



## ZAŁĄCZNIK NR 3

### MEMORANDUM

Hogan Lovells (Warszawa) LLP (Spółka partnerska)  
Oddział w Polsce  
Plac Trzech Krzyży 10/14  
00-499 Warszawa  
T +48 22 529 29 00  
F +48 22 529 29 01  
[www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com)

**Do** Wojewódzki Urząd Pracy w Krakowie  
Plac Na Stawach 1  
30-107 Kraków

**Od** Hogan Lovells (Warszawa) LLP  
(Spółka Partnerska) Oddział w Polsce  
Plac Trzech Krzyży 10/14  
00-499 Warszawa

**DATA** 30 maja 2018 roku

**DOTYCZY** OPTYMALNEGO WARIANTU FUNKCJONOWANIA FORMALNO-PRAWNYCH POWIĄZAŃ W RAMACH PROJEKTU "MAŁOPOLSKIE OBLIGACJE SPOŁECZNE", WEDŁUG ZAŁOŻEŃ ZAMAWIAJĄCEGO, Z UWZGLĘDNIENIEM WSZELKICH OGRANICZEŃ I RYZYK PRAWNYCH

---

### SPIS TREŚCI

1.	<b>PRZEDMIOT MEMORANDUM</b>	<b>2</b>
2.	<b>ZAŁOŻENIA</b>	<b>2</b>
3.	<b>HARMONOGRAM CZYNNOŚCI</b>	<b>3</b>
4.	<b>UCZESTNICZY PROJEKTU</b>	<b>4</b>
	4.1 Uwagi wstępne	4
	4.2 Gminy i Województwo jako właściciele problemu społecznego	4
	4.3 Związek międzygminny	8
	4.4 Spółka celowa	11
	4.5 Bank	17
5.	<b>OPIS PRZEPIŃWÓW FINANSOWYCH</b>	<b>18</b>
	5.1 Założenia dla przepłyów	18
	5.2 Etapy przepłyów	19
6.	<b>ŹRÓDŁA PRAWA</b>	<b>19</b>
7.	<b>ZASTRZEŻENIE</b>	<b>20</b>
8.	<b>ZAŁĄCZNIK</b>	<b>20</b>

## 1. PRZEDMIOT MEMORANDUM

Niniejsze memorandum stanowi opracowanie optymalnego wariantu funkcjonowania formalno-prawnych powiązań w ramach projektu "Małopolskie Obligacje Społeczne", według założeń Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Krakowie, z uwzględnieniem wszelkich ograniczeń i ryzyk prawnych. Przedmiotowy model stanowi etap pierwszy projektu, który ma polegać na wypracowaniu mechanizmu finansowania usług społecznych. Etapem drugim będzie zawiązanie funkcjonalnego partnerstwa (zarządca – operator – usługodawca – inwestor), w ramach którego nastąpi przetestowanie modelu wypracowanego w ramach pierwszego etapu.

## 2. ZAŁOŻENIA

- (a) Przedsięwzięcie, którego model finansowania ma być opracowany w ramach projektu "Małopolskie Obligacje Społeczne", ma polegać na zapewnieniu mieszkańcom Małopolski legalnego zatrudnienia w ramach systemu usług wspierających seniorów (tzw. system bonowy) oraz umożliwieniu seniorom zakupu bonów po preferencyjnej cenie.
- (b) Przedsięwzięcie ma być realizowane przez spółkę celową ("**SPV**") utworzoną przez Województwo Małopolskie ("**Województwo**") i związek międzygminny jaki zostanie utworzony przez zainteresowane gminy ("**Związek**").
- (c) Nastąpi powierzenie zadań przez gminy do Związku, a ze Związku do SPV w zakresie szeroko rozumianych usług wspierających seniorów. Jednocześnie nastąpi powierzenie zadań przez Województwo do SPV w zakresie przeciwdziałania bezrobociu i aktywizacji lokalnego rynku pracy.
- (d) Wspólnicy SPV, to jest Województwo i Związek, wyemitują obligacje przychodowe, z których cena emisyjna zostanie przeznaczona na rozwiązanie konkretnego problemu społecznego, a których wykup będzie uzależniony od osiągnięcia założonego rezultatu (tzw. obligacje społeczne) ("**Obligacje**").
- (e) Spółka jako operator przedsięwzięcia otrzyma od wspólników środki z emisji Obligacji z przeznaczeniem na realizację powierzonych jej zadań i przeznaczy je na zapłatę za usługi końcowym usługodawcom (podmiotom świadczącym usługi wspierające, po spełnieniu określonych wymagań jakościowych, zgodnie z przepisami PZP).
- (f) Spółka, w celu ułatwienia dostępu do usług zbuduje system bonowy oraz będzie dystrybuować bony i rozliczać świadczone usługi.
- (g) Płatność za bony / za usługi będzie stanowić przychód z przedsięwzięcia, z którego zaspokajani są inwestorzy. W sytuacji, gdy przedsięwzięcie osiągnie satysfakcjonujące emitentów wskaźniki (zapisane w warunkach emisji), inwestorzy będą uprawnieni do premii za sukces.
- (h) Wartością dodaną z realizacji ww. przedsięwzięcia ma być poczynienie oszczędności zarówno po stronie gmin, jak i Województwa Małopolskiego, które wspólnie zapewniając system bonowy, realizują jednocześnie zarówno zadania własne gmin jak i Województwa, "składając się" wspólnie na zapłatę za usługę.

### 3. HARMONOGRAM CZYNNOŚCI

Proponowany przez nas jako optymalny dla wdrożenia wariant, należy przeprowadzić zgodnie z następującym harmonogramem, przy czym rozwinięcie odnośnych kroków i opis poszczególnych uczestników projektu omówione zostały w kolejnych punktach memorandum, w kolejności:

- (a) utworzenie Związku;
- (b) zawarcie porozumienia o partnerstwie pomiędzy gminami – uczestnikami Związku i Związkiem, w celu określenia zasad, na jakich nastąpi finansowanie zadań własnych gmin przekazanych do realizacji związkowi (powierzonych mu na mocy statutu Związku);
- (c) zawarcie umowy spółki (w formie aktu notarialnego, przy czym każdy ze współników będzie reprezentowany przez organ wykonawczy – odpowiednio gminę reprezentuje jednoosobowo wójt, burmistrz, prezydent, a województwo – marszałek województwa wraz z członkiem zarządu województwa, jeżeli statut województwa nie stanowi inaczej (powstaje spółka w organizacji); umowa spółki określi harmonogram dokapitalizowania spółki, o ile znany będzie ten harmonogram na tym etapie;
- (d) zawarcie porozumienia o partnerstwie pomiędzy współnikami spółki a spółką w celu określenia zasad dokonywania podwyższeń kapitału w przyszłości oraz wnoszenia dopłat do kapitału, tj. przekazywania środków na realizację zadań powierzonych SPV);
- (e) powołanie organów spółki: zarządu i rady nadzorczej spółki jako obligatoryjnych organów spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego;
- (f) wniesienie wkładów na pokrycie kapitału zakładowego spółki według zasad ustalonych w umowie spółki (zakładamy, że środki na pokrycie początkowego wkładu do SPV będą pochodziły z budżetów współników (minimum łącznie 5 tys PLN), a dalsze podwyższenia kapitału i dopłaty – jako forma rekompensaty z tytułu usług świadczonych na podstawie umowy powierzenia – będą pochodzić ze środków z emisji Obligacji przez każdego ze współników);
- (g) zgłoszenie spółki do Krajowego Rejestru Sądowego, które powinno nastąpić w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy spółki;
- (h) wpis spółki do rejestru – spółka w organizacji staje się spółką właściwą i nabywa osobowość prawną
- (i) podstawą przekazania środków do SPV przez Województwo i Związek będą umowy powierzenia zawierane pomiędzy Województwem i SPV oraz Związkiem i SPV, z każdym z nich oddzielnie, w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP) (SPV jako podmiot wewnętrzny każdego zamawiającego);
- (j) podstawą przekazania środków do Związku przez każdą z gmin jest porozumienie o partnerstwie pomiędzy gminami i Związkiem; causą przekazania środków jest realizacja przez Związek zadań powierzonych przez uczestników w statucie Związku.

## 4. UCZESTNICY PROJEKTU

### 4.1 Uwagi wstępne

Głównymi uczestnikami projektu są:

- (a) Gminy – jako uczestnicy Związku;
- (b) Związek i Województwo – jako wspólnicy SPV i emitenci Obligacji;
- (c) SPV – jako operator systemu bonowego i wykonawca zadań powierzonych przez współników, jak również (jako opcja) organizator procesu emisji Obligacji;
- (d) Bank – jako organizator procesu emisyjnego, agent płatniczy i depozytariusz.

### 4.2 Gminy i Województwo jako właściciele problemu społecznego

- (a) Zadania własne

Zgodnie z założeniem, SPV ma być wehikułem realizującym szereg zadań użyteczności publicznej, w tym określonych usług publicznych będących zadaniami własnymi każdej JST, a potem Związku i Województwa – założycieli SPV. W analizowanym modelu założeniem jest, że Spółka pozostanie jedynie organizatorem systemu bonowego, podczas gdy emitentami obligacji społecznych będą jej udziałowcy (Województwo i Związek), a rzeczywistymi realizatorami usług – usługodawcy zrzeszeni w ramach platformy bonowej.

Założeniem jest, że każdy z samorządów powierzy Spółce do realizacji określone zadania własne:

- (i) **Województwo:** Zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 15 USW samorząd województwa wykonuje zadania o charakterze wojewódzkim **określone ustawami**, w szczególności w zakresie przeciwdziałania bezrobociu i aktywizacji lokalnego rynku pracy. Ww. sformułowanie oznacza, że JST ma prawo i obowiązek realizować te zadania, które zostały wskazane w ustawach.
- (ii) **Gmina:** Zgodnie z art. 7 ust. 1 USG zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, a zadania własne obejmują w szczególności sprawy wspierania rodziny (pkt 6a). Punkt 6a wszedł w życie 1 stycznia 2012 roku i miał na celu dostosowanie, przede wszystkim w zakresie terminologii, do ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Jako że celem działań spółki ma być organizowanie usług zapewniających opiekę seniorom – niewątpliwie jest to działanie mające na celu wspieranie rodziny rozumiane jako poprawa ich sytuacji życiowej (odciążenie rodzin od obowiązku stałej opieki nad seniorem, motywowanie pozostałych członków rodzin do aktywności zawodowej).<sup>1</sup> Drugim analizowanym źródłem zadań jest pkt 19 ww. przepisu, który jako zadanie własne gminy wskazuje współpracę i działalność na rzecz organizacji pozarządowych. Przyjmując, że zadaniem przekazany SPV (jej przyszłym obowiązkiem) miałyby być współpraca z organizacjami pozarządowymi (patrz: usługodawcami / organizacjami zrzeszającymi usługodawców), takie zadanie byłoby możliwe do przekazania Gmina – Związek – SPV.

<sup>1</sup> Znane są przykłady działalności podejmowanej na rzecz seniorów w ramach wsparcia rodziny, np. <https://zawadzkie.pl/430/program-wsparcia-rodziny-i-seniora.html>

Inną podstawą do podjęcia uchwały przez organ stanowiący gminy mógłby być art. 18 ust. 2 pkt 15 USG (stanowienie w innych sprawach zastrzeżonych ustawami do kompetencji rady gminy) oraz art. 40 ust. 1 USG (na podstawie upoważnień ustawowych gminie przysługuje prawo stanowienia aktów prawa miejscowego obowiązujących na obszarze gminy, łącznie w związku z art. 2 pkt 3a i art. 22b ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych – rada gminy, biorąc pod uwagę lokalne potrzeby w zakresie świadczeń na rzecz rodziny, może w drodze uchwały, ustanowić dla osób zamieszkałych na terenie jej działania świadczenia na rzecz rodziny inne niż określone w tej ustawie).

W każdym przypadku powierzanych zadań należy skonkretyzować usługę, jaką miałyby świadczyć SPV i za którą dany współnik (Związek, Województwo) mógłby Spółce zapłacić.

(b) Powierzenie

SPV będzie zatem wykonywać usługi publiczne, które będą realizacją odnośnych zadań jej współników.

Zakładane udzielanie spółce dofinansowania do bonów powinno znaleźć uzasadnienie nie tylko aksjologiczne, ale również ekonomiczne. Ideą jest, aby dystrybucja bonów nie tylko zmniejszyła bezrobocie (poprzez aktywizację zawodową osób, które zechcą świadczyć usługi na rzecz osób potrzebujących opieki) – co pozwoli na realizację zadania Województwa, ale także, aby przyczyniła się do zaspokojenia potrzeb w zakresie świadczeń rodzinnych (poprzez zapewnienie wsparcia osobom starszym), jak również aby nastąpiła współpraca z organizacjami pozarządowymi – co z kolei pozwoli na realizację zadania gmin zaangażowanych w projekt (zadań przekazanych wcześniej do Związku).

Zgodnie z art. 2 ust. 2 UGK gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Przepis ten będzie podstawą zarówno dla przekazania zadań własnych gmin do Związku (Związek jako jedna z form prowadzenia gospodarki komunalnej), jak i Województwa i Związku do SPV (SPV jako spółka prawa handlowego). Zgodnie z art., 5 UGK, przepisy UGK stosuje się odpowiednio do wykonywania zadań m.in. przez związki międzygminne.

(c) Formy przekazania środków do SPV

Dozwolone formy przekazywania środków przez samorzady do Spółki (lub przez gminy do związku, omówione na przykładzie SPV):

- (i) **podwyższenie kapitału** z art. 257 KSH – aktualnie rozważane jako najbardziej prawdopodobny scenariusz, przy tym rozwiązaniu należy pamiętać, że każde wsparcie SPV przez danego współnika miałyby wpływ na wysokość jego zaangażowania w Spółce, a co za tym idzie na proporcje zaangażowań pozostałych współników; do rozważenia możliwość jednorazowego zasilenia SPV w kapitał początkowy (z czym wiąże się jednorazowa emisja obligacji społecznych w pełnej kwocie, w jednym dniu emisji);

- (ii) **dopłaty** z art. 177 KSH – jako że "dopłaty do usług" nie będą wnoszone "równomiernie w stosunku do udziałów"; jako że wysokość dopłat jest pochodną zaangażowania kapitałowego wspólników, proporcja ta powinna być zadowalająca i satysfakcjonująca obu wspólników;
- (iii) **dotacje** z art. 126 UFP – zgodnie z art. 126 UFP dotacje to środki jednostek samorządu terytorialnego, które podlegają szczególnym zasadom rozliczania i mogą być przeznaczone na finansowanie zadań publicznych tylko wtedy, gdy przewiduje to ustawa lub umowa międzynarodowa. Organy nadzoru interpretują ten przepis w ten sposób, że jeśli ani w ustawie, ani w umowie międzynarodowej nie ma mowy o dotacji na dany cel, to organ stanowiący jednostki samorządu nie może podjąć uchwały o jej przyznaniu<sup>2</sup>. Konkretny przepis ustawy musi więc dla finansowania określonego zadania wskazywać formę dotacji. UFP nie zawiera zakazu udzielania dotacji spółkom, to jednak ona sama nie stanowi wystarczającej podstawy do ich przyznawania<sup>3</sup>;
- (iv) **dotacje celowa** z UPP – zgodnie z art. 221 UFP zlecenie zadania i udzielenie dotacji następuje zgodnie z przepisami UPP, a jeżeli dotyczy ono innych zadań niż określone w tej ustawie – na podstawie umowy jednostki samorządu terytorialnego z danym podmiotem. Ten wariant można wziąć pod uwagę, o ile SPV będzie miała status organizacji pożytku publicznego w rozumieniu UPP. Sfera zadań publicznych, które mogą być finansowane dotacjami jest bardzo szeroka i obejmuje w szczególności zadania w zakresie pomocy społecznej, ochrony zdrowia, promocji zatrudnienia i aktywizacji zawodowej osób pozostających bez pracy, działalności na rzecz osób w wieku emerytalnym, działalności wspomagającej rozwój wspólnot i społeczności lokalnych (art. 3 UPP). Środki dotacyjne wypłacane są na podstawie **umowy** (art. 150 i następane UFP)<sup>4</sup>; powierzenie zadań publicznych następuje odbywa się po przeprowadzeniu **otwartego konkursu ofert** albo w trybach określonych w art. 11a-11c lub art. 19a UPP (żaden z ww. wyjątków nie ma zastosowania w naszej sprawie);
- (v) **rekompensata**, którego podstawą wypłaty będzie umowa powierzenia zawierana pomiędzy SPV a danym udziałowcem w trybie art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP, aby skorzystać z tej podstawy konieczne jest zawarcie umowy powierzenia z zastosowaniem przepisów PZP, co oznacza – w przypadku kiedy SPV pozostaje podmiotem wewnętrznym Województwa i Związku – udzielenie Spółce zamówienia z wolnej ręki na świadczenie usług objętych umową. Rekompensata jest wypłacana w oparciu o przepisy prawa Unii Europejskiej, regulującego sytuację dozwolonej pomocy publicznej. Takim aktem prawnym jest decyzja Komisji nr 2012/21/UE z dnia 20 grudnia 2011 roku w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (notyfikowana jako dokument nr C(2011) 9380) (2012/21/UE). Decyzja ta określa warunki, na

<sup>2</sup> De lege ferenda podnoszone są propozycje nowelizacji UGK i dodanie przepisu umożliwiającego udzielanie przez samorząd własnym spółkom komunalnym dotacji przedmiotowych, analogicznie jak zakładom budżetowym.

<sup>3</sup> Za: <http://www.gazetaprawna.pl/amp/872248,pieniadze-dla-spolki-komunalnej-tak-ale-nie-w-kazdej-postaci.html>

<sup>4</sup> SPV przysługuje roszczenie o wypłatę dotacji tylko w roku budżetowym, na który dotacja została przyznana, po jego upływie, w razie bezzasadnego niewykonania zobowiązania, spółka będzie mogła domagać się jedynie naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania, na zasadach określonych w art. 471 KC – za SN w wyroku II CSK 232/14 <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/ii%20csk%20232-14-1.pdf>

których pomoc państwa w formie rekompensaty jest zgodna z rynkiem wewnętrznym (i nie stanowi niedozwolonej pomocy publicznej) i jest zwolniona z wymogu zgłoszenia określonego w art. 108 ust. 3 Traktatu. Dla przedmiotowego przedsięwzięcia powierzenie usług w oparciu o tę decyzję może nastąpić na nie więcej niż 10 lat. Zgodnie z ww. decyzją, rekompensata nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia kosztów netto wynikających z wywiązywania się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, z uwzględnieniem **rozsądnego zysku**, przy czym koszty netto rozumiane są jako różnica pomiędzy całkowitą kwotą kosztów poniesionych przez wykonawcę (SPV) w związku ze świadczeniem usług a całym przychodem SPV z tytułu świadczenia usług. Jako że przychód ze świadczonych usług będzie trafiał bezpośrednio do wspólnika, nie będzie liczony jako przychód SPV i nie będzie pomniejszał rekompensaty. Rozsądny zysk oznacza stopę zwrotu z kapitału, której wymagałoby typowe przedsiębiorstwo podczas podejmowania decyzji, czy świadczyć usługi w ogólnym interesie gospodarczym przez cały okres powierzenia, przy uwzględnieniu poziomu ryzyka. Stopa zwrotu z kapitału oznacza wewnętrzną stopę zwrotu, jaką osiąga przedsiębiorstwo z zainwestowanego kapitału w całym okresie powierzenia, a poziom ryzyka zależy od danego sektora, rodzaju usług oraz cech charakterystycznych rekompensaty.

Każdy przychód SPV co do zasady pomniejsza rekompensatę: Przekazanie spółce środków w formie np. podwyższenia kapitału, poręczenia, dopłaty wspólnika albo pożyczki wspólnika, podlega uwzględnieniu przy określaniu należnej rekompensaty w zakresie, w jakim takie przysporzenia służą realizacji usługi. W omawianym modelu zakłada się dwie zasadnicze formy wsparcia: podwyższenie kapitału i dopłatę zwrotną.

- (d) Źródło pozyskania środków przez wspólników
- (i) Źródłem pozyskania środków przez wspólników, które docelowo miałyby trafić do SPV, jest **emisja obligacji przychodowych** przez Województwo i przez Związek. Przychodem (z którego następowałby wykup obligacji przychodowej) byłby **przychód ze sprzedaży bonów** zasilający bezpośrednio rachunki poszczególnych udziałowców. Odpowiedzialność emitenta za zobowiązania z tytułu Obligacji może przyjąć dwojaką formę:
- (1) **odpowiedzialności ograniczonej** do kwoty przychodów lub wartości majątku przedsięwzięcia, do których obligatariuszom pierwszeństwo zaspokojenia swoich roszczeń (zgodnie z art. 14 ust. 2 UO) – wówczas konieczne jest wskazanie takiego przychodu (ewentualnie przychodu z innego przedsięwzięcia), że perspektywa kształtowania zobowiązań emitenta pozwoli sądzić, że ów przychód pozwoli na pokrycie w 100% roszczeń z Obligacji. Takie rozwiązanie proponowane jest na etapie testu.
  - (2) **odpowiedzialności pełnej**, klasycznej, czyli nieograniczonej do przychodu – kiedy bez względu na uzyskany przychód z przedsięwzięcia, każdy emitent odpowiada całym swoim majątkiem za zobowiązania z tytułu obligacji. Wprowadzenie odpowiedzialności klasycznej, nieograniczonej tylko do przychodu, podyktowane byłoby tym, że przychód w przedmiotowym przedsięwzięciu nie osiągnie nigdy takiego poziomu, aby wskazać

perspektywę kształtowania zobowiązań emitenta do czasu całkowitego wykupu obligacji proponowanych do nabycia, jak nakazują przepisy UO; oraz brak będzie wskazania przez emitenta innego przychodu jako źródła spłaty zobowiązań z tytułu Obligacji. Dlatego też takie rozwiązanie proponowane jest na dalszym etapie projektu, poza testem.

- (ii) Inną, alternatywną wobec powyższej, formą pozyskania środków przez SPV mogłaby być **emisja obligacji przez SPV**, bez (przynajmniej początkowego) zaangażowania samorządów. Środki pozyskane przez inwestorów byłyby bezpośrednio wypłacone spółce, natomiast uprzednio musiałoby zostać ustalone w jaki sposób samorzady partycypują we wspieraniu spółki w wykupie obligacji. Proporcje te powinny odpowiadać wartości usług wykonanych w systemie bonowym w ramach poszczególnych JST.

#### 4.3 Związek międzygminny

Gminy, w celu uproszczenia całego procesu pozyskiwania środków na projekt z ceny emisyjnej obligacji społecznych, tworzą związek międzygminny, który będzie emitentem obligacji społecznych – obligacji przychodowych w rozumieniu UO.

Przepis art. 64 USG stanowi o możliwości połączenia się gmin w nowy podmiot, jakim jest związek międzygminny. Jedyny cel, dla którego taki związek może być utworzony, to wspólne wykonywanie zadań publicznych. Związek może realizować jedynie zadanie wyłącznie w zakresie przekazanej części, w pozostałej – gmina. Wykonanie tak przekazanego zadania musi przebiegać w sposób, który nie narusza wzajemnie zakresu realizacji obu podmiotów – gminy i związku. Przesłanką utworzenia związku może być nie tylko niewystarczająca ilość środków na wykonanie zadania przez gminę, ale również charakter zadania, którego wykonywanie przez i na terenie kilku gmin będzie **efektywniejsze**. Związek międzygminny jest odrębnym od gmin podmiotem prawa publicznego. Jest to struktura utworzona wyłącznie na potrzeby realizacji konkretnego zadania gminnego. Celowość utworzenia związku, którą jest wspólne wykonywanie zadań przekazanych przez tworzące go gminy, jest jego znamioną cechą. Uchwały o utworzeniu związku międzygminnego podejmuje rady gmin, które chcą do niego przystąpić, zwykłą większością głosów, w obecności co najmniej połowy ustawowego składu. Każda z rad podejmuje uchwałę w swoim zakresie. Jednakże gminy muszą ustalić wspólne stanowisko co do utworzenia związku, przekazywanych zadań oraz treści statutu.

Gminy, które przystępują do związku, z dniem ogłoszenia statutu związku, przekazują na niego z mocy prawa swoje uprawnienia i obowiązki w zakresie przekazanych mu zadań. Jednocześnie gmina, która przekazuje zadanie, traci prawo do jego wykonania. Wraz z przeniesieniem zadań na związek przeniesione są również kompetencje do ich wykonywania. Jak wynika z art. 64 ust. 3 USG, do czasu ogłoszenia statutu związku międzygminnego prawa i obowiązki oraz kompetencje związane z wykonywaniem zadań, a także odpowiedzialność za ich realizację ponoszą poszczególne gminy tworzące związek. Natomiast wraz z ogłoszeniem statutu gminy wchodzące w skład związku tracą swoje uprawnienia i obowiązki związane z wykonaniem przekazanego zadania. Nie odpowiadają również za ich realizację wobec osób trzecich swoim majątkiem.

W związku z tym, że zadania, których obowiązek wykonania ciążył na gminie, zostały przekazane związkowi międzygminnemu, podobnie jak gmina, związek wykonuje je we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność. Wykonując zadania publiczne we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność, związek międzygminny może



podejmować działania władcze. Związek międzygminny, podobnie jak tworzące go gminy, posiada **osobowość prawną**. Nabywa ją po jego zarejestrowaniu, z dniem ogłoszenia statutu. Związek posiada zarówno osobowość publicznoprawną, jak i cywilnoprawną.

Gmina, która zamierza przystąpić do związku, zobligowana jest poinformować o tym wojewodę. Tym samym musi dokonać tej czynności jeszcze przed podjęciem uchwały o jego utworzeniu związku.

Przyjęcie statutu przez rady gmin następuje bezwzględną większością głosów ustawowego składu rady. Przyjęty przez rady gminy statut powinien być tej samej treści. Przyjęcie bowiem przez rady gminy statutow o różnej – nawet w niewielkim zakresie – treści uniemożliwiłoby zarejestrowanie związku, a przede wszystkim wspólne działania. Statut związku międzygminnego jest aktem prawa miejscowego. Statut określa m.in. sposób podziału pomiędzy członków związku kosztów wykonania zadania. Gmina, przekazując zadanie związkowi, powinna przekazać na to środki finansowe. Przy czym zasady udziału gmin w kosztach realizacji zadań zależą od uznania gmin, które określają to w statucie lub innym porozumieniu. Może to być zasada proporcjonalności do wykonywanych zadań, liczby mieszkańców itd.

W przedmiotowej sprawie, układając strukturę zaangażowania finansowego poszczególnych współników należy rozważyć przede wszystkim **liczbę uprawnionych**, zamieszkujących daną JST, a więc osób z grupy docelowej, dla której dedykowane będą usługi organizowane przez SPV. Im więcej osób uprawnionych zamieszkuje daną jednostkę (wobec ogółu wszystkich osób uprawnionych w województwie), tym wyższe powinny być zobowiązania danej gminy względem związku – wprost proporcjonalne do liczby osób uprawnionych zamieszkujących daną JST. Jako, że planowane są pewne limity ilościowe w dostępie do usług publicznych objętych projektem "Małopolskich Obligacji Społecznych", ów początkowy udział każdej gminy w związku mógłby być proporcjonalny do limitu, jaki dany gmina przyjęła, w zakresie świadczenia usług na swoim obszarze – w stosunku do limitów na obszarach pozostałych uczestników związku. Innymi słowy: im większe zapotrzebowanie na usługi odnośny uczestnik związku deklaruje, tym większy powinien być jego wkład do związku.

Również w statucie powinna być uregulowana sytuacja, gdy związek gminny osiągnąłby zysk. Przy czym, jak podkreśla się w doktrynie, "uzyskanie zysku przez związek nie zwalnia gmin z udziału w kosztach wspólnej działalności. W takiej sytuacji możliwa jest regulacja statutu, dotycząca przeniesienia zysku związku na pokrycie kosztów wykonywania tych zadań". Należy jednak zaznaczyć, iż powstanie zysku nie powoduje, że gminy nie muszą już uczestniczyć w kosztach realizacji zadań. Może to być bowiem sytuacja wyłącznie przejściowa. Zaprzeszanie finansowania przez gminy w takiej sytuacji powodowałoby niemożność realizacji celu, dla którego powołany był związek. Niezbędne jest określenie zasad udziału nie tylko w kosztach wspólnej działalności, ale i w zyskach, a także w pokrywaniu strat związku. Straty mogą powstać zwłaszcza wtedy, gdy koszty wykonania zadania będą wyższe niż koszty wykonania zadania wcześniej przewidziane. Jeśli jednak nie będzie to w statucie wyraźnie uregulowane, to nie można jednoznacznie przyjąć, że udział w startach będzie taki sam, jak udział w pokrywaniu kosztów wykonania zadania. Gminy mogą bowiem ustalić zupełnie odmienne zasady uczestniczenia w kosztach, w zyskach i stratach.

Związek komunalny ma tyle praw i obowiązków, ile miały gminy w związku z wykonywaniem przekazanych mu zadań. W celu wykonywania tych zadań związek komunalny może tworzyć jednostki organizacyjne (w tym spółki) lub zawierać umowy z innymi podmiotami. Jeżeli nie skorzysta z którejś z tych możliwości, to zadania jemu przekazane wykonuje bezpośrednio. W zależności od charakteru zakresu działania związku gminy przekazują związkowi taki majątek, który służyć będzie do realizacji zadań

związku. Majątek składa się z dóbr materialnych oraz praw i obowiązków mających taki właśnie (majątkowy) charakter. Przekazanie następuje z użyciem form cywilnoprawnych. Związek komunalny jako odrębny podmiot prawa może powiększać swoje mienie w wyniku prowadzonej działalności. Po likwidacji majątek związku po odliczeniu kwoty przypadającej jej wierzycielom ulega podziałowi i staje się w odpowiednich częściach wyłączną własnością gmin dawniej uczestniczących w związku.

Rady gminy tworzące związek zgłaszają jego utworzenie ministrowi właściwemu do spraw administracji publicznej za pośrednictwem wojewody właściwego ze względu na siedzibę związku. O rejestracji związku minister właściwy do spraw administracji publicznej zawiadamia na piśmie rady gmin, które uczestniczą w związku, a także regionalną izbę obrachunkową. Zgodnie z przepisem art. 68 ust. 2 USG dniem nabycia osobowości prawnej przez związek międzygminny jest dzień ogłoszenia jego statutu w wojewódzkim dzienniku urzędowym.

Organem stanowiącym i kontrolnym związku jest **zgromadzenie związku**. W zakresie wykonywanych zadań zleconych organ uchwałodawczy związku wykonuje kompetencje przysługujące radzie gminy. Na podstawie art. 69 ust. 3 USG do zgromadzenia związku stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące rady.

Członkami zgromadzenia zostają organy wykonawcze gmin uczestniczących w tym związku. Mogą to być więc wójtowie, burmistrzowie i prezydenci gmin uczestniczących w związku. Każda z gmin uczestniczących w związku międzygminnym posiada w zgromadzeniu **po jednym głosie**. Jednakże według przepisu art. 70 ust. 3 USG można ustalić w statucie, że jedna lub więcej gmin uczestniczących w związku będzie posiadać **więcej niż jeden głos**. W przeciwieństwie do ogólnej zasady podejmowania uchwał przez radę gminy zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowego składu rady, w głosowaniu jawnym, zgromadzenie związku podejmuje swoje uchwały bezwzględną większością głosów statutowej liczby członków zgromadzenia.

Organem wykonawczym związku jest **zarząd związku** powoływany przez zgromadzenie związku spośród jego członków. Tak więc te same osoby będą wchodziły w skład zarządu, jak i zgromadzenia. Ustawodawca dopuścił w art. 73 ust. 3 USG możliwość wyboru członków zarządu spoza członków zgromadzenia, ale maksymalnie do 1/3 składu.

Gospodarka finansowa związku gmin opiera się na zasadach przewidzianych dla gospodarki finansowej gmin. Ustawodawca odsyła do przepisów rozdziału 6 USG (dotyczących m.in. uchwały budżetowej, jej wykonywania oraz kontroli gospodarki finansowej), nakazując stosowanie zasad przewidzianych dla gospodarki finansowej gmin odpowiednio, tzn. uwzględniając specyfikę sytuacji związku.

Związki obowiązane są uchylać budżet, a czynność ta podlega nadzorowi regionalnych izb obrachunkowych. Zgromadzenie związku powinno w uchwale budżetowej wyszczególnić źródła dochodów związku i ich wysokość oraz kierunki wydatków. Zobowiązaniem do przygotowania projektu planu finansowego (budżetu) związku wraz z towarzyszącymi dokumentami jest zarząd tego związku. Plan finansowy (budżet) uchwała zgromadzenie związku. Art. 73a USG ma charakter bardzo ogólny i celowe jest, aby szczegółowe zasady gospodarki finansowej związków międzygminnych określone zostały w jego **statucie**. Podstawowym źródłem dochodów związku są dotacje i środki przekazywane z budżetów gmin, które utworzyły związek, ujęte jako wydatki budżetowe w planach finansowych ich urzędów.

Jak wynika z treści art. 244 ust. 1 UFP do łącznej kwoty przypadających w danym roku budżetowym spłat i wykupów, o których mowa w art. 243 ust. 1,  **dodaje się**, przypadające

do spłaty w tym samym roku budżetowym, kwoty zobowiązań związku współtworzonego przez daną jednostkę samorządu terytorialnego: 1) w wysokości proporcjonalnej do jej udziału we wspólnej inwestycji współfinansowanej kredytem, pożyczką lub emisją obligacji spłacanych lub wykupywanych w danym roku, 2) w pozostałych przypadkach – w wysokości proporcjonalnej do jej udziału we **wpłatach wnoszonych na rzecz związku**, którego jest członkiem. W uchwale Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach z dnia 19 marca 2014 r. nr 37/14 RIO orzekło, iż zobowiązania związku z tytułu zaciągniętej pożyczki współtworzonego przez Gminę Samborzec należy doliczyć zgodnie z art. 244 ust. 1 UFP do przypadających spłat rat kapitałowych z tytułu kredytów, pożyczek lub wykupu papierów wartościowych o których mowa w art. 243 ust. 1 UFP w danym roku budżetowym.

Związki jednostek samorządu terytorialnego mają zdolność emisyjną. Związki jednostek samorządu terytorialnego emitują obligacje na podstawie uchwały zgromadzenia związku będącego jego organem stanowiącym i kontrolnym. Nie jest natomiast możliwa emisja obligacji komunalnych przez kilka jednostek samorządowych w przypadku, kiedy nie stanowią one z punktu widzenia prawnego-organizacyjnego związku samorządowego, ale występują jako odrębne podmioty. W szczególności związki mogą również emitować obligacje przychodowe.

Wyróżnia się trzy formy, za pomocą których gminy mogą przekazać środki na rzecz związków międzygminnych. Te formy to **środki, dotacja** (nie został konkretnie podany rodzaj dotacji, np. celowa lub podmiotowa) i **wpłata**. Zarówno wpłata, jak i dotacja określają formy przekazania środków pieniężnych, z kolei środki mogą odnosić się zarówno do form rzeczowych, jak i pieniężnych. Dotacja może być udzielona związkowi komunalnemu przez gminę w celu dofinansowania wykonywanych zadań przez związek. Jej wysokość zostaje określona w drodze uchwały organu stanowiącego gminy, która przekazuje dotację. Gmina może udzielić pomocy związkowi w formie dotacji celowej, która ma charakter bezzwrotny. Podstawą wsparcia finansowego i rzeczowego za pomocą tej formy jest umowa traktująca o przeznaczeniu i zasadach rozliczenia środków. Wybór tej formy pomocy wymusza obowiązek szczegółowego rozliczenia przekazanych środków. Na wykonywanie zadań zleconych przyznawane są dotacje celowe dla związków. Aby zapewnić pełne i terminowe wykonanie tych zadań, środki te powinny być przekazywane w odpowiednich terminach i kwotach. Dotacje są zwracane w części, w jakiej dane zadanie nie zostało zrealizowane. Związek ma prawo do dochodzenia na drodze sądowej przysługującego mu świadczenia wraz z odsetkami (za A. Milewska, Zeszyty Naukowe SGGW, 2014).

#### 4.4 Spółka celowa

##### (a) Podstawa prawna

Możliwość tworzenia samorządowych i między samorządowych spółek prawa handlowego bądź przystępowania do nich została zagwarantowana w art. 9 i 10 UGK, a także w ustawach ustrojowych. W świetle tych przepisów jednostki samorządu terytorialnego mogą przystępować do spółek akcyjnych, komandytowo-akcyjnych, komandytowych i z ograniczoną odpowiedzialnością, które prowadzą działalność o charakterze użyteczności publicznej. Ponadto gminy i województwa mogą w określonych warunkach prowadzić w formie spółek także działalność komercyjną, w przypadku województwa mocno ograniczoną<sup>5</sup>.

##### (b) Struktura właścicielska

<sup>5</sup> Banasiński C., Kulesza M. (2002), Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Wolters Kluwer, Polska, Warszawa, cytowany przez Podgórnjak-Krzykacz A., Analiza wykorzystania form prawno-organizacyjnych współpracy międzysamorządowej w gminach – porównania międzyregionalne <http://piz.san.edu.pl/docs/e-XVII-4-2.pdf>

Tytułem wstępu należy zaznaczyć, że dla przedmiotowego projektu analizowane są różne formy współpracy samorządów, przy czym najlepszym na tę chwilę rozwiązaniem wydaje się utworzenie spółki komunalnej, której udziałowcami będzie Województwo i związek międzygminny, którego uczestnikami będą gminy zainteresowane projektem (wariant omówiony szerzej poniżej). Pozostałe warianty, które były analizowane, a których nie należy tracić z pola widzenia na przyszłość, to:

- (i) spółka w 100% należąca do Województwa – wariant na tym etapie odrzucony ze względu na brak w polskim prawie możliwości oddolnej delegacji zadań (gmina – województwo), w związku z tym taka spółka nie miałaby prawnej możliwości realizacji zadań własnych gmin;
- (ii) spółka utworzona na szczeblu centralnym (spółka Skarbu Państwa) – wariant odrzucony ze względu na brak możliwości delegacji zadań w górę;
- (iii) zintegrowane inwestycje terytorialne – wariant wstępnie odrzucony ze względu na charakter naszego przedsięwzięcia, który nie ma charakteru inwestycji terytorialnej i nie wpisuje się w zakres inicjatyw podejmowanych przez utworzone jako związek ZIT Stowarzyszenie Metropolia Krakowska;
- (iv) konsorcjum spółek komunalnych – wariant wstępnie odrzucony ze względu na brak przepisów wprost dopuszczających możliwość udzielenia zamówienia publicznego przez konsorcjum zamawiających, ustawa mówi tylko o konsorcjum wykonawców;
- (v) stowarzyszenie – wariant do rozważenia jako alternatywny dla spółki SPV, polegający na utworzeniu przez wszystkie zainteresowane samorządy stowarzyszenia, które realizowałoby cele statutowe będące zadaniami własnymi samorządów-założycieli, a samorządy (w sposób mniej sformalizowany aniżeli w przypadku Spółki) dotowałyby jego działalność na zasadach określonych w porozumieniu/umowie inwestycyjnej.<sup>6</sup>

W wybranym wariantcie tworzony podmiot powinien być po pierwsze spółką, po drugie **spółką komunalną**, to znaczy 100% udziałów będzie należało do jednostek samorządu terytorialnego (za pośrednictwem związku międzygminnego), po trzecie **z kapitałem rozproszonym**, to jest podzielonym proporcjonalnie pomiędzy Województwo i pozostałych uczestników projektu.

W wybranym przez nas modelu Związek i Województwo tworzą zatem spółkę, która będzie realizowała zarówno zadania gmin (przekazane związkowi), jak i zadania Województwa. Proporcje wartości początkowych udziałów poszczególnych wspólników są w zasadzie irrelewantne dla powodzenia modelu, jednak z uwagi na planowane późniejsze dopłaty do kapitału należy mieć na uwadze, że dopłaty te będą wnoszone proporcjonalnie do udziałów. Biorąc natomiast pod uwagę, że i wysokość zaangażowania kapitałowego będzie się zmieniać w czasie (zakładane są podwyższenia kapitału), należy liczyć się z tym, że proporcje te będą się zmieniać w czasie.

(c) Uprzywilejowanie udziałów

Jeśli Województwo będzie posiadało (zawsze, w czasie) więcej niż połowę udziałów (ewentualnie inną, kwalifikowaną większość), można uznać, że dodatkowe uprzywilejowanie puli udziałów Województwa nie jest potrzebne.

---

<sup>6</sup> <http://partnerstwasamorzadowe.pl/prawo/czytaj/stowarzyszenia-jednostek-samorzadu-terytorialnego/>

Zgodnie z art. 246 KSH uchwały zgromadzenia wspólników dotyczące zmiany umowy spółki, rozwiązania spółki lub zbycia przedsiębiorstwa albo jego zorganizowanej części zapadają większością **dwóch trzecich** głosów, a uchwała dotycząca istotnej zmiany przedmiotu działalności spółki wymaga większości **trzech czwartych** głosów. Przepisy te mają charakter semiimperatywny, co oznacza, że wspólnicy mogą w umowie spółki wprowadzić **surowsze** wymogi dotyczące większości kwalifikowanej, a nie mogą przewidzieć ich złagodzenia. Zgodnie z art. 58 § 1 KC w zw. z art. 2 KSH takie łagodniejsze uregulowania byłyby nieważne.

W kontekście optymalnego udziału Województwa w SPV należy stwierdzić, że ww. decyzje zgromadzenia wymagające kwalifikowanej większości mają charakter ekstraordynaryjny i jest duże prawdopodobieństwo, że nie zaistnieje potrzeba ich podjęcia przez całe życie projektu i Spółki. Ewentualnie decyzja o rozwiązaniu Spółki może być istotna, ale z kolei ryzyko, że samorządy (działające poprzez związek) będą blokować rozwiązanie Spółki, gdy taką decyzję podejmie Województwo – jest znikome. Nie można natomiast żadną miarą zważyć ryzyka politycznego, które zawsze będzie występować i z którym trzeba się liczyć układając zaangażowanie udziałowe poszczególnych uczestników projektu. Dlatego, w celu zachowania pełnej kontroli nad SPV przez Województwo, wskazane byłoby uprzywilejowanie udziałów co do głosu w taki sposób, że na każdy udział Województwa mogłyby przypadać 2 (dwa) głosy (maksymalnie trzy, art. 174 § 4 KSH).

(d) Organy SPV

(i) Organami spółki będą Zgromadzenie Wspólników, Zarząd i Rada Nadzorcza.

Zgromadzenie Wspólników - Uchwały zapadają co do zasady bezwzględną większością głosów (art. 245 KSH); Uchwały dotyczące zmiany umowy spółki, rozwiązania spółki lub zbycia przedsiębiorstwa albo jego zorganizowanej części zapadają większością dwóch trzecich głosów. Uchwała dotycząca istotnej zmiany przedmiotu działalności spółki wymaga większości trzech czwartych głosów. Umowa spółki może ustanowić surowsze warunki powzięcia tych uchwał. Uchwała dotycząca zmiany umowy spółki, zwiększająca świadczenia wspólników lub uszczuplająca prawa udziałowe bądź prawa przyznane osobiście poszczególnym wspólnikom, wymaga zgody wszystkich wspólników, których dotyczy (art. 246 KSH).

Zarząd - Zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. Członek zarządu jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej (art. 201 KSH).

Rada Nadzorcza - Rada nadzorcza składa się co najmniej z trzech członków powoływanych i odwoływanych uchwałą

wspólników, jednak umowa spółki może przewidywać inny sposób powoływania lub odwoływania członków rady nadzorczej (art. 215 KSH); mimo to uchwałą wspólników członkowie rady nadzorczej mogą być odwołani w każdym czasie (art. 216 § 2 KSH). Rada nadzorcza nie ma prawa wydawania zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki (art. 219 § 2 KSH).

- (ii) Przykładowe (wyłączne) kompetencje Zgromadzenia Wspólników:
  - (1) zbycie udziału;
  - (2) rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości powyżej określonej kwoty;
  - (3) zawieszenie w czynnościach członków Zarządu z ważnych powodów (art. 220 KSH);
- (iii) Przykładowe (wyłączne) kompetencje Rady Nadzorczej:
  - (1) rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości powyżej określonej kwoty;
  - (2) rozwiązanie i likwidacja Spółki.

(e) Charakter spółki

(i) Prawo polskie

W polskim prawie spółek nie występuje określenie "non profit". Jest to określenie języka potocznego na podmioty, których celem działalności nie jest osiągnięcie zysku. Kodeks spółek handlowych w art. 151 przewiduje możliwość prowadzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w każdym celu prawnie dopuszczalnym. Cel ten nie musi być ściśle powiązany z zyskiem, ale – tak jak w przypadku przedmiotowej spółki – może być celem społecznym, związanym z realizacją zadań społecznych, świadczeniem usług użyteczności publicznej, zaspokajaniem potrzeb mieszkańców lokalnej społeczności (jak w przypadku, w zasadzie każdej, spółki komunalnej).

Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością mogą być w szczególności tworzone jako tzw. organizacje non profit albo not for profit<sup>7</sup>. Stanowisko takie reprezentowane jest również w orzecznictwie Sądu Najwyższego<sup>8</sup>.

Jednak, aby daną spółkę określić mianem "spółki non profit", nie wystarczy wskazać tylko jej cel społeczny, ale konieczne jest również wyartykułowanie w akcie założycielskim zakazu dzielenia wypracowanego zysku pomiędzy wspólników, członków zarządu, pracowników, radę nadzorczą czy komisję rewizyjną oraz obowiązku przeznaczania zysku na określony umową spółki cel społeczny (zgodnie z art. 191 § 2 KSH: umowa spółki może przewidywać inny sposób podziału zysku). Można

<sup>7</sup> A. Kidyba: Komentarz KSH, LEX

<sup>8</sup> Np. III CSK 105/07, Lex 651234), spółka z o.o. może powstać w celach zarobkowych, w celach gospodarczych niemających charakteru zarobkowego, ale również w celu niegospodarczym.

również dodać, że spółka nie działa w celu osiągnięcia zysku, choć to już nie jest takie oczywiste – czym innym jest bowiem zysk dla spółki, który to spółka zobowiązana jest przeznaczyć na określony cel statutowy, cel społeczny. Spółka powinna zatem dążyć do osiągnięcia jak największego zysku, co pozwoli jej w większym zakresie realizować jej cele. Czym innym jest natomiast zakaz profitu dla wspólników, co za tym idzie non profit oznacza "non profit dla właścicieli", a nie non profit jako taki.

Ustawa o gospodarce komunalnej nie przewiduje zakazu wypłacania dywidendy ze spółki komunalnej, dlatego spółka komunalna nie jest ex definitione spółką non profit. Jednak wypłacanie dywidendy wydaje się niewłaściwe (taką dywidendę postrzega się jako pośrednie dodatkowe opodatkowanie mieszkańców na rzecz samorządu) i jest niezwykle rzadko spotykane – w kontekście celów, do jakich spółki komunalne zostały powołane. Formalnie więc spółki komunalne nie są spółkami non profit, ale podobnie jak spółki non profit nie powinny one działać dla osiągnięcia zysku.<sup>9</sup> Jeśli przedmiotowa SPV miałaby być spółką non profit w jej umowie powinny znaleźć się postanowienia co do przeznaczenia wypracowanego zysku na określony cel społeczny. Określenie "non profit" nie oznaczałoby bynajmniej, że SPV ma zakaz wypracowania zysku, ale że wypracowany zysk nie będzie zyskiem dla jej udziałowców, ale będzie przeznaczony na realizowany przez spółkę cel społeczny.<sup>10</sup> Można zaryzykować użycie nazwy "non profit" w nazwie spółki – co pozwoli na jednoznaczną jej identyfikację.

Do przeanalizowania ustalenie zasad wynagradzania pracowników SPV (np. w formie regulaminu wynagradzania).

Zakładając, że SPV będzie (przynajmniej docelowo) organizacją pożytku publicznego, należy rozważyć jakie cele społeczne wskazane w UPP, ta spółka będzie realizować. Zgodnie z art. 4 ust. 1 UPP sfera zadań publicznych obejmuje zadania w zakresie wspierania rodziny (pkt 1a), działalności na rzecz integracji i reintegracji zawodowej i społecznej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym (pkt 2), promocji zatrudnienia i aktywizacji zawodowej osób pozostających bez pracy i zagrożonych zwolnieniem z pracy (pkt 8), działalności na rzecz osób w wieku emerytalnym (pkt 10), działalności na rzecz rodziny (pkt 31). Jest to zatem bardzo szerokie spektrum, odpowiadające zadaniom własnym Województwa i gmin, jakie zamierza się przekazać do realizacji związkowi i SPV.

(ii) Przedsiębiorstwo społeczne w modelu brytyjskim

Pomysłem na rozpowszechnienie idei non profit jest próba zdefiniowania w polskim prawie spółki non profit na wzór modelu brytyjskiego. W Wielkiej Brytanii działają CIC (*Community Interest Company*), które zostały zaprojektowane jako podmioty prawa handlowego, co oznacza, że co do zasady dążą one do osiągnięcia zysku. Jednakże, podczas gdy tradycyjna brytyjska spółka jest prowadzona w celu zmaksymalizowania zysku z korzyścią dla swoich członków, aktywa CIC muszą zostać wykorzystane do osiągnięcia określonej korzyści publicznej. Wartym uwagi wyjątkiem od

<sup>9</sup> Za: <http://ksplegal.pl/wp-content/uploads/2017/01/Artykul-Rzepa-Kamil-koziol-25-01-2017.pdf>

<sup>10</sup> Za: A. Ceglarski, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako organizacja pożytku publicznego. Rejent 2006 r. Nr 6; J. Kopyra, Spółki kapitałowe niedziałające w celu osiągnięcia zysku jako organizacje pozarządowe – status, działalność oraz treść umowy spółki. Rejent 2006 r. Nr 6

tej reguły jest spółka CIC prowadzona w formie tzw. "limited by shares" (odpowiednik spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej), która może zadeklarować **ograniczony poziom dywidendy** dla prywatnych inwestorów. CIC są regulowane przez CIC Regulator oraz Companies House i podlegają szczególnym regulacjom, w tym dodatkowym wymogom sprawozdawczym, ponad te, które mają zastosowanie do tradycyjnych form brytyjskich spółek. Istnieje szereg szczególnych wymagań dla CIC:

- (1) Po pierwsze istnieje limit dywidendy – W CIC stanowiącej odpowiednik spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wypłacana dywidenda nie powinna przekraczać **35%** zysków CIC.
- (2) Po drugie stosowana jest blokada aktywów – CIC ma w umowie spółki zastrzeżenie, iż wszelkie aktywa i zyski (oprócz zysków rozdzielonych przez tzw. CIC limited by shares zgodnie z zasadami dotyczącymi przyznawania dywidend) muszą pozostać w spółce i zostać wykorzystane wyłącznie na cele społeczne. Majątek przekazywany na zewnątrz spółki musi odpowiadać wyłącznie 100% wartości rynkowej nabywanego dobra, a w przypadku gdy ma nastąpić w wysokości niższej – wówczas przekazanie może nastąpić wyłącznie innym "podmiotom posiadającym blokadę aktywów" (tzn. innym CIC lub np. organizacjom charytatywnym).
- (3) Prawo określa warunki, kiedy odsetki należne obligacji emitowanej przez CIC, są powiązane z jej wynikami – poziom ten jest uzależniony od limitu 20% średniej kwoty długu CIC lub kwoty pozostającej do spłaty w związku z wyemitowaną obligacją w okresie 12 miesięcy bezpośrednio poprzedzających dzień, w którym odsetki są wymagalne.

Praktyka pokazuje, że chociaż struktura CIC została stworzona specjalnie dla przedsiębiorstw społecznych, wielu brytyjskich przedsiębiorców społecznych nadal wybiera tradycyjne formy spółek prawa handlowego.

(f) Porozumienie o partnerstwie

Jednym z elementów struktury tworzącej model jest zaproponowane przez nas porozumienie o partnerstwie.

Porozumienie to zawierane jest pomiędzy stronami danego przedsięwzięcia, celem określenia wzajemnych praw i zobowiązań w celu realizacji określonego projektu. Porozumienie to jest umowa **nienazwaną** (tzn. żaden akt prawa nie zawiera jego charakterystyki, nie typizuje, prawo nie narzuca nam żadnym norm w tym zakresie). Zgodnie z **zasadą swobody umów** wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> KC, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Ograniczeniem tej swobody są na pewno w stosunku do samorządów przepisy prawa publicznego, w tym w szczególności UGK. Należy jednak przyjąć, że kodeks cywilny oraz inne przepisy nie zawierają szczególnych regulacji, które wyłączałyby stosowanie wobec JST kodeksu cywilnego, w szczególności art. 353<sup>1</sup>



KC<sup>11</sup>. Prawdą jest zatem, że w sferze użyteczności publicznej (a w takiej pozostajemy) jednostkom samorządu i ich związkom przysługuje pełna swoboda podejmowanych działań i zawierania umów – to dana jednostka ma swobodnie decydować o formach i sposobach realizacji zadań własnych zmierzających do oczekiwanego rezultatu.<sup>12</sup>

Stronami tego porozumienia z definicji powinny być wszystkie podmioty zainteresowane partnerstwem przy projekcie – a więc w przypadku tworzenia Związku będzie to Związek oraz wszyscy jego uczestnicy (gminy), a w przypadku SPV będzie to SPV oraz jej wspólnicy (Województwo i Związek).

Porozumienie takie powinno określać:

- (i) zamiar stron zawiązania nowego podmiotu i zaangażowanie kapitałowe, jak również
- (ii) prawa i obowiązki wspólników / uczestników realizowane podczas życia projektu, w szczególności zasady partycypacji poszczególnych wspólników / uczestników w kosztach świadczenia na ich terenie usług (nazywane roboczo dopłatami do usług)<sup>13</sup>.

Powinno obejmować jednak szersze przedmiotowo spektrum działań jednostek zaangażowanych w projekt: zaangażowanie kapitałowe, zasady wejścia i wyjścia z przedsięwzięcia, zasady finansowania przez przyszłych wspólników / uczestników usług, szczegółowe postanowienia dotyczące ustalenia ładu korporacyjnego; projekty umowy spółki / statutu związku, mogłyby stanowić załączniki do porozumienia, standardowe postanowienia do dołożenia należytej staranności w celu realizacji przedsięwzięcia, wzajemnej współpracy, zobowiązania do zaniechania, ustalenie warunków zawieszających realizację projektu.

Zobowiązania wspólników wynikające z tego porozumienia powinny być neutralne dla wskaźników zadłużenia, powinny mieć **charakter intencyjny, patronacki** wobec nowo powstającej Spółki i w związku z tym zobowiązania z tego porozumienia nie będą tytułem dłużnym.

Porozumienie to mogłoby zostać zawarte już na pierwszym etapie realizacji projektu, jako formalne potwierdzenie woli samorządów udziału w przedsięwzięciu. Porozumienie zawierane na tak wczesnym etapie projektu, w sytuacji, kiedy nie będzie wiadome, czy etap drugi będzie realizowany, mogłoby być opatrzone warunkiem zawieszającym, np. podjęcia decyzji (ze wskazanie odpowiednich organów i z określeniem terminu, do kiedy taka decyzja mogłaby nastąpić) o wdrożeniu projektu w życie (etap drugi).

#### 4.5 Bank

Bank ma zadanie pełnić rolę organizatora procesu emisyjnego (opcjonalnie, rolę tę może również pełnić SPV) oraz agenta płatniczego i depozytariusza.

Pierwszą grupą czynności zastrzeżonych dla instytucji finansowej są czynności płatnicze: Bank występuje tu jako agent ds. płatności lub agent płatniczy odpowiadający za

<sup>11</sup> Za: W. Gonet, Zakres swobody zawierania umów przez jednostki samorządu terytorialnego, Warszawa 2011

<sup>12</sup> Szerzej: <http://pressto.amu.edu.pl/index.php/rpeis/article/view/3130/3110>

<sup>13</sup> Z uwagi na szczególny charakter dopłat, ich wysokość i terminy wnoszenia nie są możliwe do uregulowania w umowie spółki.

prawidłową organizację przepływów pieniężnych. Bank jest tym podmiotem, za pośrednictwem którego emitent wykonuje czynności związane z dokonywaniem płatności kwot do zapłaty na rzecz obligatariuszy w terminach wymagalności oraz czynności związane z przekazaniem emitentowi kwot z emisji od inwestorów. Do jego obowiązków należy w szczególności przekazywanie emitentowi ceny emisyjnej, dokonywanie wszelkich płatności wynikających z wyemitowanych obligacji oraz uiszczanie w imieniu emitenta płatności z tytułu podatku dochodowego. W szczególności agent ds. płatności dokonuje przydziału obligacji, rozliczeń ceny emisyjnej, kwoty wykupu, kwoty wcześniejszego wykupu, kwoty natychmiastowego wykupu lub odsetek pomiędzy emitentem a obligatariuszem wpisanym w ewidencji depozytariusza. Do czynności płatniczych w proponowanej strukturze dochodzą czynności związane z obsługą rachunków przychodów z przedsięwzięcia

Drugą grupą czynności zastrzeżonych dla banku są czynności ewidencyjne: W przypadku podjęcia decyzji o emisji obligacji w formie zdematerializowanej koniecznym jest zawarcie umowy z podmiotem, który jest uprawniony do prowadzenia ewidencji obligacji. Jednym z takich podmiotów według art. 8 ust. 2 ustawy o obligacjach jest np. bank krajowy. W przypadku obligacji zdematerializowanych zapis w ewidencji obligacji ma charakter podobny jak dokument obligacji w przypadku obligacji materialnych. Zapis w ewidencji jest konieczny dla powstania prawa oraz identyfikuje każdorazowo uprawnionego do realizacji świadczeń z obligacji. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o obligacjach prawa z obligacji niemającej postaci dokumentu powstają z chwilą dokonania zapisu w ewidencji i przysługują osobie w niej wskazanej jako posiadacz obligacji, co jest ważne dla ustalenia każdorazowo uprawnionych do otrzymywania świadczeń takich jak np. odsetki czy kwota wykupu. Umowa z bankiem regulować będzie wykonywanie wszelkich czynności związanych z prowadzeniem ewidencji, ewidencjonowaniem przydzielonych obligacji oraz każdorazowo ewidencjonowaniem przeniesienia praw z obligacji aż do momentu ich wykupu, a także ustaleniem każdorazowo uprawnionych do realizacji świadczeń z obligacji. Czynności ewidencyjne obejmują w szczególności:

- (a) wystawianie i wydawanie obligatariuszom zaświadczeń wskazujących na to, że dany obligatariusz jest posiadaczem obligacji w danym momencie;
- (b) rejestrowanie zmian stanu posiadania w zakresie obligacji zapisanych w ewidencji;
- (c) rejestrowanie ustanowienia ograniczonych praw rzeczowych na obligacjach oraz innych zabezpieczeń ustanawianych na obligacjach w oparciu o dokumenty przedstawione przez obligatariusza;
- (d) aktualizowanie na żądanie posiadacza obligacji jego danych osobowych.

## 5. OPIS PRZEPLÝWÓW FINANSOWYCH

Poniżej prezentujemy opis przepływów finansowych zgodnie ze schematem znajdującym się w załączniku do memorandum.

### 5.1 Założenia dla przepływów

- (a) Celem zachowania większej przejrzystości, schemat przedstawia jedynie **fragment modelu** dla emisji obligacji i bonów wyłącznie przez Województwo Małopolskie. Dla emisji Obligacji i bonów przez Związek – model należy odpowiednio powielić.
- (b) Każdy emitent wyemituje **jednorazowo** obligacje na taką kwotę, jaką chce zainwestować w projekt. Wszystkie środki pochodzące z emisji (100% ceny

emisyjnej) emitenci włożą do SPV (w formie podwyższenia kapitału lub/i dopłat zwrotnych).

- (c) Model zakłada również dystrybucję **bonów tzw. pełnopłatnych** przez SPV, na usługi inne niż będące realizacją zadań własnych wspólników.
- (d) Zamieszczone na schemacie cyfry (od 1 do 11) odpowiadają poszczególnym numerom etapów opisanych poniżej) – Załącznik do memorandum.

## 5.2 Etapy przepływów

- 1) Województwo i Związek **emitują** Obligacje.
- 2) Inwestorzy **obejmują** Obligacje i **płacą** emitentom cenę emisyjną.
- 3) Województwo i Związek **tworzą** spółkę SPV.
- 4) Województwo i Związek **powierają** SPV zadania własne (w drodze umowy). SPV jest podmiotem wewnętrznym zarówno Województwa, jak i Związku.
- 5) Województwo i Związek **płacą** SPV **rekompensatę** (podwyższenie kapitału i dopłaty zwrotne)
- 6) SPV jest operatorem systemu bonowego..
- 7) Usługobiorca (Senior) **płaci za bon** na rzecz Województwa i Związku. Zapłata ta następuje tytułem wykonania przekazu, do jakiego upoważniła osobę płacącą za bon – Spółka. Zapłata za bon Senior – Województwo / Związek umarza zobowiązanie SPV do zwrotu na rzecz Województwa / Związku dopłaty zwrotnej oraz umarza zobowiązanie do zapłaty za usługę. Pozostaje do ustalenia z bankiem prowadzącym rachunki, w jaki sposób płatność za bon zostanie rozdzielona pomiędzy obu emitentów. Część zapłaty za bon powinna stanowić przychód z przedsięwzięcia każdego emitenta.
- 8) SPV, jako operator systemu bonowego, **płaci usługodawcy za usługę** (ze środków przekazanych przez wspólników).
- 9) **Wykup** obligacji następuje ze środków pozyskanych tytułem zapłaty za bon (krok nr 7) oraz ze środków własnych każdego emitenta (cena, po jakiej następuje wykup zależy od ewaluacji projektu i kryteriów wskazanych w warunkach emisji obligacji).
- 10) SPV, niezależnie od przedstawionego modelu, dystrybuje **bony pełnopłatne**, tj. bony na inne usługi niebędące relacją zadań przekazanych Spółce umowami powierzenia i nieobjętych rekompensatą.
- 11) Zysk z działalności realizowanej za pośrednictwem bonów pełnopłatnych, SPV **przekazuje wspólnikom** w drodze np. wynagrodzenia za umorzone udziały.
- 12) W sytuacji zakończenia projektu, czy ewaluacji, środki, które zostaną w SPV (zaliczki) powinny zostać zwrócone wspólnikom na zasadzie **rozliczenia** z umowy powierzenia. Alternatywną formą jest proces umarzenia udziałów.

## 6. ŹRÓDŁA PRAWA

- (a) "**KC**" – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. 2017, poz. 459 ze zm.);

- (b) "**KSH**" – ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. 2017, poz. 1577 ze zm.);
- (c) "**UFP**" – ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. 2017, poz. 2077 ze zm.);
- (d) "**UGK**" – ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. 2017, poz. 827 ze zm.);
- (e) "**UO**" – ustawa z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach (Dz. U. 2015, poz. 238 ze zm.);
- (f) "**USG**" – ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. 2017, poz. 1875 ze zm.);
- (g) "**USW**" – ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. 2017, poz. 2096 ze zm.);
- (h) "**UPP**" – ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (t.j. Dz. U. 2016, poz. 1817 ze zm.);
- (i) "**PZP**" – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2017, poz. 1579 ze zm.);
- (j) "**UPS**" - ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (t.j. Dz. U. 2017, poz. 1769 ze zm.).

#### 7. **ZASTRZEŻENIE**

Wskazujemy, że powyższe memorandum zawiera wykładnię prawa przez nas dokonaną i nie można wykluczyć, że sąd lub organ administracji publicznej będzie reprezentował odmienne stanowisko.

#### 8. **ZAŁĄCZNIK**

Schemat przepływów pieniężnych w modelu obligacji społecznej