

## WNIOSEK O UDZIELENIE WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE STOSOWANIA PRZEPISÓW O FINANSACH PUBLICZNYCH

Podstawa prawna: *Art. 13 pkt 11 ustawy z dnia 7 października 1992 o regionalnych izbach obrachunkowych (tj. Dz.U. z 2012, poz 1113 z późn. zm.)*

### A. ADRESAT WNIOSKU

Regionalna Izba Obrachunkowa w Kielcach, ul. Targowa 18, 25-520 Kielce

### B. DANE WNIOSKODAWCY

#### B.1. DANE IDENTYFIKACYJNE

Rodzaj wnioskodawcy (zaznaczyć właściwy kwadrat)

- |   |  |   |
|---|--|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> 1. jednostka samorządu terytorialnego | <input type="checkbox"/> 2. związek międzygminny   | <input type="checkbox"/> 3. stowarzyszenie gmin, gmin i powiatów  |
| <input type="checkbox"/> 4. związek, stowarzyszenie powiatów              | <input type="checkbox"/> 5. samorządowe jednostki organizacyjne (w tym samorządowe osoby prawne) | <input type="checkbox"/> 6. beneficjenci dotacji z budżetów jst ( w zakresie wykorzystania przyznanych dotacji) |

Nazwa pełna Gmina Solec-Zdrój

#### B.2. ADRES SIEDZIBY

Powiat	Gmina	Miejscowość
Buski	Solec-Zdrój	Solec-Zdrój
Ulica	Nr domu	Nr lokalu
1 Maja	10	
Kod pocztowy	Poczta	
28 – 131	Solec-Zdrój	

#### B.3. WSKAZANIE PRZEPISÓW O FINANSACH PUBLICZNYCH BĘDĄCYCH PRZEDMIOTEM WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE ICH STOSOWANIA

Należy wskazać jednostki redakcyjne przepisów wraz z nazwą aktu prawnego do każdego zaistniałego stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego (bez przytaczania treści przepisów)

1. Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno prywatnym (Dz. U. z 2009 roku Nr 19, poz. 100 z późniejszymi zmianami)
2. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 roku Nr 157, poz. 1240 z późniejszymi zmianami)
3. Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie szczegółowego sposobu kwalifikacji tytułów dłużnych zaliczonych do państwowego długu publicznego z dnia 28 grudnia 2011 roku (Dz. U. z 2011 roku Nr 298, poz. 1767)
4. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe tekst jednolity (Dz. U. z 2012 roku, poz. 1376 z późniejszymi zmianami)
5. Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne tekst jednolity (Dz. U. z 2012 roku Nr 1059 z późniejszymi zmianami)
6. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późniejszymi zmianami)

### **C. PRZEDSTAWIENIE ZAISTNIAŁEGO STANU FAKTYCZNEGO (STANÓW FAKTYCZNYCH), ZDARZENIA PRZYSZŁEGO (ZDARZEŃ PRZYSZŁYCH) I PYTANIA (PYTAŃ)**

Opis stanu faktycznego (stanów faktycznych), zdarzenia przyszłego (zdarzeń przyszłych)

Gmina Solec-Zdrój rozważa możliwość podjęcia współpracy w ramach partnerstwa publiczno prywatnego w zakresie modernizacji oświetlenia w modelu ESCO.

W chwili obecnej w budżecie Gminy dla każdego roku budżetowego planowane są środki na bieżące utrzymanie oświetlenia jako wykonanie przez organ wykonawczy – Wójta Gminy postanowień Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne tekst jednolity (Dz. U. z 2012 roku poz 1059 z późniejszymi zmianami).

Realizowanie współpracy jest korzystne dla Gminy gdyż nie rodzi konieczności ponoszenia nowych dodatkowych wydatków innych niż do tej pory ponoszone tytułem finansowania oświetlenia.

Pytanie (pytania) przyporządkowane do stanu faktycznego (stanów faktycznych) lub zdarzenia przyszłego (zdarzeń przyszłych) przedstawionego wyżej

1. Czy zadanie to powinno być wykazane w przedsięwzięciach, jakie Gmina zamierza realizować ?
2. Czy wartość tego zadania stanowić będzie dług publiczny?

### **D. WŁASNE STANOWISKO W SPRAWIE OCENY PRAWNEJ ZAISTNIAŁEGO STANU FAKTYCZNEGO LUB ZDARZENIA PRZYSZŁEGO**

Stanowisko wnioskodawcy do pytania (pytań) przedstawionego w części C.

Gmina Solec-Zdrój rozważa podjęcie współpracy w ramach partnerstwa publiczno prywatnego w oparciu o zapis art.4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno prywatnym (Dz. U. 2009 nr 19 poz. 100 z późniejszymi zmianami) w zakresie modernizacji oświetlenia w modelu ESCO.

Powyższa umowa ma zawierać wykonanie przez partnera prywatnego następujących usług:

1. wykonania prac związanych z wymianą należących do Zleceniodawcy lamp oświetlenia ulicznego (rozumianych jako oprawy oświetleniowe wraz ze źródłem światła) na energooszczędne źródła światła LED).

W zakresie tego punktu usługa obejmuje:

a. wykonanie projektu modernizacji oświetlenia ulicznego (przeprowadzenie inwentaryzacji oświetlenia ulicznego, dobór opraw oświetleniowych, wykonanie analizy ekonomiczno-porównawczej generowanych oszczędności w zużyciu energii elektrycznej i kosztach eksploatacyjnych po wymianie Lamp Tradycyjnych na odpowiednie Lampy Zmodernizowane zgodnie z wytycznymi zawartymi w wiążącej ofercie, sporządzenie Projektu Wykonawczego wymiany Lamp Tradycyjnych na Lampy Zmodernizowane),

b. wymianę lamp oświetlenia ulicznego polegającą na wykonaniu wszelkich czynności związanych z wymianą Lamp Tradycyjnych na Lampy Zmodernizowane (m.in. demontaż Lamp Tradycyjnych; dostawa i montaż Lamp Zmodernizowanych)

c. sporządzenie dokumentacji powykonawczej zawierającej raport dotyczący zgodności oświetlenia z obowiązującymi przepisami i normami oraz zaleceniami dla Zleceniodawcy dotyczącymi dostosowania oświetlenia do obowiązujących norm i przepisów;

2. świadczenia usługi serwisu lamp oświetlenia ulicznego obejmującej: gwarancję udzieloną przez producenta Lamp Zmodernizowanych, konserwację i świadczenie usług serwisowych dla Lamp Zmodernizowanych przez okres 25 lat od daty podpisania bezusterkowego protokołu zdawczo-odbiorczego prac.

Jednym z warunków stawionych przez Gminę w toku postępowania stanowić będzie przeprowadzenie co 4 lata modernizacji.

W ramach usługi zostanie dokonana wymiana 770 lamp o mocy 70, 150 i 250 W na lampy LED o mocy 34,68,102 W. Aktualnie Gmina Solec – Zdrój ponosi w związku z zapewnieniem oświetlenia ulicznego wydatki w kwocie 232.216,00 zł rocznie. Z kolei koszty realizacji te usługi w oparciu o lampy LED wynosić będzie 158.002,30 zł rocznie.

Na skutek zawarcia przedmiotowej umowy Gmina Solec – Zdrój odniesie następujące korzyści:

1. obniżenie kosztów zużycia energii elektrycznej liczone od chwili rozpoczęcia świadczenia przez partnera

prywatnego usługi, wynikające z faktu zastosowania energooszczędnych źródeł światła typu LED przy czym koszty te będą jedynymi poniesionymi przez Gminę Solec – Zdrój w związku z zawarciem przedmiotowej umowy

2. brak nakładów inwestycyjnych związanych z modernizacją oświetlenia,
3. brak kosztów serwisu oświetlenia przez okres obowiązywania umowy, gdyż partner prywatny obowiązany będzie do udzielenia gwarancji jakości na cały okres obowiązywania umowy,
4. zastosowanie innowacyjnych rozwiązań technicznych w czasie realizacji projektu,
5. zastrzeżenie w umowie na rzecz Gminy Solec – Zdrój możliwości wykupu lamp LED za ułamek ich wartości (100 zł za całość zamontowanego sprzętu)
6. partner prywatny udziela gwarancji jakości w szczególności na dostarczone urządzenia a także gwarancji oszczędności przez czas umowy, przy czym płatności na rzecz partnera prywatnego za świadczoną usługę będą kwotą ryczałtową (z możliwością zastosowania opisanego niżej mechanizmu zmniejszenia kwoty) odpowiadającą kwocie wskazanej przez partnera prywatnego w ofercie, która powinna odpowiadać stawce referencyjnej pomniejszonej o gwarantowaną przez partnera prywatnego oszczędność. W konsekwencji osiągnięcie niższych niż zamierzone faktycznych oszczędności przy zapisanym w umowie uprawnieniu Gminy do uzyskania tańszej usługi stanowi ryzyko partnera prywatnego (tzw. ryzyko dostępności)
7. możliwość poszerzenia przedmiotowej usługi poprzez zawarcie umowy o dostawę energii elektrycznej do oświetlenia z zastosowaniem mechanizmu zmniejszenia wynagrodzenia tytułem dostaw energii elektrycznej w wypadku spadku cen rynkowych z jednoczesnym zapisem o niemożliwości wzrostu wynagrodzenia w wypadku wzrostu cen energii elektrycznej

Projekt opisanego wyżej rozwiązania opiera się na tzw. schemacie kontaktów ESCO (Energy Saving Company) którego elementami składowymi stanowi powierzenie w zarząd prywatnemu przedsiębiorcy infrastruktury oświetleniowej z obowiązkiem osiągnięcia określonych oszczędności, stanowiących w niniejszym stanie różnice pomiędzy dotychczasowymi kosztami ponoszonymi przez Gminę Solec – Zdrój, a kosztami ponoszonymi po dokonaniu opisanych wyżej prac modernizacyjnych.

W ocenie wnioskodawcy nie ma podstaw aby powyżej zaprezentowany model miał wpływ na poziom długu publicznego. W szczególności ponoszone przez Gminę Solec – Zdrój obciążenia finansowe nie mogą być kwalifikowane jako skutkujące zwiększeniem poziomu długu publicznego.

Uzasadniając powyższe stanowisko w pierwszym rzędzie podnosimy następujące okoliczności zgodnie z art.72 ust.1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 o finansach publicznych (Dz.U. 157, poz. 1240 z późniejszymi zm.) państwowy dług publiczny obejmuje zobowiązania sektora finansów publicznych z następujących tytułów:

- 1) wyemitowanych papierów wartościowych opiewających na wierzytelności pieniężne;
- 2) zaciągniętych kredytów i pożyczek;
- 3) przyjętych depozytów;
- 4) wymagalnych zobowiązań:
  - a) wynikających z odrębnych ustaw oraz prawomocnych orzeczeń sądów lub ostatecznych decyzji administracyjnych,
  - b) uznanych za bezsporne przez właściwą jednostkę sektora finansów publicznych będącą dłużnikiem.

Z kolei zgodnie z wydanym na podstawie ustępu 2 powołanego wyżej przepisu ustawy rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie szczegółowego sposobu kwalifikacji tytułów dłużnych zaliczonych do państwowego długu publicznego z dnia 28 grudnia 2011 roku (Dz.U. 298 poz. 1767) tytuły dłużne zaliczone do państwowego długu publicznego obejmują kredyty i pożyczki, przy czym do tej kategorii zalicza się również umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego.

Co do zasady jednostka samorządu terytorialnego może realizować inwestycje w oparciu o następujące źródła: środki własne, bezzwrotne dotacje oraz środki zewnętrzne podlegające zwrotowi m.in. kredyty czy obligacje. Przy czym kategoria obejmująca środki zewnętrzne podlegające zwrotowi w świetle ustawy o finansach publicznych może zostać zaliczona do kategorii tytułów zwiększających dług publiczny. Zaliczenia do kategorii kredytów i pożyczek umów o partnerstwie publiczno – prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego nie prowadzi sam w sobie do sytuacji, iż jakkolwiek z zawartych umów o partnerstwie publiczno – prywatnym będzie miała wpływ na poziom długu publicznego.

Koniecznym zatem jest dokonanie oceny z uwzględnieniem i przeniesieniem w/w zasad na grunt konkretnego i niepowtarzalnego stanu faktycznego. Jednym z celów dokonanej w ten sposób oceny stanowić będzie ustalenie, czy a jeżeli tak to w jakim zakresie zawarcie umowy publiczno - prywatnej rodzić będzie tożsamy skutek na gruncie ustawy o finansach publicznych oraz powołanego rozporządzenia odnośnie wynikających zeń zobowiązań Gminy Solec – Zdrój jak zawarcie umowy kredytu bądź pożyczki.

W tym miejscu jest koniecznym odniesienie i dokazanie porównania powyższych umów, w szczególności dotyczących zobowiązań pożyczkobiorcy czy kredytobiorcy ze zobowiązaniami, które może zaciągnąć Gmina Solec – Zdrój na skutek zawarcia przedmiotowej umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym.

Umowa kredytu i umowa pożyczki to dwa odrębne typy zobowiązań, różniące się nie tylko podstawą prawną ale również elementami umowy.

Zgodnie z art. 69. ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jednolity: Dz. U. 2012 r. poz. 1376 z późniejszymi zm.) przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Świadczenie banku polega na oddaniu do dyspozycji kredytobiorcy określonej kwoty środków pieniężnych. Oddanie do dyspozycji kredytobiorcy środków pieniężnych ma charakter czasowy, co wynika nie tylko z treści art. 69 ust. 1, ale także z samej istoty kredytu jako instrumentu finansowania o charakterze zwrotnym. Świadczenie kredytobiorcy polega na zapłacie prowizji z tytułu udzielenia kredytu oraz odsetek od kwoty kredytu faktycznie wykorzystanego. Umowa kredytu jest umową podmiotowo kwalifikowaną. Jest to umowa konsensualna, dwustronnie zobowiązująca i odpłatna (Zob. *Bącznyk Mirosław, Góral Lesław, Fojcik-Mastalska Eugenia (redakcja), Pisuliński Jerzy, Pyziół Wojciech Najnowsze wydanie: Prawo bankowe. Komentarz do art. 69 Warszawa 2007 Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis*).

Z kolei źródłem prawa umowy pożyczki stanowią przepisy art.720-724 k.c.. Pożyczka jest umową konsensualną, polegającą na zgodnym oświadczeniu woli stron - dającego i biorącego pożyczkę - mocą którego dający zobowiązuje się przenieść na biorącego własność określonej ilości pieniędzy albo innych rzeczy oznaczonych co do gatunku, natomiast biorący zobowiązuje się zwrócić takie rzeczy, jakie otrzyma. Ze sformułowania „zwrócić” wynika, że obowiązek oddania pożyczki przez biorącego powstaje tylko wtedy, gdy jej przedmiot został wydany przez dającego, oraz że między wydaniem a zwrotem musi upłynąć pewien okres przeznaczony na uczynienie użytku z pożyczonych pieniędzy albo rzeczy (zob. *Dmowski Stanisław, Sychowicz Marek, Ciepła Helena, Kołakowski Krzysztof, Wiśniewski Tadeusz, Żuławska Czesława, Gudowski Jacek, Bieniek Gerard Najnowsze wydanie: Komentarz do kodeksu cywilnego art. 720 Księga trzecia. Zobowiązania. Tom II Warszawa 2009 Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis*).

Przenosząc powyższe zasady na grunt niniejszej sprawy to jest umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym brak jest podstaw dla przyjęcia aby zawierała ona mechanizm zbliżony do zawartego w umowie kredytu bądź pożyczki to jest aby wiązała się z zaciągnięciem zobowiązania polegającego na zwrocie otrzymanych od drugiej strony (partnera prywatnego) świadczeń. W niniejszej sprawie to partner prywatny ponosi wszelkie koszty i ryzyko związane z przygotowaniem usługi, zaś świadczenia ze strony Gminy Solec – Zdrój dotyczyć będą jedynie bieżących świadczeń związanych z funkcjonowaniem usługi oświetlenia.

Dodatkowo na uzasadnienie wniosku powołujemy stanowisko zawarte w decyzji Eurostatu nr 18/2004 z dnia 11 lutego 2004 roku. Eurostat rekomenduje, aby aktywa zaangażowane w partnerstwo publiczno-prywatne były klasyfikowane jako aktywa nie będące aktywami sektora instytucji rządowych i samorządowych, a w następstwie tego rejestrowane poza bilansem sektora, jeżeli występują łącznie dwa następujące uwarunkowania:

1. partner prywatny ponosi ryzyko konstrukcyjne (budowy) oraz
2. partner prywatny ponosi co najmniej ryzyko dostępności lub ryzyko popytu.

Pierwszą kategorią stanowi „**ryzyko konstrukcyjne (budowy)**” obejmujące w szczególności zdarzenia takie, jak opóźnienie dostawy, nieprzestrzeganie określonych standardów, dodatkowe koszty, wady techniczne i negatywne zdarzenia zewnętrzne. W niniejszej sprawie w ocenie wnioskodawcy jest zachowany ten warunek, co wynika z faktu, iż całe ryzyko wykonania prac celem umożliwienia świadczenia usługi spoczywa na partnerze prywatnym, który ma nie tylko wykonać kompletne urządzenia celem świadczenia usługi ale również w całości sfinansować ich realizację. Nadto przez cały okres trwania umowy partner prywatny udziela gwarancji jakości na zamontowane urządzenia.

Drugą kategorię stanowi „**ryzyko dostępności**”, gdzie odpowiedzialność partnera jest raczej oczywista. Może on nie być w stanie świadczyć usługi w ilości uzgodnionej w kontrakcie albo spełnić standardy bezpieczeństwa lub certyfikacji publicznej odnoszące się do dostarczania usług użytkownikom końcowym, wg specyfikacji określonej w kontrakcie. Ma to także zastosowanie w odniesieniu do sytuacji, gdy partner nie spełnia wymaganych standardów jakościowych odnoszących się do dostarczania usług zgodnie z kontraktem, co wynika z ewidentnych braków w „działaniu” partnera. Przyjmuje się, iż sektor instytucji rządowych i samorządowych nie ponosi tego ryzyka, jeżeli jest uprawniony do znaczącej redukcji (jako rodzaj kary) swoich okresowych płatności, podobnie jak „zwykły klient” mógłby wymagać w kontrakcie rynkowym. Płatności sektora muszą być zależne od faktycznego stopnia dostępności zapewnianego przez partnera przez dany okres. W niniejszej sprawie należne podmiotowi prywatnemu wynagrodzenie jest uzależnione od osiągnięcia przewidywanego stopnia oszczędności jak również realizacji usługi w pełnym zakresie, bowiem w sytuacji gdyby chociaż jedna z zamontowanych lamp nie była sprawna wynagrodzenie ulegnie zmniejszeniu o tę część, a nadto uprawniać będzie Gminę Solec – Zdrój do naliczenia kary umownej np. za zwłokę w usunięciu usterek lub awarii. Wykonawca zapłaci karę umowną wysokości **0,2%** rocznego wynagrodzenia Wykonawcy za każdy dzień, liczoną od każdej Zmodernizowanej Lampy, której dotyczy zwłoka w usunięciu usterek lub awarii.

W świetle powyższego umowa, którą chce zawrzeć Gmina Solec–Zdrój spełnia wymogi, o których mowa w wyżej powołanej decyzji, decydujące o tym, iż opisane tam zobowiązania Gminy nie wpływają na wysokość długu publicznego.

Następnie konstrukcja przewidziana w planowanej umowie nie będzie miała cech opisanej w kategorii tytułów dłużnych zaliczonych do państwowego długu publicznego umowy leasingu zawartej z producentem bądź finansującym w odniesieniu do których ryzyko i korzyści z tytułu prawa własności są przeniesione na rzecz korzystającego z rzeczy.

W niniejszej umowie przez czas jej realizacji całość zamontowanych urządzeń stanowić będzie własność partnera prywatnego, który ponosić będzie ryzyko związane czy to z uszkodzeniem czy awarią urządzenia rozumiane nie tylko jako wymiana bądź naprawa urządzenia, ale również stanowiące podstawę do zmniejszenia partnerowi prywatnemu należnego mu wynagrodzenia, jak również stanowiącego podstawę naliczenia opisanych wyżej kar umownych.

Realizowanie przedmiotowej inwestycji w oparciu o ustawę o partnerstwie publiczno - prywatnym jest korzystne dla Gminy Solec – Zdrój gdyż nie rodzi konieczności ponoszenia jakichkolwiek nowych wydatków niż do tej pory ponoszone tytułem finansowania oświetlenia, przy czym co wskazano już wyżej wydatki te będą o co najmniej 30 % niższe niż do tej pory ponoszone. Umowa ta nie może być zatem traktowana jako kredyt bądź pożyczka.

Powyższy sposób finansowania usługi ma neutralny charakter w stosunku do długu publicznego nie wpływając na jego zwiększenie zarówno w świetle przepisów o finansach publicznych jak również według wytycznych wynikających z decyzji Eurostatu nr 18/2004 z dnia 11 lutego 2004 roku.

Wynagrodzenie partnera prywatnego stanowi bowiem bieżący wydatek budżetu gminy, który i tak Gmina niezależnie do zawarcia przedmiotowej umowy ponosiłaby. Zawarcie opisanej umowy prowadzić będzie do ponoszenia w dalszym ciągu wydatków na ten cel lecz mniejszych poprzez uzyskane oszczędności wynikających z faktu zastosowania nowoczesnej technologii o około 30 % w stosunku do dotychczasowych wydatków.

Na marginesie należy jedynie wskazać, iż Gmina Solec – Zdrój nie ma możliwości uniknięcia wydatków finansowania oświetlenia na terenie gminy gdyż jest to zadanie nałożone nań na podstawie przepisów ustawy.

Zgodnie z zapisem art.18 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tekst jed. Dz.U. 2012 poz. 1059 z późniejszymi zmianami) do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną, ciepło i paliwa gazowe należy: finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy.

Z kolei zgodnie z art. 3 pkt 22 w/w ustawy opisane w powołanym wyżej przepisie finansowanie oświetlenia definiowane jest jako finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania.

Mając na względzie powyższe okoliczności wnosimy jak na wstępie.

Data wypełnienia wniosku

20.02.2014

Imię i nazwisko wnioskodawcy lub osoby upoważnionej

Adam Palys

Podpis wnioskodawcy lub osoby upoważnionej

