

Barieri prawne i fiskalne przy wdrażaniu projektów w formule koncesji i partnerstwa publiczno-prywatnego

Uchwalenie ustaw o partnerstwie publiczno-prywatnym z 19 grudnia 2008 roku oraz o koncesji na roboty budowlane lub usługi z 9 stycznia 2009 nie stanowi ostatecznej odpowiedzi na pytanie, czy partnerstwo publiczno-prywatne i koncesja są w naszym kraju dobrze uregulowane.

Formuła współpracy sektora publicznego z prywatnym wymaga sprawnego i spójnego systemu aktów prawnych, których postanowienia mają oczywisty wpływ na sposób, w jaki prawo może być stosowane w transakcji partnerstwa publiczno-prywatnego lub koncesji.

Niedokończone prawo

Jedną z barier jakie dotyczą zarówno zamawiających jak i przedsiębiorców całego sektora jest przeciągająca się sytuacja w uregulowaniu branży gospodarki odpadami komunalnymi w Polsce i to w sytuacji, kiedy krajowy system jest niebezpiecznie niekompatybilny z wymogami UE.

Projekt ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw przewiduje, że to gminy staną się właścicielami odpadów i będą nimi dysponowały. Takie rozstrzygnięcie stanowi barierę w stosunku do tych jednostek samorządu terytorialnego, które wydały do tej pory spore środki na przygotowanie postępowań w trybie ustawy a dnia 9 stycznia 2009 o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Otóż jedną z zasadniczych cech koncesji jest fakt, że użytkownikami muszą być osoby trzecie, inne niż koncesjodawca. Art. 1 ust. 3 ustawy o koncesji wskazuje, że płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji.

W wypadku przejęcia przez gminy własności odpadów koncesjodawca będzie jednocześnie użytkownikiem koncesji, co sprawia, że model wdrożenia w oparciu o koncesję najprawdopodobniej nie będzie możliwy.

Dotychczasowy brak uchwalonej ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach sprawia, że żadne z planowanych postępowań nie może zostać rozpoczęte. Ewentualne uchwalenie ustawy sprawi natomiast, że postępowania przygotowywane od wielu miesięcy w trybie wdrożenia jako koncesje będą wymagały ponownej analizy prawnej, która z dużym prawdopodobieństwem wskaże wdrożenie tych przedsięwzięć w trybie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Zawieszona ustawa?

W kraju przygotowywanych jest kilka projektów, które w formule partnerstwa mają na celu zagospodarowanie przestrzeni znajdujących się w centrach miast ponad torowiskami kolejowymi. Niepewność prawną stosunków własnościowych dla tych inwestycji miała rozstrzygnąć ustawa o odrębnej własności obiektów budowlanych, której projekt 6 września Departament Nieruchomości Ministerstwa Infrastruktury, skierował do konsultacji społecznych, a która najprawdopodobniej nie będzie uchwalana w czasie trwania obecnej kadencji sejmiku. Transakcje, w których odrębność

tytułów własności w granicach pojedynczego składnika majątkowego jest koniecznym wymogiem dla wszczęcia postępowania czekają na tę ustawę, albowiem alternatywne metody nie są bezpieczne.

Wątpliwości w samej ustawie

Niepewność wśród stron przystępujących do transakcji w trybie koncesji budzi zagadnienie amortyzacji samej koncesji, jako zezwolenia do wykonywania obowiązków koncesjonariusza z prawem do pobierania opłat za świadczone usługi. Koncesja - zgodnie ze zdrowym rozsądkiem - stanowi wartość prawną niematerialną, jednakże w myśl art. 16b ustawy z dnia 15 lutego 1992 o podatku dochodowym od osób prawnych, koncesja nie została wymieniona w zamkniętym katalogu wartości niematerialnych i prawnych. Czy koncesja nie może podlegać amortyzacji, pomimo, że inne prawa o charakterze własności niematerialnych podlegają? Czy możemy potraktować koncesję jako „Licencję” zgodnie z punktem 5 ust. 1 art.16b?

Odpowiedzi na to pytanie udzielił m.in. Naczelnik Urzędu Skarbowego w Lwówku Śląskim w piśmie z 13 grudnia 2005 r. nr 423/1/27/PD/2-1/05. Organ podatkowy podkreślił w nim, że: Koncesja jest decyzją administracyjną i nie jest wymieniona w art. 16b ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych określającym zakres wartości niematerialnych i prawnych podlegających amortyzacji (...). Zatem zarówno od samej koncesji, jak i wydatków poniesionych w celu uzyskania tej koncesji nie mogą być dokonywane odpisy amortyzacyjne w myśl art. 16m ust. 1 pkt 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Przy tej okazji należy zaznaczyć, że ustawodawca szczegółowo opisał w ustawie obowiązki stron umów leasingowych w momencie kiedy poważne problemy interpretacyjne zaczęły stawać się barierą w rozwoju leasingu. Koncesja ani partnerstwo publiczno-prywatne nie zostały ujęte i kwestia interpretacji przepisów podatkowych postrzegana jest jako znaczne ryzyko transakcyjne. Jeżeli wartość koncesji nie może być amortyzowana na wskazanej podstawie, to istnieje prawdopodobieństwo, że wartość koncesji powinna być rozliczna międzyokresowo.

Ze względu na fakt, że amortyzacji bilansowej przedmiotu koncesji (aktywa /infrastruktura) będzie dokonywał koncesjodawca, a przez koncesjonariusza amortyzowana jest wartość koncesji, ujmowana na „wartościach niematerialnych i prawnych” pojawia się kolejna wątpliwość dotycząca wartości jak będzie amortyzowana przez koncesjonariusza, szczególnie w projektach hybrydowych, gdzie część kapitału inwestycyjnego stanowić będzie dotacja z grantu UE, która jest wkładem publicznym i powinna być amortyzowana przez koncesjodawcę.

Delegowanie zadania do jednostki podległej

Zgodnie z przepisami ustawy o koncesji, z zawarciem umowy koncesji nie są związane zmiany w sferze stosunków własnościowych. Ma to szczególne znaczenie dla JST, które są zwolnione z podatku CIT w zakresie dochodów określonych w przepisach ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (art.6 ust. 1 pkt 6 ustawy CIT). W wypadku koncesji szczególne znaczenie ma zwolnienie dochodu z majątku JST. Zwolnienie to dotyczy także dochodów z wszelkich form zbycia nieruchomości (i innych składników majątkowych), także jej oddania w użytkowanie przez koncesjonariusza. Istotny jest fakt, że w wypadku delegowania powyższych operacji przez JST do podmiotu zależnego, jak spółka komunalna, agencja, spółka specjalnego przeznaczenia i inne, zakres zwolnienia ustaje, co jest bardzo istotnym czynnikiem decyzyjnym podczas przygotowania modelu wdrożenia koncesji.

Regulacja ceny usług

Koncesjodawca kontroluje lub reguluje, jakie usługi Koncesjonariusz może świadczyć z wykorzystaniem aktywów koncesji (infrastruktury), na rzecz kogo musi je świadczyć oraz w wielu wypadkach będzie się starał określić również, po jakiej cenie usługi powinny być świadczone.

W takich wypadkach koncesjodawca obciąża się zwykle ryzykiem popytu, co przy jednoczesnym znacznym udziale w kosztach inwestycyjnym może doprowadzić do tego, że cała wartość przedmiotu koncesji obciąża deficyt sektora finansów publicznych i stanie się częścią długu publicznego. Regulowanie ceny usług, często oznacza również ich subsydiowanie, czyli dopłatę do usług, co jest dozwolone w ustawie o koncesji, jednakże ma wpływ na rozkład ryzyka w przedsięwzięciu.

Powyższe rozważania nie wyczerpują tematu. Jest wysoce prawdopodobne, że podjęcie ryzyka, którego rozstrzygnięcie leży w kompetencji naczelników izb skarbowych stanowi realną barierę w podejmowaniu części postępowań w trybie koncesji lub PPP.

Witold Grzybowski