „**JST**”).

Jednocześnie w Projekcie ustawy przyjęto, że prowadzenie tej działalności powinno być m.in. przejrzyste, niezakłócające rozwoju równoprawnej i skutecznej konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych, realizowane w oparciu o zasady równego traktowania i dostępu do infrastruktury i sieci, przy uwzględnieniu odpowiednich przepisów, w tym przepisów odnoszących się do pomocy publicznej.

Interwencja w odniesieniu do działalności telekomunikacyjnej może występować na różnych obszarach, a Projekt ustawy w żaden sposób nie ogranicza tej możliwości. Zgodnie z obowiązującym podziałem rozróżnia się tzw. obszary białe, szare i czarne.

Do obszarów białych należy zaliczyć obszary, na których nie istnieje infrastruktura dostępu szerokopasmowego i nie przewiduje się inwestycji rynkowych w tym zakresie w najbliższym czasie. Interwencja publiczna na obszarze białym może być rozpatrywana jako działanie służące usunięciu nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku, konieczne dla zapewnienia powszechnego dostępu do sieci

szerokopasmowych, zapobiegające wykluczeniu cyfrowemu i wpływające pozytywnie na spójność i rozwój ekonomiczny.

Obszarem szarym jest obszar, na którym istnieje określona infrastruktura i usługi świadczone są przez jednego operatora (w rzeczywistości istnieje monopol naturalny, który w negatywny sposób może wpływać na warunki i jakość świadczonych usług). Na interwencję w obszarze szarym mają wpływ takie czynniki jak dostępność usług, jakość świadczonych usług, obowiązujące za świadczone usługi ceny.

Obszar, na którym istnieje infrastruktura i usługi świadczone są przez co najmniej dwóch operatorów, jest obszarem czarnym, w związku z czym można uznać, że istnieje konkurencyjny rynek¹.

Należy podkreślić, że zgodnie z poglądem Komisji Europejskiej, nie wszystkie interwencje publiczne dotyczące działalności telekomunikacyjnej są konieczne i uzasadnione. W określonych przypadkach mogą one mieć negatywny wpływ na konkurencję i inicjatywę prywatną. Interwencja na rynku, zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, jest uzasadniona wyłącznie wówczas, gdy jej celem jest zapobieganie zjawisku wykluczenia cyfrowego i będzie ona wykonywana w sposób niezakłócający rozwoju konkurencji na rynku lokalnym. Zgodnie z prezentowanym stanowiskiem Komisji, interwencja publiczna powinna odbywać się tam, gdzie usługi szerokopasmowego internetu nie są dostępne, a dostawcy komercyjni nie są zainteresowani ich zapewnieniem, czyli na tzw. obszarach białych. Dopuszczalna jest również interwencja pod określonymi warunkami na obszarach szarych, w celu eliminowania nieprawidłowości rynku. Natomiast interwencja państwa na obszarach czarnych nie jest według Komisji Europejskiej uzasadniona.

Powyższe założenia należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu sposobu realizacji działalności telekomunikacyjnej przewidzianej w Projekcie ustawy. Jednocześnie należałoby przyjąć, aby zapewnić zgodności z zasadami pomocy publicznej, że interwencja publiczna na obszarze czarnym została w ramach Projektu ustawy dozwolona wyłącznie w przypadku podjęcia przez JST (w przypadku gdy krajowe przepisy na to zezwalają) interwencji o charakterze rynkowym, przy spełnieniu zasady prywatnego inwestora, o której mowa w *Biuletynie KE 9-1984. Stosowanie artykułów 92 i 93 Traktatu EWG do udziałów władz publicznych, z zastrzeżeniem właściwych przepisów dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego*².

¹ Por. Wytyczne wspólnotowych w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych (2009/C 235/04).

² W celu udowodnienia, iż została spełniona zasada prywatnego inwestora, konieczne jest przeprowadzenie i uzyskanie pozytywnego wyniku tzw. testu prywatnego inwestora, który wymaga opracowania szeregu analiz ekonomiczno-finansowych w celu porównania warunków dotyczących badanej interwencji do interwencji wykonywanej przez prywatnego przedsiębiorcę w

4. WYŁĄCZENIE DZIAŁALNOŚCI TELEKOMUNIKACYJNEJ SPOD OBOWIĄZKU STOSOWANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I PROCEDURY WYBORU KONCESJONARIUSZA

4.1 Uwagi wstępne

Przy rozważaniu sposobów realizacji zadań z zakresu działalności telekomunikacyjnej przez JST, w związku z istniejącymi wyłączeniami dla sektora telekomunikacyjnego w przepisach regulujących udzielanie zamówień publicznych, należy na wstępie rozważyć kwestie związane z wyborem podmiotu wykonującego zadanie własne JST i konieczność stosowania właściwych przepisów z zakresu zamówień publicznych czy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Rozważając zakres wyłączeń, pod uwagę należy wziąć m.in. fakt, że szereg inwestycji związanych z usługami i utworzeniem sieci szerokopasmowych w telekomunikacji będzie realizowanych z wykorzystaniem środków wspólnotowych.

Należy stwierdzić, że zgodnie z projektowanymi przepisami, zakres działalności telekomunikacyjnej wskazanej w Projekcie ustawy związany jest z prowadzeniem przez JST gospodarki komunalnej, polegającej na wykonywaniu przez JST zadań własnych, której zasady i formy prowadzenia określa Ustawa o gospodarce komunalnej.

Zgodnie z przepisami Ustawy o gospodarce komunalnej, gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (art. 1 ust. 2).

JST mogą prowadzić gospodarkę komunalną w różnych formach, w tym zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Zgodnie z art. 3 Ustawy o gospodarce komunalnej, JST mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, w drodze umowy na zasadach ogólnych - z uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych lub, odpowiednio, przepisów o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi, przepisów o zamówieniach publicznych i przepisów o działalności pożytku

warunkach rynkowych. Zgodnie z orzeczeniem ETS w sprawie 40/85 Belgium v Commission z dnia 10 lipca 1986 r., test prywatnego inwestora polega na ocenie, do jakiego stopnia dane przedsiębiorstwo mogłoby otrzymać kwestionowane wsparcie na wolnym rynku od prywatnych inwestorów. W odniesieniu do przedsiębiorstw państwowych lub przedsiębiorstw, w których większość udziałów należy do państwa, test polega na ocenie czy w takich samych warunkach prywatny inwestor, mający na względzie przewidywalność zysku i niebiorący pod uwagę żadnych czynników społeczno-regionalnych dokonałby tej transakcji.

publicznego i o wolontariacie³. Należy również pamiętać, że z prowadzeniem działalności telekomunikacyjnej wiąże się również stosowanie odpowiednich przepisów szczególnych, m.in. Prawa telekomunikacyjnego.

Wspieranie działalności telekomunikacyjnej 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 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 przypadku realizacji przez JST zadań z zakresu działalności telekomunikacyjnej przewidzianej w Projekcie ustawy, kluczowe znaczenie ma określenie regulacji, których przestrzeganie jest niezbędne przy powierzaniu określonych w Projekcie ustawy zadań. Należy przy tym zauważyć, że podmioty realizujące te zadania mogą należeć zarówno do grupy podmiotów zewnętrznych (m.in. przedsiębiorcy prywatni), jak i jednostek zależnych w określonym stopniu od JST (np. spółki komunalne w tym przedsiębiorstwa użyteczności publicznej). W zależności od rodzaju podmiotu JST dysponuje możliwością zastosowania różnych procedur dla potrzeb zlecenia zadania.

4.2 Prawo zamówień publicznych i Ustawa o koncesji – tryby wyboru

Podstawowymi trybami wyboru wykonawcy zadania w ramach Prawa zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Przepisy przewidują również bardziej elastyczne tryby konkurencyjne (jak np. negocjacje z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny), jak również z pewne tryby niekonkurencyjne (negocjacje bez ogłoszenia oraz wolna ręka), jednakże skorzystanie z nich uzależnione jest od spełnienia określonych w ustawie przesłanek.⁴

³ Projekt ustawy proponuje zmienione brzmienie tego artykułu: „W ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43, z późn. zm.3) w art. 3 ust. 1 otrzymuje brzmienie: „Jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych, w trybie przepisów o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi, przepisów o zamówieniach publicznych i przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie albo na zasadach ogólnych.”.

⁴ Por. *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki* przyjęte przez Komitet

Ustawa o koncesji przewiduje jedną, specjalnie opracowaną dla tego typu projektów procedurę konkurencyjną, zapewniającą wymaganą elastyczność procesu i negocjacyjny sposób określania szczegółów realizowanego projektu. Procedura ta jest stosowana dla wyboru koncesjonariusza wyłącznie w sytuacji, gdy powierzenie wykonania określonej roboty budowlanej lub usługi przybiera formę koncesji.

4.3 Wyłączenia dotyczące działalności telekomunikacyjnej

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 13 Dyrektywy 2004/18/WE, dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień publicznych, których głównym celem jest pozwolenie (umożliwienie) zamawiającym na oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub eksploatację publicznych sieci telekomunikacyjnych lub świadczenie odbiorcom publicznym jednej lub większej liczby usług telekomunikacyjnych⁵.

Wskazane wyłączenie znalazło odzwierciedlenie:

- (a) w art. 4 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym Ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych przez podmioty wykonujące co najmniej jeden z następujących rodzajów działalności: udostępnianie publicznej sieci telekomunikacyjnej, eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej, świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej lub usług poczty elektronicznej za pomocą takiej sieci, jeżeli zamówienie jest udzielane wyłącznie w celu wykonywania jednego z tych rodzajów działalności”;
- (b) w art. 4 ust. 1 pkt 2 Ustawy o koncesji, zgodnie z którym przepisów ustawy nie stosuje się w przypadku zawierania umowy przez koncesjodawców wykonujących co najmniej jeden z następujących rodzajów działalności: udostępnianie publicznej sieci telekomunikacyjnej, eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej, świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej lub usług poczty elektronicznej za pomocą takiej sieci - jeżeli umowa ma zostać zawarta wyłącznie w celu wykonywania takiego rodzaju działalności”⁶.

Europejski Rady Ministrów na posiedzeniu w dniu 17 listopada 2006 r. - zamieszczony na stronie internetowej UZP: www.uzp.gov.pl

⁵ Wyłączenie zostało przewidziane w Dyrektywie w związku z faktem, iż sytuacja na rynku telekomunikacyjnym w państwach członkowskich Unii Europejskiej pozwala na stwierdzenie, że istnieje na nim efektywna konkurencja w tym zakresie w efekcie wdrożenia przepisów wspólnotowych zmierzających do liberalizacji tego obszaru działalności.

⁶ W Projekcie ustawy planuje się następującą zmianę brzmienia tego przepisu: „w art. 4 w ust. 1 pkt 2 otrzymuje brzmienie: głównie w celu wykonywania co najmniej jednego z następujących rodzajów działalności: udostępnianie publicznej sieci telekomunikacyjnej, eksploatacja publicznej

Pomimo, iż zakres powyższego wyłączenia wydaje się jasny, po bliższej analizie budzi on określone wątpliwości. Mając na uwadze powyższe wywody dotyczące wyłączeń z zakresu działalności telekomunikacyjnej, należy zwrócić uwagę na fakt, iż wyłączenia, zgodnie z obecnymi przepisami, podmiotowo dotyczą:

- (a) zamawiających wykonujących co najmniej jeden z rodzajów działalności objętych wyłączeniem (w przypadku gdy zamówienie jest udzielane wyłącznie w celu wykonywania tej działalności);
- (b) koncesjonariuszy wykonujących co najmniej jeden z rodzajów działalności (w przypadku jeżeli umowa ma zostać zawarta wyłącznie w celu wykonywania takiego rodzaju działalności).

Należy zauważyć, że nie każda JST będzie samodzielnie wykonywać działalność polegającą na udostępnianiu albo eksploatacji publicznej sieci telekomunikacyjnej albo świadczeniu publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych⁷, a tylko taka JST będzie, w zakresie prowadzonej działalności telekomunikacyjnej, zwolniona z obowiązku stosowania zamówień publicznych (względnie przepisów o koncesjach) w celu zawarcia umów związanych z wykonywaniem tej działalności.

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.

Wskazana konstatacja ma istotne znaczenie praktyczne, bowiem przesądza, iż wskazane w punkcie 4.2 sposoby wyboru partnera prywatnego (w tym przypadku na podstawie Prawa zamówień publicznych) albo koncesjonariusza (na podstawie Ustawy o koncesjach) będą miały zastosowanie przy wielu (jeśli nie zdecydowanej większości) projektów zmierzających do stworzenia sieci szerokopasmowych.

5. PODMIOT WEWNĘTRZNY

Jedną z możliwych metod realizacji zadania własnego, obok zlecenia go podmiotowi zewnętrznemu na podstawie umowy (w ramach zamówienia publicznego, partnerstwa publiczno-prywatnego czy koncesji) lub własnej jednostce organizacyjnej, jest jego

sieci telekomunikacyjnej, świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej”.

⁷ 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”

bezpośrednie powierzenie tzw. podmiotowi wewnętrznemu. Podmiotami wewnętrznymi mogą być komunalne podmioty realizujące zadania użyteczności publicznej.

Wydaje się, biorąc pod uwagę specyfikę i wypracowane zasady współpracy ze spółkami komunalnymi, że powierzenie zadania podmiotowi wewnętrznemu można rozpatrywać jako specyficzny rodzaj zamówienia publicznego, choć zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 22 sierpnia 2005 r. (sygn. II GKS 105/05) podstawą powierzenia wykonywania zadania przez spółkę komunalną do tego powołaną jest akt powołujący do życia ten podmiot, a nie umowa o zamówienie publiczne.

Pomimo braku definicji i innych regulacji dotyczących podmiotu wewnętrznego w obecnie obowiązującym Prawie zamówień publicznych, wydaje się, iż należałoby stwierdzić, że możliwość zastosowania tej ścieżki powierzania zadań własnych wynika m.in. z utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: „ETS”) dotyczącego dyrektyw zamówieniowych, na których bazują przepisy krajowe w tym zakresie⁸.

Powierzenie bezpośrednio (z pominięciem konkurencyjnego postępowania) jest możliwe, jeśli dana transakcja odbywa się „wewnątrz danej instytucji” (tzw. transakcja wewnętrzna). Zgodnie z orzecznictwem ETS transakcje wewnętrzne nie muszą podlegać konkurencyjnym postępowaniom, mimo że powierza się wykonywanie zadania odrębnemu od siebie, przynajmniej w sensie formalnym, podmiotowi⁹. Za transakcję o charakterze wewnętrznym może być uznane zlecenie wykonania zadania również w sytuacji, gdy mamy do czynienia z dwoma niezależnymi osobami prawnymi. Powierzenie bezpośrednio obwarowane jest jednak pewnymi warunkami.

W orzeczeniu C-107/98 w sprawie Teckal, ETS uznał, iż w sytuacji, gdy mamy do czynienia z dwoma odrębnymi podmiotami, powierzenie bezpośrednio może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy:

- (a) zamawiający sprawuje nad jednostką, której powierza wykonanie zadania, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad swoimi wydziałami/oddziałami, oraz
- (b) gdy zasadnicza część działalności wykonywanej przez taki podmiot (tzw. podmiot wewnętrzny) jest wynikiem powierzenia przez podmiot lub podmioty sprawujące nad nim taką kontrolę.

W ramach precyzowania przesłanki kontroli, ETS stwierdził, iż nawet mniejszościowe udziały przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym podmiotu wykluczają jego uznanie za podmiot wewnętrzny. ETS uznał, iż kontrola analogiczna sprawowana jest wyłącznie w podmiotach, w których zamawiający posiada 100% udziałów. Takie

⁸ Por. np. ETS w sprawie C-107/98; ETS w sprawie C-26/03; ETS w sprawie C-480-06.

⁹ Wyrok ETS w sprawie C-107/98.

rozwiązanie ma zapobiegać ewentualnym naruszeniom konkurencji. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż przy analizowaniu przesłanki kontroli istotny jest nie tylko aspekt prawny, ale również i faktyczny. Podmiot publiczny powinien mieć realny wpływ na daną jednostkę i decyzje przez nią podejmowane.

Przesłanka dotycząca zasadniczej części działalności na rzecz zamawiającego (zamawiających) nie była do tej pory przedmiotem szczegółowej analizy ETS. Do chwili obecnej, w doktrynie wykształciły się dwa poglądy w tym zakresie. Pierwszy z nich przewiduje niemożność bezpośredniego powierzania zadań w przypadku, gdy występuje nawet marginalne zaangażowanie potencjalnego podmiotu-wykonawcy w świadczenie usług dla innych jednostek niż zamawiający, natomiast drugi dopuszcza możliwość prowadzenia takiej działalności przez podmiot wewnętrzny w zakresie marginalnym.

Z racji wskazanych rozbieżności w doktrynie oraz w związku z brakiem jednoznacznych przepisów i niejasnością orzecznictwa, kwestia definicji podmiotu wewnętrznego, jego zasad i zakresu działania, nadal budzi wątpliwości stwierdzenie, czy dana jednostka spełnia powyższe kryteria i czy może w związku z tym zostać uznana za „podmiot wewnętrzny”, powinno więc opierać się na szczegółowej analizie konkretnego przypadku i przyjęciu określonych założeń mających na celu minimalizację ryzyka prawnego.

W kontekście wykonywania działalności telekomunikacyjnej, o której mowa w Projekcie ustawy, powyższe kwestie należałoby wziąć pod uwagę przy tworzeniu struktur realizacji zadań z zaangażowaniem podmiotów komunalnych utworzonych przez JST w tym celu oraz podmiotów realizujących zadania z zakresu użyteczności publicznej, o których mowa w Projekcie ustawy (przedsiębiorstwa energetyczne, wodociągowo-kanalizacyjne).

Należy jednak pamiętać, rozważając ten sposób zlecenia zadania, że ETS traktuje powierzenie wykonania zadania podmiotowi wewnętrznemu jako wyjątek od zasad ogólnych, a obowiązek wykazania spełnienia ww. przesłanek spoczywa na podmiocie, który wywodzi z tej okoliczności określone skutki prawne (tj. powierza wykonanie zadania bezpośrednio)¹⁰.

6. USŁUGI W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM

6.1 Usługi w ogólnym interesie gospodarczym

¹⁰ Orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13 oraz orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III EN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01.

Dla potrzeb rozważań dotyczących sieci szerokopasmowych istotne znaczenie może mieć koncepcja tzw. usług w ogólnym interesie gospodarczym.

Koncepcja ta znalazła wyraz m.in. w Decyzji Komisji z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu FUE do pomocy państwa w formie rekompensaty tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (2005/842/WE) oraz Wspólnotowych ramach dotyczących pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (Dz. U. UE z 2005 r. C 297, str. 4).

Usługi świadczone w „ogólnym interesie” mają charakter gospodarczy i co do zasady obejmują działalność ważną z punktu widzenia funkcjonowania danej społeczności, która najprawdopodobniej nie byłaby wykonywana bez wsparcia ze strony podmiotu publicznego. Do chwili obecnej za usługi te uznawano m.in. usługi z zakresu transportu, usługi pocztowe, związane z sektorem energetycznym, ochrony zdrowia czy telekomunikacyjnym. Należy przy tym podkreślić, że usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym nie mają co do zasady ustalonego zakresu przedmiotowego na poziomie wspólnotowym, a poszczególne państwa członkowskie posiadają szeroki margines uznaniowości przy ich definiowaniu (zaliczenie danej działalności do katalogu usług w ogólnym interesie gospodarczym powinno być poprzedzone analizą charakteru usługi przy uwzględnieniu uwarunkowań panujących w danym kraju np. sytuacji geograficznej, społecznej czy kulturowej)¹¹. Komisja Europejska może jednak zainterweniować w decyzję państwa członkowskiego w powyższym zakresie w przypadku wystąpienia oczywistego błędu¹².

Po to, aby mogły być zastosowane szczególne zasady odnoszące się do wykonywania usług w ogólnym interesie gospodarczym (odstępstwo od ogólnych zasad traktatowych w zakresie m.in. konkurencji), zgodnie z art. 106 ust. 2¹³ Traktatu FUE muszą być spełnione następujące przesłanki:

- (a) musi istnieć akt nałożenia zobowiązania na przedsiębiorstwo w zakresie odpowiedzialności za wykonywanie określonych usług;
- (b) powierzone usługi powinny być usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym;
- (c) rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii.

Podstawowym elementem systemu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym jest zobowiązanie do realizacji danej usługi (przy czym należy

¹¹ Chyba, że jest kwestia ta została uregulowana prawem wspólnotowym.

¹² Por. sprawa T-442/03, SIC przeciwko Komisji.

¹³ Poprzednio art. 86 ust. 2.

zauważyć, że może mieć różną formę prawną) oraz obliczona, według obiektywnych i przejrzystych parametrów, rekompensata za świadczenie tej usługi. W ramach projektów dotyczących realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym może (i) wystąpić pomoc publiczna wymagająca notyfikacji; (ii) może wystąpić pomoc publiczna zgodna ze wspólnym rynkiem, niewymagająca notyfikacji bądź; (iii) nie wystąpić pomoc publiczna. Powyższe zależy m.in. od rodzaju przedsięwzięcia, jego wielkości i przyjętego sposobu realizacji.

Państwo członkowskie, a właściwie organy odpowiedzialne za realizację poszczególnych zadań, posiadają więc zasadniczą rolę jak i margines swobody zarówno przy definiowaniu zakresu usług w ogólnym interesie gospodarczym jak i w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania tych usług, w sposób najbardziej odpowiadający potrzebom ludności, z zachowaniem zasad ustalonych na poziomie wspólnotowym. Jako jedne z kluczowych elementów związanych ze świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym wskazuje się m.in. poziom jakości, bezpieczeństwa, przystępności cenowej, równe traktowanie oraz propagowanie powszechnego dostępu i praw odbiorców.

6.2 Umowa o świadczenie usług

Podstawowym instrumentem realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym jest umowa o świadczenie usług określająca kluczowe elementy związane z wykonaniem zadania, w tym mechanizm wynagrodzeniowy (rekompensaty). Mechanizm ten powinien uwzględniać koszty poniesione przez wykonawcę usług w związku z ich realizacją, przychody generowane przy realizacji usług oraz rozsądny zysk dla wykonawcy¹⁴ (wyplacane wynagrodzenie równe jest różnicy pomiędzy przychodami a kosztami powiększonej o rozsądny zysk operatora). Oprócz szczegółowego określenia

¹⁴ Pojęcie „rozsądnego zysku” nie jest zdefiniowane w przepisach wspólnotowych ani krajowych. Należy przyjąć, że rozsądny zysk oznacza stopę zwrotu z kapitału własnego, uwzględniającą ryzyko lub brak ryzyka, osiągniętą przez przedsiębiorstwo dzięki interwencji publicznej. Jest to zgodne z podejściem zaprezentowanym w Decyzji Komisji z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (2005/842/WE). Zgodnie z Decyzją, „Stopa ta nie przekracza zwykle średniej stopy w danym sektorze w ostatnich latach. W sektorach, w których nie ma przedsiębiorstw porównywalnych z przedsiębiorstwem zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, można dokonać porównania z przedsiębiorstwem mającym siedzibę w innym Państwie Członkowskim lub, jeśli to konieczne, z przedsiębiorstwem z innego sektora, pod warunkiem że zostanie uwzględniona specyfika poszczególnych sektorów. Określając wysokość rozsądnego zysku, Państwa Członkowskie mogą wprowadzić kryteria motywacyjne, w szczególności w zakresie jakości świadczonych usług i wzrostu wydajności(...) Rozsądny zysk uwzględnia wszystkie lub niektóre przypadki wzrostu wydajności, osiągnięte przez dane przedsiębiorstwa w ustalonym ograniczonym okresie, bez obniżania poziomu jakości usług powierzonych przedsiębiorstwu przez Państwo Członkowskie.”

mechanizmu rekompensaty (w celu określenia właściwego jej poziomu), umowa o świadczenie usług publicznych powinna m.in. określać szczegółowe zasady dotyczące świadczenia usług będących jej przedmiotem, parametry techniczne, ilościowe i jakościowe, zasady dysponowania składnikami majątkowymi zaangażowanymi w realizację projektu (lub odwoływać się do tych zasad), w tym zasady związane z wykorzystaniem przy realizacji projektu istniejącej infrastruktury.

6.3 Działalność telekomunikacyjna, o której mowa w Projekcie ustawy a usługi w ogólnym interesie gospodarczym

Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej¹⁵, uwzględniając fakt, iż rynek usług telekomunikacyjny jest rynkiem zliberalizowanym, nie wszystkie działania z zakresu wdrażania sieci szerokopasmowych będą mogły być zakwalifikowane przez Komisję Europejską jako usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Za takie usługi nie należy według Komisji Europejskiej uznać interwencji publicznej w infrastrukturę szerokopasmową na obszarach, na których inwestują już w tym zakresie prywatni inwestorzy i świadczone są konkurencyjne usługi dostępu szerokopasmowego o odpowiednim zasięgu sieci szerokopasmowej.

Za usługę ogólnego interesu publicznego, w przypadku przedstawienia przez państwo członkowskie odpowiedniej argumentacji, można będzie, zdaniem Komisji Europejskiej, uznać interwencję na obszarze, co do którego wykazano, iż w najbliższej przyszłości prywatni inwestorzy mogą nie być w stanie zapewnić sieci szerokopasmowej o odpowiednim zasięgu obejmującym wszystkich obywateli lub użytkowników i w rezultacie znaczna część społeczeństwa pozostaje niepodłączona do sieci. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że Komisja Europejska uważa za zasadne pokrywanie rekompensatą jedynie kosztów wdrażania infrastruktury na obszarach, gdzie nie jest to opłacalne. Dodatkowo, gdy usługa nie dotyczy wdrażania infrastruktury publicznej, należy przy jej powierzaniu przewidzieć odpowiednie mechanizmy kontroli i ewentualnego wycofania z umowy o świadczenie usług publicznych w celu zapobieżenia uzyskania przez podmiot-wykonawcę usługi nienależnej korzyści poprzez utrzymanie własności sieci sfinansowanej z funduszy publicznych po zakończeniu koncesji na świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym.

Jednocześnie należy podkreślić, że zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej *„Rekompensata za świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym powinna być zasadniczo przyznawana w drodze otwartego, przejrzystego przetargu, opartego na zasadzie niedyskryminacji, w którym od wszystkich kandydujących operatorów wymaga się zdefiniowania w przejrzysty sposób obszarów, na których przedmiotowa*

¹⁵ Por. pkt 24-20 Wytycznych wspólnotowych w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych (2009/C 235/04).

działalność jest opłacalna i obszarów, na których nie jest ona opłacalna, oszacowania przewidywanych dochodów oraz złożenia wniosku z podaniem odpowiedniej kwoty rekompensaty, którą uważają za bezwzględnie konieczną, co pozwala na uniknięcie ryzyka nadmiernej rekompensaty. Przetarg zorganizowany na takich warunkach powinien gwarantować spełnienie czwartego kryterium określonego w sprawie Altmark.”¹⁶.

Mając na uwadze powyższe wywody dotyczące usług w ogólnym interesie gospodarczym należy stwierdzić, że w pewnym zakresie działalność telekomunikacyjna, o której mowa w Projekcie ustawy będzie mogła zostać zakwalifikowana jako usługa w ogólnym interesie gospodarczym i realizowana w ramach systemu rekompensaty z tytułu świadczenia tej usługi. Będą to projekty realizowane na obszarach białych (m.in. realizowane na podstawie art. 8 Projektu ustawy), gdzie działalność ta nie jest przedmiotem zainteresowania komercyjnych dostawców sieci, a obszar jest zagrożony „wykluczeniem cyfrowym”. Jednocześnie należy zauważyć, że system ten może być realizowany zarówno w ramach bezpośredniego powierzenia zadania podmiotowi wewnętrznemu, jak i przy zastosowaniu formuły partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji.

7. INSTRUMENTY PRAWNE REALIZACJI ZADAŃ PRZEZ JST – PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE ORAZ KONCESJE

7.1 Uwagi wstępne

Należy mieć na uwadze, iż zasadniczy wpływ na dobór odpowiedniego instrumentu realizacji inwestycji mają cechy charakterystyczne realizowanego projektu. Jak już

¹⁶ Pkt 29 Wytycznych wspólnotowych w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych (2009/C 235/04). Zgodnie z Orzeczeniem ETS C-280/00, Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych nie stanowi pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE w przypadku łącznego spełnienia czterech warunków: - przedsiębiorstwo będące beneficjentem musi być faktycznie zobowiązane do świadczenia usług publicznych, które ma wykonywać, a zobowiązanie to musi być jasno zdefiniowane; - wskaźniki, na podstawie których wyliczana jest rekompensata, muszą zostać określone wcześniej, w obiektywny i przejrzysty sposób; - wysokość rekompensaty nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w trakcie wykonywania zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i rozsądnego zysku;- w przypadku gdy wybór przedsiębiorstwa mającego wywiązywać się z zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych nie jest dokonywany zgodnie z procedurą udzielania zamówień publicznych, która pozwoliłaby na wybór oferenta świadczącego te usługi w sposób najmniej kosztowny dla danej społeczności, poziom rekompensaty należy określić na podstawie analizy kosztów, jakie poniosłoby typowe, dobrze zarządzane przedsiębiorstwo dysponujące odpowiednimi środkami.

wspominano, JST dysponuje różnymi możliwościami zlecenia zadań w ramach obowiązujących przepisów.

Wybór formy realizacji powinien być podyktowany zasadą optymalizacji realizacji zadania i osiągnięcia korzyści z punktu widzenia interesu publicznego, rozpatrywanych w kontekście efektywności realizacji zadania i jakości świadczonych usług. W ramach obowiązującego instrumentarium prawnego, przy uwzględnieniu przedmiotu i charakteru projektu, jak i finansowych możliwości jego realizacji, JST może zastosować zarówno powierzenie bezpośrednie (tzw. podmiotowi wewnętrznemu), jak i procedury konkurencyjne w celu wyłonienia wykonawców zadania. Realizacja zadania może być związana m.in. z zastosowaniem struktur opartych zamówieniach publicznych, partnerstwie publiczno-prywatnym, koncesjach, ale również w pewnych przypadkach można byłoby rozważać zastosowanie m.in. przepisów dotyczących gospodarowania nieruchomościami.

Poniżej zostaną opisane ogólne zasady realizacji zadań własnych w oparciu o partnerstwo publiczno-prywatne oraz koncesje. Jednocześnie należy podkreślić, pomimo faktu, iż zastosowanie powyższych instrumentów wydaje się korzystne z punktu widzenia JST choćby ze względów na charakterystyczne struktury finansowania tych dwóch instrumentów, że stosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego czy koncesji nie w każdym przypadku jest odpowiednim instrumentem realizacji zadania. Zastosowanie danego sposobu realizacji zadania powinno być efektem przeprowadzenia dogłębnych analiz prawnych (w tym podatkowych), finansowych i ekonomicznych oraz technicznych, celem zidentyfikowania najbardziej efektywnego sposobu realizacji przedsięwzięcia.

Omawiając oba instrumenty należy zwrócić uwagę na fakt, że partnerstwo publiczno-prywatne jest pojęciem szerokim i obejmuje swoim zakresem również koncesję, jako jeden z instrumentów realizacji zadania publicznego. W związku z tym zarówno partnerstwo publiczno-prywatne mające znamiona koncesji, jak i niemające tych znamion, bazują w dużej mierze na podobnych zasadach, choć różnią się szczegółowymi rozwiązaniami w zakresie współpracy pomiędzy podmiotami¹⁷.

7.2 Partnerstwo publiczno-prywatne

7.2.1 Zakres przedmiotowy

¹⁷ Ze względu na wskazany fakt powstają praktyczne wątpliwości przy wybieraniu podstawy prawnej realizacji przedsięwzięcia o charakterze koncesji i tego, czy zastosowanie do niego powinna znaleźć Ustawa o PPP czy też Ustawa o koncesji. Wydaje się, że wybór powinien być uzasadniony m.in. wynikiem dokonanych analiz dotyczących przedmiotu projektu i jego struktur prawnych z uwzględnieniem aspektów finansowych oraz efektywności realizacji przedsięwzięcia w określonym miejscu i czasie.

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym pozwala na podjęcie współpracy pomiędzy podmiotem publicznym i podmiotem prywatnym opartej, zgodnie z art. 1 ust. 2 Ustawy o PPP, na podziale zadań i obszarów ryzyka, w celu realizacji przedsięwzięcia.

Definicja „przedsięwzięcia” została zakreślona w Ustawie o PPP bardzo szeroko. Zgodnie z art. 2 pkt 4 Ustawy o PPP, przedsięwzięciem może być: budowa i remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła (w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność) i inne świadczenia. Należy przy tym podkreślić, że elementami integralnymi każdej inwestycji realizowanej w formule PPP są, zgodnie z Ustawą o PPP:

- (a) utrzymanie lub zarządzanie składnikiem majątkowym wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego lub z nim związanym.;
- (b) podział ryzyk pomiędzy stronami umowy¹⁸;
- (c) określony sposób finansowania przedsięwzięcia - partner prywatny musi ponieść część lub całość wydatków na realizację przedsięwzięcia lub zapewnić ich poniesienie przez podmioty trzecie (art. 7 ust. 1 Ustawy o PPP) i w zamian za realizację przedsięwzięcia partner prywatny otrzymuje wynagrodzenie, które zależy od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu PPP (art. 7 ust. 2 Ustawy o PPP).

7.2.2 Wybór partnera prywatnego

Zgodnie z przepisami Ustawy o PPP, wyboru partnera prywatnego dokonuje się na podstawie przepisów:

- (a) Ustawy o koncesjach - gdy wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej;
- (b) Prawa zamówień publicznych – w pozostałych przypadkach.

Ustawa o koncesjach reguluje odrębny tryb postępowania dotyczącego wyboru koncesjonariusza o charakterze negocjacyjnym. W przypadku konieczności stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych

¹⁸ Por. art. 1 ust. 2 Ustawy o PPP i np. z art. 6 ust. 2 Ustawy o PPP (podział ryzyk pomiędzy podmiotami został wskazany jako obowiązkowe kryterium wyboru oferty w postępowaniu dotyczącym wyboru partnera prywatnego). Jednocześnie należy podkreślić, że do podziału ryzyk nie należy podchodzić na zasadzie maksymalizacji transferu ryzyk ale kierując się zasadą optymalizacji podziału ryzyk pomiędzy partnerów przedsięwzięcia.

wydaje się, że w obecnym stanie prawnym, biorąc pod uwagę charakterystykę przedsięwzięć PPP (projekty zintegrowane, o skomplikowanej strukturze prawnej i finansowej), należałoby rozważyć przede wszystkim możliwość zastosowania obowiązujących procedur negocjacyjnych, w tym stosunkowo nowej procedury dialogu konkurencyjnego.

Ustawowymi przesłankami do zastosowania dialogu konkurencyjnego są (łącznie):

- (a) niemożność udzielenia zamówienia w trybie podstawowym ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia (z czym wiąże się brak możliwości sporządzenia opisu zamówienia, zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych) lub niemożność obiektywnego określenia uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;
- (b) zastosowanie wielobilansowego kryterium oceny najkorzystniejszej oferty (nie tylko w oparciu o cenę).

Po wszczęciu procedury ogłoszeniem, potencjalni oferenci składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po przeprowadzeniu oceny tych wniosków, wybrane podmioty (spełniające warunki) zapraszane są do udziału w dialogu. W ramach dialogu, który ma charakter poufny, mogą być dyskutowane wszystkie aspekty zamówienia. Wszelkie wyjaśnienia, wymagania, informacje i dokumenty przekazywane są potencjalnym oferentom na równych, niedyskryminujących zasadach. Dialog prowadzony jest do momentu, gdy zamawiający jest w stanie określić rozwiązanie najbardziej odpowiadające jego potrzebom. Wówczas zamawiający informuje o zakończeniu dialogu i zaprasza do składania ofert (zaproszenie zawiera specyfikację istotnych warunków zamówienia, która uwzględnia rozwiązania wypracowane w trakcie dialogu). Przy dokonywaniu oceny ofert, zamawiający może żądać od oferentów, aby sprecyzowali czy też dopracowali treść ofert. Niedopuszczalne jest jednak dokonywanie istotnych zmian w ofercie oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie przygotowania i przeprowadzenia procedury wyboru partnera prywatnego należy również wspomnieć o obowiązkach publikacyjnych, które, obok obowiązków wynikających z odpowiednich przepisów Prawa zamówień publicznych i Ustawy o koncesjach, obejmują, zgodnie z art. 5 Ustawy o PPP, obowiązek zamieszczania w Biuletynie Informacji Publicznej informacji o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym.

7.2.3 Formy realizacji PPP

Przedsięwzięcie w trybie PPP, może być realizowane:

- (a) wyłącznie na podstawie zawartej przez partnerów umowy o partnerstwie publiczno-privatnym (dalej „**umowa o PPP**”);
- (b) na podstawie umowy o PPP, przy wykorzystaniu, utworzonej przez partnerów w celu realizacji tej umowy, spółki celowej (dalej: „**spółka celowa**”)¹⁹.

Ustawa o PPP nie zawiera katalogu postanowień umowy o PPP – podstawowego instrumentu realizacji przedsięwzięcia PPP. Należy wskazać jednakże, iż pewne obowiązkowe elementy jej zawartości wynikają pośrednio lub bezpośrednio z przyjętych rozwiązań w zakresie ogólnych zasad realizacji przedsięwzięcia PPP.

Umowa o PPP powinna zawierać m.in. przedmiot umowy, zasady współpracy podmiotów, podział zadań i ryzyk pomiędzy podmioty, reguły dotyczące finansowania i mechanizmu wynagrodzeniowego oraz zasady związane ze współdziałaniem podmiotu publicznego w celu realizacji przedsięwzięcia, w tym z wniesieniem przez niego wkładu własnego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 9 Ustawy o PPP wniesienie wkładu własnego może przyjąć w szczególności formę sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy.

Umowa o PPP, zgodnie z Ustawą o PPP, powinna również określać:

- (a) skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania, w szczególności kary umowne lub obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki;
- (b) zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli realizacji przedsięwzięcia;
- (c) zasady związane z dysponowaniem składnikiem majątkowym, w tym m.in. zwrot składnika wykorzystywanego w sposób oczywiście sprzeczny z przeznaczeniem czy też przekazanie składnika majątkowego po zakończeniu czasu trwania umowy o PPP.

Mając na uwadze powyższe wymagania co do umowy o PPP, należy stwierdzić, że powinna ona być skonstruowana w taki sposób, aby zapewniać możliwy poziom elastyczności rozwiązań i efektywności realizacji zadania. Należy tu zwrócić jednak podkreślić, że Ustawa o PPP zawiera mało elastyczne rozwiązanie dotyczące zmian w umowie²⁰.

¹⁹ Rozdział 4 Ustawy o PPP, art. 14-16.

²⁰ Niedopuszczalne są zmiany w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Naruszenie powyższego jest również opatrzone rygorem nieważności. W aktualnym Projekcie ustawy przewiduje się

Okres obowiązywania umowy o PPP nie został uregulowany. Powinien być on dostosowany do przedmiotu i specyfiki projektu, przy czym w przypadku projektów dotyczących działalności telekomunikacyjnej czas trwania umowy może mieć dosyć istotne znaczenie (i być bardziej ograniczony niż na innych obszarach realizacji zadań własnych) ze względu na postęp technologiczny w tym sektorze.

Możliwą formą realizacji przedsięwzięcia PPP na podstawie umowy o PPP jest powołana przez podmioty publiczny i prywatny spółka celowa. W przypadku takiej spółki celowej, to ona, jako odrębny od podmiotu publicznego i partnera prywatnego byt prawny, jest podmiotem realizującym przedsięwzięcie PPP.

Fakt powołania spółki celowej i zasady jej funkcjonowania oraz zasady realizacji przedsięwzięcia powinny zostać uregulowane w umowie o PPP zawartej pomiędzy podmiotem publicznym i wybranym partnerem prywatnym. Należy przy tym podkreślić, że cel i przedmiot działalności spółki celowej nie może wykraczać poza zakres określony umową o PPP (art. 14 ust. 2 Ustawy o PPP). Jednocześnie Ustawa o PPP nie reguluje zasad funkcjonowania spółki celowej w sposób szczególny (poza nielicznymi kwestiami) w związku z czym, zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy Kodeksu spółek handlowych.

7.3 Koncesja na roboty budowlane lub usługi

7.3.1 Zakres

Na mocy Ustawy o koncesji wprowadzono odrębny od dotychczasowych regulacji model wykonywania zadań publicznych oraz sposób wyboru podmiotu prywatnego - koncesjonariusza.

Przedmiotem koncesji mogą być roboty budowlane lub usługi w rozumieniu prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 Ustawy o koncesji, koncesjonariusz zobowiązuje się do wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług w zamian za wynagrodzenie, które może stanowić, w zależności od przedmiotu koncesji:

nowelizację w tym zakresie, zgodnie z którą w art. 13 ust. 1 Ustawy o PPP miałyby otrzymać brzmienie: „*Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany*”.

- (a) przy koncesji na roboty budowlane - wyłącznie prawo do korzystania z obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z płatnością ze strony koncesjodawcy;
- (b) przy koncesji na usługi - wyłącznie prawo do korzystania z usługi albo takie prawo wraz z płatnością ze strony koncesjodawcy.

Jednocześnie płatność ze strony koncesjodawcy nie może prowadzić do odzyskania całości nakładów poniesionych przez koncesjonariusza i związanych z wykonywaniem przez niego przedmiotu koncesji oraz koncesjonariusz ma obowiązek poniesienia zasadniczej części ryzyka gospodarczego dotyczącego wykonywania koncesji. (art. 1 ust. 3 Ustawy o koncesji).

W regulacjach ustawowych nie zdefiniowano pojęcia „zasadniczej części ryzyka ekonomicznego”, co może i z pewnością będzie budzić wątpliwości interpretacyjne przy ocenie projektów pod względem ich zakwalifikowania jako projektów koncesyjnych. Mając na uwadze dostępne informacje na temat praktyki w innych krajach, a także nieliczne orzecznictwo ETS w tym zakresie wydaje się, iż w obecnym momencie można stwierdzić, że przeniesienie na podmiot prywatny jedynie minimalnego lub bardzo ograniczonego ryzyka ekonomicznego, nieadekwatnego do realizowanego zadania, jest niewystarczające, a realizacja tego typu projektu w oparciu o Ustawę o koncesji może spotkać się z podniesieniem zarzutu próby przepisów Prawa zamówień publicznych. Stąd niezwykle istotną kwestią jest ustalenie na etapie przygotowania postępowania warunków brzegowych związanych z realizacją projektu.

7.3.2 Wybór koncesjonariusza

Ustawa o koncesji określa specyficzny tryb wyboru koncesjonariusza. Tryb ten w swej istocie bazuje na trybach negocjacyjnych regulowanych w przepisach dotyczących zamówień publicznych (w tym na dialogu konkurencyjnym). Zaletą przyjętych zasad postępowania jest zapewnienie odpowiedniej elastyczności, która ma doprowadzić do wypracowania z kandydatem na koncesjonariusza najbardziej efektywnych z punktu realizacji projektu rozwiązań.

Prowadzone w ramach procedury negocjacje mogą dotyczyć wszystkich aspektów koncesji, w tym technicznych, finansowych i prawnych (art. 14 ust. 2 Ustawy o koncesjach). Istotnym z punktu widzenia realizacji zadania w formie koncesji jest również szeroki katalog możliwych kryteriów oceny ofert²¹. Biorąc

²¹ Art. 17 ust. 3 i 4 Ustawy o koncesjach. Zgodnie z tymi przepisami kryteriami, na podstawie których koncesjodawca wybiera ofertę, mogą być w szczególności: czas trwania koncesji,

pod uwagę fakt, iż katalog ten jest otwarty, daje to koncesjodawcy dodatkową możliwość kształtowania warunków zgodnie z przyjętymi założeniami, oczywiście z zachowaniem ogólnych zasad postępowania czyli równego i niedyskryminacyjnego traktowania podmiotów i przejrzystości działania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

7.3.3 Umowa koncesji

Instrumentem realizacji projektu opartego o formułę koncesji, podobnie jak w przypadku PPP jest umowa zawierana pomiędzy wybranym koncesjonariuszem a koncesjodawcą (dalej: „**umowa koncesji**”). Postanowienia umowy koncesji zawierają zasady i warunki realizacji danego projektu.

Treść umowy powinna być zaprojektowana przy wzięciu pod uwagę przedmiotu i charakterystyki danego przedsięwzięcia. W Ustawie o koncesji wskazano na podstawowe, obligatoryjne elementy umowy koncesji i są nimi:

- (a) przedmiot koncesji,
- (b) termin wykonania przedmiotu koncesji,
- (c) okres obowiązywania umowy,
- (d) sposób wynagradzania w tym określenie ewentualnych płatności koncesjodawcy,
- (e) wskazanie podziału ryzyka pomiędzy strony,
- (f) normy jakościowe związane z wykonywaniem koncesji,
- (g) zakres odpowiedzialności stron w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu koncesji,
- (h) zasady wykonywania kontroli koncesji przez koncesjodawcę.

Jako postanowienia fakultatywne, w przypadku, jeśli wynika to z przedmiotu koncesji, wskazano warunki i sposób udostępnienia koncesjonariuszowi składników majątkowych do realizacji zadania, postanowienia dotyczące opłat czy postanowienia dotyczące warunków podwykonawstwa.

Cechą charakterystyczną koncesji jest sposób wynagradzania koncesjonariusza. Pochodzi ono z działalności bezpośrednio powiązanej z

wysokość współfinansowania przedmiotu koncesji ze środków oferenta, koszty użytkowania przedmiotu koncesji, wysokość opłaty za usługę świadczoną na rzecz osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji, jakość wykonania, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, rentowność, termin wykonania przedmiotu koncesji. Kryteria oceny ofert w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane mogą dotyczyć również właściwości zainteresowanego podmiotu, co jest szczególnie istotne z punktu zapewnienia efektywnej realizacji zadania, bez problemów strukturalnych.

przedmiotem koncesji i może, ale nie musi, być uzupełniane przez płatność ze strony koncesjodawcy. Wiąże się to bezpośrednio z integralnym elementem koncesji, a mianowicie obowiązkiem transferu na koncesjonariusza zasadniczej części ryzyka ekonomicznego²².

Wynagrodzenie uzyskiwane bezpośrednio z przedmiotu koncesji opiera się na mieszczącym się w ramach eksploatacji prawie do pobierania pożytków rzeczy i pożytków prawa, w tym prawie do pobierania opłat przez koncesjonariusza od osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji w okresie przysługującego mu uprawnienia. Należy podkreślić jednak, że sam mechanizm wynagrodzenia z przedmiotu koncesji nie przesądza organizacji (pobieranie opłat) i sposobu rozliczania opłat (kwestia rozstrzygnięcia czyje przychody stanowią opłaty). Z uwzględnieniem obowiązujących przepisów określone zadania i rozwiązania w tym zakresie mogą zostać powierzone podmiotowi prywatnemu - koncesjonariuszowi lub mogą być organizowane przez koncesjodawcę. W rezultacie konieczne jest, aby wysokość wynagrodzenia była bezpośrednio uzależniona od liczby osób rzeczywiście korzystających z przedmiotu koncesji.

Wynagrodzenie uzyskiwane bezpośrednio z przedmiotu koncesji może być również, zgodnie z Ustawą o koncesji, uzupełniane przez określone płatności ze strony koncesjodawcy²³. Tego typu mechanizm wpływa zazwyczaj pozytywnie na zainteresowanie partnerów prywatnych realizacją projektów w formie koncesji (zazwyczaj ułatwia pozyskanie finansowania zewnętrznego dla realizacji inwestycji), jak i również realizację interesu społecznego (poprzez określenie korzystnego i społecznie akceptowalnego poziomu opłat za daną usługę).

Jak już wspomiano, koncesja, choćby ze względu na strukturę i wymogi dotyczące mechanizmu wynagrodzeniowego, nie będzie odpowiednia do realizacji niektórych zadań z zakresu działalności telekomunikacyjnej. Zasadność zastosowania tego instrumentu w danym przypadku powinna zostać zweryfikowana na podstawie odpowiednich analiz i negocjacji z potencjalnymi koncesjonariuszami, przy uwzględnieniu przedmiotu projektu i sytuacji na danym obszarze.

²² Konstruując więc mieszany model wynagrodzeniowy należy pamiętać o przeniesieniu ryzyka ekonomicznego w zasadniczej części na koncesjonariusza.

²³ Płatność niekoniecznie musi posiadać formę świadczenia pieniężnego. Przyjmuje się, że nieruchomości może stanowić formę wynagrodzenia w przypadku zamówienia publicznego, a więc także w przypadku koncesji – por. opinia Urzędu Zamówień Publicznych nt. przeniesienia własności nieruchomości jako formy wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego (<http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/opinie-prawne/aktualne/nieruchomosc-jako-wynagrodzenie>).

8. PROJEKTY PPP W RAMACH DZIAŁALNOŚCI TELEKOMUNIKACYJNEJ

Mając na uwadze powyższe rozważania dotyczące ogólnych zasad i warunków realizacji przedsięwzięć w formule PPP oraz na podstawie koncesji, poniżej zostaną zarysowane kwestie związane z możliwością i zasadami realizacji działalności telekomunikacyjnej, o której mowa w Projekcie ustawy w ramach tych formuł prawnych, z uwzględnieniem projektowanych przepisów oraz Prawa telekomunikacyjnego.

8.1 Uwagi wstępne

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że Projekt ustawy w art. 3 ust. 6 wspomina o ogłoszeniu informacji o podjęciu przez JST działalności telekomunikacyjnej. Zgodnie z uzasadnieniem do Projektu ustawy, uregulowanie to ma umożliwiać „kontrolę *ex ante* każdego projektu, który samorząd zamierza realizować w sektorze telekomunikacyjnym”. Należy więc domniemywać, że obowiązek ten dotyczy zarówno sytuacji, w których JST posiada status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, jak i sytuację, gdy powierza realizację zadania z zakresu działalności telekomunikacyjnej na zasadach ogólnych. Obowiązek dotyczący informacji o podjęciu działalności nie powinien więc uchybiać innym obowiązkom zawartym w odpowiednich przepisach (np. Ustawie o PPP czy Ustawie o koncesji).

Dodatkowo należy zauważyć, że na kształt warunków realizacji zadania własnego, które JST planuje powierzyć na zasadach ogólnych (a w efekcie na kształt potencjalnych umów o PPP czy umów koncesji), może mieć wpływ procedura określona w art. 4 Projektu ustawy dotycząca opinii Prezesa UKE w sprawie wykonywania przez JST działalności telekomunikacyjnej.

8.2 Działalność telekomunikacyjna

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy przyjąć następujące założenia co do realizacji tej działalności przez JST:

- (a) wyłączenia proceduralne w zakresie przepisów zamówieniowych i koncesyjnych dotyczą działalności telekomunikacyjnej prowadzonej przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego;
- (b) zlecenie przez JST wykonania zadania z zakresu działalności telekomunikacyjnej następuje na zasadach ogólnych, przy uwzględnieniu m.in. przepisów dotyczących zamówień publicznych, partnerstwa publiczno-prywatnego, koncesji;
- (c) w uzasadnionych przypadkach, pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek możliwe jest bezpośrednio powierzenie zadania podmiotowi wewnętrznemu JST;

- (d) realizacja niektórych projektów z zakresu działalności telekomunikacyjnej, przy zachowaniu określonych zasad i przedstawienia odpowiedniego uzasadnienia, może odbywać się w ramach systemu opartego na rekompensacie z tytułu świadczenia usług publicznych; wykonanie takiego zadania odbywa się w oparciu o umowę o świadczenie usług publicznych; zlecenie zadania w ramach tego systemu może odbyć się poprzez powierzenie bezpośrednie lub w ramach procedur konkurencyjnych (w tym przy zastosowaniu Ustawy o PPP lub Ustawy o koncesji).

8.3 Możliwość zastosowania instrumentów PPP i koncesji do działalności telekomunikacyjnej

8.3.1 Kwalifikacja podmiotowa i przedmiotowa

Ze względu na fakt, iż oba instrumenty (PPP oraz koncesje) przedmiotowo znajdują zastosowanie do realizacji zadań własnych JST, należy stwierdzić, że działalność telekomunikacyjna, o której mowa w art. 3 ust. 1 Projektu ustawy, poprzez nadanie jej statusu zadania własnego, może być realizowana poprzez zastosowanie partnerstwa publiczno-prywatnego lub koncesji.

JST, przy powierzaniu zadań z zakresu działalności telekomunikacyjnej, posiada jednocześnie status podmiotu publicznego, jak i koncesjodawcy.

8.3.2 Tryb wyboru partnera prywatnego/koncesjonariusza

Jak wskazywano wyżej, należy przyjąć, że wyłączenia obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych czy Ustawy o koncesji nie znajdą zastosowania do powierzania zadań w zakresie telekomunikacji przez JST (mają natomiast zastosowanie w sytuacji, gdy JST samodzielnie wykonuje te zadania, co na gruncie Projektu ustawy jest możliwe).

W zależności od zakresu projektu i wyboru formy realizowania zadania (PPP, koncesja) zastosowanie przy zleceniu zadania znajdą odpowiednie przepisy proceduralne Prawa zamówień publicznych lub Ustawy o koncesji.

Jednocześnie, jak wykazywano, możliwe jest zastosowanie formuły bezpośredniego powierzenia zadania. Takie rozwiązanie mogłoby znaleźć zastosowanie przy realizacji zadań przez podmioty wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej (art. 16 Projektu ustawy), będące tzw. podmiotami wewnętrznymi (tzn. podmiotami, których jedynymi są odpowiednie JST, a zasadnicza część działalności przez nie wykonywanej jest działalnością powierzoną mu przez właściwe JST).

8.4 Podstawowe struktury realizacji działalności telekomunikacyjnej

8.4.1 Uwagi wstępne

W zależności od zastosowanej formuły (PPP, koncesja) zadanie z zakresu działalności telekomunikacyjnej będzie realizowane na podstawie:

- (a) umowy o PPP, w tym również z możliwością utworzenia spółki celowej
- (b) umowy o koncesji.

Umowy te powinny zawierać szczegółowe uregulowania dotyczące m.in. przedmiotu projektu, zasad jego realizacji, warunków świadczenia usług (jeśli takie będzie projekt obejmował), zasad dysponowania infrastrukturą, mechanizmu wynagrodzeniowego.

Mając na uwadze treść art. 3 ust. 1 Projektu ustawy, przedsięwzięcia z zakresu działalności telekomunikacyjnej, w zależności od sytuacji danej JST i potrzeb, będą mogły zawierać elementy dotyczące budowy sieci, jej eksploatacji, dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących oraz świadczenia usług.

W związku ze szczególnymi przepisami dotyczącymi działalności telekomunikacyjnej zawartymi zarówno w Projekcie ustawy, jak i w Prawie telekomunikacyjnym, konieczne będzie przy przygotowywaniu przedsięwzięcia do realizacji oraz opracowywaniu zasad i warunków jego realizacji, w tym m.in. dokumentów związanych z wyborem podmiotu prywatnego, postanowień umów, konieczne będzie uwzględnienie tych specyficznych regulacji, w tym również kompetencji Prezesa UKE do dopuszczalnej interwencji w relacje pomiędzy podmiotami obowiązujące w trakcie realizacji projektu, jak i innych przepisów, które znajdą zastosowanie ze względu na formę realizacji i zakres projektu.

8.4.2 Usługi w ogólnym interesie gospodarczym

Jak wykazywano wyżej, należy przyjąć, że niektóre z realizowanych projektów w zakresie działalności telekomunikacyjnej będą mogły zostać uznane, po przeprowadzeniu odpowiedniej analizy, za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym. W związku z tym przedsięwzięcia te będą mogły być realizowane w oparciu o schemat rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych.

Pomimo iż umowa dotyczy świadczenia usług, nie wyklucza to możliwości objęcia nią również komponentów dotyczących budowy infrastruktury związanej ze świadczeniem tych usług.

W taki schemat wydaje się wpisywać, z zastrzeżeniem pogłębionej analizy, m.in. art. 8 Projektu ustawy, który przewiduje, iż „*powierając przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu wykonywanie działalności, o której mowa w art. 3 ust. 1, w przypadku gdy ze względu na warunki ekonomiczne nie jest możliwe na danym*

obszarze prowadzenie opłacalnej finansowo działalności telekomunikacyjnej przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, może udostępnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu infrastrukturę lub sieci telekomunikacyjne w zamian za opłaty niższe niż koszt wytworzenia; 2) współfinansować koszty ponoszone z tytułu świadczenia usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym lub przedsiębiorcom telekomunikacyjnym na potrzeby świadczenia tych usług". Projekty z zakresu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym mogą również obejmować działalność, o której mowa w art. 6 ust. 1 i art. 7 Projektu ustawy.

W przypadku uznania projektu za realizację usługi w ogólnym interesie gospodarczym i zastosowania do zlecenia zadania formuły PPP lub koncesji, zasady i warunki przewidziane w umowach o PPP i koncesji powinny uwzględniać odpowiednie uregulowania dotyczące tego rodzaju usług związane z zasadami ich świadczenia (m.in. parametry techniczne, ilościowe i jakościowe, zasady dysponowania składnikami majątkowymi zaangażowanymi w realizację projektu). Jednym z kluczowych elementów umowy będzie mechanizm określania rekompensaty (w celu ustalenia jej właściwego poziomu), która nie może być nadmierna.

8.4.3 Kwestie związane z realizacją działalności telekomunikacyjnej w ramach wykonywania zadania

Zlecając zadania z zakresu działalności telekomunikacyjnej, formułując warunki wykonywania tej działalności oraz konstruując umowy (umowa o PPP lub umowa koncesji) i inne dokumenty będące podstawą wykonywania działalności telekomunikacyjnej przez dany podmiot na podstawie zlecenia zadania przez właściwe JST, należy odpowiednio uwzględnić w opracowywanej strukturze stawiane przez prawo oraz projektowane regulacje wymogi dotyczące prowadzenia działalności telekomunikacyjnej.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę m.in. na następujące kwestie:

- (a) w przypadku, gdy określona infrastruktura (składniki majątkowe) wykorzystywana w ramach przedsięwzięcia będzie należała do JST i JST będzie zamierzała przekazać ją podmiotowi, któremu zleci wykonanie danego zadania z zakresu działalności telekomunikacyjnej, odpowiednie uregulowania powinny znaleźć się w umowie pomiędzy tymi podmiotami. Udostępnienie takie może przyjąć w szczególności formę dzierżawy, najmu, użytkowania. Zawarcie umowy powinno nastąpić zgodnie z właściwymi przepisami, z uwzględnieniem zakresu projektu. Oznaczać to może konieczność zastosowania przez JST nie tylko przepisów z zakresu gospodarki nieruchomościami, ale również dotyczących zamówień publicznych, koncesji na roboty budowlane lub partnerstwa publiczno-prywatnego. Z ustaleniem właściwych zasad udostępnienia tej infrastruktury podmiotowi realizującemu zadanie (jak i innych składników

- majątkowych) wiążą się m.in. również kwestie ewentualnej pomocy publicznej;
- (b) jeśli z realizacją projektu będzie związana konieczność uzyskania dostępu do danej nieruchomości, wówczas, zgodnie z art. 30 Projektu ustawy, warunki tego dostępu określi umowa pomiędzy właścicielem (alternatywnie użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości) a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym; warunki korzystania z tej nieruchomości również powinny być uwzględnione przy konstruowaniu umowy dotyczącej zlecenia realizacji zadania;
 - (c) przy konstruowaniu struktury realizacji zadania oraz przygotowywaniu postanowień umowy o PPP lub umowy o koncesji konieczne będzie uwzględnienie (gdy znajdzie to zastosowanie) wymogów stawianych przez rozporządzenie, o którym mowa w art. 28 Projektu ustawy, które ma określać warunki i tryb udzielania pomocy publicznej w ramach prowadzenia działalności telekomunikacyjnej;
 - (d) zasady zawierania umowy o dostępie telekomunikacyjnym pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi lub innymi wybranymi podmiotami, o których mowa w art. 4 Prawa telekomunikacyjnego, należy rozpatrzyć m.in. w świetle możliwości zaingerowania Prezesa UKE na etapie realizacji powierzonego przez JST danemu podmiotowi zadania (np. w zakresie udostępniania infrastruktury telekomunikacyjnej). Zgodnie z właściwymi przepisami Prawa telekomunikacyjnego, Prezes UKE może (na wniosek jednej ze stron) np. w przypadku niezawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym wydać decyzję rozstrzygającą kwestie sporne lub określającą warunki współpracy pomiędzy podmiotami. Decyzja ta zastępuje umowę. Dodatkowo Prezes UKE może z urzędu, w uzasadnionych przypadkach, drogą decyzji zmienić treść umowy o dostępie lub zobowiązać strony do jej zmiany (art. 29 Prawa telekomunikacyjnego);
 - (e) podobne uwagi jak w pkt (d) dotyczą umów o współkorzystanie lub dostęp do infrastruktury technicznej w przypadku, gdy określona działalność telekomunikacyjna będzie prowadzona przez podmioty świadczące usługi użyteczności publicznej, z uwzględnieniem szczególnych reguł związanych z prowadzeniem podstawowej działalności tych podmiotów (art. 16 i następane Projektu ustawy);
 - (f) przy zlecaniu zadań w zakresie działalności telekomunikacyjnej i ustalaniu warunków związanych z wykonywaniem tych zadań, konieczne wydaje się jest również wzięcie przez JST pod uwagę kwestii związanych z przypadkiem, w którym dany operator posiada

(lub istnieje prawdopodobieństwo, że będzie posiadał) status operatora o znaczącej pozycji rynkowej; zgodnie z Prawem telekomunikacyjnym na takiego operatora Prezes UKE, może nałożyć w uzasadnionych sytuacjach, określone obowiązki regulacyjne w tym np. związane z zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania sieci czy określić techniczne i eksploatacyjne warunki jakie przedsiębiorcy telekomunikacyjni będą musieli spełnić, dotyczące kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego, stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora; elementy te mogą mieć wpływ na postanowienia umowy zawieranej w celu realizacji zadania. Jednocześnie rozważając tą kwestię należy zaznaczyć, że zgodnie z projektowanymi przepisami z mocy ustawy za takiego operatora będzie uznawać się JST wykonującą działalność telekomunikacyjną i podmiot, który wykorzystał środki publiczne do budowy, przebudowy lub remontu infrastruktury telekomunikacyjnej wykorzystywanej do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub publicznej sieci telekomunikacyjnej (odpowiednio art. 13 ust. 3, art. 27 ust. 3 Projektu ustawy);

- (g) w umowie JST z podmiotem realizującym zadaniem (podmiotem prywatnym lub koncesjonariuszem) powinny zostać określone zasady dostępu do sieci; zgodnie z wspomnianym powyżej art. 27 Projektu ustawy w przypadku infrastruktury, do której budowy, przebudowy lub remontu zostały wykorzystane środki publiczne konieczne jest zapewnienie równego i otwartego dostępu do tej infrastruktury;
- (h) w przypadku zlecenia realizacji przedsięwzięcia, którego elementem będzie świadczenie usług dostępu do internetu bez pobierania opłat lub w zamian za opłatę niższą niż cena rynkowa, należy wziąć pod uwagę konieczność wydania w tym przedmiocie zgody przez Prezesa UKE, w drodze decyzji administracyjnej, o której mowa w art. 7 Projektu ustawy;
- (i) przy projektach obejmujących komponent świadczenia usług należy wziąć pod uwagę art. 56 i następne Prawa telekomunikacyjnego dotyczące umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym.

9. PODSUMOWANIE

Reasumując powyższe rozważania należy stwierdzić co następuje:

- (a) działalność telekomunikacyjna wskazana w Projekcie ustawy związana jest z realizacją przez JST gospodarki komunalnej, polegającej na wykonywaniu przez JST zadań własnych, a JST prowadzą gospodarkę komunalną w różnych formach;
- (b) w zależności od charakterystyki projektu, wybranej formy jego realizacji, a także obszaru, na którym projekt będzie realizowany, realizacja zadań własnych JST z zakresu działalności telekomunikacyjnej będzie podlegała różnym procedurom uregulowanym 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, przepisów dotyczących finansów publicznych, jak i funkcjonowania spółek prawa handlowego;
- (c) z obowiązku stosowania zamówień publicznych (względnie przepisów o koncesjach) w celu zawarcia umów związanych z wykonywaniem działalności telekomunikacyjnej będzie zwolniona wyłącznie ta JST, która zdecyduje samodzielnie wykonywać działalność polegającą na udostępnianiu, eksploatacji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub świadczeniu publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych;
- (d) JST, która będzie jedynie powierzała innym podmiotom (tj. przedsiębiorcom telekomunikacyjnym) na podstawie umowy wykonywanie swoich zadań w zakresie telekomunikacji (tzn. udostępniania, eksploatacji publicznej sieci telekomunikacyjnej, świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych), nie będzie mogła korzystać ze wskazanego zwolnienia;
- (e) w związku z powyższym, przy zlecaniu (powierzeniu) zadań z zakresu działalności telekomunikacyjnej, o której mowa w Projekcie ustawy, JST powinna stosować zasady ogólne; sposoby wyboru partnera prywatnego określone w Prawie zamówień publicznych albo koncesjonariusza w Ustawie o koncesjach będą miały zastosowanie przy wielu (jeśli nie zdecydowanej większości) projektów zmierzających do rozwoju infrastruktury i usług telekomunikacyjnych;
- (f) obok zlecenia zadania podmiotowi zewnętrznemu na podstawie umowy (w ramach zamówienia publicznego, partnerstwa publiczno-prywatnego czy koncesji) lub własnej jednostce organizacyjnej, jest

jego bezpośrednio powierzenie tzw. podmiotowi wewnętrznemu. Podmiotami wewnętrznymi mogą być np. komunalne podmioty realizujące zadania użyteczności publicznej (np. przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne, których jedynym udziałowcem jest JST). Warunkami powierzenia bezpośredniego (zgodnie z przesłankami wypracowanymi przez ETS) jest wystąpienie następujących okoliczności:

- (i) zamawiający sprawuje nad jednostką, której powierza wykonanie zadania, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad swoimi wydziałami/oddziałami, oraz
 - (ii) zasadnicza część działalności wykonywanej przez taki podmiot (tzw. podmiot wewnętrzny) jest wynikiem powierzenia przez podmiot lub podmioty sprawujące nad nim taką kontrolę;
- (g) zastosowanie do zlecenia zadania w zakresie działalności telekomunikacyjnej formuły PPP lub koncesji, choć wydaje się korzystne z punktu widzenia JST m.in. ze względów na charakterystyczne struktury finansowania tych dwóch instrumentów, nie w każdym przypadku może okazać się odpowiednim instrumentem realizacji zadania; wybór formy realizacji powinien być podyktowany zasadą optymalizacji realizacji zadania i osiągnięcia korzyści z punktu widzenia interesu publicznego, rozpatrywanych w kontekście efektywności realizacji zadania i jakości świadczonych usług, a zastosowanie danego sposobu realizacji zadania powinno być efektem przeprowadzenia dogłębnych analiz prawnych (w tym podatkowych), finansowych i ekonomicznych oraz technicznych;
- (h) w pewnym zakresie działalność telekomunikacyjna, o której mowa w Projekcie ustawy, będzie mogła zostać zakwalifikowana jako usługa w ogólnym interesie gospodarczym i realizowana w ramach systemu rekompensaty z tytułu świadczenia tej usługi; system ten może być realizowany zarówno w ramach bezpośredniego powierzenia zadania podmiotowi wewnętrznemu, jak i przy zastosowaniu formuły partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji;
- (i) przedsięwzięcie w trybie PPP może być realizowane: wyłącznie na podstawie zawartej przez partnerów umowy o PPP; na podstawie umowy o PPP, przy wykorzystaniu, utworzonej przez partnerów w celu realizacji tej umowy, spółki celowej;
- (j) instrumentem realizacji projektu opartego o formułę koncesji jest umowa koncesji, której postanowienia zawierają zasady i warunki realizacji danego projektu;

- (k) treść umów o PPP i koncesji powinna być zaprojektowana przy wzięciu pod uwagę przedmiotu i charakterystyki danego przedsięwzięcia;
- (l) koncesja charakteryzuje się sposobem wynagradzania koncesjonariusza; wynagrodzenie pochodzi z działalności bezpośrednio powiązanej z przedmiotem koncesji i może, ale nie musi, być uzupełniane przez płatność ze strony koncesjodawcy;
- (m) zlecając zadania z zakresu działalności telekomunikacyjnej, formułując warunki wykonywania tej działalności oraz konstruując umowy (umowa o PPP lub umowa koncesji) i inne dokumenty będące podstawą wykonywania działalności telekomunikacyjnej przez dany podmiot na podstawie zlecenia zadania przez właściwe JST, należy odpowiednio uwzględnić w opracowywanej strukturze stawiane przez prawo oraz projektowane regulacje wymogi dotyczące prowadzenia działalności telekomunikacyjnej.

Prof. Michał Kulesza
Partner

Piotr Duda
Senior Associate

Anna Glapa
Associate