



ANALIZA UWARUNKOWAŃ PRAWNYCH
realizacji przez Samorząd Województwa Pomorskiego
Zadania – Kolej Metropolitalna – Etap I

dla

Urzędu Marszałkowskiego
Województwa Pomorskiego
Departament Koordynacji Projektów Województwa

r.rp. Małgorzata Węgrzyn-Wysocka

r.pr. Marcin Maciocha

r.pr. Tomasz Dobrzyński

Wrocław, dnia 2 kwietnia 2010 r.

Spis treści

1. STAN FAKTYCZNY	4
2. ROZPATRYWANE ZAGADNIENIA	4
3. STAN PRAWNY	4
4. REALIZACJA PROJEKTU W TRYBIE SPÓŁKI SPECJALNEGO PRZEZNACZENIA BEZ UDZIAŁU PARTNERA PRYWATNEGO	6
4.1. REALIZACJA INWESTYCJI PRZEZ SPV POWOŁANĄ PRZEZ WOJEWÓDZTWO POMORSKIE ORAZ ZAPEWNIENIE TABORU PRZEZ WOJEWÓDZTWO POMORSKIE NA RZECZ OPERATORA TRANSPORTU – WARIANT I.....	7
4.2. REALIZACJA INWESTYCJI PRZEZ SPV POWOŁANĄ PRZEZ WOJEWÓDZTWO POMORSKIE ORAZ NIEZALEŻNEGO OPERATORA TRANSPORTU (ZAPEWNIĄCY TABOR) – WARIANT II.....	9
4.3. REALIZACJA INWESTYCJI PRZEZ SPV POWOŁANĄ PRZEZ WOJEWÓDZTWO POMORSKIE BEZ NIEZALEŻNEGO OPERATORA TRANSPORTU – WARIANT III	11
4.4. KRYTERIA WSTĘPNEJ OCENY WARIANTÓW REALIZACJI W FORMIE SPV BEZ PARTNERA PRYWATNEGO.	12
4.5. SZCZEGÓŁOWA ANALIZA REKOMENDOWANYCH WARIANTÓW (II I III) REALIZACJI INWESTYCJI BEZ UDZIAŁU PARTNERA PRYWATNEGO	16
4.5.1. <i>Beneficjent</i>	16
4.5.2. <i>Pomoc publiczna</i>	17
4.6. RYZYKA PRAWNE WYBORU I ZMIANY OT	24
5. REALIZACJA PROJEKTU W FORMIE PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO (PPP)	25
5.1. REALIZACJA INWESTYCJI POPRZEZ SPV ZAWIĄZANĄ PRZEZ WOJEWÓDZTWO POMORSKIE I PARTNERA PRYWATNEGO – WARIANT IV	26
5.2. REALIZACJA INWESTYCJI NA PODSTAWIE UMOWY PPP ZAWARTEJ PRZEZ WOJEWÓDZTWO POMORSKIE Z PARTNEREM PRYWATNYM - WARIANT V	28
5.3. REALIZACJA INWESTYCJI NA PODSTAWIE UMOWY PPP ZAWARTEJ PRZEZ WOJEWÓDZTWO POMORSKIE Z PARTNEREM PRYWATNYM – WARIANT VI	29
5.4. KRYTERIA OCENY WARIANTÓW Z UDZIAŁEM PARTNERA PRYWATNEGO.	30
5.5. SZCZEGÓŁOWA ANALIZA REKOMENDOWANEGO WARIANTU REALIZACJI INWESTYCJI W RAMACH PPP	36
5.5.1. <i>Beneficjent</i>	36
5.5.2. <i>Dopuszczalność stosowania formuły PPP do realizacji Inwestycji</i>	37
5.5.3. <i>Dopuszczalność współfinansowania Projektu przez partnera publicznego i prywatnego</i>	39
5.5.4. <i>Transfer środków POLiŚ w celu realizacji Inwestycji</i>	40
5.5.5. <i>Przedmiot Umowy o PPP</i>	42
5.5.6. <i>Kryteria wyboru partnera prywatnego</i>	43
5.5.7. <i>Forma wyboru partnera prywatnego</i>	46
5.5.8. <i>Pomoc publiczna przy realizacji Inwestycji w formule PPP</i>	48
5.5.9. <i>Ryzyka prawne związane z wariantem V realizacji Inwestycji w formule PPP</i>	49
6. GMINA GDAŃSK I GDYNIA JAKO AKCJONARIUSZE SPV A WYKONYWANIA ZADAŃ WŁASNYCH PRZEZ GMINY	52
6.1. DEFINICJA „LOKALNEGO TRANSPORTU ZBIOROWEGO”	52
6.2. USTALENIE ZASIĘGU TERYTORIALNEGO DZIAŁALNOŚCI SPÓŁEK KOMUNALNYCH.....	52
7. SPOSÓB UZYSKANIA PRAWA DO DYSPONOWANIA NIERUCHOMOŚCIAMI, PRZEZ KTÓRE PRZEBIEGAĆ BĘDZIE INWESTYCJA	54
7.1. NABYCIE NIERUCHOMOŚCI OD PODMIOTÓW PRYWATNYCH.	55
7.2. NABYCIE NIERUCHOMOŚCI OD JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO ORAZ OD SKARBU PAŃSTWA.	57
7.3. NABYCIE NIERUCHOMOŚCI OD PKP S.A.	59
7.4. WNIOSKI.....	60

8. REKOMENDACJE I WNIOŚKI..... 62

1. Stan faktyczny

Urząd Marszałkowski (dalej jako „Urząd”) planuje zrealizować inwestycję pod nazwą Kolej Metropolitalna – Etap I, polegającą na budowie Kolei Metropolitarnej w Gdańsku, tj. budowie linii kolejowej łączącej linię kolejową od stacji Gdańsk-Wrzeszcz z linią kolejową nr 201, co ma w szczególności zapewnić połączenie kolejowe lotniska z centrum Gdańska (dalej jako „Inwestycja” lub „Projekt” lub „Kolej Metropolitalna”). Tereny pod Inwestycję pozostają we władaniu zarówno Województwa Pomorskiego, jak i poszczególnych gmin, przez które przebiegać ma linia kolejowa a także osób prywatnych. Inwestycja jest wpisana do wykazu przedsięwzięć EURO 2012 określonego w ramach Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29.12.2009 r. w sprawie wykazu przedsięwzięć EURO 2012. Projekt jest wpisany na Listę projektów indywidualnych dla Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 (stan na dzień 2 lutego 2010 r.). Zgodnie z informacjami tam zawartymi całkowity koszt Projektu to 746,64 mln zł, a szacunkowa kwota dofinansowania wynosi 306 mln zł. Beneficjentem Projektu i jednocześnie instytucją odpowiedzialną za jego realizację jest Województwo Pomorskie. Projekt jest tzw. dużym projektem i jako taki będzie podlegał procedurze notyfikacji KE zgodnie z art. 39 – 41 Rozporządzenia 1083/06.

2. Rozpatrywane zagadnienia

Niniejsza Analiza przygotowana została w celu prezentacji możliwych modeli uwarunkowań prawnych realizacji Projektu wraz ze wskazaniem głównych ryzyk prawnych mogących pojawić się przy realizacji Inwestycji oraz w celu wskazania rekomendacji prezentowanych modeli prawnych (1 publiczny i 1 w ramach PPP). Rekomendacje modeli prawnych realizacji Inwestycji przygotowane zostały w oparciu o kryteria legalności oraz szybkości realizacji Projektu, a przede wszystkim w oparciu o kryterium minimalizacji i/lub wyłączenia ryzyk prawnych występujących w Projekcie.

3. Stan prawny

Podstawą formułowania wniosków zawartych w niniejszej Analizie są następujące akty prawne oraz dokumenty źródłowe:

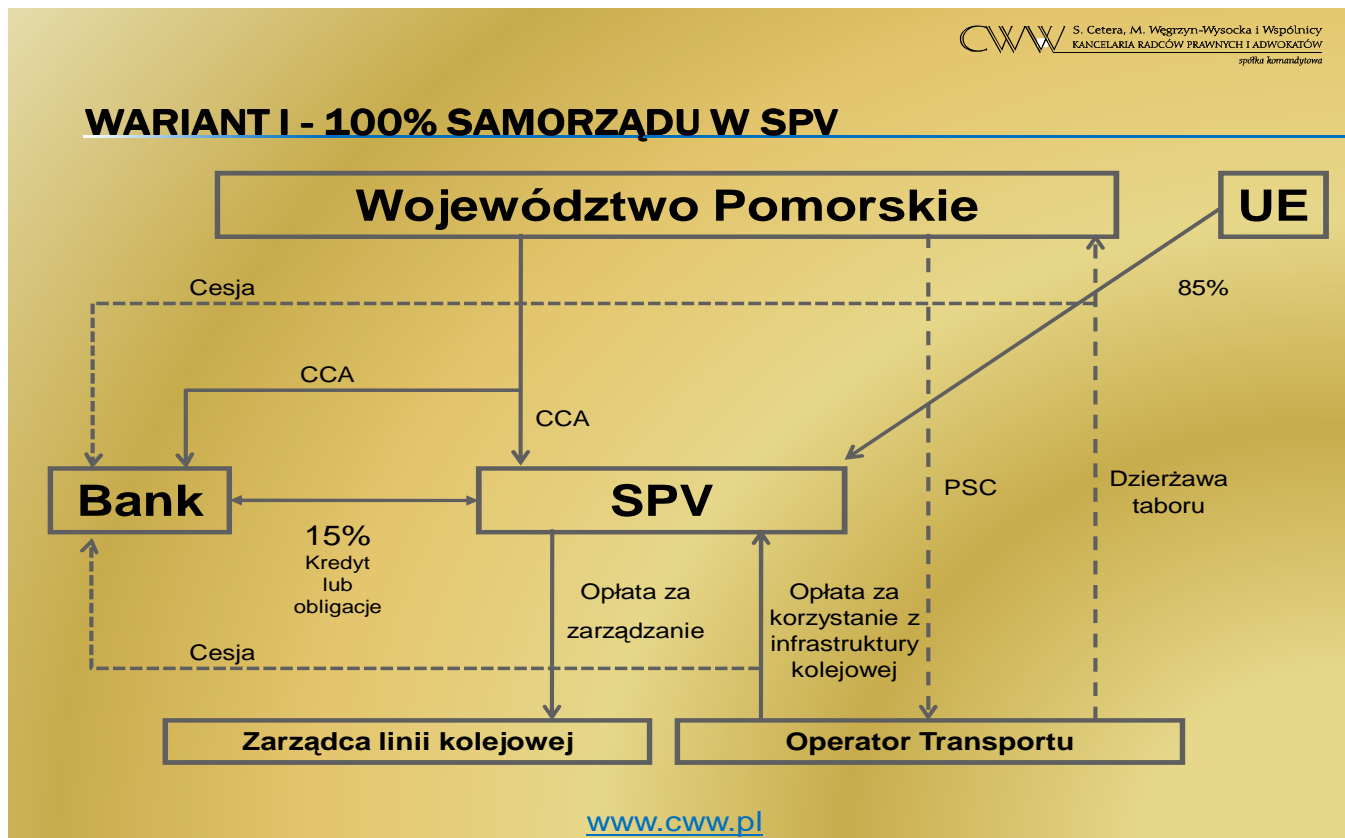
- 1) Rozporządzenie 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r., dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, zwane dalej **„Rozporządzeniem 1370/2007”**;
- 2) Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 28 listopada 2005 r. (2005/842/WE); zwana dalej **„Decyzją KE z 28.11.2005 r.”**;
- 3) Traktat ustanawiający wspólnotę europejską (tekst skonsolidowany Dz. Urz. UE C 321 E/1 z 29.12.2006 r.), zwany dalej **„TWE”**. obecnie Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. C115/47 z 9 maja 2008 r.) zwany dalej TFUE.
- 4) Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, zwana dalej **„Dyrektywą 2004/17/WE”**;
- 5) Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zwane dalej **„Dyrektywą 2004/18/WE”**;
- 6) Obwieszczenie Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 87 i 88 TWE do pomocy publicznej udzielanej w formie gwarancji (Dz. Urz. C 71/14 z 11.03.2000 r.), zwane dalej **„Obwieszczeniem Komisji Europejskiej”**;
- 7) Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007-2013. „Wytyczne w zakresie zasad dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowym” wydane przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, zwane dalej **„Wytycznymi”**;
- 8) Wspólnotowe ramy dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (2005/C 297/04), zwane dalej także **„Wspólnotowymi ramami dot. rekompensaty”**;
- 9) Biuletyn KE 9-1984, Stosowanie artykułów 92 i 93 Traktatu EWG do udziałów władz publicznych (Udziały władz publicznych w kapitale spółki), zwany dalej **„Biuletynem”**;
- 10) Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U.1997, Nr 9, poz. 43), zwana dalej **„UGK”**;
- 11) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655 tekst jednolity), zwana dalej **„PZP”**;

- 12) Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. (Dz. U. 2001, Nr 142.1591 tekst jednolity), zwana dalej „**USG**”;
- 13) Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. 2009, Nr 19, poz.100), zwana dalej „**PPP**”;
- 14) Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 101), zwana dalej „**ustawą o koncesji**”;
- 15) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie szczegółowego sposobu obliczania wartości pomocy publicznej udzielanej w różnych formach (Dz. U. 2004, Nr 194, poz. 1983), zwane dalej „**Rozporządzeniem dot. obliczania pomocy publicznej**”.

4. Realizacja Projektu w trybie Spółki Specjalnego Przeznaczenia bez udziału partnera prywatnego

Opierając się na informacjach i oczekiwaniach Urzędu, w celu realizacji Inwestycji należy zaproponować i rozważyć trzy wskazane na poniższych grafikach schematy realizacji Inwestycji przedstawiające podstawowe założenia prawne Inwestycji.

4.1. Realizacja inwestycji przez SPV powołaną przez Województwo Pomorskie oraz zapewnienie taboru przez Województwo Pomorskie na rzecz Operatora Transportu – Wariant I

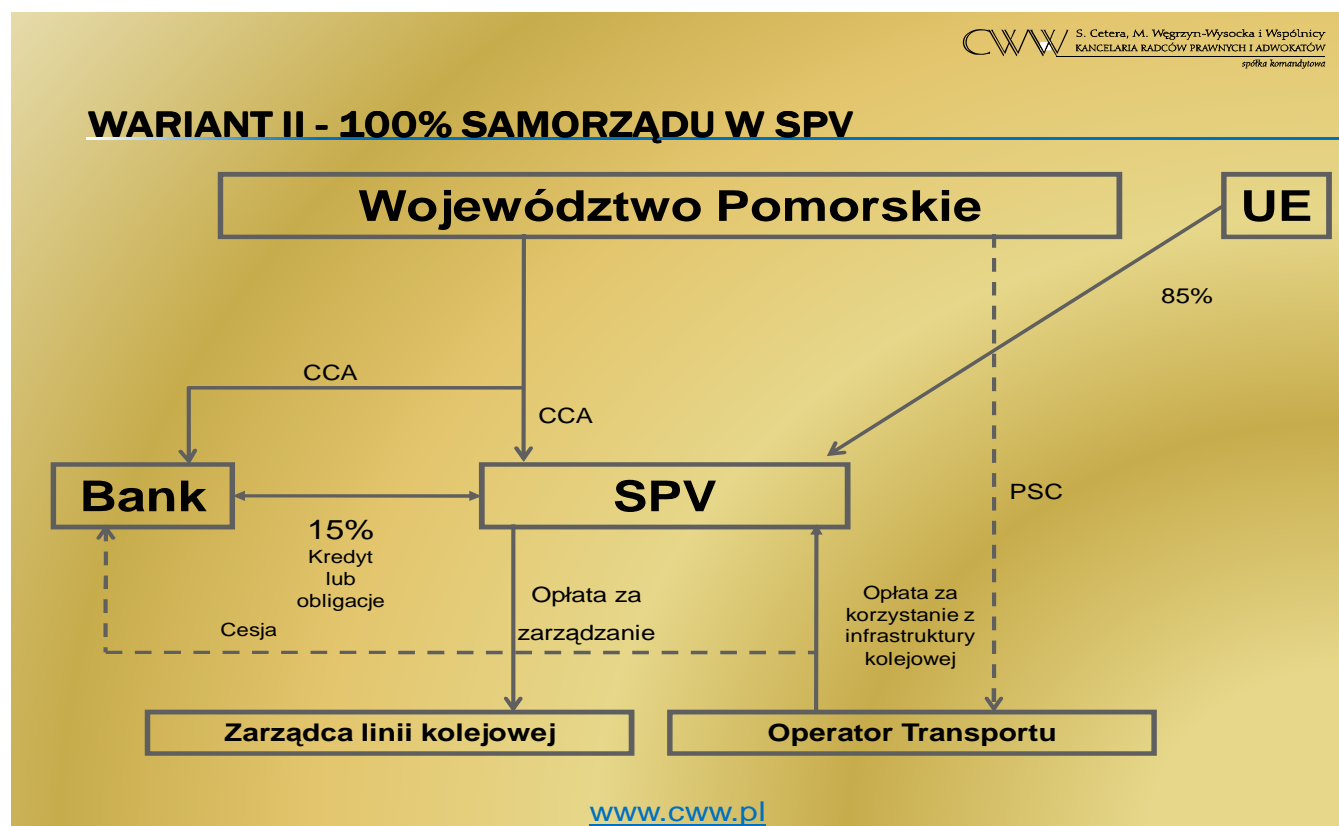


Powyższy schemat przygotowany został w oparciu o następujące założenia:

- 1) Beneficjentem środków z POiIS będzie spółka celowa (SPV), której 100% udziałowcem będzie Województwo Pomorskie.
- 2) W ramach realizacji Projektu SPV będzie zobowiązana do wybudowania oraz zapewnienia zarządzania wybudowaną w ramach Projektu infrastrukturą kolejową.
- 3) SPV dokona w otwartym i niedyskryminacyjnym przetargu wyboru zarządcy linii kolejowej, posiadającego wymagane prawem uprawnienia.
- 4) Wybrany zarządca linii kolejowej w zamian za otrzymywane wynagrodzenie od SPV będzie zarządzał wytworzoną w ramach realizacji Projektu infrastrukturą kolejową.
- 5) SPV nie będzie podmiotem zobowiązanym do świadczenia usług transportu kolejowego na rzecz Województwa Pomorskiego.

- 6) Koniecznym będzie dokonanie wyboru podmiotu świadczącego usługi transportu kolejowego na wybudowanej i zmodernizowanej infrastrukturze kolejowej oraz zawarcie z tymże podmiotem (Operator Transportu lub OT) umowy o świadczenie usług publicznych (PSC).
- 7) Województwo Pomorskie będzie dysponować odpowiednią ilością taboru, a tym samym PSC zawarta z OT będzie zobowiązywać OT do wzięcia w dzierżawę od Województwa Pomorskiego taboru w celu zapewnienia świadczenia nim ww. usług. OT będzie zobowiązany do uiszczania opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej bezpośrednio na rzecz SPV.
- 8) Dofinansowanie otrzymane z POiIS na realizację Projektu nie przekroczy kwoty odpowiadającej 85% kosztów kwalifikowanych.
- 9) SPV zaciągnie w banku finansującym wieloletni kredyt inwestycyjny, ewentualnie SPV wyemituje obligacje na kwotę odpowiadającą różnicy pomiędzy wsparciem otrzymanym z POiIS oraz kosztami Projektu.
- 10) Niezbędnym będzie ustanowienie na rzecz banku finansującego odpowiednich zabezpieczeń ww. kredytu lub emisji obligacji.
- 11) W celu optymalizacji ww. zabezpieczeń, a także aby nie obciążać budżetu Województwa Pomorskiego przyjęto, iż podstawowym zabezpieczeniem będzie umowa wsparcia (CCA) zawarta pomiędzy Województwem Pomorskim, bankiem finansującym oraz SPV zobowiązującą Województwo Pomorskie do podniesienia kapitału zakładowego SPV w przypadku, gdy SPV nie będzie posiadać środków na spłatę kolejnej raty lub kolejnych rat zaciągniętego kredytu.
- 12) Dodatkowo, aby zminimalizować ryzyko korzystania przez bank finansujący z ww. uprawnień przewidziano, iż kredyt będzie także zabezpieczony dwoma cesjami wierzytelności przysługującymi SPV (opłata za korzystanie z infrastruktury transportowej) oraz Województwu Pomorskiemu (czynsz dzierżawny z tytułu korzystania przez OT z taboru).

4.2. Realizacja inwestycji przez SPV powołaną przez Województwo Pomorskie oraz niezależnego Operatora Transportu (zapewniający tabor) – Wariant II

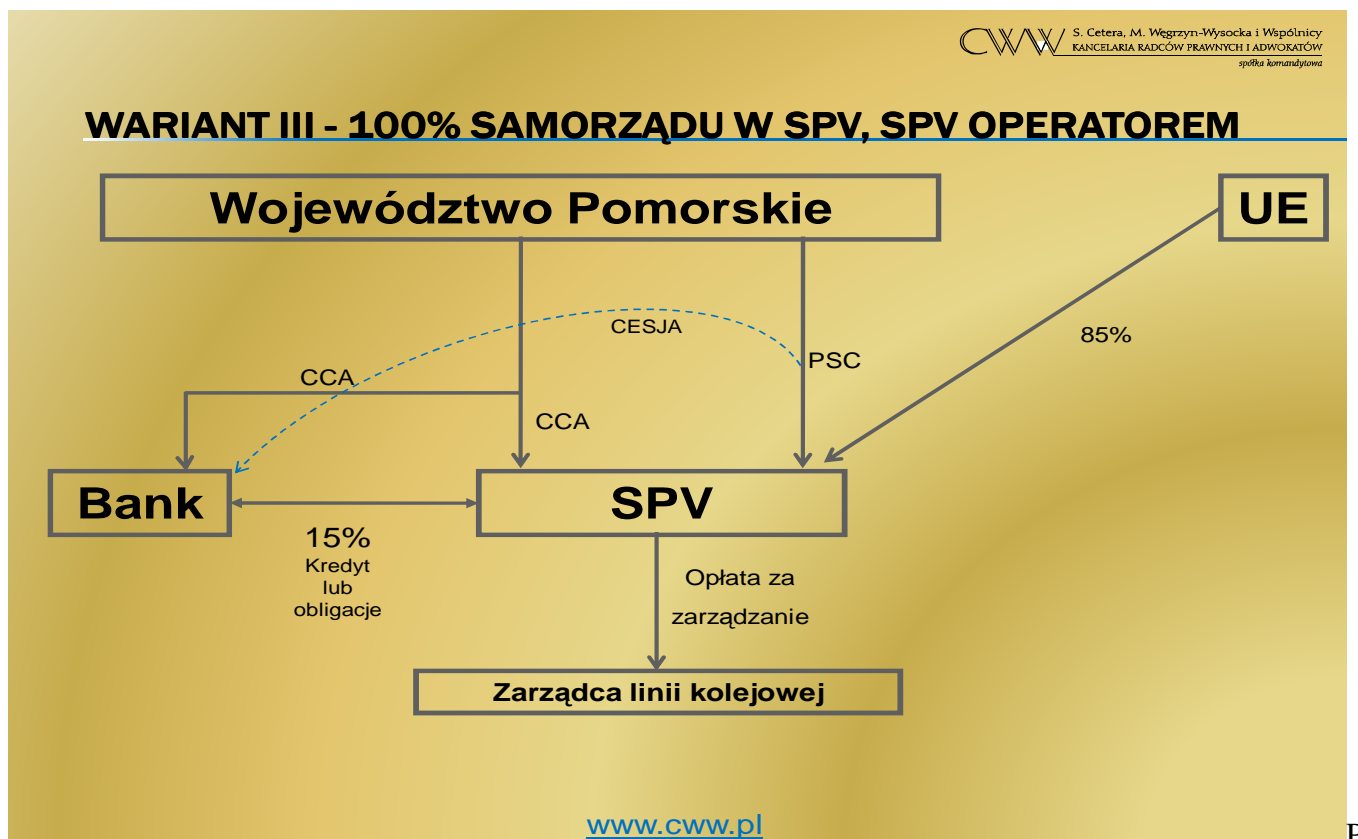


Powyższy schemat przygotowany został w oparciu o następujące założenia:

- 1) Beneficjentem środków z POiŚ będzie spółka celowa (SPV), której 100% udziałowcem będzie Województwo Pomorskie.
- 2) W ramach realizacji Projektu SPV będzie zobowiązana do wybudowania oraz zapewnienia zarządzania wybudowaną w ramach Projektu infrastrukturą kolejową.
- 3) SPV dokona w otwartym i niedyskryminacyjnym przetargu wyboru zarządcy linii kolejowej posiadającego wymagane prawem uprawnienia.
- 4) Wybrany zarządca linii kolejowej w zamian za otrzymywane wynagrodzenie od SPV będzie zarządzał wytworzoną w ramach realizacji Projektu infrastrukturą kolejową.
- 5) SPV nie będzie podmiotem zobowiązanym do świadczenia usług transportu kolejowego na rzecz Województwa Pomorskiego.
- 6) Koniecznym będzie dokonanie wyboru podmiotu świadczącego usługi transportu kolejowego na wybudowanej i zmodernizowanej infrastrukturze kolejowej oraz zawarcie z tymże podmiotem (Operator Transportu lub OT) umowy o świadczenie usług publicznych (PSC).

- 7) Województwo Pomorskie nie będzie dysponować odpowiednią ilością taboru a tym samym PSC zawarta z OT będzie zobowiązywać OT do zapewnienia także taboru niezbędnego do świadczenia usług transportu kolejowego.
- 8) OT będzie zobowiązany do uiszczania opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej bezpośrednio na rzecz SPV.
- 9) Dofinansowanie otrzymane z POiŚ na realizację Projektu nie przekroczy kwoty odpowiadającej 85% kosztów kwalifikowanych, wobec czego niezbędnym jest zapewnienie dalszego sfinansowania brakującej kwoty.
- 10) SPV zaciągnie w banku finansującym wieloletni kredyt inwestycyjny, ewentualnie SPV wyemituje obligacje na kwotę odpowiadającą różnicy pomiędzy wsparciem otrzymanym z POiŚ oraz kosztami Projektu.
- 11) Niezbędnym będzie ustanowienie na rzecz banku finansującego odpowiednich zabezpieczeń ww. kredytu lub emisji obligacji.
- 12) W celu optymalizacji ww. zabezpieczeń a także, aby nie obciążać budżetu Województwa Pomorskiego przyjęto, iż podstawowym zabezpieczeniem będzie umowa wsparcia (CCA) zawarta pomiędzy Województwem Pomorski, bankiem finansującym oraz SPV zobowiązująca Województwo Pomorskie do podniesienia kapitału zakładowego SPV w przypadku, gdy SPV nie będzie posiadać środków na spłatę kolejnej raty lub kolejnych rat zaciągniętego kredytu.
- 13) Dodatkowo, aby zminimalizować ryzyko korzystania przez bank finansujący z ww. uprawnień przewidziano, iż kredyt będzie także zabezpieczony cesją wierzytelności przysługującą SPV (opłata za korzystanie z infrastruktury transportowej).

4.3. Realizacja inwestycji przez SPV powołaną przez Województwo Pomorskie bez niezależnego Operatora Transportu – Wariant III



owyższy schemat przygotowany został w oparciu o następujące założenia:

- 1) Beneficjentem środków z POiŚ będzie spółka celowa (SPV), której 100% udziałowcem będzie Województwo Pomorskie.
- 2) W ramach realizacji Projektu SPV będzie zobowiązana do wybudowania oraz zapewnienia zarządzania wybudowaną w ramach Projektu infrastrukturą kolejową, a także do świadczenia usług transportu kolejowego na wybudowanej i zmodernizowanej infrastrukturze kolejowej.
- 3) SPV dokona w otwartym i niedyskryminacyjnym przetargu wyboru zarządcy linii kolejowej posiadającego wymagane prawem uprawnienia.

- 4) Wybrany zarządca linii kolejowej w zamian za otrzymywane wynagrodzenie od SPV będzie zarządzał wytworzoną w ramach realizacji Projektu infrastrukturą kolejową.
- 5) SPV będzie podmiotem zobowiązanym do świadczenia usług transportu kolejowego na rzecz Województwa Pomorskiego w oparciu o umowę o świadczeniu usług publicznych (PSC).
- 6) W ramach realizacji Projektu zakupiony zostanie przez SPV także tabor w ilości niezbędnej do świadczenia usług transportu kolejowego.
- 7) W związku z faktem, iż dofinansowanie otrzymane z POiŚ na realizację Projektu nie przekroczy kwoty odpowiadający 85% kosztów kwalifikowanych niezbędnym jest zapewnienie dalszego sfinansowania brakującej kwoty.
- 8) SPV zaciągnie w banku finansującym wieloletni kredyt inwestycyjny ewentualnie SPV wyemituje obligacje na kwotę odpowiadającą różnicy pomiędzy wsparciem otrzymanym z POiŚ oraz kosztami Projektu.
- 9) Niezbędnym będzie ustanowienie na rzecz banku finansującego odpowiednich zabezpieczeń ww. kredytu lub emisji obligacji.
- 10) W celu optymalizacji ww. zabezpieczeń a także, aby nie obciążać budżetu Województwa Pomorskiego przyjęto, iż podstawowym zabezpieczeniem będzie umowa wsparcia (CCA) zawarta pomiędzy Województwem Pomorski, bankiem finansującym oraz SPV zobowiązująca Województwo Pomorskie do podniesienia kapitału zakładowego SPV w przypadku, gdy SPV nie będzie posiadać środków na spłatę kolejnej raty lub kolejnych rat zaciągniętego kredytu.

4.4. Kryteria wstępnej oceny wariantów realizacji w formie SPV bez partnera prywatnego.

Mając na uwadze powyższej opisane główne założenia przedstawionych trzech wariantów realizacji inwestycji należy wyodrębnić następujące ich cechy, które wpływają na ukształtowanie kryteriów oceny wariantów oraz końcową rekomendację w zakresie realizacji Projektu w określonym wariantcie.

- 1) **„Bankowalność Projektu”** – wspólną cechą wszystkich ww. wariantów jest dążenie do ustanowienia takich zabezpieczeń na rzecz banku finansującego, aby w jak najmniejszy sposób obciążały one bezpośrednio wskaźniki zadłużenia Województwa Pomorskiego;
- 2) **Ilość strumieni finansowych** - każdy z ww. wariantów generuje określoną ilość strumieni i przepływów finansowych pomiędzy uczestnikami Projektu, ich ilość oraz kierunek wpływają na ww. „bankowalność Projektu”;

- 3) **Zgodność z prawem unijnym w tym w szczególności zasadami pomocy publicznej** – w związku faktem, iż każdy z ww. wariantów zakłada, iż Projekt jest współfinansowany ze środków POIiŚ należy ocenić każdy z ww. wariantów w zakresie ryzyka występowania w nim lub nie pomocy publicznej;
- 4) **Wybór OT** – każdy z wariantów zakłada, iż w ramach realizacji projektu niezbędnym jest wybranie OT, który będzie świadczył usługę transportu kolejowego przy wykorzystaniu wybudowanej i zmodernizowanej infrastruktury kolejowej, w konsekwencji należy ocenić, który z wariantów umożliwi wybór OT bez ryzyk prawnych lub przy zminimalizowaniu ryzyk prawnych;
- 5) **Zmiana OT** - konsekwencją sposobu wyboru OT jest także możliwość jego zmiany w przypadku, gdy nie wywiązuje się w sposób właściwy ze swoich zobowiązań. Tym samym należy dokonać oceny każdego wariantu w oparciu o kryterium elastyczności zmiany OT;
- 6) **Własność taboru** – każdy z wariantów w sposób odmienny reguluje kwestie własności taboru przy pomocy, którego OT świadczy usługi. Tym samym należy dokonać oceny każdego wariantu w oparciu o kryterium własności taboru i wpływu tej cechy na realizację Projektu;

Mając na uwadze powyższe, w celu wyboru najodpowiedniejszego wariantu dokonano oceny ww. trzech wariantów wg Metody rankingowej (miejsca 1 – 3) Poniższa tabela, oraz nadane wartości rankingowe dla poszczególnych kryteriów stanowią jedynie ocenę ekspercką, dokonaną w oparciu o doświadczenia ze zrealizowanych jak i realizowanych projektów podobnych do Inwestycji a także w oparciu o zdiagnozowany stan prawny oraz o przedstawiony stan faktyczny.

	Cecha Projektu	Wariant I	Wariant II	Wariant III
1.	Bankowalność projektu	2	2	1
2.	Zgodność z prawem unijnym, w tym w szczególności zasadami pomocy publicznej	3	1	2
3.	Sposób wyboru OT	1	1	1
4.	Elastyczność zmiany OT	1	2	3
5.	Zapewnienie taboru	3	1	2
6.	Średni ranking	2,0	1,4	2,0

Podsumowując ww. Warianty należy wskazać, iż:

- 1) W nawiązaniu do kryterium bankowości Projektu wszystkie Warianty zapewniają bankowość Inwestycji na dobrym poziomie. Realizacja Wariantu I w podobnym stopniu jak realizacja Wariantu II obciąża wskaźniki zadłużenia Województwa Pomorskiego. Jednocześnie należy wskazać, że dopiero Wariant III zapewniając zminimalizowany przepływ finansowy pomiędzy uczestnikami Projektu wraz z jednoczesnym zabezpieczeniem kredytu w postaci cesji z wierzytelności PSC, powoduje ograniczenie powstawania innych zabezpieczeń obciążających zdolność kredytową Województwa Pomorskiego.
- 2) Wszystkie Warianty są zgodne z prawem unijnym oraz zasadami udzielenia pomocy publicznej (PSC na zasadach rozporządzenia 1370/2007). Wariant I dla oceny występowania pomocy publicznej może w związku z dzierżawą taboru od Województwa nie spełniać wszystkich przesłanek gwarantujących wykluczenie pomocy publicznej w jego zastosowaniu. Jednakże zawarcie umowy PSC z OT w świetle obowiązujących przepisów dotyczących pomocy publicznej zapewnia w Wariacie II możliwie najlepsze rozwiązanie wykluczając tym samym zagrożenia związane z wystąpieniem pomocy publicznej w szczególności gdy zapewnione będzie aby SPV była spółką powołaną w celu realizacji zadań własnych Województwa Pomorskiego/w celu realizacji interesu publicznego, którym jest realizacja Inwestycji, a działalność SPV powinna być ograniczona do zadań związanych z budową a następnie zarządzaniem powierzona infrastrukturą transportową.
- 3) Należy wskazać, iż Wariant III realizacji Projektu może w znacznym stopniu skomplikować i zwiększyć ryzyko występowania w ramach Projektu pomocy publicznej, albowiem SPV rozliczana będzie w oparciu o przepisy Rozporządzenia 1370/2007, co przy połączeniu w ramach SPV funkcji operatora transportu oraz budującego i odpowiedzialnego za zarządzanie (pośrednio – bezpośrednio zarządzał będzie wybrany zarządca) infrastrukturą może utrudnić ustalenie prawidłowej wysokości wynagrodzenia SPV.
- 4) Wszystkie Warianty gwarantują optymalny sposób wyboru OT. Zapewniają wybudowanie, zarządzanie oraz świadczenie usług w Wariacie I i II przez różne podmioty, a w Wariacie III przez jeden podmiot, jednakże we wszystkich poprzez zagwarantowanie warunków konkurencyjnych zgodnie z przepisami PZP.

- 5) Elastyczność zmiany OT najlepiej kształtuje się parzy realizacji Wariantu I, jednakże w braku możliwości udostępnienia taboru w okresie realizacji Inwestycji przez Województwa Pomorskiego, z przyczyn technicznych wariant ten może być niemożliwy do wdrożenia. Podobnie Wariant III w przypadku, gdy w ramach PSC, SPV nie będzie wywiązywała się ze swoich zobowiązań (w związku ze słabą konkurencją na rynku przewoźników kolejowych i jednocześnie długi okres realizacji zamówień i dostawy taboru) Województwo nie będzie w stanie zagwarantować ciągłości świadczenia usług przewozowych. Tym samym wybór najlepszym rozwiązaniem dla realizacji Projektu w ramach zapewnienia taboru jest Wariant II, który zobowiązuje OT do zapewnienia taboru niezbędnego do świadczenia usług

W związku z powyższymi wynikami dalszej szczegółowej analizie w części IV.3. niniejszego opracowania poddane zostały Wariant II oraz Wariant III. Odrzucenie Wariantu I wynika przede wszystkim z negatywnej oceny kryterium „zapewnienia taboru”, gdyż z informacji uzyskanych od Urzędu wynika, że brak jest faktycznej oraz technicznej możliwości, aby obecnie istniejący tabor kolejowy wykorzystać w ramach realizacji Projektu.

4.5. Szczegółowa analiza rekomendowanych wariantów (II i III) realizacji Inwestycji bez udziału partnera prywatnego

4.5.1. Beneficjent

Na wstępie niniejszej szczegółowej analizy rekomendowanych wariantów realizacji Inwestycji należy wskazać, iż zgodnie z zapisami Szczegółowego Opisu Osi Priorytetowych POIiŚ beneficjentami działania 7.3., w ramach którego dofinansowany ma zostać Projekt mogą być następujące podmioty:

- Gminy i miasta na prawach powiatu leżące w 9 obszarach metropolitalnych lub działające w ich imieniu jednostki organizacyjne,
- Związki i porozumienia jednostek samorządu terytorialnego,
- Przewoźnicy świadczący usługi w zakresie transportu pasażerskiego na podstawie odpowiednich umów,
- Zarządcy dróg,
- Zarządcy infrastruktury komunikacyjnej,
- Zarządcy infrastruktury kolejowej,
- Samorzady województw.

Analizowane warianty II i III zakładają zgodnie ze wskazaniem Urzędu, iż beneficjentem w ramach realizowanej Inwestycji będzie SPV. Wybór SPV, jako beneficjenta środków z POIiŚ wymagać będzie jednak wystąpienia do właściwego ministerstwa z wnioskiem o dokonanie odpowiednich zmian w Szczegółowym Opisie Osi Priorytetowych w ramach działania 7.3. POIiŚ w ten sposób, aby wśród potencjalnych beneficjentów wymienione zostały także spółki kapitałowe, w których samorzady województw posiadają 100% udziałów lub akcji.

Podsumowując należy wskazać, iż bez dokonania powyższych zmian w Szczegółowym Opisie Osi Priorytetowych w ramach działania 7.3. POIiŚ nie będzie możliwości, aby zgodnie ze wskazaniem Urzędu beneficjentem była SPV. Tym samym do czasu, gdy powyższe zmiany nie zostaną dokonane należy uznać, iż jest to podstawowe ryzyko prawne występujące w ramach realizacji Projektu.

4.5.2. Pomoc publiczna

4.5.2.1. Pomoc publiczna – uwagi ogólne

Zgodnie z przepisem **art. 107 ust. 1 (TFUE)** wsparcie finansowe **dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą** podlega przepisom dotyczącym pomocy publicznej, jeżeli jednocześnie spełnione są następujące warunki:

- 1) udzielane jest ono przez **państwo lub ze środków państwowych**,
- 2) przedsiębiorstwo uzyskuje **przysporzenie na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku**,
- 3) ma charakter **selektywny** (uprzywilejowuje określone przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa albo produkcję określonych towarów),
- 4) **grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję** oraz **wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE**.

W celu rozstrzygnięcia, czy konkretne wsparcie finansowe stanowi pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, należy ocenić, czy zostały spełnione w konkretnym przypadku **łącznie wszystkie** powyżej wymienione przesłanki.

Wskazać ponadto należy, iż pojęcie „przedsiębiorstwa” zdefiniowane jest w art. 1 zał. 1 *rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu*¹. Zgodnie z ww. przepisem, „za przedsiębiorstwo uważa się podmiot prowadzący działalność gospodarczą bez względu na jego formę prawną. Zalicza się tu w szczególności osoby prowadzące działalność na własny rachunek oraz firmy rodzinne zajmujące się rzemiosłem lub inną działalnością, a także spółki lub konsorcja prowadzące regularną działalność gospodarczą.” Należy zauważyć, iż pojęcie to jest szeroko rozumiane i obejmuje swym zakresem wszystkie kategorie podmiotów zaangażowanych w działalność gospodarczą, **niezależnie od ich formy prawnej oraz źródeł finansowania** (orzeczenie w sprawie C-41/90 Höfner i Elser przeciwko Macrotron GmbH, Zb. Orz. TS 1991, s. I-1979). Co więcej, nie ma znaczenia fakt, iż są to podmioty nienastawione na zysk (*non-profit organisation* - np. orzeczenie z dnia 21 września 1999 r. w sprawie Albany, sprawa C-67/96, Zb. Orz. TS 1999, s. I-5751). Podkreślić należy także, iż przepisy prawa unijnego znajdują zastosowanie również do podmiotów sektora publicznego prowadzących działalność gospodarczą. Przy

¹ Tzw. *ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych* (Dz. Urz. UE L 142 z 14.05.1998).

tak szeroko zakreślonych ramach definicji przedsiębiorcy podstawowe znaczenie ma rodzaj prowadzonej przez podmiot działalności. Przez działalność gospodarczą należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem sądów Unii Europejskiej, **oferowanie towarów i usług na rynku**. Pojęcie to dotyczy zarówno działalności produkcyjnej, jak i dystrybucyjnej oraz usługowej. Nie jest istotne występowanie zarobkowego charakteru działalności. W związku z tym, działalność gospodarczą, w rozumieniu prawa konkurencji Unii Europejskiej, prowadzić mogą także różnorodne podmioty typu *non-profit* (np. orzeczenie z dnia 21 września 1999 r. w sprawie Albany, C-67/96). Przy ocenie charakteru danej działalności sądy Unii Europejskiej kierują się możliwością występowania na określonym rynku **rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji** ze strony innych podmiotów.

4.5.2.2. Realizacja Inwestycji w Wariantach II oraz III a pomoc publiczna

Należy wskazać, iż projekty podlegające dofinansowaniu w ramach działania 7.3. POIiŚ tj. polegające na finansowaniu tworzenia lub modernizacji infrastruktury służącej transportowi publicznemu przyjaznego środowisku można co do zasady pogrupować w następujące typy:

- 1) projekty w ramach których wytworzona infrastruktura transportowa stanowi własność publiczną (beneficjentem projektu jest podmiot publiczny),
- 2) projekty w ramach których wytworzona infrastruktura transportowa stanowi własność podmiotu niepublicznego, który zarządza tą infrastrukturą, ale nie prowadzi działalności przewozowej (beneficjentem projektu jest ten podmiot),
- 3) projekty w ramach których wytworzona infrastruktura transportowa stanowi własność przewoźnika (beneficjentem jest przewoźnik).

Ad 1) Tworzenie publicznej infrastruktury transportowej stanowi zadanie organów publicznych (Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego), a więc nie jest działalnością wykonywaną w warunkach konkurencji. Zatem dofinansowanie środkami programu operacyjnego projektu z tego zakresu nie stanowi pomocy publicznej. Pomoc publiczna może wystąpić na drugim poziomie – przy dysponowaniu tą infrastrukturą przez władze publiczne. Jeżeli infrastruktura ta jest ogólnodostępna to pomoc publiczna nie ma miejsca, gdyż nie jest spełnione kryterium selektywności. Jeśli jednak infrastruktura ma służyć określonemu podmiotowi (lub wręcz jest mu dedykowana), to jej udostępnienie na zasadach nierynkowych będzie stanowiło pomoc publiczną dla tego podmiotu. Nadto należy wskazać, iż sam fakt, że infrastruktura ma służyć tylko jednemu podmiotowi (albo określonej liczbie podmiotów)

nie przesądza jeszcze o wystąpieniu pomocy publicznej. Pomoc ta nie wystąpi, jeśli podmiot/podmioty korzystające z infrastruktury będą wyłonione w drodze przetargowej (co zapewni, że warunki korzystania z infrastruktury są warunkami rynkowymi).

Ad 2) Jeżeli kolejowa infrastruktura transportowa stanowi własność odrębnego podmiotu (który udostępnia tę infrastrukturę za odpłatnością wszystkim zainteresowanym przewoźnikom), to z reguły podmiot ten działa w warunkach monopolu, podobnie jest w Polsce gdzie monopol na budowę i zarządzenia kolejową infrastrukturą transportową posiada Państwo w rozumieniu przepisów wspólnotowych, działające w formie Skarbu Państwa czy też jednostek samorządu terytorialnego lub też odpowiednich jednoosobowych spółek specjalnego przeznaczenia. Dofinansowanie ze środków programu operacyjnego projektu polegającego na budowie, rozbudowie lub modernizacji tej infrastruktury nie będzie zatem stanowiło pomocy publicznej. Powyższy typ odpowiada wariantowi II realizacji Inwestycji, jednakże aby móc jednoznacznie stwierdzić, iż realizacja Inwestycji w ramach wariantu II i wsparcie, które skierowane będzie do SPV nie będzie stanowiło pomocy publicznej w ramach realizacji Projektu, trzeba zapewnić aby:

- a) SPV była spółką powołaną w celu realizacji zadań własnych Województwa Pomorskiego/w celu realizacji interesu publicznego, którym jest realizacji Inwestycji;
- b) działalność SPV powinna być ograniczona do zadań związanych z budową a następnie zarządzaniem powierzoną infrastrukturą transportową.

Nadto należy wskazać, iż zgodnie z poglądami KE, linie kolejowe stanowią główną infrastrukturę kolejową i są tzw. instalacjami istotnymi, w związku z czym zarządzanie taką infrastrukturą może zostać uznane za rodzaj monopolu naturalnego. Dodatkowo KE wskazała, że państwa członkowskie nie są zobowiązane do otwarcia rynku usług zarządzania infrastrukturą oraz że wsparcie kierowane do zarządcy powinno być rozpatrywane w ograniczeniu do terytorium danego kraju – co powoduje brak konkurencji w ramach Unii Europejskiej. Tym samym wsparcie udzielone SPV w ramach Wariantu II co do zasady nie będzie stanowiło niedozwolonej pomocy publicznej. Także dalsze wsparcie (np. w formie podwyższania kapitału zakładowego SPV) udzielne SPV w fazie eksploatacji linii kolejowej przez Województwo Pomorskie nie będzie stanowiło niedozwolonej pomocy publicznej o ile spełnione zostaną

ww. warunki. Powyższe wnioski znajdują potwierdzenie w dotychczasowych poglądach prezentowanych przez Komisję Europejską².

Jednakże mając na uwadze fakt, iż SPV będzie jedynie „pośrednikiem” a właściwe usługi zarządzania wybudowaną w ramach realizacji Inwestycji linią kolejową wykonywać będzie podmiot posiadający stosowne uprawnienia należy wskazać, iż wybór takiego podmiotu musi zostać dokonany w otwartej, konkurencyjnej i niedyskryminacyjnej procedurze przetargowej.

Ad 3) Jeżeli infrastruktura stanowi własność przewoźnika i jest przezeń wykorzystywana do wykonywania przewozów, to dofinansowanie tej infrastruktury stanowi co do zasady pomoc publiczną. Aby pomoc ta mogła zostać uznana za dozwoloną pomoc publiczną przewoźnik (SPV) winien być wynagradzany zgodnie z Rozporządzeniem 1370/2007, czyli otrzymywać rekompensatę w odpowiedniej wysokości, która będzie pokrywała uzasadnione koszty wykonywania powierzonych mu zadań własnych Województwa Pomorskiego. Tym samym należy wskazać, iż w Wariantcie III dla wykluczenia ryzyka występowania niedozwolonej pomocy publicznej SPV będzie musiała funkcjonować jako podmiot wewnętrzny i otrzymywać rekompensatę z tytułu świadczenia powierzonych usług publicznych obliczoną zgodnie z zapisami Rozporządzenia 1370/2007.

Podsumowując należy wskazać, iż zminimalizować lub wykluczyć ryzyko występowania pomocy publicznej w ramach realizacji Projektu można w następujący sposób:

- 1) w Wariantcie II poprzez zapewnienie, aby:**
 - a) SPV była spółką powołaną w celu realizacji zadań własnych Województwa Pomorskiego/w celu realizacji interesu publicznego, którym jest realizacja Inwestycji;**
 - b) działalność SPV była ograniczona do zadań związanych z budową, a następnie zarządzania powierzoną infrastrukturą kolejową oraz**
 - c) jeśli SPV nie będzie faktycznie zarządzać powierzoną infrastrukturą kolejową, to winna ona dokonać wyboru zarządcy w otwartej, konkurencyjnej i niedyskryminacyjnej procedurze przetargowej;**
- 2) w Wariantcie III poprzez zapewnienie aby SPV była podmiotem wewnętrznym Województwa Pomorskiego i poprzez otrzymywanie rekompensaty z tytułu świadczenia powierzonych usług**

² m.in.: 1) decyzja KE nr N 510/2005 z dnia 10.07.2007 r.; 2) decyzja KE nr N 478/2004 z dnia 07.06.2006; 3) decyzja KE nr N 362/2002 z dnia 17.07.2002 r.

publicznych obliczonej zgodnie z zapisami Rozporządzenia 1370/2007, co jednakże może być praktycznie bardzo utrudnione ze względu na „pomieszczenie” w jednym podmiocie (SPV) wszystkich funkcji, tj. budowania, zarządzania i operatorstwa, co wskazano w pkt 4.3. powyżej.

4.5.2.3. Finansowanie Inwestycji a pomoc publiczna

W obu wariantach przewidziano, iż finansowanie Projektu opierać się będzie na środkach wspólnotowych (nie więcej niż 85% kosztów kwalifikowanych), których beneficjentem będzie SPV oraz finansowaniu dłużnym opartym o kredyt lub emisję obligacji SPV, o wartości nie mniejszej niż różnica pomiędzy całkowitą wartością Inwestycji a dofinansowaniem otrzymanym w ramach POIiŚ. Przyjęto także, iż minimalnymi zabezpieczeniami, jakich będzie oczekiwał bank finansujący będą: umowa wsparcia (CCA) oraz cesje wierzytelności należnych SPV. Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, iż w takim wypadku w przypadku Wariantu II praktycznie nie istnieją ryzyka prawne, które utrudniałyby taki sposób finansowania Projektu.

Zupełnie odmiennie będzie natomiast w przypadku wariantu III gdzie SPV będąca jednocześnie OT będzie musiała być wynagradzana zgodnie z Rozporządzeniem 1370/2007, a finansowanie Inwestycji i zastosowane zabezpieczenia mogą w związku z tym w znacznym stopniu pomniejszyć otrzymywaną przez SPV rekompensatę z tytułu świadczenia usług publicznych.

Przyjęta struktura finansowania Inwestycji zakłada m.in. zawarcie przez bank finansujący, Województwo Pomorskie oraz SPV umowy wsparcia kapitałowego (CCA), na podstawie której Województwo Pomorskie będzie zobowiązane do podwyższenia kapitału zakładowego SPV, w przypadku gdy SPV nie będzie posiadała odpowiednich środków na spłatę zaciągniętego kredytu. W takim wypadku obniżeniu będzie musiała ulegać kwota rekompensaty otrzymywanej przez SPV na podstawie Rozporządzenia 1370/2007 a także uwzględnione muszą zostać poniższe uwagi dotyczące dokapitalizowania Spółek w związku z oceną występowania pomocy publicznej.

Do określenia, czy konkretne działanie jest pomocą publiczną, należy przeliczyć wartość przysporzenia dokonanego przez podmiot publiczny na rzecz danego przedsiębiorcy, wg Rozporządzenia dot. obliczania pomocy publicznej. Każde podwyższenie kapitału zakładowego zgodnie z tym Rozporządzeniem wymaga, bowiem wyliczenia wskaźnika Ekwiwalentu Dotacji Brutto (EDB). Jeśli ten wskaźnik

przyjmuje wartość ujemną lub równą zero, dokapitalizowanie Spółki w formie podwyższenia kapitału zakładowego nie jest uznawane za pomoc publiczną. W przypadku, gdy wartość ta będzie dodatnia zastosowanie mogą mieć dwa mechanizmy:

- 1) albo rekompensata wypłacana SPV w oparciu o Rozporządzenie 1370/2007 ulegnie stosownemu obniżeniu, albo
- 2) rekompensata pozostanie na niezmienionym poziomie, natomiast spełnione muszą wtedy zostać warunki określone w Biuletynie

Możliwość wystąpienia pomocy publicznej, w związku z podwyższaniem kapitału SPV w zamian za wkłady pieniężne i niepieniężne, należy również rozpatrzyć biorąc pod uwagę stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone Biuletynie.

Komisja Europejska nie uznaje za pomoc publiczną:

- 1) zwykłego, częściowego lub całkowitego nabycia udziału w kapitale istniejącej spółki, bez wnoszenia nowego kapitału;
- 2) wniesienia nowego kapitału w okolicznościach, które byłyby możliwe do przyjęcia dla prywatnego inwestora działającego w normalnych warunkach gospodarki rynkowej, tzn. wówczas gdy:
 - a) następuje utworzenie nowej spółki, w której władze publiczne kontrolują cały kapitał, bądź też większościowy lub mniejszościowy pakiet akcji, pod warunkiem że władze stosują te same kryteria, co dostawca kapitału w normalnych warunkach gospodarki rynkowej;
 - b) następuje wniesienie nowego kapitału do przedsiębiorstwa publicznego, pod warunkiem, że nowy kapitał odpowiada nowym potrzebom inwestycyjnym oraz bezpośrednio z nimi związanym kosztom oraz że przemysł, w obrębie którego działa dane przedsiębiorstwo, nie cierpi na strukturalną nadwyżkę mocy produkcyjnych na wspólnym rynku, oraz że sytuacja finansowa przedsiębiorstwa nie budzi zastrzeżeń;
 - c) ma nastąpić zwiększenie udziału publicznego w spółce, pod warunkiem, że wnoszony kapitał jest proporcjonalny do liczby udziałów posiadanych przez władze oraz następuje jednocześnie z wniesieniem kapitału przez prywatnego udziałowca; udział prywatnego inwestora musi mieć realne znaczenie ekonomiczne;

- d) strategiczna natura inwestycji pod względem rynków lub dostaw pozwala traktować nabycie pakietu akcji jako normalne zachowanie dostawcy kapitału, pomimo że rentowność jest opóźniona w czasie;
- e) potencjał rozwojowy spółki otrzymującej pomoc, przejawiający się w zdolności generowania innowacji przez wszelkiego rodzaju inwestycje, pozwala traktować tę operację jako inwestycję związaną ze szczególnym ryzykiem, lecz mogącą się w ostateczności opłacić.

Komisja Europejska za pomoc publiczną uznaje natomiast sytuacje, w których wniesienie nowego kapitału następuje w okolicznościach, które nie byłyby możliwe do przyjęcia dla prywatnego inwestora działającego w normalnych warunkach gospodarki rynkowej, tzn. wówczas, gdy:

- 1) sytuacja finansowa spółki, a w szczególności struktura i objętość ciążącego na niej długu, nie pozwala oczekiwać w rozsądnym terminie normalnego zysku (w postaci dywidend lub zysków kapitałowych) od zainwestowanego kapitału;
- 2) ze względu na niewystarczający przepływ środków pieniężnych, o ile nie z innego powodu, spółka nie byłaby w stanie pozyskać funduszy potrzebnych do programu inwestycyjnego na rynku kapitałowym;
- 3) udział ma charakter krótkoterminowy, z okresem obowiązywania i ceną sprzedaży określonymi z góry tak, że zysk dla dostawcy kapitału jest zdecydowanie niższy, niż mógłby on oczekiwać od inwestycji na rynku kapitałowym przy podobnym okresie czasu;
- 4) udział władz publicznych obejmuje przejęcie lub kontynuację całości lub części nieefektywnych działań spółki w złej kondycji poprzez utworzenie nowej osoby prawnej;
- 5) wielkość udziału przekracza rzeczywistą wartość (aktywa netto plus wartość firmy lub wartość know-how) spółki, z pewnymi wyjątkami.

Przy rozpatrywaniu zatem, czy podwyższenie kapitału zakładowego SPV stanowić będzie niedozwoloną pomoc publiczną należałoby uwzględnić przede wszystkim przedstawione powyżej stanowisko Komisji Europejskiej i **przeanalizować, czy i które z ww. warunków byłyby/groziłyby spełnieniem w przypadku podwyższenia kapitału zakładowego SPV przez Województwo Pomorskie, w celu zapewnienia finansowania Inwestycji.**

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż realizacja Inwestycji w wariancie III niesie za sobą znaczące ryzyko związane z uznaniem finansowania Inwestycji za pomoc publiczną. W wariancie II takie ryzyko praktycznie nie występuje o ile spełnione zostaną warunki określone w pkt 5.2.2. niniejszej Koncepcji.

4.6. Ryzyka prawne wyboru i zmiany OT

Należy wskazać, iż co do zasady wybór OT w Wariantach II i III może być dokonany na zupełnie odmiennych zasadach. Zgodnie z art. 5 ust. 6 Rozporządzenia 1370/2007 o ile nie zakazuje tego prawo krajowe, właściwe organy mogą podjąć decyzję o bezpośrednim udzielaniu zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego z wyjątkiem innych rodzajów transportu szynowego, takich jak metro lub tramwaje. Na zasadzie odstępstwa od art. 4 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007 takie umowy zawierane są maksymalnie na okres dziesięciu lat, z wyjątkiem sytuacji, w których ma zastosowanie art. 4 ust. 4 Rozporządzenia 1370/2007. W związku z powyższym wybór OT winien przebiegać następująco:

- 1) W wariancie II w związku z faktem rozdzielenia funkcji OT oraz SPV, wybór OT może odbyć się na dwa sposoby:
 - a) w przypadku, gdy OT będzie jednocześnie podmiotem wewnętrznym Województwa Pomorskiego (np. SKM) jego wybór będzie mógł odbyć się w drodze bezpośredniego powierzenia zadań do wykonania, aktem władczym Marszałka Województwa Pomorskiego;
 - b) w przypadku, gdy OT nie będzie podmiotem wewnętrznym Województwa Pomorskiego jego wybór winien zostać dokonany zgodnie z przepisami PZP (zgodnie z art. 40 ust. 7 UTK w związku z § 4 Rozporządzenia RM w sprawie organizowania regionalnych przewozów pasażerskich);
- 2) w Wariancie III, w związku ze skumulowaniem w jednym podmiocie funkcji budującego, zarządzającego oraz OT, wybór OT dokonany winien zostać w trybie bezpośredniego powierzenia zgodnie z ww. art. 5 ust. 6 Rozporządzenia 1370/200, w drodze zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego z wyjątkiem innych rodzajów transportu szynowego, takich jak metro lub tramwaje.

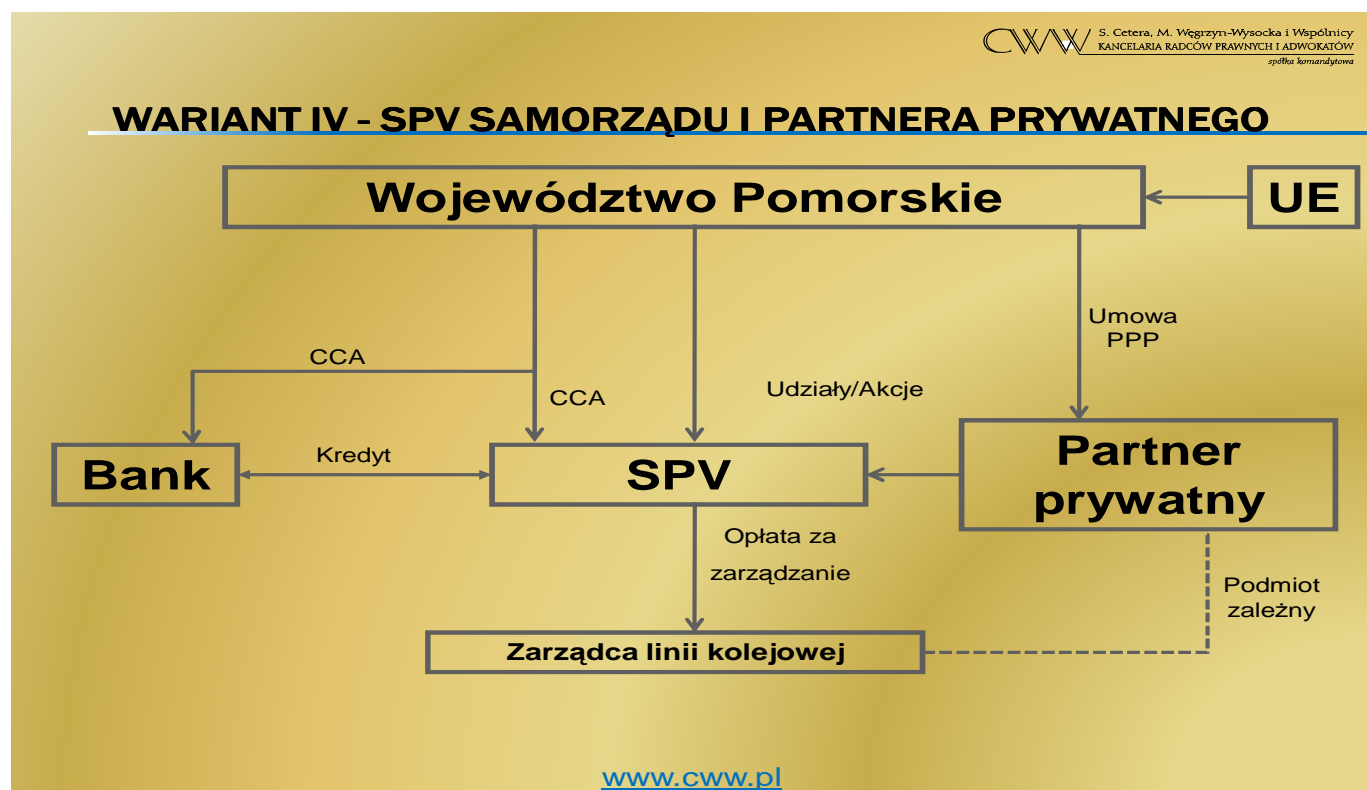
Niewątpliwie należy wskazać, iż Wariant II umożliwia bardziej elastyczne ukształtowanie warunków prowadzenia działalności przez OT niż Wariant III, w którym de facto Województwo Pomorskie nie będzie miało praktycznej możliwości zmiany OT, nawet w przypadku gdyby OT nie wywiązywał się należycie z zapewnienia świadczenia usługi operatorskiej na wybudowanej linii kolejowej.

Podsumowując należy wskazać, iż podstawowym ryzykiem prawnym w zakresie jest ryzyko rzeczywistej możliwości zmiany OT. W Wariancie III jest to ryzyko znaczące, natomiast w wariancie II ryzyko to można odpowiednio zminimalizować dokonując wyboru OT, który nie będzie jednocześnie podmiotem wewnętrznym, czyli w drodze przetargu przeprowadzonego zgodnie z PZP. Jednocześnie należy wskazać, iż w przypadku zakłócenia w świadczeniu usług, Województwo Pomorskie będzie uprawnione do bezpośredniego powierzenia tych usług w trybie nadzwyczajnym, zgodnie z art. 5 ust. 5 Rozporządzenia 1370/2007.

5. Realizacja Projektu w formie Partnerstwa Publiczno-Prywatnego (PPP)

Urząd Marszałkowski rozważa realizację Inwestycji w ramach partnerstwa publiczno- prywatnego. W związku z powyższym należy zaproponować i rozważyć trzy wskazane na poniższych grafikach schematy realizacji Inwestycji w ramach partnerstwa publiczno- prywatnego przedstawiające podstawowe założenia prawne Inwestycji.

5.1. Realizacja Inwestycji poprzez SPV zawiązaną przez Województwo Pomorskie i partnera prywatnego – wariant IV



Powyższy schemat przygotowany został w oparciu o następujące założenia:

- 1) beneficjentem środków z POIiŚ będzie Województwo Pomorskie,
- 2) Województwo Pomorskie dokona wyboru partnera prywatnego na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych lub ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 4 Ustawy-PPP),
- 3) Województwo Pomorskie zawiąże z partnerem prywatnym spółkę kapitałową (SPV) - (art. 14 ust. 1 Ustawy-PPP),
- 4) Województwo Pomorskie wniesie do SPV wkład pieniężny w wysokości stanowiącej równowartość środków otrzymanych z POIiŚ i ewentualnie jako aport - nieruchomości, na których ma być realizowana inwestycja,
- 5) partner prywatny wniesienie do SPV wkład pieniężny w wysokości różnicy pomiędzy kosztami realizacji inwestycji kolejowej a wkładem Województwa Pomorskiego lub zapewni finansowanie w ramach realizacji Projektu SPV będzie zobowiązana do wybudowania oraz zapewnienia zarządzania wybudowaną w ramach Projektu infrastrukturą kolejową,

- 6) partner prywatny po wybudowaniu inwestycji kolejowej będzie zobowiązany do zapewnienia SPV taboru w celu wykonywania usługi pasażerskiego transportu kolejowego jako Operator Transportu,
- 7) SPV zleci zarząd linii kolejowej podmiotowi posiadającemu wymagane prawem uprawnienia – spółką tą mógłby być partner prywatny lub podmiot zależny od partnera prywatnego,
- 8) wybrany zarządca linii kolejowej w zamian za otrzymywane wynagrodzenie od SPV będzie zarządzał wytworzoną w ramach realizacji Projektu infrastrukturą kolejową,
- 9) SPV będzie podmiotem zobowiązanym do świadczenia usług transportu kolejowego na rzecz Województwa Pomorskiego jako Operator Transportu na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych (PSC), polegających na świadczeniu usług przewozów kolejowych,

5.2. Realizacja Inwestycji na podstawie Umowy PPP zawartej przez Województwo Pomorskie z partnerem prywatnym - wariant V

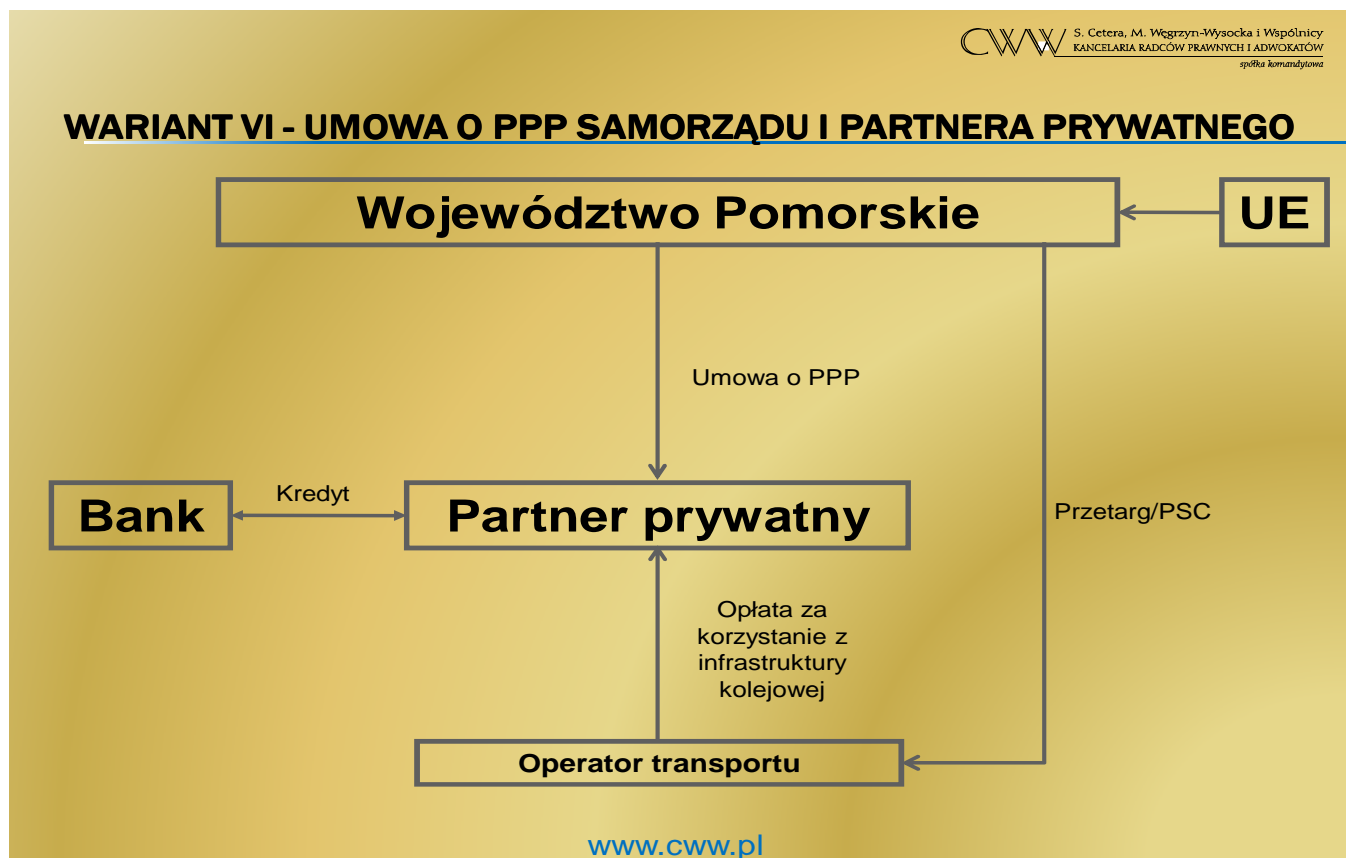


Powyższy schemat przygotowany został w oparciu o następujące założenia:

- 1) Beneficjentem środków z POIiŚ będzie Województwo Pomorskie,
- 2) Województwo Pomorskie dokona wyboru partnera prywatnego na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych lub w drodze udzielenia koncesji na roboty budowlane i usługi (art. 4 Ustawy-PPP),
- 3) Województwo Pomorskie zawrze z partnerem prywatnym umowę o PPP, której przedmiotem będzie zrealizowanie Inwestycji, a następnie zarządzanie wybudowaną w ramach Projektu infrastrukturą kolejową oraz świadczenie usługi kolejowego transportu pasażerskiego,
- 4) Wkładem Województwa Pomorskiego do realizacji Projektu na podstawie umowy o PPP będzie równowartość dofinansowania otrzymanego z POIiŚ,
- 5) Województwo Pomorskie na podstawie umowy o PPP przekaże partnerowi prywatnemu nieruchomości w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy, na których ma być realizowana Inwestycja (art. 9 ust. 1 Ustawy-PPP),

- 6) Umowa o PPP powinna przewidywać, iż po zakończeniu czasu jej trwania partner prywatny przekaże do Województwa Pomorskiego otrzymane nieruchomości i inne składniki majątkowe w stanie nie pogorszonym (art. 11 ust. 1 Ustawy-PPP),
- 7) Partner prywatny zapewni finansowanie pozostałej części Projektu ze środków własnych lub wieloletniego kredytu inwestycyjnego zaciągniętego w instytucji finansującej.
- 8) Na podstawie umowy o PPP partner prywatny będzie podmiotem zobowiązanym do świadczenia usług pasażerskiego transportu kolejowego na rzecz Województwa Pomorskiego jako Operator Transportu
- 9) Zawarta z Operatorem Transportu umowa o PPP będzie zobowiązywać Operatora Transportu do posiadania odpowiedniej ilości taboru.

5.3. Realizacja Inwestycji na podstawie Umowy PPP zawartej przez Województwo Pomorskie z partnerem prywatnym – wariant VI



Powyższy schemat przygotowany został w oparciu o następujące założenia:

- 1) Beneficjentem środków z POIiŚ będzie Województwo Pomorskie,

- 2) Województwo Pomorskie dokona wyboru partnera prywatnego na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych lub ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 4 Ustawy-PPP),
- 3) Województwo Pomorskie zawrze z partnerem prywatnym umowę o PPP, której przedmiotem będzie zrealizowanie Inwestycji, a następnie zarządzanie wybudowaną w ramach Projektu infrastrukturą kolejową,
- 4) Wkładem Województwa Pomorskiego do realizacji Projektu na podstawie umowy o PPP będzie równowartość dofinansowania otrzymanego z POIŚ,
- 5) Województwo Pomorskie na podstawie umowy o PPP przekaze partnerowi prywatnemu nieruchomości w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy, na których ma być realizowana Inwestycja (art. 9 ust. 1 Ustawy-PPP),
- 6) Umowa o PPP powinna przewidywać, iż po zakończeniu czasu jej trwania partner prywatny przekaze do Województwa Pomorskiego otrzymane nieruchomości i inne składniki majątkowe w stanie nie pogorszonym (art. 11 ust. 1 Ustawy-PPP),
- 7) Województwo Pomorskie zawrze z innym niż partner prywatny podmiotem - Operatorem Transportu umowę PSC polegającą na świadczeniu usług przewozów kolejowych, bądź udzieli zlecenia na świadczenie tych usług w trybie przetargowym,
- 8) Zawarta z Operatorem Transportu umowa PSC będzie zobowiązywać Operatora Transportu do posiadania odpowiedniej ilości taboru,
- 9) Operator Transportu będzie ponosił na rzecz partnera prywatnego opłaty z tytułu korzystania z wybudowanej infrastruktury kolejowej,
- 10) Partner prywatny zapewni finansowanie pozostałej części Projektu ze środków własnych lub wieloletniego kredytu inwestycyjnego zaciągniętego w instytucji finansującej.

5.4. Kryteria oceny wariantów z udziałem partnera prywatnego.

Mając na uwadze powyżej opisane główne założenia przedstawionych trzech wariantów realizacji inwestycji z udziałem partnera prywatnego należy wyodrębnić następujące ich cechy, które wpływają na ukształtowanie kryteriów oceny wariantów oraz końcową rekomendację w zakresie realizacji Projektu w określonym wariantcie.

- 1) **„Bankowalność Projektu”** – wspólną cechą wszystkich ww. wariantów jest dążenie do ustanowienia takich zabezpieczeń na rzecz banku finansującego, aby w jak najmniejszy sposób obciążały one bezpośrednio wskaźniki zadłużenia Województwa Pomorskiego

Spośród rozpatrywanych Wariantów Inwestycji zdecydowanie najkorzystniejsze warunki zapewnia Wariant V, ze względu na to, że organizacja finansowania Inwestycji spoczywa wyłącznie na partnerze prywatnym, co nie powoduje obciążenia wskaźników zadłużenia Województwa Pomorskiego. W przyjętym Wariacie, co do założenia brak jest związków na płaszczyźnie „bankowalności” pomiędzy zobowiązaniami zaciągniętymi w instytucjach finansowych przez partnera prywatnego, a zobowiązaniami podmiotu publicznego. Wariant IV zapewnia również dobrą „bankowalność” Inwestycji, jednakże w związku z koniecznością zaciągnięcia kredytu przez SPV, w której udziały posiada Województwo Pomorskie, nie gwarantuje, iż nie wystąpi konieczność ustanowienia dodatkowych zabezpieczeń na majątku Województwa, co skutkuje niższą oceną wariantu IV. Najmniej efektywnym pod względem „bankowalności” wariantem realizacji Inwestycji jest wariant VI, który co prawda podobnie jak wariant IV nie powoduje obciążenia wskaźników zadłużenia Województwa Pomorskiego, nie mniej jednak ze względu na brak zapewnienia przychodów partnerowi prywatnemu z dochodów ze świadczenia usług przewozów pasażerskich, nie może liczyć na równorzędne pozyskanie kredytów z instytucji finansowych jak w wariacie V.

- 2) **Ilość strumieni finansowych do wykonawcy infrastruktury** - każdy z ww. wariantów generuje określoną ilość strumieni i przepływów finansowych pomiędzy uczestnikami Projektu, ich ilość oraz kierunek wpływają na ww. „bankowalność Projektu”

W Wariantach IV i V ilość strumieni finansowych ze względu na powierzenie partnerowi prywatnemu zarówno budowy infrastruktury kolejowej oraz świadczenia usługi transportu kolejowego jest na takim samym poziomie. W przypadku Wariantu VI strumień finansowy odnoszący się do świadczenia usługi transportu kolejowego nie trafia do wykonawcy infrastruktury kolejowej, a zatem ilość strumieni finansowych w tym wariacie jest odpowiednio niższa.

- 3) **Zgodność z prawem unijnym w tym w szczególności zasadami pomocy publicznej** – w związku faktem, iż każdy z ww. Wariantów zakłada, iż Projekt jest współfinansowany ze środków POIiŚ należy ocenić każdy z ww. wariantów zakresie występowania w nim lub nie pomocy publicznej

Realizowana Inwestycja w każdym z przyjętych wariantów jest zgodna z prawem unijnym. W wariantcie VI zagrożenie wystąpienia niedozwolonej pomocy publicznej jest stosunkowo wyższe niż w wariantach IV i V ze względu na możliwość powierzenia usługi świadczenia przewozów pasażerskich na podstawie umowy PSC. W wariantach IV i V Operator Transportu powinien być wyłaniany w drodze przetargu na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych (ewentualnie ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługach).

4) **Wybór OT** – każdy z wariantów zakłada, iż w ramach realizacji projektu niezbędnym jest wybranie OT, który będzie świadczył usługę transportu kolejowego przy wykorzystaniu wybudowanej i zmodernizowanej infrastruktury kolejowej, w konsekwencji należy ocenić, który z wariantów umożliwia wybór OT bez ryzyk prawnych lub przy zminimalizowaniu ryzyk prawnych.

W wariantcie VI wybór Operatora Transportu nie jest związany z koniecznością wykonania infrastruktury kolejowej, i może być dokonany zarówno w drodze przetargowej jak i bezprzetargowej (PSC). Warianty IV i V nie dają takiej swobody w wyborze Operatora Transportu, ze względu na konieczność ich wyboru w drodze przetargu lub udzielenia koncesji.

5) **Elastyczność zmiany OT** - konsekwencją sposobu wyboru OT jest także możliwość jego zmiany w przypadku, gdy nie wywiązuje się w sposób właściwy ze swoich zobowiązań. Tym samym należy dokonać oceny każdego wariantu w oparciu o kryterium elastyczności zmiany OT.

Zmiana Operatora Transportu powinna co do zasady być możliwa w każdym czasie i bez zakłócenia wykonywania usługi przewozu pasażerów. Zapewnienie takich gwarancji jest jednak co do zasady, ze względu na różne okoliczności niemożliwe. Należy jednak ocenić, że możliwość szybkiej i bezzakłóceńowej zmiany w największym zakresie występuje w przypadku wariantu VI, ze względu na rozdzielenie funkcji Operatora Transportu od zarządcy infrastruktury kolejowej, a w najmniejszym stopniu w wariantcie IV, w którym obie te funkcje są połączone, a dodatkowo wykonuje je SPV, która jest spółką zależną od Województwa Pomorskiego, a zatem gotowość do jej zmiany na inny podmiot należy ocenić jako niezbyt wysoką.

- 6) **Finansowanie taboru przez partnera publicznego.**– różnicuje przedstawione warianty i wskazuje na zakres zaangażowania kapitałowego Województwa Pomorskiego . Tym samym należy dokonać oceny każdego wariantu w oparciu o kryterium finansowania taboru i wpływu tej cechy na realizację Projektu

W wariantach V i VI Województwo Pomorskie nie jest zobowiązane do sfinansowania taboru, gdyż tabor ten ma zapewnić partner prywatny. W wariantach IV Województwo Pomorskie może być zobowiązane do poniesienia kosztów finansowania taboru w przypadku, gdyby partner prywatny nie był w stanie wnieść do SPV lub nie mógł jej zapewnić taboru do wykonywania usługi pasażerskiego transportu kolejowego.

- 7) **Maksymalizacja ryzyk partnera prywatnego**- w zależności od przyjętego modelu realizacji Inwestycji we współpracy z partnerem prywatnym konieczne będzie dokonanie oceny korzyści i ryzyk dla podmiotu publicznego, w tym także w stosunku do realizacji Inwestycji samodzielnie przez partnera publicznego.

W przypadku Projektów realizowanych w formule PPP jednym z kryteriów oceny powinno być równie maksymalizowanie ryzyk partnera prywatnego i minimalizowanie ryzyk podmiotu publicznego. W przypadku przedstawionych wariantów największe ryzyko partner prywatny ponosić będzie w przypadku modelu przewidującego realizację Inwestycji wyłącznie na podstawie Umowy o PPP, a najmniejsze ryzyko partnera prywatnego w przypadku utworzenia spółki SPV, ze względu na jej wyodrębnienie z partnera prywatnego i odrębną osobowość.

Mając na uwadze powyższe, w celu wyboru najodpowiedniejszego wariantu dokonano oceny ww. trzech wariantów wg poniższych kryteriów w rankingu miejsc (1-3) Poniższa tabela, przyjęta ranking dla poszczególnych kryteriów stanowią jedynie ocenę ekspercką, dokonaną w oparciu o doświadczenia z zrealizowanych i realizowanych projektów podobnych do Inwestycji a także w oparciu o przedstawiony stan faktyczny oraz prawny.

	Cecha Projektu	Wariant nr IV	Wariant nr V	Wariant nr VI
1	Bankowalność projektu	2	1	3
2	Ilość strumieni finansowych do wykonawcy infrastruktury	1	1	2
3	Zgodność z prawem unijnym, w tym w szczególności zasadami pomocy publicznej	1	1	2
4	Sposób wyboru OT	2	2	1
5	Elastyczność zmiany OT	3	2	1
6.	Finansowanie taboru przez partnera publicznego.	2	1	1
8.	Maksymalizacja ryzyk partnera prywatnego	3	1	2
	Średni ranking	1,75	1,125	1,5

Podsumowując ww. Warianty (IV-VI) należy wskazać, iż:

- 1) Rozpatrywany wariant nr IV realizacji Projektu w formule project finance z udziałem partnera prywatnego zapewnia dobre parametry ekonomiczne Projektu (bankowalność oraz przepływy finansowe), jest zgodny zarówno z prawem krajowym jak i prawem unijnym, oraz prawidłowy sposób wyboru Operatora Transportu. Słabymi stronami tego wariantu jest niska elastyczność zmiany Operatora Transportu co związane jest m.in. z koniecznością znacznego zaangażowania personalnego związanego z obowiązkiem utrzymania i pełnienia nadzoru nad utworzoną SPV. Ponadto rozpatrywany wariant nie zapewnia minimalizacji ryzyk podmiotu publicznego w wystarczającym zakresie. Dodać do tego należy, iż w przypadku, gdy wkładem do SPV będą nieruchomości należy mieć na uwadze konieczność wyposażenia SPV w odpowiednie środki pieniężne celem wypłacenia Województwu Pomorskiemu równowartości podatku VAT z tytułu wniesienia aportu w postaci nieruchomości.
- 2) Wariant nr V podobnie jak wariant nr IV zapewnia dobre parametry ekonomiczne Projektu (bankowalność oraz przepływy finansowe), jest zgodny zarówno z prawem krajowym jak i prawem

unijnym, zapewnia finansowanie taboru przez partnera prywatnego w pełnym zakresie oraz najwyższą maksymalizację ryzyk partnera prywatnego, gdyż partner prywatny ponosić będzie odpowiedzialność zarówno za wybudowanie infrastruktury kolejowej, jak i za jej zarządzanie oraz wykonywanie usług Operatora Transportu, a ponadto również za zapewnienie finansowania Projektu. Do mankamentów proponowanego rozwiązania można zaliczyć w zasadzie wyłącznie sposób wyboru i zamiany Operatora Transportu głównie z powodu konieczności wyłonienia partnera prywatnego w drodze przetargu.

- 3) Wariant VI charakteryzuje się najgorszymi parametrami finansowymi oraz możliwością wystąpienia niedozwolonej pomocy publicznej w związku z możliwością zawarcia umowy PSC bezprzetargowo. Zawarcie tej umowy na zasadach wynikających z Rozporządzenia 1370/2007 powinno jednak zagwarantować niewystępowanie pomocy publicznej. Do ewidentnych zalet tego rozwiązania należy zaliczyć możliwość ponownego wyboru i zmiany Operatora Transportu, w przypadku gdy podmiot prywatny nie będzie wywiązywał się ze swoich zobowiązań wynikających z PSC lub warunków przetargowych.

W związku z powyższym w części 5.5. niniejszej Analizy dalszej szczegółowej analizie poddany został Wariant V. Odrzucenie Wariantu IV wynika przede wszystkim z wymaganej w tym wariantcie konieczności bezpośredniego zaangażowania Województwa Pomorskiego w SPV i uwzględnienia przez Województwo Pomorskie związanych z tym ryzyk. Z kolei rezygnacja z dalszej analizy Wariantu VI wynika z niewystarczającej ilości strumieni finansowych, wykluczających możliwość „zbilansowania” Projektu, co praktycznie uniemożliwi jego wdrożenie z udziałem partnera prywatnego.

5.5. Szczegółowa analiza rekomendowanego wariantu realizacji Inwestycji w ramach PPP

5.5.1. Beneficjent

Jak wskazano w pkt. 4.5.1. zgodnie z zapisami Szczegółowego Opisu Osi Priorytetowych POliŚ beneficjentami działania 7.3. w ramach którego dofinansowany ma zostać Projekt mogą być następujące podmioty:

- Gminy i miasta na prawach powiatu leżące w 9 obszarach metropolitalnych lub działające w ich imieniu jednostki organizacyjne,
- Związki i porozumienia jednostek samorządu terytorialnego,
- Przewoźnicy świadczący usługi w zakresie transportu pasażerskiego na podstawie odpowiednich umów,
- Zarządcy dróg,
- Zarządcy infrastruktury komunikacyjnej,
- Zarządcy infrastruktury kolejowej,
- Samorządy województw

Analizowany wariant nr V realizacji Projektu w trybie partnerstwa publiczno-privatnego zakłada, iż beneficjentem będzie samorząd województwa, a zatem podmiot wskazany na liście beneficjentów.

Wskazać również należy, że w przypadku gdyby Województwo Pomorskie wystąpiło do właściwego ministra z wnioskiem o dokonanie odpowiednich zmian w Szczegółowym Opisie Osi Priorytetowych w ramach działania 7.3. POliŚ w ten sposób, aby wśród potencjalnych beneficjentów wymienione zostały także spółki kapitałowe, które zostały utworzone w efekcie zawarcia umowy o PPP i w których samorządy województw posiadają udziały lub akcje, wówczas możliwe byłoby rozważenie utworzenia SPV z partnerem prywatnym według wariantu 1, przy czym beneficjentem środków z POliŚ byłaby SPV.

Podsumowując, z punktu widzenia podmiotu – beneficjenta, nie budzi wątpliwości, że istniejący stan prawny umożliwia dofinansowanie Inwestycji realizowanej w założonym wariantcie V, poprzez pozyskanie dofinansowania bezpośrednio przez Województwo Pomorskie oraz przekazanie Go na rzecz partnera prywatnego na podstawie Umowy o PPP jako wkładu podmiotu publicznego..

5.5.2. Dopuszczalność stosowania formuły PPP do realizacji Inwestycji

Zgodnie z art. 5a ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94), dalej jako Ustawa-TK *do zadań z zakresu zarządzania infrastrukturą kolejową o znaczeniu obronnym, przepisów ustawy (...). o partnerstwie publiczno-prywatnym (...) nie stosuje się.*

Zgodnie z powyższym wyjaśnienia wymaga, czy realizacja Inwestycji w formule PPP na podstawie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100), dalej jako Ustawa-PPP, jest co do zasady możliwa.

Zgodnie z art. 5 Ustawy-TK *zarządzanie infrastrukturą kolejową polega na:*

- 1) *budowie i utrzymaniu infrastruktury kolejowej;*
- 2) *prowadzeniu ruchu pociągów na liniach kolejowych;*
- 3) *utrzymywaniu infrastruktury kolejowej w stanie zapewniającym bezpieczne prowadzenie ruchu kolejowego;*
- 4) *udostępnianiu tras pociągów dla przejazdu pociągów na liniach kolejowych i świadczeniu usług z tym związanych;*
- 5) *zarządzaniu nieruchomościami wchodzącymi w skład infrastruktury kolejowej.*

Powyżej wymienione czynności należą do przedmiotu planowanej Inwestycji, a zatem niezbędne jest wyjaśnienie, czy linia Kolei Metropolitalnej nie stanowi infrastruktury kolejowej o znaczeniu obronnym.

Znaczenie obronne Ustawa-TK przypisuje wyłącznie liniom kolejowym, przewidując dwa ich rodzaje:

- **linie kolejowe o znaczeniu obronnym** , którymi są linie kolejowe, *o znaczeniu państwowym, której utrzymanie i eksploatację uzasadniają względy obronności państwa, w tym potrzeby Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej i wojsk sojusznicznych w czasie podwyższenia gotowości obronnej państwa i w czasie wojny, planowaną do objęcia osłoną techniczną* (art. 4 pkt. 2b Ustawy-TK), oraz
- **linie kolejowe o znaczeniu wyłącznie obronnym**, którymi są linie kolejowe *o znaczeniu państwowym, dla której jedynym kryterium zaliczenia do linii o znaczeniu państwowym są*

względny obronności państwa, w tym potrzeby Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej i wojsk sojuszniczych we wszystkich stanach gotowości obronnej państwa i w czasie wojny (art. 4 pkt. 2c Ustawy-TK).

Elementem wspólnym obu definicji jest „państwowy” charakter obu linii, co prowadzi do wniosku, że nie jest możliwe zastosowanie formuły PPP w przypadku realizacji przedsięwzięcia w ciągu linii kolejowej o znaczeniu państwowym. Zgodnie z art. 4 pkt. 2a) Ustawy-TK **linią kolejową o znaczeniu państwowym - istniejąca lub projektowana linia kolejowa, której budowa, utrzymanie i eksploatacja uzasadniona jest ważnymi względami gospodarczymi, społecznymi, ekologicznymi lub obronnymi**. Wykaz tych linii został określony na podstawie art. 6 ust. 2 Ustawy-TK w Rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wykazu linii kolejowych o znaczeniu państwowym z dnia 20 marca 2007 r. (Dz.U. Nr 61, poz. 412). Na liście tych linii znajduje się między innymi linia nr 201 Gdańsk Główny - Stargard Szczeciński, z która ma być połączona planowana linia Kolei Metropolitalnej. Należy jednak podkreślić, że w chwili obecnej planowana budowa Kolei Metropolitalnej ma przebiegać przez tereny, na których obecnie nie jest usytuowana funkcjonująca linia kolejowa, a co za tym idzie tereny te nie mogą być uznane za istniejącą linię kolejową o znaczeniu państwowym i obronnym (green field). Prowadzi to do wniosku, iż **planowana Inwestycja mogłaby być realizowana w formule PPP**. Jednakże należy zwrócić uwagę, iż powyżej cytowana definicja linii kolejowej o znaczeniu państwowym wskazuje nie tylko na istniejącą linię kolejową, lecz także na linię kolejową, która jest projektowana, a *której budowa, utrzymanie i eksploatacja uzasadniona jest ważnymi względami gospodarczymi, społecznymi, ekologicznymi lub obronnymi*. Nie jest wykluczone, że ze względu na przebieg linii Kolei Metropolitarnej Rada Ministrów mogłaby uznać jej przebieg za linię o znaczeniu państwowym.

Ze względu na treść art. 6 ust. 2 Ustawy-TK i wyłączną kompetencję Rady Ministrów do określania linii kolejowych o znaczeniu państwowym przed przystąpieniem do realizacji Inwestycji w formule PPP zalecanym byłoby wystąpienie przez Województwo Pomorskie do Rady Ministrów z wnioskiem o zajęcie stanowiska, co do możliwości uznania planowanej linii Kolei Metropolitalnej za linię kolejową o znaczeniu państwowym w rozumieniu art. 4 Ustawy-TK.

Należy ponadto podkreślić, że art. 5a Ustawy-TK wyłącza stosowanie Ustawy-PPP w przypadku *zadań z zakresu zarządzania infrastrukturą kolejową o znaczeniu obronnym*, a nie wyłącznie linią kolejową o znaczeniu obronnym, o czym była mowa powyżej. Ustawa-TK definiuje pojęcie infrastruktury kolejowej,

zgodnie z którą są linie kolejowe oraz inne budowle, budynki i urządzenia wraz z zajęтыми pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym, przeznaczone do zarządzania, obsługi przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury (art. 4 pkt. 1 Ustawy-TK).

A zatem wątpliwości budzi dopuszczalność realizacji Inwestycji w formule PPP w odniesieniu do tej części infrastruktury kolejowej, która obejmuje *inne budowle, budynki i urządzenia wraz z zajęтыми pod nie gruntami usytuowane na obszarze kolejowym*, o ile te budowle, budynki i urządzenia byłyby związane z liniami kolejowymi o znaczeniu obronnym. **Ostateczne rozstrzygnięcie zależy od indywidualnych obiektów zlokalizowanych na trasie przebiegu linii Kolei Metropolitalnej. Ze względu na realizację Inwestycji na terenie green field wystąpienie ww. sytuacji jest jednak mało prawdopodobne i może co do zasady wystąpić wyłącznie na granicy połączenia tej linii z istniejącymi liniami o znaczeniu państwowym (linia 201)).**

Podsumowując uznać należy, iż o ile planowany przebieg linii Kolei Metropolitalnej nie zostanie wskazany przez Radę Ministrów, jako linia o znaczeniu państwowym, Inwestycja będzie mogła być realizowana z udziałem partnera prywatnego.

5.5.3. Dopuszczalność współfinansowania Projektu przez partnera publicznego i prywatnego

Zgodnie z art. 2 pkt 5 Ustawy-PPP *wkładem własnym jest świadczenie podmiotu publicznego lub partnera prywatnego*. Przepis ten wskazuje również przykładowe rodzaje wydatków, do których zalicza m.in. *poniesienie części wydatków na realizację przedsięwzięcia*. Jak wynika z piśmiennictwa *wskazanie przez ustawodawcę form wniesienia wkładu własnego polegających na poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia oraz wniesieniu składnika majątkowego ma charakter wyliczenia przykładowego, na co wskazuje użyty zwrot „w szczególności”*. Nie można zatem wykluczyć, że w okolicznościach konkretnego partnerstwa publiczno-prywatnego strony wykorzystają wkład własny w postaci innych świadczeń. (red. Marcin Bejm, Piotr Bogdanowicz, Paweł Piotrowski, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Warszawa 2010)

Zarówno więc partner publiczny jak i partner prywatny mogą zostać w drodze Umowy o PPP zobowiązani do poniesienia wydatków na zrealizowanie przedsięwzięcia. Ze względu na to, iż

planowana Inwestycja nie będzie mogła być zrealizowana wyłącznie przy wykorzystaniu środków publicznych (w tym ze środków UE), w przypadku wariantu PPP koniecznym jest uwzględnienie wkładu finansowego na realizację przedsięwzięcia ze strony partnera prywatnego. W obecnym stanie prawnym zgodnie z art. 2 pkt. 5 Ustawy-PPP możliwy jest finansowy udział partnera prywatnego w realizacji przedsięwzięcia, a zatem nic nie stoi na przeszkodzie we współuczestnictwie partnera prywatnego w finansowym wsparciu Inwestycji (np. w formie wieloletniego kredytu).

Podmiot publiczny i partner prywatny w obowiązującym stanie prawnym są upoważnieni do wniesienia wkładów na realizowane wspólnie przedsięwzięcie, również w formie wkładów pieniężnych, w tym także pochodzących z programów operacyjnych, o czym niżej w pkt. 5.5.4.

5.5.4. Transfer środków POIiŚ w celu realizacji Inwestycji

Biorąc pod uwagę, iż środki podmiotu publicznego – Województwa Pomorskiego będą pochodziły z POIiŚ rozważenia wymaga dopuszczalność transferu tych środków jako *wkładu własnego* partnera publicznego w celu *poniesienia części wydatków na realizację przedsięwzięcia* w rozumieniu art. 2 pkt. 5 Ustawy-PPP.

Transfer środków z POIiŚ w celu realizacji Inwestycji będzie dopuszczalny, o ile spełnione zostaną przesłanki zawarte w Ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712), dalej jako Ustawa-Polityka rozwoju.

Zgodnie z art. 28 ust. 9 Ustawy-Polityka rozwoju *w ramach programu operacyjnego dofinansowane mogą być także projekty, o których mowa w ust. 1, realizowane w formie partnerstwa publiczno-prywatnego, na podstawie ustawy z (...) o partnerstwie publiczno-prywatnym (...).*

Jak z kolei wynika z art. 28 ust. 1 Ustawy-Polityka rozwoju *w ramach programu operacyjnego mogą być dofinansowane, zgodnie z kryteriami zatwierdzonymi przez Komitet Monitorujący, projekty:*

- 1) *indywidualne - o strategicznym znaczeniu dla realizacji programu, wskazywane przez instytucję zarządzającą;*
- 2) *systemowe, w tym również projekty pomocy technicznej - polegające na realizacji zadań publicznych przez podmioty działające na podstawie odrębnych przepisów, w zakresie określonym przepisami prawa i dokumentami strategiczno-programowymi przyjętymi przez Radę Ministrów;*

3) *wyłonione w trybie konkursu.*

Rozpatrywana Inwestycja stanowi Projekt indywidualny, o którym mowa w art. 28 ust. 1 pkt. 1) Ustawy-Polityka rozwoju, a zatem dopuszczalna jest jej realizacja w świetle art. 28 ust. 9 Ustawy-Polityka rozwoju w trybie partnerstwa publiczno- prywatnego.

Ponadto wskazać należy, że w przypadku podjęcia decyzji o możliwości realizacji Projektu w ramach PPP niezbędnym będzie dokonanie zmian we Wniosku o dofinansowanie w ramach XIII priorytetu Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Z pkt. B.4.2. wynika, iż *w przypadku, gdy realizacja projektu będzie prowadzona w oparciu o strukturę PPP (...) należy opisać formę PPP, w tym podstawę prawną, na jakiej stworzono PPP, proces wyboru partnera prywatnego, strukturę PPP, uzgodnienia dotyczące własności majątku wytworzonego w ramach projektu, uzgodnienia dotyczące podziału ryzyka, stopień, w jakim partnerzy będą włączeni w przygotowanie i realizację projektu oraz w jego kontynuację po zakończeniu finansowania w ramach POIiŚ.*

Należy jeszcze zwrócić uwagę, czy zgodnie z art. 18 ust. 1 Ustawy-PPP konieczne jest uzyskanie zgody Ministra Finansów. Zgodnie z nim *sfinansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100 000 000 zł wymaga zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych z wyłączeniem środków przeznaczonych na finansowanie programów operacyjnych, o których mowa w ustawie (...) o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (...).*

Jak wynika z treści powyższego przepisu zgoda Ministra Finansów nie jest wymagana w sytuacji, gdy środki publiczne pochodzą z programów operacyjnych, w tym także POIiŚ. Jest to uzasadnione uzyskaniem wcześniejszej zgody na dofinansowanie realizacji Projektu w ramach POIiŚ. Pogląd ten podzielany jest w literaturze przedmiotu. *Przykładowo, w sytuacji kiedy na montaż finansowy przedsięwzięcia składałyby się następujące źródła finansowania: 150 mln zł środki prywatne, 150 mln zł środki pochodzące z programu operacyjnego infrastruktura i środowisko wkładu unijnego oraz środki pochodzące z programu operacyjnego infrastruktura i środowisko wkładu krajowego, przekraczającego nawet 100 mln zł. (A. Panasiuk, Partnerstwo publiczno- prywatne. Komentarz, Warszawa 2009).*

Wkładem podmiotu publicznego na realizację wspólnego z partnerem prywatnym przedsięwzięcia mogą być środki uzyskane z jednego z programów operacyjnych, w tym także POIiŚ.

5.5.5. Przedmiot Umowy o PPP

Partnerstwo publiczno – prywatne (PPP), zgodnie z art. 1 ust. 2 Ustawy-PPP jest wspólną realizacją przedsięwzięcia opartą na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Z art. 7 ust. 1 Ustawy-PPP wynika, iż przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego.

W związku z przyjętym **wariantem V** realizacja przedsięwzięcia przyjmuje formę klasycznego PPP, którego wykonanie warunkuje zawarcie Umowy o PPP.

W przyjętym wariantcie realizacji Inwestycji Umowa o PPP powinna uwzględnić realizację następujących głównych faz przedsięwzięcia:

- **zaprojektowanie infrastruktury kolejowej,**
- **wybudowanie infrastruktury kolejowej,**
- **zarządzanie infrastrukturą kolejową,**
- **świadczenie usług przewozowych.**

Należy zauważyć, że rozpatrywany **wariant V** łączy w sobie kilka zadań, co zbliża go do modelu DBO (*Design-Build-Operate*), a co może również wpływać na ograniczenie ilości oferentów występujących w ewentualnym przetargu. Ograniczenie to może zarówno wynikać z braku na rynku podmiotów, które są w stanie wykonywać kompleksowo ww. usługi, jak również z konieczności poniesienia znacznych kosztów na realizację przedsięwzięcia.

Szczegółowy zakres postanowień które należy uwzględnić przy kształtowaniu Umowy o PPP za Fundacją Centrum PPP (www.centrum-ppp.pl) wskazano poniżej:

- *przedmiot umowy – opis przedsięwzięcia z uwzględnieniem jego celu (strony umowy, okres obowiązywania umowy, terminy wykonania przedmiotu umowy, warunki zawieszające, mechanizm płatności, podział ryzyk),*

- *zobowiązania i prawa stron (w tym postanowienia odnośnie wkładów stron),*
- *wielkość i sposób wynagradzania partnera prywatnego,*
- *skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania (kary umowne, obniżenia wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki),*
- *zasady i szczegółowy tryb publicznej kontroli realizacji przedsięwzięcia,*
- *postanowienia dotyczące stanu, w jakim zostanie zwrócony podmiotowi publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia,*
- *postanowienia dotyczące terminu do skorzystania przez partnera prywatnego z prawa pierwokupu nieruchomości, będącej wkładem własnym,*
- *harmonogram przedsięwzięcia,*
- *łączna wartość środków przeznaczonych na całe przedsięwzięcie, będące przedmiotem umowy, niezależnie od źródła ich pochodzenia,*
- *okres obowiązywania umowy,*
- *podział ryzyk związanych z prowadzeniem przedsięwzięcia,*
- *normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy realizacji przedsięwzięcia,*
- *zasady i zakres ubezpieczeń przedsięwzięcia, a także dodatkowe gwarancje i umowy oraz zobowiązania stron w tym zakresie,*
- *tryb i zasady rozstrzygania sporów wynikłych na tle umowy,*
- *warunki i sposób rozwiązania umowy.*

Zakładany **wariant V** realizacji przedsięwzięcia pod warunkiem rozdzielenia funkcji zarządcy infrastruktury kolejowej i Operatora Transportu, mógłby również być realizowany w ten sposób, iż okres świadczenia usługi kolejowego transportu pasażerskiego byłby krótszy, niż okres zarządzania infrastrukturą kolejową. W ten sposób Województwo Pomorskie mogłoby dokonywać wyboru Operatora Transportu jeszcze w trakcie trwania Umowy o PPP z partnerem publicznym prywatnym – zarządcą infrastruktury.

5.5.6. Kryteria wyboru partnera prywatnego

Realizacja **wariantu V** wymaga dokonania wyboru partnera prywatnego z uwzględnieniem kryteriów ustalonych przez podmiot publiczny.

Kryteriami tymi obligatoryjnie muszą być:

- 1) najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia (art. 6 ust. 1 Ustawy-PPP),
- 2) podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym (art. 6 ust. 2 pkt. 1) Ustawy-PPP),
- 3) terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane (art. 6 ust. 2 pkt. 2) Ustawy-PPP),.

Ponadto podmiot publiczny może ustanowić dodatkowe kryteria, których zakres nie jest ograniczony, a ustawodawca w art. 6 ust. 3 ustawy o PPP podał jedynie przykładowe z nich:

- 1) podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
- 2) stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego;
- 3) efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych;
- 4) kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania, serwis

W przypadku realizacji Inwestycji na podstawie **wariantu V** należy rozważyć ustalenie następujących kryteriów:

- 1) formy wynagrodzenia partnera prywatnego (wyłącznie z tytułu zarządzania infrastrukturą kolejową (pożytki) lub opłaty i wynagrodzenie od podmiotu publicznego) – najkorzystniejsza oferta przewidująca brak wymogu wypłaty wynagrodzenia partnerowi prywatnemu,
- 2) wysokość wymaganego wkładu z funduszy publicznych – najkorzystniejsza oferta przewidująca najniższy wkład funduszy publicznych,
- 3) stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego – najkorzystniejsza oferta przewidująca najniższą wartość stosunku przy stałym wkładzie partnera publicznego,

- 4) ryzyko zwiększenia ilości funduszy publicznych – najkorzystniejsza oferta wykluczająca zwiększenie funduszy,
- 5) ryzyko niewybudowania Inwestycji (utruty dofinansowania) – najkorzystniejsza oferta nakładająca kary umowne w wysokości 100% wartości Inwestycji,
- 6) ryzyko niewybudowania Inwestycji w założonym terminie (utruty dofinansowania) – najkorzystniejsza oferta nakładająca najwyższe kary umowne jako % wartości Inwestycji za każdy dzień spóźnienia w realizacji Inwestycji,
- 7) terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego - najkorzystniejsza oferta przewidująca najdłuższe terminy płatności, następujące po terminach wypłaty środków z POIiŚ oraz w wysokości nie przekraczającej transz środków z POIiŚ,
- 8) okres zarządzania infrastrukturą kolejową przez partnera prywatnego - najkorzystniejsza oferta przewidująca najkrótszy okres zarządzania infrastruktura i najszybsze jej przekazanie podmiotowi publicznemu.
- 9) uwzględnienie przychodów z tytułu świadczenia usługi kolejowego transportu pasażerskiego (bilety) w wynagrodzeniu partnera prywatnego wypłacanym przez partnera publicznego - najkorzystniejsza oferta przewidująca całkowite uwzględnienie przychodów z biletów w wynagrodzeniu,
- 10) jakość świadczenia usługi kolejowego transportu pasażerskiego - najkorzystniejsza oferta przewidująca najwyższą jakość usług, w tym w szczególności największa częstotliwość, najbardziej pojemny pojedynczy skład taboru, najnowszy tabor,
- 11) koszty świadczenia usługi kolejowego transportu pasażerskiego - najkorzystniejsza oferta przewidująca najniższą cenę biletu.

Powyższe przykładowo wymienione kryteria i ryzyka stanowią wyłącznie opracowanie autorskie, które może służyć weryfikacji ofert złożonych przez partnerów prywatnych. Docelowo poszczególnym kryteriom i ryzykom powinny by przypisane odpowiednie wagi, w zależności od ich znaczenia dla realizacji całej Inwestycji. Należy zauważyć, że w przypadku przeniesienia wszystkich lub znacznej liczby ryzyk na partnera prywatnego zachodzi możliwość, iż przetarg na wyłonienie partnera prywatnego jako strony Umowy o PPP nie dojdzie do skutku.

5.5.7. Forma wyboru partnera prywatnego

Jak wynika z art. 4 ust. 1 Ustawy-PPP *jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, wyboru partnera prywatnego dokonuje się stosując przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesjach na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. Nr 19, poz. 101), z uwzględnieniem przepisów niniejszej ustawy.*

Jeżeli z analizy planowanego wynagrodzenia partnera prywatnego będzie wynikało, iż wynagrodzeniem partnera prywatnego nie jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, to wówczas zgodnie z art. 4 ust. 2 Ustawy-PPP *wyboru partnera prywatnego dokonuje się stosując przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505), z uwzględnieniem przepisów niniejszej ustawy.*

Ze względu na planowane zawarcie Umowy o PPP obejmującej wiele zadań (DBO) konieczna jest ocena, czy wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej. Oceny tej należy dokonać po wykonaniu niezbędnych analiz ekonomicznych. Dopiero po zidentyfikowaniu poszczególnych rodzajów wynagrodzenia partnera prywatnego możliwe będzie wydanie opinii o prawidłowości stosowania trybu wyboru partnera prywatnego na podstawie ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi lub ustawy prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokonanych założeń oraz biorąc pod uwagę brak zdefiniowania w Ustawie-PPP pojęcia „wynagrodzenia” już w chwili obecnej można stwierdzić, iż partner prywatny na podstawie Umowy o PPP w **wariancie V** otrzyma od podmiotu publicznego następujące świadczenia:

- 8) wkład podmiotu publicznego – do 50%, a po uzyskaniu ewentualnej zgody na zwiększenie wsparcia, do 85% wartości Inwestycji,
- 9) przekazanie nieodpłatnie partnerowi prywatnemu nieruchomości na czas realizacji Inwestycji – według szacunków o wartości ok. 20 % wartości Inwestycji,

- 10) pożytki w postaci opłaty za korzystanie z infrastruktury kolejowej – jako dodatkowego wynagrodzenia otrzymywanego od innych podmiotów korzystających z wybudowanej infrastruktury kolejowej,
- 11) wynagrodzenie z tytułu świadczenia usługi kolejowego transportu pasażerskiego otrzymywanego od podmiotu publicznego,
- 12) pożytki w postaci przychodów z biletów za świadczenie usługi kolejowego transportu pasażerskiego – jako dodatkowego wynagrodzenia.

Przedstawione zestawienie wskazuje, iż w zależności od ilości źródeł przychodów partnera prywatnego (nie wszystkie muszą faktycznie wystąpić) z dużym prawdopodobieństwem największą część wynagrodzenia partnera prywatnego będzie stanowił wkład podmiotu publicznego na realizację Inwestycji, a co za tym idzie, **z dużym prawdopodobieństwem do wyboru partnera prywatnego właściwy będzie jeden z trybów wynikający z ustawy prawo zamówień publicznych.**

Należy przy tym podkreślić, że żaden z ośmiu trybów przewidzianych ustawą prawo zamówień publicznych nie został wyłączony ze stosowania w procedurze wyboru partnera prywatnego. Nie mniej jednak trybem zalecanym przez Komisję Europejską do wyboru partnera prywatnego jest dialog konkurencyjny (por. European Commission, Directorate General Internal Market and Services, Explanatory Note - Competitive Dialogue - Classic Directive, s. 3). Dialog konkurencyjny polega na tym, iż po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 60a ustawy prawo zamówień publicznych). Zastosowanie tego trybu warunkuje wystąpienie łącznie następujących okoliczności: nie jest możliwy wybór partnera prywatnego w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter przedsięwzięcia nie można dostatecznie opisać przedmiotu partnerstwa lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania przedsięwzięcia oraz cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, co w przypadku formuły PPP jest zasadą. Podsumowując należy stwierdzić, iż tryb dialogu konkurencyjnego do wyboru partnera prywatnego będzie mógł być zawsze zastosowany, o ile niemożliwy będzie wybór partnera prywatnego w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego ze względu na duży stopień skomplikowania i niemożliwość opisu przedmiotu partnerstwa.

Biorąc pod uwagę prawdopodobne rodzaje i prawdopodobne wysokości wynagrodzenia, jakie partner prywatny będzie otrzymywał na podstawie Umowy o PPP z dużym prawdopodobieństwem największą część wynagrodzenia partnera prywatnego będzie stanowił wkład podmiotu publicznego na realizację Inwestycji, a co za tym idzie, z dużym prawdopodobieństwem do wyboru partnera prywatnego właściwy będzie jeden z trybów wynikający z ustawy prawo zamówień publicznych.

5.5.8. Pomoc publiczna przy realizacji Inwestycji w formule PPP

W przypadku realizacji Inwestycji zgodnie z **wariantem V** w formule PPP w pierwszej kolejności przy konstruowaniu modelu finansowania należy dążyć do wykluczenia możliwości wystąpienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 107 TUFEE.

W tym celu Komisja Europejska opracowała dokument „Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego” na podstawie którego można wskazać, iż dany projekt nie będzie wyczerpywał wszystkich przesłanek wymienionych w art. 107 TUFEE o ile Projekt PPP będzie gwarantował:

- 1) równy dostępu partnerów prywatnych do realizacji zadań w formule PPP wraz z podmiotem publicznym, tj zastosowanie przy jego wyborze zgodnych z dyrektywami procedur przetargowych,
- 2) wsparcie będące wkładem podmiotu publicznego podlegało ocenie poprzez pryzmat ogólnych zasad udzielania pomocy publicznej w celu zachowania optymalnego udziału w finansowaniu Inwestycji, w tym poprzez analizę korzyści wynikających z udzielenia wsparcia,
- 3) określenie optymalnego poziomu dotacji – w sposób nie zakłócający działania rynku,
- 4) ochrona interesu publicznego – zapewnienie odpowiedniej jakości usług przez partnera prywatnego,
- 5) mechanizmy eliminacji nadzwyczajnych (nierynkowych) zysków dla partnera prywatnego,
- 6) zapewnienie stałego nadzoru partnera publicznego nad realizacją przedsięwzięcia,
- 7) wykluczenie możliwości zmiany umowy po zakończeniu wyboru partnera prywatnego w trybie przetargu, a przed zawarciem umowy

W przypadku złożonych Projektów ze względu na wymogi ostrożności zalecanym byłoby wystąpienie na podstawie art. 108 ust. 3 TUF E z wnioskiem do Komisji Europejskiej o przeprowadzenie procedury notyfikacji.

Podsumowując należy wskazać, iż zminimalizować lub wykluczyć ryzyko występowania pomocy publicznej w ramach realizacji Projektu w formule PPP można w szczególności poprzez:

- 1) zastosowanie przejrzystych i niedyskryminacyjnej trybów wyboru partnera prywatnego, przewidujących takie same warunki udziału w postępowaniu dla wszystkich podmiotów oraz wykluczenie możliwości dokonywania zmian w warunkach umownych ustalonych trakcie wyboru partnera; gwarancją prawidłowości jest zastosowanie jednego z trybów wyboru przewidzianych w ustawie o zamówieniach publicznych (bądź ustawie o koncesji na roboty budowlane i usługi),**
- 2) wystąpienie na podstawie art. 108 ust. 3 TUF E z wnioskiem do Komisji Europejskiej o przeprowadzenie procedury notyfikacji,**

5.5.9. Ryzyka prawne związane z wariantem V realizacji Inwestycji w formule PPP

Do podstawowych ryzyk prawnych związanych z realizacją Inwestycji w **wariancie V** formuły PPP należą:

- 1) ryzyko połączenia w jednej Umowie wykonania infrastruktury kolejowej oraz świadczenia usług kolejowego transportu pasażerskiego,
- 2) powierzenie wykonania infrastruktury kolejowej oraz świadczenia usług kolejowego transportu pasażerskiego jednemu wykonawcy – partnerowi prywatnemu
- 3) ryzyka związane z partnerem prywatnym.

5.5.9.1. Ryzyko połączenia w Umowie o PPP wykonania infrastruktury i usług przewozu

W związku z zamiarem zawarcia Umowy-PPP przewidującej włączenie do jej treści świadczenia usługi pasażerskich przewozów kolejowych oraz fakt, iż partner prywatny nie będzie posiadał statusu podmiotu wewnętrznego Województwa Pomorskiego jego wybór jako Operatora Transportu winien zostać dokonany zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych. Taki wniosek wynika z § 4 Rozporządzenia RM w sprawie organizowania regionalnych przewozów pasażerskich wydane na

podstawie art. 40 ust. 7 Ustawy-TK zgodnie z którą *Rada Ministrów* zobowiązana jest do określenia, w drodze rozporządzenia, (...) trybu wyboru przewoźników kolejowych, kierując się zasadami uczciwej konkurencji i ochroną interesów konsumentów (...).

Na tej podstawie można stwierdzić, iż dokonanie wyboru partnera prywatnego w trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych zarówno w odniesieniu do infrastruktury jak i do świadczenia usługi pasażerskiego transportu kolejowego jest możliwe w jednym postępowaniu i na rzecz jednego podmiotu.

Wątpliwości mogą powstać, w przypadku opowiedzenia się za wyborem partnera prywatnego na podstawie ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi, gdyż do tej ustawy nie odsyłają ww. przepisy. Jednakże biorąc pod uwagę, iż § 4 Rozporządzenia RM odnosi się do „przepisów o zamówieniach publicznych”, a nie ustawy o zamówieniach publicznych, należy opowiedzieć się za szeroką wykładnią tego pojęcia i przychylić się do możliwości wyboru partnera prywatnego w części dotyczącej usług świadczenia pasażerskich przewozów kolejowych a podstawie ustawy o koncesji.

5.5.9.2. Ryzyko powierzenia wykonania infrastruktury i usług przewozu jednemu podmiotowi

Powierzenie partnerowi prywatnemu zarówno wykonania infrastruktury kolejowej jak i wykonywania funkcji Operatora Transportu na podstawie jednej Umowy o PPP rodzi po stronie Województwa Pomorskiego ryzyko powstania trudności w dokonaniu zmiany Operatora Transportu w przypadku, gdyby OT nie wywiązywał się należycie z zapewnienia świadczenia usługi operatorskiej na wybudowanej linii kolejowej.

Zminimalizowaniem tego ryzyka, może być zawarcie w Umowie o PPP odpowiednich zapisów zezwalających podmiotowi publicznemu na odstąpienie od części Umowy o PPP dotyczącej wykonywania funkcji Operatora Transportu w sytuacjach zawinionych przez partnera prywatnego. Dodatkowym instrumentem uelastyczniającym wzajemny stosunek pomiędzy partnerem prywatnym a podmiotem publicznym jest możliwość ograniczenia w czasie części Umowy o PPP dotyczącej pełnienia funkcji Operatora Transportu w stosunku do długości trwania części umowy dotyczącej zarządzania infrastrukturą kolejową. Po upływie tego okresu partner prywatny nadal pozostałby zarządcą infrastruktury, natomiast funkcje Operatora Transportu mógłby pełnić zarówno partner prywatny (wybrany w drodze przetargu) jak i inny podmiot prywatny, bądź spółka zależna od Województwa

Pomorskiego na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych (PSC) zawartej w drodze udzielenia bezpośredniego zamówienia na podstawie art. 5 ust. 6 Rozporządzenia 1370/2007.

5.5.9.3. Ryzyko związane z partnerem prywatnym

Należy wskazać, iż jednym z ryzyk realizacji Inwestycji w formule PPP jest powierzenie wykonania Inwestycji oraz świadczenia usługi podmiotowi prywatnemu. Pomijając aspekty ekonomiczne (np. możliwość ogłoszenia upadłości), należy wskazać, iż podmiot publiczny poza Umową o PPP nie będzie miał formalnych możliwości wywierania wpływu na prowadzoną przez partnera prywatnego działalność. W przeciwieństwie zatem do modeli uwzględniających bezpośrednią realizację Inwestycji przez podmiot publiczny i bezpośrednią możliwość oddziaływania na zależne SPV poprzez organy korporacyjne, w formule PPP najistotniejszym jest takie ukształtowanie umowy o PPP, aby zapewniała podmiotowi publicznemu stałą możliwość przeprowadzania kontroli zarówno wykonywanych usług jak i stanu finansowego partnera prywatnego.

6. Gmina Gdańsk i Gdynia jako akcjonariusze SPV a wykonywania zadań własnych przez gminy

6.1. Definicja „lokalnego transportu zbiorowego”

Pojęcie „**lokalnego transportu zbiorowego**” nie zostało wprost zdefiniowane na gruncie obowiązujących przepisów prawa krajowego. Występuje ono jednak w przepisach ustaw samorządowych oraz prawie transportowym. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4 USG. „*zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy.... w szczególności zadania własne obejmują sprawy **lokalnego transportu zbiorowego***”. Powiat wykonuje określone ustawami zadania publiczne o charakterze ponadgminnym w zakresie transportu zbiorowego i dróg publicznych (art. 4 ust. 1 pkt 6 USP). Natomiast samorząd województwa wykonuje zadania o charakterze wojewódzkim, w szczególności w zakresie transportu zbiorowego i dróg publicznych (art. 14 ust. 1 pkt 10 USW).

Dla bliższego określenia pojęcia „**lokalnego transportu publicznego**” należy odnieść się także do regulacji zawartej w art. 6 ust. 1 USG, zgodnie z którą „*do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o **znaczeniu lokalnym**, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów.*” W związku z faktem, iż w ww. przepisie mowa jest o sprawy „niezastrzeżonych ustawami na rzecz innych podmiotów” należy wskazać na zasadnicze ryzyko prawne w tym zakresie, które wystąpi w przypadku gdyby akcjonariuszami SPV miałyby być Gmina Gdańsk i Gdynia. Skoro przepisy UTK wprost wskazują, iż sprawy z zakresu transportu kolejowego należą do kompetencji samorządu województwa tym samym nie można uznać, iż gmina jako podstawowa jednostka samorządu terytorialnego posiada kompetencję do organizowania i dotowania regionalnych przewozów kolejowych. Nadto należy wskazać, iż Inwestycja przebiegać będzie przez teren kilku gmin co rodzić może dalsze ryzyko prawne w zakresie wykonywania przez Gminę Gdańsk i Gdynia swoich zadań własnych poza swoim terytorium.

6.2. Ustalenie zasięgu terytorialnego działalności spółek komunalnych

Zgodnie z przepisami UGK (art. 2) gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w formie spółek prawa handlowego: spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej. Jednostki samorządu terytorialnego mogą same tworzyć takie spółki albo też do takich spółek przystępować. Żaden przepis polskiego prawa krajowego nie określa jednakże dopuszczalnego obszaru/terytorium, na którym spółki kapitałowe, utworzone przez jednostki samorządu

terytorialnego lub te, do których te jednostki samorządowe przystępują, mogłyby wykonywać swoją działalność. Innymi słowy, należy stwierdzić, że nie ma w obowiązującym prawie regulacji na temat tego, czy spółka kapitałowa, utworzona przez określoną jednostkę samorządu terytorialnego, może wykonywać swoją działalność wyłącznie na terytorium macierzystej jednostki, czy też działalność takich spółek może wykroczać poza obszar jednostki, która spółkę utworzyła lub do której przystąpiła.

Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny *„spółki kapitałowe tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego oraz spółki, do których te jednostki samorządowe przystępują, nie mogą wykonywać swojej działalności (także gospodarczej) poza terytorium macierzystej jednostki samorządu”*.³ Powyższe wynika z faktu ograniczenia działalności gminy do zadań o charakterze lokalnym, powiatu do zadań ponadgminnych, natomiast województwa do zadań o charakterze wojewódzkim. Pogląd taki wyraził również Trybunał Konstytucyjny w ww. wyroku z dnia 13 listopada 1996 r., (K 17/96, OTK 1996, t. II, poz. 41)

Zakaz prowadzenia przez spółkę komunalną działalności poza granicami administracyjnymi jednostki samorządu terytorialnego wyprowadzić można również z przepisu art. 10 ust. 1 USK, stanowiącego o działalności spółek komunalnych poza sferą użyteczności publicznej, które powinny skupiać się na zaspokajaniu potrzeb **wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym**, doprowadzeniu do ożywienia **rynku lokalnego** i zmniejszeniu występującego w danej **gminie** bezrobocia. Ich zadania zatem zostały ściśle określone i ograniczone tylko do obszaru **„gminy”** oraz **„rynku lokalnego”**. Prowadzenie przez te spółki działalności wykraczającej poza granice administracyjne macierzystej jednostki miałyby się bowiem z celem, dla którego spółki te zostały powołane.

Powyższego zakazu nie można jednak interpretować zbyt sztywno, bowiem przy obecnie rozwijającej się gospodarce, a także w zależności od charakteru prowadzonej przez daną spółkę działalności, niemożliwym jest by spółka komunalna nie mogła dokonać jakiegokolwiek czynności gospodarczej poza obszarem jednostki macierzystej. Zakaz wykonywania przez spółkę komunalną działalności poza granicami macierzystej jednostki samorządowej *„oznacza po prostu tyle, że głównym i podstawowym rynkiem działalności wzmiankowanej spółki powinien być rynek lokalny (tj. rynek danej gminy), zaś odbiorcami dóbr lub usług tegoż przedsiębiorstwa powinni być co do zasady mieszkańcy danej jednostki*

³ „Ograniczenia działalności gospodarczej odnoszące się do przedsiębiorstw komunalnych a swobody rynku wewnętrznego we Wspólnocie Europejskiej”, ST 2007, nr 6, s. 12 i n.

*samorządowej*⁴”. Należy przy tym pamiętać, że wykazanie, że spółka prowadzi działalność w głównej mierze na swoim terytorium, a odbiorcami usług są w większości mieszkańcy danej jednostki, może być w niektórych sytuacjach bardzo utrudnione. **W konsekwencji należałoby w taki sposób ukształtować skład akcjonariatu SPV aby odpowiadał on „odbiorcom usług” SPV czyli de facto pasażerom korzystającym w lokalnego transportu kolejowego, który będzie wykonywany po zrealizowaniu Projektu na majątku SPV.**

Podsumowując należy wskazać, iż udział w akcjonariacie SPV obok Województwa Pomorskiego także Gminy Gdańsk i Gdynia może stanowić istotne ryzyko prawne w szczególności w zakresie zakresu zadań własnych oraz obszaru terytorialnego wykonywania zadań własnych przez ww. gminy, dlatego rekomendujemy aby SPV była Spółką w gdzie 100% akcjonariuszem będzie Województwo Pomorskie.

7. Sposób uzyskania prawa do dysponowania nieruchomościami, przez które przebiegać będzie inwestycja

W chwili obecnej właścicielem nieruchomości, przez które przebiegać ma Kolej Metropolitarna, są zgodnie z informacjami Urzędu: województwo pomorskie, gminy, Polskie Koleje Państwowe S.A. (PKP S.A.) oraz podmioty prywatne. W celu realizacji Inwestycji koniecznym jest podjęcie stosownych działań regulujących stosunki pomiędzy tymi podmiotami, a województwem pomorskim, polegających na nabyciu prawa własności do tych nieruchomości. Z uwagi na odmienny charakter prawny powyższych grup podmiotów, nabycie prawa własności do nieruchomości od każdego z nich przebiegać będzie w odmienny sposób i przy zastosowaniu różnych regulacji prawnych.

Biorąc pod uwagę złożony charakter przedmiotowej inwestycji, stanowiącej przedsięwzięcie Euro 2012 oraz proponowany wariant prawny jej wykonania, zakładający powołanie przez Województwo Pomorskie spółki celowej (SPV) – jednakże nie będącej spółką celową utworzoną na podstawie przepisów ustawy o Euro 2012 – kwestię zagospodarowania nieruchomości, przez które przebiegać ma Kolej Metropolitarna, należy rozpatrywać na gruncie przepisów UGN, ustawy o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji

⁴ Komentarz do ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U.97.9.43), [w:] M. Szydło, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Oficyna, 2008. Stan prawny: 2008.04.15

przedsiębiorstwa państwowego „Polskie Koleje Państwowe”, a także ustawy o Euro 2010. Nie znajdują w tym przypadku zastosowania przepisy ustawy o transporcie kolejowym, gdyż budowa linii kolejowej (kolei metropolitarnej) nie ma znaczenia państwowego, co więcej, na etapie przygotowania tego typu inwestycji podmiotem uprawnionym do występowania z wnioskiem o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej jest wyłącznie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Pomimo iż Projekt ma być realizowany w wariantcie, zakładającym utworzenie spółki celowej przez województwo pomorskie (z tym, że nie będzie to spółka celowa utworzona na podstawie ustawy o Euro 2012), należy zważyć, że z ustawa o Euro 2012 znajdzie w tym wypadku również zastosowanie, gdyż nie wynika z niej jednoznacznie, czy stosowanie przepisów tej ustawy jest uzależnione od realizacji przedsięwzięcia Euro 2012 za pośrednictwem spółki celowej EURO 2012, czy też nie. Dotyczy to zwłaszcza przepisów dotyczących ułatwień w zakresie uzyskiwania decyzji o lokalizacji przedsięwzięć. **Wykładania językowa tych przepisów (art. 23) wskazuje, iż nie dotyczą one wyłącznie spółki celowej Euro 2012, lecz obejmują one swoim zakresem podmiotowym również inne podmioty (np. zgodnie z art. 23 ust. 1 decyzję o lokalizacji inwestycji wydaje się na wniosek spółki celowej lub innego właściwego podmiotu).**

Przygotowanie inwestycji w zakresie zagospodarowania nieruchomości, przez które przebiegać ma Kolej Metropolitarne (innymi słowy, w zakresie ich przejęcia na własność), jak już wcześniej zostało wspomniane, powinno nastąpić, w analizowanym modelu, na odmiennych zasadach w odniesieniu do różnych podmiotów, które obecnie są właścicielami nieruchomości przeznaczonych pod lokalizację Kolei Metropolitarnej. Zakłada się przy tym, że podmiotem, na rzecz którego przejdzie własność nieruchomości będzie województwo pomorskie, jako, że jest ono organem odpowiedzialnym za przygotowanie i wykonanie przedsięwzięcia Euro 2012, którym jest budowa Kolei Metropolitarnej i również będzie właścicielem spółki celowej realizującej inwestycję.

7.1. Nabycie nieruchomości od podmiotów prywatnych.

Zagospodarowanie nieruchomości niezbędnych do przygotowania i wykonania przedsięwzięć Euro 2012, a stanowiących własność podmiotów prywatnych, powinno nastąpić w drodze przewidzianego w ustawie o Euro 2012, postępowania o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięć Euro 2012.

Obowiązujące w poprzednim stanie prawnym przepisy przewidywały najpierw wydanie przez właściwego wojewodę decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięcia. Kolejnym etapem był proces negocjacji z właścicielami i użytkownikami wieczystymi nieruchomości, które zostały objęte decyzją o lokalizacji przedsięwzięć Euro 2012 w sprawie ich wykupu. Natomiast w sytuacji, gdyby negocjacje nie przyniosły rezultatu, ustawa przewidywała wywłaszczenie tych nieruchomości w trybie administracyjnym, czyli zgodnie z UGN. W wyniku nowelizacji ustawy EURO 2012 połączono etap ustalania lokalizacji i wywłaszczenia w jedno postępowanie, czyli w jedną decyzję. Natomiast wysokość odszkodowania za wywłaszczenie nieruchomości ustalana jest w drodze negocjacji lub odrębnej decyzji.

W uzasadnieniu do nowelizacji ustawy o Euro 2012 wskazano, że przy ustalaniu lokalizacji linii kolejowych oraz dróg w trybie ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz ustaw „specdrogowej” i „spekolejowej” większość nieruchomości nabywana była w drodze umów cywilnoprawnych, w efekcie przeprowadzonych pomiędzy stronami negocjacji. Stąd rozwiązanie w aktualnie obowiązującej ustawie, że ustalenie wysokości odszkodowania będzie odbywało się w trybie negocjacji pomiędzy spółką celową lub właściwym podmiotem, a właścicielami/użytkownikami wieczystymi po wydaniu decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięcia Euro 20102. Natomiast decyzja wojewody ustalająca wysokość odszkodowania wydawana jest jedynie w przypadku niepowodzenia negocjacji.

Obecnie decyzje o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięć Euro 2012, wydawane są przez wojewodę w terminie 1 miesiąca od złożenia wniosku przez spółkę celową utworzoną na podstawie ustawy o Euro 2012 lub inny właściwy podmiot. Wniosek o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięcia Euro 2012, oprócz istotnych informacji dotyczących lokalizacji, cech oraz infrastruktury zagospodarowania terenu, zawiera w szczególności **oznaczenie nieruchomości lub ich części według katastru nieruchomości, które staną się własnością Skarbu Państwa lub właściwej jednostki samorządu terytorialnego** (art. 23 ust. 2 pkt 4 ustawy o Euro 2012). Co za tym idzie, w decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięcia Euro 2012 zawiera się konsekwentnie **oznaczenie nieruchomości lub ich części, według katastru nieruchomości, które stają się własnością Skarbu Państwa lub właściwej jednostki samorządu terytorialnego**.

Nieruchomości powyższe **stają się z mocy prawa własnością odpowiednio Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego** z dniem, w którym decyzja o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięcia

Euro 2012 stała się ostateczna. **Z dniem wydania decyzji** o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięcia Euro 2012 spółka celowa lub **inny właściwy podmiot (SPV) uzyskuje prawo do dysponowania tymi nieruchomościami, na cele budowlane** w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Za nieruchomości przysługuje odszkodowanie w wysokości uzgodnionej między spółką celową lub innym właściwym podmiotem (SPV), a dotychczasowym właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości, a także osobą, której przysługują ograniczone prawa rzeczowe do nieruchomości.

Na tle powyższych przepisów powstaje do rozważenia kwestia tego, kto w analizowanym stanie faktycznym stanie się właścicielem nieruchomości wywłaszczonych w wyniku wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji. W przypadku spółki celowej, utworzonej na podstawie przepisów ustawy o Euro 2012 przez miasta upoważnione mocą tej ustawy do jej utworzenia (tj. Gdańsk, Kraków, Poznań, m.st. Warszawa oraz Wrocław), zadania polegające na nabyciu własności nieruchomości lub uczestniczeniu w postępowaniu wywłaszczeniowym wykonywane są przez taką spółkę celową w imieniu i na rzecz tego podmiotu, który ją utworzył. Takie same zasady obowiązują przy spółce celowej utworzonej przez Skarb Państwa. Choć ustawa o Euro 2012 nie wskazuje wprost, jak będzie wyglądała sytuacja, kiedy nie będziemy mieli do czynienia ze spółką celową Euro 2012, a z innym właściwym podmiotem, występującym z wnioskiem o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięć Euro 2012 (tj. SPV Województwa Pomorskiego), należy przyjąć, że w przypadku takim zadania te będą wykonywane w imieniu i na rzecz Województwa Pomorskiego. Za takim przyjęciem przemawia również fakt, iż to Województwo Pomorskie, zgodnie z Wykazem przedsięwzięć Euro 2012 zostało wskazane jako podmiot odpowiedzialny za realizację inwestycji, jaką jest budowa Kolei Metropolitarnej.

Podsumowując, wywłaszczenie nieruchomości stanowiących własność podmiotów prywatnych powinno nastąpić w trybie przewidzianym przepisami ustawy o Euro 2012 tj. w wyniku wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięć Euro 2012.

7.2. Nabycie nieruchomości od jednostek samorządu terytorialnego oraz od Skarbu Państwa.

Ustawa o Euro 2012 reguluje szczególny tryb - w odniesieniu do trybu przewidzianego w UGN - wywłaszczania nieruchomości mających stanowić lokalizację przedsięwzięć Euro 2012, a w zakresie nieuregulowanym odwołuje się do stosowania przepisów UGN. Celem uniknięcia przeprowadzenia procedury wywłaszczeniowej w stosunku do nieruchomości stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego (nie jest dopuszczalne wywłaszczanie nieruchomości Skarbu Państwa) i nabycia od nich

nieruchomości na ogólnych zasadach stosowanych przy gospodarowaniu nieruchomościami, należy zastosować przepisy UGN.

Jednym ze sposobów nabycia przez Województwo Pomorskie własności nieruchomości gminnych oraz Skarbu Państwa, który wydaje się być zarazem najsprawniejszym, a przede wszystkim najkorzystniejszym na gruncie przepisów UGN, jest ich nabycie w drodze darowizny. Dopuszczalność przeniesienia własności nieruchomości pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego albo pomiędzy Skarbem Państwa, a jednostką samorządu terytorialnego (w niniejszym przypadku pomiędzy gminami, a Województwem Pomorskim oraz pomiędzy Skarbem Państwa, a Województwem Pomorskim), przewiduje przepis art. 13 ust. 2 UGN, który stanowi, że **nieruchomość może być przedmiotem darowizny dokonywanej między Skarbem Państwa, a jednostką samorządu terytorialnego, a także między tymi jednostkami**. Darowizny nieruchomości stanowiącej przedmiot własności Skarbu Państwa dokonuje starosta, wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej - za zgodą wojewody, a darowizny nieruchomości stanowiącej przedmiot własności jednostki samorządu terytorialnego dokonuje jej organ wykonawczy - za zgodą rady albo sejmiku. W umowie darowizny określa się wówczas cel, na który nieruchomość jest darowana, a w przypadku niewykorzystania nieruchomości na ten cel, darowizna podlega odwołaniu, chyba że organ, który wyraził zgodę na jej dokonanie (odpowiednio wojewoda lub rada albo sejmik), zgodzi się na odstąpienie od odwołania darowizny. Zbycie nieruchomości w drodze darowizny wyłącza stosowanie przetargowego trybu. Powyższy sposób przeniesienia własności nieruchomości gminnych na Województwo Pomorskie jest najbardziej optymalnym, a zarazem najkorzystniejszym dla Województwa Pomorskiego. Pomimo, iż ten sposób przeniesienia własności nieruchomości gminnych na Województwo Pomorskie nie zapewni gminom stosownej zapłaty, to korzyścią dla gminy, jaka de facto wiązać się będzie z tym przedsięwzięciem, będzie możliwość korzystania przez jej mieszkańców z Inwestycji. .

Przepisy UGN, oprócz darowizny, będącej jednym ze sposobów przeniesienia własności nieruchomości pomiędzy Skarbem Państwa, a jednostkami samorządu terytorialnego oraz pomiędzy tymi jednostkami, przewidują również sprzedaż nieruchomości za cenę niższą niż wartość rynkowa nieruchomości (art. 14 ust. 1 UGN). Jest to również sprzedaż bezprzetargowa. Sprzedaż po cenie niższej od rynkowej stanowi swego rodzaju bonifikatę, o której mowa w art. 68 ust. 1 pkt 5 UGN. Jeżeli sprzedaż nieruchomości ma nastąpić za cenę niższą niż jej wartość rynkowa, to niezbędne jest oszacowanie wartości rynkowej. W ustawie nie określono zakresu obniżenia ceny, pozostawiając to stronom umowy, w związku z czym

sprzedaż nieruchomości za symboliczną złotówkę może się spotkać z zarzutem uznania umowy sprzedaży za czynność pozorną, gdyż w istocie będzie to umowa darowizny. Zawarcie tego rodzaju umów wymaga również uprzedniej zgody odpowiednio wojewody lub rady albo sejmiku.

W związku z powyższym wskazujemy, iż najbardziej odpowiednim rozwiązaniem przeniesienia na Województwo Pomorskie własności nieruchomości Skarbu Państwa oraz nieruchomości gminnych, przez które przebiegać ma Kolej Metropolitarna, będzie dokonanie tego w drodze darowizny, na zasadach określonych w art. 13 UGN. Dopiero w razie braku porozumienia pomiędzy wojewodą pomorskim, a gminami, konieczne będzie przeprowadzenie szczególnego postępowania wyłączeniowego, przewidzianego przepisami ustawy o Euro 2012 (wyłączenie nieruchomości należących do Skarbu Państwa jest niedopuszczalne).

7.3. Nabycie nieruchomości od PKP S.A.

W odniesieniu do gruntów stanowiących własność PKP S.A., ich nabycie powinno nastąpić przy zastosowaniu przepisów ustawy o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego „Polskie Koleje Państwowe”.

PKP S.A. gospodaruje mieniem, w szczególności przez wnoszenie do spółek, sprzedaż, **oddawanie do odpłatnego korzystania w drodze umów prawa cywilnego**, a także przez zbywanie mienia zbędnego. W myśl przepisów art. 18 ust 2 tej ustawy nieruchomości będące własnością PKP S.A. mogą być oddane podmiotom trzecim do korzystania (za zgodą ministra właściwego ds. transportu jeśli wartość składnika majątkowego przekracza równowartość kwoty 50.000 EUR) na podstawie umów prawa cywilnego (ewentualnie w formie aportu do spółki).

W ramach powyższego uregulowania, istnieją również ułatwienia w dysponowaniu gruntami PKP S.A. na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, jako że grunty takie (w odniesieniu do linii niepaństwowych) mogą być przekazane przez PKP PLK (lub PKP S.A. w porozumieniu z PKP PLK) nieodpłatnie na własność jednostce samorządu terytorialnego, na podstawie wniosku złożonego przez jednostkę samorządu terytorialnego.

Ponadto zgodnie z art. 39 ust. 3 tej ustawy, **mienie PKP S.A może być przekazane nieodpłatnie, w drodze umowy, na własność, jednostkom samorządu terytorialnego na cele związane z inwestycjami**

infrastrukturalnymi służącymi wykonywaniu zadań własnych w zakresie transportu albo bezprzetargowo zbyte na rzecz jednostki samorządu terytorialnego, w przypadku, gdy nieruchomość jest przeznaczona na cele publiczne.

Nabycie przez Województwo Pomorskie nieruchomości stanowiących własność PKP S.A. powinno nastąpić na podstawie nieodpłatnej umowy zawartej na podstawie art. 39 ust. 3 Ustawy o komercjalizacji PKP, z uwagi, że przeznaczone zostaną na cele związane z inwestycjami infrastrukturalnymi służącymi wykonywaniu zadań własnych w zakresie transportu.

7.4. Wnioski

Proponujemy aby nabycie prawa własności do nieruchomości przeznaczonych pod lokalizację przedsięwzięcia Euro 2012, tj. Kolei Metropolitarnej w zależności od charakteru prawnego ich właścicieli, odbyło się w następujący sposób:

- 1) nieruchomości będące własnością podmiotów prywatnych powinny zostać wywłaszczone w trybie przepisów art. 23 i n. ustawy o Euro 2012 tj. w wyniku wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięć Euro 2012.**
- 2) nieruchomości Skarbu Państwa oraz nieruchomości jednostek samorządu terytorialnego powinny zostać nabyte w drodze darowizny, na zasadach określonych w art. 13 UGN. Dopiero w razie braku porozumienia pomiędzy Województwem Pomorskim, a gminami, konieczne będzie przeprowadzenie szczególnego postępowania wywłaszczeniowego, przewidzianego przepisami ustawy o Euro 2012 (wywłaszczenie nieruchomości należących do Skarbu Państwa jest niedopuszczalne).**
- 3) prawa własności nieruchomości stanowiących własność PKP S.A. powinny zostać nabyte w wyniku nieodpłatnej umowy zawartej na podstawie art. 39 ust. 3 Ustawy o komercjalizacji PKP.**

Po wybudowaniu linii kolejowych na nieruchomościach, których stan prawny uregulowany zostanie w powyższy sposób, celem zarządzania wybudowaną koleją w sposób zgodny z przepisami prawa, nieruchomości te powinny zostać oddane w dzierżawę lub wniesione aportem do SPV, która zarządzać Inwestycją. W załączeniu przedstawiamy szacunkowy harmonogram czasowy obejmujący działania mające na celu uregulowanie stanu prawnego nieruchomości.

8. Rekomendacje i wnioski

Mając na uwadze przeprowadzoną analizę uwarunkowań prawnych realizacji przez Samorząd Województwa Pomorskiego Projektu Kolej Metropolitalna – Etap I powyżej zostały przedstawione przedstawiono dwa modele realizacji Inwestycji (przy czym jeden z nich zapewnia udział partnera prywatnego) gwarantujące zapewnienie maksymalnej skuteczności planowanego przedsięwzięcia oraz minimalizację ryzyka niepowodzenia ze względu na obowiązujące przepisy prawa krajowego oraz unijnego. Każdy z zaproponowanych modeli został podzielony na trzy Warianty, które zostały poddane ocenie ze względu na zaproponowane kryteria oceny, takie jak:

- Bankowalność Projektu,
- Ilość strumieni finansowych,
- Zgodność z prawem unijnym w tym w szczególności zasadami pomocy publicznej,
- Wybór OT,
- Zmiana OT,
- Własność taboru,
- Maksymalizacja ryzyk partnera prywatnego.

Po przeanalizowaniu każdego z sześciu Wariantów, oraz w sposób szczegółowy trzech z nich - dwóch bez udziału partnera prywatnego (Wariant II i III) oraz jednego z udziałem partnera prywatnego (Wariant V) należy stwierdzić, iż warianty z udziałem partnera prywatnego w stosunku do wariantów bez udziału partnera prywatnego charakteryzują się następującymi mankamentami:

- 1) możliwość pozyskania partnera prywatnego do realizacji Projektu, ze względu na bardzo duży stopień zróżnicowania zagadnień występujących w projektowanym przedsięwzięciu, oraz konieczność wniesienia przez partnera prywatnego znacznego wkładu finansowego na jego realizację, w przypadku niepodwyższenia poziomu dofinansowania z POIiŚ, budzi poważne wątpliwości, co do możliwości jego przeprowadzenia;
- 2) w przypadku zwiększenia poziomu dofinansowania z POIiŚ udział finansowy podmiotu publicznego w finansowaniu Inwestycji uwzględniając również wartość nieruchomości mógłby być

niewspółmiernie wysoki do nakładów ze strony partnera prywatnego, a także rodzić wątpliwości co do wystąpienia niedozwolonej pomocy publicznej ze względu na niewspółmiernie wysoki udział w kosztach Inwestycji podmiotu publicznego,

- 3) nierozdzielenie zadania budowy linii kolejowej oraz świadczenia usług operatorstwa w rozpatrywanym wariantcie V w formule PPP prowadzić może do trudności w dokonaniu zmiany Operatora Transportu w przypadku zakłóceń w świadczeniu usług kolejowego przewozu pasażerskiego przez partnera prywatnego,
- 4) rekomendowany Wariant V nie uwzględnia konieczności wykonania szczegółowej analizy ekonomicznej, która powinna określić korzyści finansowe, jakie podmiot publiczny mógłby osiągnąć wybierając wariant realizacji Inwestycji w formule PPP.

Z powyższych przyczyn należy wskazać, iż ze względu na najniższy stopień ryzyk prawnych dotyczących wdrożenia modelu, rekomendowanym wariantem realizacji Inwestycji jest Wariant II, zakładający realizację Inwestycji przez SPV, będąca 100% własnością Województwa Pomorskiego oraz zaangażowanie niezależnego Operatora Transportu, który zapewnia niezbędny do świadczenia usług tabor (szczegółowo przedstawiono ten wariant w pkt.4.2. powyżej).

Powyższa rekomendacja dokonana została jednakże z zastrzeżeniem i pod warunkiem, iż Urząd Marszałkowski jest (zgodnie ze swoimi ustnymi deklaracjami) w stanie zapewnić dokonanie zmian w Szczegółowym Opisie Osi Priorytetowych w ramach działania 7.3. POIiŚ, które zapewnią możliwość wyboru SPV jako beneficjenta Projektu. Tym samym do czasu, gdy powyższe zmiany nie zostaną dokonane należy uznać, iż jest to podstawowe ryzyko prawne występujące w ramach realizacji Projektu w rekomendowanym wariantcie. Powyższa rekomendacja opracowana została w oparciu o następujące wnioski:

- 1) **rozdzielenie budowy linii kolejowej oraz świadczenia usług operatorstwa i realizowanie ich przez niezależne podmioty, spowoduje, iż będzie można w bardziej przejrzysty sposób ustalić zasady zaangażowania Województwa Pomorskiego w ich finansowanie. Jest to o tyle istotne, że oba obszary poddane są odrębnym regulacjom unijnym, a ich niedotrzymanie powoduje**

ryzyko wystąpienia niedozwolonej pomocy publicznej. Z tego względu jest to wariant obciążony najmniejszym ryzykiem prawnym,

- 2) odmiennie, połączenie w ramach jednego podmiotu (SPV) wszystkich ww. funkcji powoduje istotne ryzyko występowania w ramach realizacji Projektu niedozwolonej pomocy publicznej, nadto istotną trudnością może być zgodne z Rozporządzeniem 1370/2007 wyliczenie należnej SPV rekompensaty w sytuacji, gdy jednocześnie SPV będzie podmiotem realizującym Inwestycję, zarządzającym oraz operatorem wykonanej Inwestycji,
- 3) nadto za wyborem Wariantu II przemawia fakt, iż jednym z istotnych ryzyk prawnych występujących w Projekcie jest ryzyko praktycznej możliwości zmiany OT. W wariantcie III jest to ryzyko znaczące, natomiast w wariantcie II ryzyko to można odpowiednio zminimalizować dokonując wyboru OT, który nie będzie jednocześnie podmiotem wewnętrznym, czyli w drodze przetargu przeprowadzonego zgodnie z PZP. Jednocześnie należy wskazać, iż w przypadku zakłócenia w świadczeniu usług Województwo Pomorskie będzie uprawnione do bezpośredniego powierzenia tych usług w trybie nadzwyczajnym zgodnie z art. 5 ust. 5 Rozporządzenia 1370/2007.