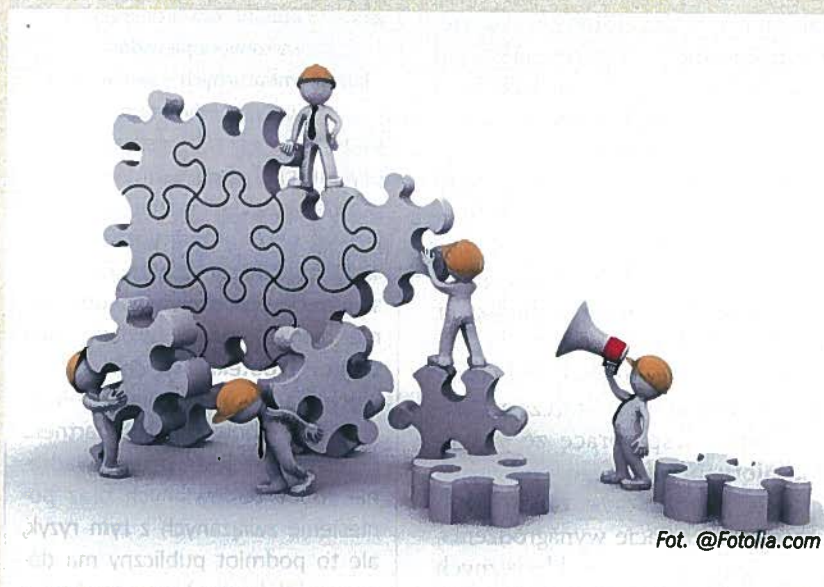


O PPP PRAKTYCZNIE

Upowszechnienie wiedzy o partnerstwie publiczno-prywatnym i zrozumienie jego procedur będzie impulsem dla rozwoju tego typu projektów, szczególnie wobec konieczności poszukiwania przez podmioty sektora publicznego alternatywnych źródeł finansowania planowanych przedsięwzięć, a także stosowania coraz bardziej rygorystycznej polityki budżetowej i dyscypliny finansowej.



W dniu 27 lutego 2009 roku weszła w życie obecnie obowiązująca ustawa z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, która zastąpiła poprzednią ustawę o PPP z 2005 roku. Natomiast 20 lutego 2009 r. weszła w życie ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Oba akty doprowadziły do stworzenia w Polsce nowego środowiska prawnego dla realizacji projektów publicznych.

Od chwili wejścia w życie tych regulacji upłynęły ponad 3 lata. Dotychczas (w oparciu ustawę

z 2008 r.) zrealizowano w Polsce kilka niezwykle ciekawych projektów PPP, a okres obowiązywania nowych ustaw przyniósł szybki rozwój praktycznych rozwiązań w zakresie PPP.

Według różnych źródeł w Polsce do końca 2011 roku podpisano blisko 30 umów o realizację przedsięwzięć w modelu PPP, natomiast szacowana liczba projektów przygotowywanych przez podmioty publiczne do realizacji i znajdujących się na różnych etapach zaawansowania wynosiła około 100. Mimo to rynek PPP w Polsce należy ocenić jako wciąż nienasycony, stojący na progu

dynamicznej ekspansji, rynek z ogromnym potencjałem, przed którym rysują się perspektywy świetnego wieloletniego rozwoju.

Dlatego też w najbliższej przyszłości należy się spodziewać rozwoju sektora PPP w Polsce. Barierą był i w pewnym zakresie nadal pozostaje deficyt praktycznej wiedzy na temat realizacji tego typu projektów. Dlatego popularyzowanie wiedzy w tym zakresie jest nieodzowne dla rozwoju PPP w Polsce.

Barierą w rozwoju sektora partnerstwa publiczno – prywatnego jest brak praktycznej wiedzy na temat realizacji tego typu projektów.

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie tych zagadnień, które podczas realizacji przedsięwzięć w formule PPP mają kluczowe znaczenie oraz ukazanie wybranych aspektów praktycznych, które na podstawie doświadczeń autorów i dotychczasowego rozwoju PPP w Polsce służyć mogą popularyzacji tej metody w celu wspólnej realizacji przedsięwzięć przez podmioty publiczne i partnerów prywatnych.

WSPÓŁPRACA STRON – ISTOTA PPP

Przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym. Realizacja ta to nic innego, jak współpraca, którą należy rozumieć jako zgodne dążenie stron do realizacji wspólnie określonego celu, jakim jest przedsięwzięcie, którego dotyczy PPP.

Bardzo trafnie istotę PPP ujęła KE: „Partnerstwo jest porozumieniem między dwoma lub więcej stronami, które współpracują na rzecz osiągnięcia wspólnego celu. Partnerzy mają wspólne prawa i wspólne obowiązki, a gdy warunki te nie są spełnione, partnerstwo nie działa. Partnerstwo wymaga woli współpracy wszystkich zaangażowanych stron. Ponadto opiera się ono na jasno i uważnie skonstruowanych porozumieniach określających prawa i obowiązki zaangażowanych stron oraz ustanawia ramy umożliwiające reagowanie na powstające nowe sytuacje” (źródło: www.ppp.gov.pl).

Idealne partnerstwo publiczno-prywatne zakłada, że każda ze stron powinna realizować zadania, które wykona lepiej, taniej, efektywniej niż biznesowy partner.

Daje to pogląd, jak istotne jest właściwe ukształtowanie praw i obowiązków stron w umowie PPP oraz zapewnienie elastyczności dostosowawczej postanowień umowy PPP w procesie jej wykonywania. Oczywiście, realizacja każdej umowy wymaga współpracy obu stron, ale istotą PPP jest, by rola podmiotu publicznego nie ograniczała się do zamówienia danego świadczenia u kontrahenta i zapłaty wynagrodzenia.

PPP w swojej istocie zakłada, że każda strona spełniać będzie takie świadczenia, do których jest z różnych względów lepiej przygotowana. Odpowiedni podział zadań pomiędzy strony w założeniu ma być bardziej opłacalny oraz prowadzić do osiągnięcia lepszej jakości. Idealne PPP zakłada, że każda ze stron powinna realizować zadania, które wykona lepiej, taniej, efektywniej niż biznesowy partner. Także podział obowiązków powinien uwzględniać możliwie najdalej idące minimalizowanie ryzyk, jakie mogą grozić stronom w realizacji przedsięwzięcia.

Mówiąc o Partnerstwie Publiczno Prywatnym, za niewystarczającą należy uznać współpracę ze strony podmiotu publicznego polegającą jedynie na odbiorze towaru lub usługi oraz zapłacie wynagrodzenia, jak to ma miejsce przy klasycznych zamówieniach publicznych. Konieczna jest rzeczywista wspólna realizacja przedsięwzięcia. Ustawodawca zdecydował, że współpraca ze strony podmiotu publicznego może polegać „w szczególności na wniesieniu wkładu własnego”. Należy jednak bardzo wyraźnie podkreślić, że ze strony ustawodawcy jest to tylko egzemplifikacja, w żaden sposób nieograniczająca ani niewyczerpująca zakresu współpracy ze strony podmiotu publicznego. Należy pamiętać, że Partnerstwo Publiczno Prywatne jest bardzo dalekie od formuły „zamów–zapłać–zapomnij”.

PRZYKŁAD

Umowa o PPP między gminą

Kobylnica a Son Sp. z o.o.

Jej przedmiotem jest przebudowa domu opieki społecznej na potrzeby zakładu opiekuńczo-leczniczego oraz wykonywanie zadań komplementarnych – świadczenie usług medycznych.

W tej sytuacji zadaniem partnera prywatnego jest sfinansowanie przedsięwzięcia. Podział ryzyka polega na tym, że podmiot publiczny współpracuje w realizacji przedsięwzięcia, umożliwiając obciążenie nieruchomości (wkładu własnego) hipoteką, w celu zabezpieczenia finansowania przedsięwzięcia. Obowiązkiem partnera prywatnego jest przeprowadzenie robót budowlanych oraz poniesienie związanych z tym ryzyk, ale to podmiot publiczny ma dostarczyć dokumentację projektową i jest odpowiedzialny za jej potencjalne wady. Co więcej, roboty budowlane polegające na zagospodarowaniu terenu nieruchomości są obowiązkiem podmiotu publicznego. De facto zatem zarówno podmiot publiczny, jak i partner prywatny prowadzą roboty budowlane, ponosząc własne ryzyko w zakresie przyjętych do wykonania zadań. Przedmiotowa umowa jest doskonałym przykładem bardzo wszechstronnego podziału zadań pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego.



Fot. Starostwo żywieckie

WSPÓLNA REALIZACJA PRZEDSIĘWZIĘCIA

Jednym z najistotniejszych jest pojęcie „przedsięwzięcia”, bowiem to właśnie wspólna jego realizacja, oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, jest istotą partnerstwa publiczno-prywatnego.

Pojęcie „przedsięwzięcia” zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 4 ustawy o PPP jako:

- budowa lub remont obiektu budowlanego,
- świadczenie usług,
- wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność,
- inne świadczenie – połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany, przy czym składnik majątkowy rozumieć należy jako nieruchomości, część składową nie-

ruchomości, przedsiębiorstwo, rzecz ruchomą lub prawo majątkowe.

Pojęcia budowy, remontu oraz przebudowy zdefiniowane zostały w ustawie z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Umowa o PPP zawierać zatem może postanowienia uregulowane w przepisach kc dotyczących robót budowlanych (art. 647 kc), umowy-zlecenia (art. 750 kc) czy też umowy o dzieło (art. 627 kc).

Jak widać, ustawowa definicja pojęcia „przedsięwzięcia” jest bardzo szeroka. Zauważyć należy, że poza budową, remontem, świadczeniem usług czy wykonaniem dzieła,

PRZYKŁAD

Umowa między powiatem żywieckim a Interhealth Canada Limited na sfinansowanie, zaprojektowanie, budowę, zarządzanie i świadczenie usług medycznych w nowym szpitalu powiatowym w Żywcu

Zgodnie z tą umową Interhealth Canada Limited (partner prywatny) oraz powiat żywiecki (podmiot publiczny) wspólnie zamierzają zrealizować projekt polegający na sfinansowaniu, zaprojektowaniu, budowie, zarządzaniu i świadczeniu usług medycznych w nowym szpitalu powiatowym w Żywcu (przedsięwzięcie zawiera w sobie świadczenie usług, wykonanie dzieła, roboty budowlane oraz inne świadczenia). Partner prywatny zobowiązany jest do utrzymania i zarządzania nowym szpitalem (składnikiem majątkowym), który sam zaprojektował i wybudował. Obowiązki stron tej umowy wskazują, że jej przedmiotem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia w rozumieniu ustawy o PPP.

przedsięwzięciem może być też „inne świadczenie”, co – zgodnie z sygnalizowaną wolą ustawodawcy („Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o PPP”, str. 11) – otwiera katalog możliwych przedsięwzięć na wszelkie dziedziny i rodzaje świadczeń partnera prywatnego.

Mogą one zawierać w sobie zarówno roboty budowlane, świadczenie usług, jak i wykonywanie dzieła. Pamiętać jednak należy, że definicja przedsięwzięcia wymaga, aby świadczenia te były połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany.

UTRZYMANIE LUB ZARZĄDZANIE SKŁADNIKIEM MAJĄTKOWYM

Utrzymanie lub zarządzanie składnikiem majątkowym to konieczne elementy PPP, które odróżniają tę formułę od zamówień publicznych. Nie można mówić o przedsięwzięciu, w rozumieniu ustawy o PPP, a więc i o partnerstwie publiczno-prywatnym bez elementu utrzymania lub zarządzania składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany.

Co ciekawe, ustawa o PPP nie wskazuje bezpośrednio, że czynności z zakresu utrzymania lub zarządzania muszą stanowić obowiązek i ryzyko partnera prywatnego. Niezależnie od tego, czy stan taki uznać należy za niedopatrzanie, czy celowe milczenie ustawodawcy, wydaje się, że cel ustawy – powierzenie w możliwie najszerszym zakresie realizacji zadań publicznych partnerom prywatnym – skłania do wniosku, że to przede wszystkim partner prywatnego musi obciążać obo-

wiązek utrzymania lub zarządzania składnikiem majątkowym. (T. Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Praktyczny komentarz, Lex 2011). W literaturze przedmiotu powszechnie wskazuje się, że to właśnie doświadczenie partnera prywatnego w efektywnym i sprawnym zarządzaniu lub utrzymaniu może być przyczynkiem dla podjęcia decyzji o realizacji określonego przedsięwzięcia w formule PPP.

Z punktu widzenia podmiotu publicznego określone przedsięwzięcie ma bowiem często charakter jednostkowy (np. gmina buduje park wodny lub ośrodek edukacyjny i zrealizowanie jednego przedsięwzięcia w wielu przypadkach wyczerpie potrzeby gminy w tym zakresie), podczas gdy partner prywatny może mieć doświadczenie z realizacji wielu tego typu przedsięwzięć. Z drugiej strony swoboda, jaką ustawodawca pozostawił stronom w kształtowaniu przedmiotu partnerstwa, pozwala uznać, że postanowienia umowy PPP przewidujące wykonywanie czynności z zakresu utrzymania lub zarządzania przez podmiot publiczny są jak najbardziej dopuszczalne.

ZAKRES WSPÓŁPRACY

Dzięki szerokiej definicji PPP oraz definicji przedsięwzięcia PPP ustawa określa rozległe spektrum przedmiotowe dopuszczalnych projektów, które mogą podlegać realizacji w tym trybie. Ustawa nie odnosi się natomiast do zakresu merytorycznego partnerstwa („Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010 r., str. 38). Nie zawiera także przepisu, który ograniczałby jej zastosowanie do realizacji określonych zadań publicznych.

PRZYKŁAD

Umowa PPP zawarta między miastem A (podmiot publiczny) a spółką akcyjną B (partner prywatny). Przedmiotem umowy jest sfinansowanie, zaprojektowanie, budowa i bieżące zarządzanie stadionem miejskim (składnikiem majątkowym jest stadion oraz nieruchomości, na którym się znajduje). Do wykonania tych czynności zobowiązany jest partner prywatny. Jednym z obowiązków podmiotu publicznego jest natomiast budowa dróg dojazdowych, parkingu oraz przyłączy mediów dla stadionu. Co więcej, do zadań podmiotu publicznego należy obowiązek utrzymania infrastruktury zrealizowanej przez podmiot publiczny w należytym stanie. Strony umowy „podzieliły się” zatem obowiązkami dotyczącymi zarządzania lub utrzymania. Każda ze stron zapewnia zarządzanie lub utrzymanie zrealizowanego przez siebie zakresu przedsięwzięcia.

Takiego sformułowania w ustawie o PPP nie ma, co wynikać może z braku definicji takiego pojęcia na gruncie obowiązujących przepisów prawa. Nie oznacza to jednak, że podmioty publiczne są nieograniczone w podejmowaniu współpracy z partnerami prywatnymi w każdym zakresie. Podmioty publiczne podejmują działania wyłącznie w takim zakresie, w jakim mieszczą się one w granicach wyznaczonych im przepisami prawa. Przykładowo, jeżeli chodzi o jednostki samorządu terytorialnego, obszar i potencjał możliwości zaangażowania w PPP określają m.in. „ustawy” samorządowe, tj. ustawa o samorządzie wojewódzkim, ustawa o samorządzie powiatowym i ustawa o samorządzie gminnym.

STRONY W PARTNERSTWIE

Ustawa mówi o współpracy pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym. Konieczne jest zatem rozwinięcie tych pojęć, których definicje legalne – co należy podkreślić – zawiera sama ustawa, aby dokonać testu „legitymacji prawnej” do bycia stroną PPP.

Definicję „podmiotu publicznego” ustawa o PPP zawiera w art. 2 pkt 1. Posługuje się on także pojęciem „osoby prawnej utworzonej w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego”. Stanowi ono implementację do polskiego porządku prawnego wspólnotowego pojęcia podmiotu publicznego. Potrzebami o charakterze powszechnym, niemającymi charakteru przemysłowego ani handlowego, są potrzeby dotyczące ogółu społeczeństwa lub społeczności lokalnych.

Zgodnie z orzecznictwem ETS, pojęcie podmiotu publicznego należy interpretować funkcjonalnie. ETS orzekł, że nie ma wymogu, by zaspokajanie potrzeb leżących w interesie publicznym stanowiło wyłączny i jedyny przedmiot działalności takiego podmiotu (A. Sołtyśńska, „Europejskie zamówienia publiczne”, Warszawa 2012 r. s. 72–80). Nie ma także znaczenia, czy potrzeby, dla których zaspokajania dana osoba prawna została utworzona, mogą być również zaspokajane przez podmioty prywatne (M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, „Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, komentarz do art. 2 Legalis”). Na gruncie ustawy o PPP oraz polskiego porządku prawnego należy uznać, że podmiotami publicznymi (w rozumieniu ustawy o PPP) mogą być np. spółki komu-

nalne realizujące zadania należące do obowiązków jednostek samorządu terytorialnego, np. z zakresu ochrony zdrowia, zaopatrzenia w wodę, lokalnego transportu zbiorowego, gospodarki odpadami.

Charakteru podmiotów publicznych na gruncie ustawy o PPP nie mają tzw. zamawiający sektorowi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych (pzp).

POJĘCIE PARTNERA PRYWATNEGO

Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy o PPP, partnerem prywatnym może być przedsiębiorca lub przedsiębiorca zagraniczny. Ustawa nie zawiera samodzielnej definicji przedsiębiorcy ani nie wskazuje odwołania do definicji tego pojęcia zawartej w innym akcie prawnym.

Nie zagłębiając się w rozważania doktrynalne, uznać należy, że w ustawie o PPP mowa jest o przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Tę bowiem definicję legalną należy uznać za najbliższą potrzebom ustawy o PPP oraz sensowi instytucji prawnej, jaka stanowi partnerstwo publiczno-prywatne. Tak więc za przedsiębiorcę uznać należy osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Przedsiębiorcą zagranicznym jest z kolei osoba zagraniczna (osoba fi-

zyczna nieposiadająca obywatelstwa polskiego, osoba prawna z siedzibą za granicą, jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną posiadającą zdolność prawną z siedzibą za granicą) wykonująca działalność gospodarczą za granicą oraz obywatela polskiego wykonującego działalność gospodarczą za granicą. Partnerem prywatnym nie jest spółka cywilna, ponieważ nie posiada ona osobowości prawnej i nie może być podmiotem praw i obowiązków. Osobowość prawną posiadają natomiast jej wspólnicy i to

PRZYKŁAD

Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. jest osobą prawną, utworzoną w celu dostarczania wody, odprowadzania i oczyszczania ścieków oraz gospodarowania odpadami komunalnymi. Gmina Bytom posiada 100 proc. udziałów w Bytomskim Przedsiębiorstwie Komunalnym Sp. z o.o. Spółka spełnia zatem wymogi definicji podmiotu publicznego, o której mowa w ustawie o PPP. W lipcu 2011 r. Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. rozpoczęło procedurę poszukiwania partnera prywatnego dla przedsięwzięcia (w rozumieniu ustawy o PPP) „Realizacja zadań w zakresie kompleksowej gospodarki odpadami na rzecz gminy Bytom oraz 7 miast regionu w województwie śląskim”.

wspólnikom przysługuje status przedsiębiorców. Wspólnicy spółki cywilnej mogą zatem zostać partnerami prywatnymi.

Ustawa o PPP nie zawiera odpowiednika art. 23 pzp, który przewiduje możliwość wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego (czyli możliwości utworzenia konsorcjum dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia). Mimo braku takiego uregulowania w ustawie o PPP, wydaje się, że nie ma racjonalnych argumentów, aby uznać za niedopuszczalne wspólne ubieganie się o zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Praktyka PPP wskazuje, że przedsiębiorcy często wspólnie biorą udział w postępowaniach mających wyłonić partnera prywatnego.

SPÓŁKA CELOWA JAKO PARTNER PRYWATNY

Z pojęciem partnera prywatnego związane są pojęcia „spółka celowa” oraz spółka „SPV” (ang.: special purpose vehicle). Na gruncie usta-

wy o PPP spółka celowa rozumiana jest jako spółka, którą zawiązać mogą podmiot publiczny i partner prywatny w celu wspólnej realizacji przedsięwzięcia (zgodnie z art. 14 ustawy o PPP).

Od powyższego pojęcia należy jednak odróżnić jeszcze jedną spółkę celową, która może pojawić się w procedurze PPP, a która dla odróżnienia od spółki celowej w rozumieniu art. 14 ustawy o PPP określana jest mianem „SPV”. Otóż spółką „SPV” jest spółka wyłącznie prywatna, utworzona specjalnie w celu realizacji danego przedsięwzięcia, posiadająca charakter przedsiębiorcy oraz występująca w roli partnera prywatnego. Przedmiotowa spółka SPV, która następnie ubiega się o uzyskanie statusu partnera prywatnego, może zostać założona przez:

- 1) jeden podmiot, który wyodrębni taki wehikuł podmiotowy dla realizacji określonego przedsięwzięcia,
- 2) kilka podmiotów, które wspólnie postanawiają wziąć udział w procedurze PPP i dla potrzeb tej procedury zawiązują rodzaj konsorcjum, nadając mu formę wyodrębnionego podmiotu prawnego.

U podstaw decyzji o utworzeniu spółki SPV dla potrzeb udziału w procedurze PPP mogą być różne motywy. Do najczęściej spotykanych należą:

- dążenie do ograniczenia odpowiedzialności przez wyodrębnienie podmiotu, który bierze udział w procedurze PPP, a za którego zobowiązania wspólnicy nie ponoszą odpowiedzialności,
- konieczność wyodrębnienia podmiotu, który w charakterze partnera prywatnego weźmie udział w procedurze PPP, ze względu na

PRZYKŁAD

W procedurze wyboru partnera prywatnego dla przedsięwzięcia „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania – Kontrakt I” bierze udział

spółka ITPOK Sp. z o.o. ITPOK

– fragment firmy tej spółki stanowi skrót nazwy jednego z elementów przedsięwzięcia – Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych. ITPOK Sp. z o.o. powołana została do życia przez podmiot, który zainteresowany jest realizacją przedsięwzięcia, ale z różnych powodów (np. ograniczenie odpowiedzialności, jasna struktura finansowania, zastosowanie metody finansowania project finance) nie chce występować bezpośrednio jako partner prywatny, więc zdecydował, że tę rolę przyjmie ITPOK Sp. z o.o.

PRZYKŁAD

Miasto Poznań prowadzi procedurę wyboru partnera prywatnego dla przedsięwzięcia „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania – Kontrakt I”.

Procedura prowadzona jest w formule dialogu konkurencyjnego, a z 11 podmiotów, które złożyły wnioski o udział w postępowaniu, wybrano 5, które zostały zaproszone do fazy dialogu. Wśród nich znajdują się wspólnie ubiegające się o zawarcie umowy PPP DALVEO POZNAŃ Sp. z o.o., DALVEO POZNAŃ OPCO Sp. z o.o., CNIM POZNAŃ Sp. z o.o. oraz PBG OPERATOR Sp. z o.o.

wymogi instytucji finansującej dotyczące przyszłego finansowania przedsięwzięcia realizowanego w ramach PPP lub ze względu na już istniejące finansowane przedsięwzięcia partnera prywatnego, które nie mogą być – zgodnie z wymogami instytucji finansującej – łączone z innymi przedsięwzięciami,

- konieczność stworzenia konsorcjum przez szereg podmiotów, które łącznie dysponują niezbędnym know-how dla realizacji przedsięwzięcia, a nie decydują się na przyjęcie wyłącznie rozwiązania kontraktowego w tym zakresie,
- konieczność wyodrębnienia organizacyjnego dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia i zapewnienia transparentności rozliczeń przychodów i kosztów generowanych przez dane przedsięwzięcie.

KTO ZACZAŁ, TEN KOŃCZY

Niezwykle ważna jest konieczność zapewnienia tożsamości podmiotowej po obu stronach przez cały okres partnerstwa publiczno-prywatnego.

Dotyczy to całej procedury PPP – dla podmiotu publicznego od chwili opublikowania informacji w przedmiocie planowanego PPP, natomiast dla partnera prywatnego od momentu złożenia wniosku o zawarcie umowy PPP, a więc od momentu wyrażenia zainteresowania procedurą PPP. Podmiot publiczny, który ogłosił informację o planowanym PPP, winien następnie przeprowadzić postępowanie w przedmiocie wyboru partnera prywatnego z zainteresowanymi podmiotami, a potem zawrzeć umowę PPP. Podobnie po stronie partnera prywatnego – podmiot, który złożył wniosek o zawarcie umowy PPP, winien następnie złożyć ofertę i zawrzeć umowę PPP. Nie jest dopuszczalne, aby np. jeden podmiot złożył ofertę, a następnie wskazał inny podmiot do zawarcia umowy PPP.

CESJA OKREŚLONYCH PRAW

Zastrzeżenia te nie stoją na przeszkodzie dokonywaniu cesji określonych praw (wierzitelności) przewidzianych umową PPP lub powstałych w wyniku jej wykonywania, jeśli umowa PPP nie zawiera odmiennych zastrzeżeń w tym zakresie, a dokonanie cesji nie jest wyłączone z mocy ustawy lub ze względu na naturę określonego zobowiązania.

Z natury instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego nie można wysnuwać generalnego wniosku co do niemożności dokonywania cesji. Oczywiście, wymagane jest zachowanie w tym zakresie szczególnej ostrożności.

Tu może pojawić się pytanie o praktyczną doniosłość rozważań nad dopuszczalnością cesji praw z umowy PPP. Otóż większość projektów PPP nie jest finansowana przez partnera prywatnego z własnych zasobów finansowych, lecz z kapitału pozyskanego od banków lub innych instytucji kredytowych. Z możliwością pozyskania takiego kapitału na korzystnych warunkach łą-

czy się konieczność zapewnienia „bankowalności” umowy PPP, a więc osiągnięcia warunków realizacji przedsięwzięcia, które pozwolą na zaciągnięcie długu na jego realizację w postaci kredytu udzielonego przez bank lub inną instytucję kredytową. Z kolei „bankowalność” umowy PPP łączy się z możliwością ustanowienia na rzecz instytucji udzielającej finansowania zabezpieczeń, w tym zabezpieczeń w postaci choćby cesji praw w zakresie strumienia przychodów, który ma generować przedsięwzięcie. Stąd powyższe zagadnienie ma niezwykle istotne znaczenie praktyczne, a jego zrozumienie jest jednym z warunków udanego partnerstwa.

PRZYSTĄPIENIE DO DŁUGU

Należy mocno podkreślić niedopuszczalność dokonania przez którąkolwiek ze stron umowy PPP cesji całokształtu praw z tej umowy oraz zwalniającego wstąpienia w miejsce tej strony jako dłużnika z umowy PPP osoby trzeciej, choćby nawet takie zwalniające przejęcie długu dokonywane było za zgodą drugiej strony. Umowa PPP nie może przewidywać możliwości „wyjścia” z przedmiotowej umowy przez którąkolwiek ze stron i wstąpienia w jej miejsce osoby trzeciej. Możliwe jest natomiast (o ile umowa PPP nie stanowi inaczej) kumulatywne przystąpienie do długu osoby trzeciej po określonej stronie. Przemawiają za tym następujące argumenty:

strony, które zawarły umowę PPP, cały czas pozostają jej stronami, a więc zostaje w tym zakresie zachowania tożsamość podmiotowa stron, które były uczestnikami postępowania w przedmiocie wyłonienia partnera prywatnego, nie uchybia to pierwotnym uprawnieniom, które strony względem siebie zachowują i nadal każda z nich może dochodzić wykonania zobowiązania od swojego pierwotnego dłużnika,

pozycja żadnej ze stron nie ulega pogorszeniu – ich prawa nie ulegają uszczupleniu ani ich obowiązki nie ulegają ograniczeniu, a atutem jest to, że strona uprawniona zyskuje dodatkowego dłużnika i może dochodzić wykonania zobowiązania już nie tylko od pierwotnego dłużnika, ale także od osoby, która przystąpiła kumulatywnie do długu, jak również od wszystkich dłużników lub od niektórych z nich.

Powyższego zakazu „wyjścia” z umowy PPP przez którąkolwiek ze stron w drodze cesji wszystkich praw i zwalniającego przejęcia długu nie należy utożsamiać z możliwością rozwiązania umowy PPP, jak również z możliwością odstąpienia od umowy PPP w przypadkach w niej wskazanych lub wynikających z przepisów prawa, co należy uznać za dopuszczalne (z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z przepisów prawa).

PRZYDATNOŚĆ FORMUŁY PPP

Jakie przedsięwzięcia nadają się lub warto realizować w tej procedurze? To pytanie nie znajduje dotychczas jednoznacznej odpowiedzi. Wynika to w dużej mierze z faktu ciągle jeszcze płytkiego rynku projektów PPP w Polsce i związanego z tym braku pogłębionych doświadczeń w zakresie praktycznej ich oceny.

Poza koniecznością spełnienia wcześniej opisanych aspektów formalnych, a zatem wymogów dotyczących strony podmiotowej (podmiot publiczny i partner prywatny w rozumieniu ustawy o PPP) oraz przedmiotowej (przedsięwzięcie w rozumieniu ustawy o PPP), w odniesieniu do poszczególnych przedsięwzięć może pojawiać się szereg innych wymogów uzasadniających celowość ich realizacji. W tym zakresie często może dochodzić do konfliktu interesów podmiotu publicznego i partnera prywatnego, gdyż ten ostatni zazwyczaj będzie kierował się względami natury czysto komercyjnej czy ekonomicznej.

Trudno ustalić jakąś jedną systematykę projektów, które warto realizować w formule PPP, ale można pokusić się o ogólne stwierdzenia.

I tak, w przypadku przedsięwzięć, w których partner prywatny zamierza ponieść wydatki na realizację przedsięwzięcia w całości lub w części, korzystając z finansowania długiem w postaci kredytu bankowego, do realizacji wskazane są projekty oceniane przez bank lub inną instytucję kredytową jako „bankowalne”, a więc zapewniające akceptowalny dla banku poziom ryzyka przy udzieleniu kredytu.

STRUMIEŃ PRZYCHODÓW

Z punktu widzenia formuły project finance do realizacji w formule PPP winny być kierowane przedsięwzięcia, które są w stanie generować określony

strumień przychodów. Strumień ten winien umożliwiać obsługę źródła finansowania przedsięwzięcia oraz uzyskanie zwrotu na kapitale. Biorąc pod uwagę długoterminowość projektów PPP, ważne jest, aby strumień przychodów korespondował w czasie z okresem spłaty finansowania i uzyskania określonej stopy zwrotu na kapitale.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na fakt, że wynagrodzenie partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia realizowanego w PPP może polegać nie tylko na prawie do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa, ale również na określonych płatnościach ze strony podmiotu publicznego. Niektóre z przedsięwzięć mogą nie kreować strumienia przychodów ze strony ich użytkowników lub strumień ten może nie być skierowany bezpośrednio do partnera prywatnego, co nie wyklucza realizacji takich przedsięwzięć w formule PPP. Wynagrodzenie partnera prywatnego może bowiem polegać również na uzyskiwaniu od podmiotu publicznego płatności z tytułu osiąganych przez niego oszczędności, np. wskutek termomodernizacji budynków komunalnych.

OCHRONA ZDROWIA

W świetle przepisów dotyczących finansowania świadczeń leczniczych wydaje się, że w chwili obecnej szczególnie trudne są projekty PPP w sektorze ochrony zdrowia. Wynika to faktu krótkoterminowości kontraktów zawieranych z NFZ oraz braku pew-

ności co do ich powtarzalności w tej samej wartości w kolejnych okresach.

Projekty w tym obszarze są jednak realizowane (np. szpital powiatowy w Żywcu) i planowane. Wydaje się, że tu kluczem do sukcesu mogą okazać się gwarancje ze strony organów założycielskich lub dopuszczenie łączenia świadczenia usług finansowanych z kontraktów publicznych z realizacją procedur finansowanych z prywatnych zasobów, w tym z ubezpieczeń kosztów leczenia, bowiem rozwój tego rynku ciągle jeszcze przed nami.

Generalnie można stwierdzić, że nie sposób jednoznacznie wykluczyć z realizacji w formule PPP żadnego projektu, który spełnia kryteria ustawowe. Odpowiednie określenie podziału zadań i ryzyk może prowadzić do tego, że każde przedsięwzięcie w określonych warunkach spotka się z zainteresowaniem potencjalnych partnerów prywatnych.

PRZYKŁAD

Gmina Radzionków oraz Siemens Sp. z o.o. zawarły umowę PPP na mocy której Siemens Sp. z o.o. zobowiązana jest do sfinansowania i wykonania termomodernizacji pięciu obiektów szkolnych. Siemens Sp. z o.o. udzieliła gwarancji na zmniejszenie zużycia ciepła oraz energii potrzebnej na oświetlenie obiektów, a od rzeczywistych oszczędności uzależniona została kwota wynagrodzenia należnego Siemens Sp. z o.o.

FAKTY I MITY O PPP

Partnerstwo publiczno-prywatne nie jest metodą na finansowanie realizacji zadań publicznych. Nie jest też kołem ratunkowym w warunkach deficytu finansów publicznych. PPP oznacza współpracę między stroną publiczną a prywatną.

W przypadku braku dostępności środków finansowych podmioty publiczne mogą oczywiście sięgać po PPP jako metodę realizacji swych zadań, która pozwala na podzielenie się ciężarem finansowania z partnerem prywatnym. Nie może to jednak być jedyny powód wyboru PPP. Należy bowiem pamiętać, że partner prywatny działa w warunkach rynkowych, zakładających osiągnięcie zysku i dany projekt ma przynieść mu konkretny sukces komercyjny.

Zgodnie z art. 7 ustawy o PPP, przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości lub części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę третią. Ustawa przewiduje, że zobowiązanie partnera prywatnego ograniczone może być tylko do zobowiązania, a wydatki na realizację przedsięwzięcia ponieść może osoba третия.

Rozwiązanie, w którym to właśnie podmiot третия, a więc nie partner prywatny czy podmiot publiczny, weźmie na siebie zasadniczą część ciężaru finansowania przedsięwzięcia, występuje w praktyce najczęściej. Wydaje się, że ratio legis przedmiotowego przepisu jest podkreślenie roli zaangażowania podmiotów innych niż partner prywatny i pod-

miot publiczny, np. banków, w realizację przedsięwzięcia (M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, komentarz do art. 7. Legalis). Nie należy zapominać, że w przypadku gdy partner prywatny zobowiązuje się, iż osoba третия (np. bank) w pewnej części sfinansuje przedsięwzięcie, to partner prywatny, a nie osoba третия, odpowiada wobec podmiotu publicznego za wykonanie tego zobowiązania. W przypadku braku uzyskania finansowania od osoby третия, do czego zobowiązał się partner prywatny, umowa o PPP może przewidywać określone sankcje (np. kary umowne dla partnera prywatnego).

Z zagadnieniem pełnego lub częściowego finansowania przedsięwzię-

prywatnych, nie są więc stronami umów o PPP. Z drugiej strony ich rola, jako ponoszących wydatki na realizację przedsięwzięcia, jest bardzo ważna. Dlatego wskazana jest konsultacja założeń danego projektu PPP z podmiotami finansującymi jeszcze przed ogłoszeniem postępowania na wybór partnera prywatnego. Także potencjalni partnerzy prywatni powinni przystępować do procedury wyboru partnera po uprzednich konsultacjach ze współpracującymi z nimi instytucjami finansowymi (jeśli przewidują ich udział w sfinansowaniu przedsięwzięcia). Im wcześniej kwestia roli podmiotów finansujących pojawi się w rozmowach między podmiotami publicznymi a partnerami prywatnymi, tym lepiej dla realizowanych dla nich projektów.

W przypadku udziału podmiotów finansujących przedsięwzięcie zysk



Fot. @Fotolia.com

cia przez osoby третия wiąże się pytanie o rolę tego podmiotu (podmiotu finansującego) w relacjach podmiot publiczny – partner prywatny oraz omawiane już pojęcie tzw. bankability czy też „bankowości” projektu.

Podmioty finansujące nie występują przeważnie w roli partnerów

z projektu musi zakładać zwrot zainwestowanego przez podmiot publiczny kapitału wraz z kosztami tego finansowania (odsetki, opłaty). Przedsięwzięcie PPP, które pozwoli partnerowi prywatnemu osiągnąć zysk, a podmiotowi finansującemu uzyskać zwrot zainwestowanego ka-

- Po pierwsze: podkreślić należy, że PPP to jedynie środek realizacji celów, a nie cel sam w sobie. W szczególności powierzenie realizacji zadania publicznego stronie prywatnej nie oznacza, że podmiot publiczny zwolniony jest z odpowiedzialności za realizację swych ustawowych obowiązków.
- Po drugie: umowa PPP zawiera postanowienia dotyczące bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez podmiot publiczny. Podmiotowi publicznemu powinny przysługiwać nadane mu umową PPP uprawnienia służące weryfikacji, czy partner prywatny właściwie realizuje powierzone mu zadania oraz czy zachowana jest zasada, że realizacja przedsięwzięcia przynosi większe korzyści niż tradycyjna forma realizacji zadań publicznych,

a także instrumenty pozwalające wpłynąć na działania partnera prywatnego, jeżeli pozostają one w sprzeczności z celem umowy.

- Po trzecie: w przypadku PPP sektor publiczny zazwyczaj zachowuje prawo własności środka majątkowego, podczas gdy prywatyzacja zakłada przejęcie tej własności przez sektor prywatny.

- Po czwarte: należy mieć na uwadze, że zgodnie z umową o PPP wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, co w połączeniu z wynagrodzeniem partnera prywatnego sprawia, że względy ekonomiczne zmuszają go do efektywnego realizowania przedsięwzięcia.

pitału oraz wynagrodzenie – marżę w postaci kosztów finansowania, nazywa się potocznie „bankowalnym” (od angielskiego słowa „bankability”), co oznacza zdolność do uzyskania przez instytucję udzielającą finansowania zwrotu udzielonego kapitału wraz z należnym wynagrodzeniem. W przypadku przedsięwzięć finansowanych przez podmiot finansujący to czy są one „bankowalne”, czy też nie, równoznaczne jest z możliwością ich realizacji lub jej brakiem.

W przypadku przedsięwzięcia, którego ciężar finansowania ponosi podmiot finansujący, a odpowiedzialność za rzeczywistą dostępność finansowania ponosi partner prywatny, przyszłe strony umowy o PPP muszą dolożyć należytych starań, by struktura przedsięwzięcia oraz umowa o PPP przewidywała rolę podmiotu finansującego oraz jego interesy. Na etapie kształtowania istotnych warunków przyszłej umowy o PPP warto rozważyć możliwość ustanowienia zabezpieczeń na rzecz podmiotu finansującego, opcję przeniesienia na niego prawa do wynagrodzenia czy też mechanizm dopuszczający wprowadzanie do umowy takich zmian, które pozwolą uzyskać finansowanie przedsięwzięcia.

PPP TO NIE PRYWATYZACJA

Realizacja przedsięwzięcia w formule PPP niejednokrotnie oznacza, że świadczenie, tradycyjnie realizowane środkami i działaniami podmiotu publicznego, bierze na swoje barki partner prywatny. Działanie sektora prywatnego, tradycyjnie nastawionego na zysk w obszarach społecznie wrażliwych, jak np. ochrona zdrowia, zapewnienie dostępu do wody pitnej może budzić obawy, czy realizacja takiego przedsięwzięcia we współpracy z partnerem prywatnym nie przyniesie podmiotowi publicznemu i potencjalnym interesantom (społeczności lokalnej, pacjentom itd.) więcej szkód niż korzyści. Obawy te, jak pokazuje praktyka, są w ogromnej części nieuzasadnione.

PROBLEM CZWARTEGO P

Idea partnerstwa publiczno-prywatnego, jako mechanizmu zakładającego kontakt sektora prywatnego i publicznego, od zawsze budziła obawy o przejrzystość procesu negocjacyjnego i potencjalne nadużycia środków publicznych. Obawy te w trakcie okresu obowiązywania ustawy o PPP okazały się bezpodstawne.

Partnerstwo publiczno-prywatne jest uregulowane przepisami o ran-

dze ustawowej. PPP to jedna z metod realizacji zadań publicznych i powinno być stawiane na równi z okrzepłymi już mechanizmami zamówień publicznych. Podkreślić należy również, że sam proces wyłaniania partnera prywatnego podlega regulacjom pzp lub ustawy o koncesji, które na pierwszym miejscu stawiają zasadę uczciwej konkurencji oraz jawności postępowania. Umowy o PPP podlegają ujawnianiu na zasadach przewidzianych przez ustawę o dostępie do informacji publicznej.

PPP JAKO REMEDIUM NA...

Partnerstwo publiczno-prywatne nie jest środkiem, który stanowi idealną formę realizacji wszelkiego rodzaju projektów. Nie każde zamierzenie strony publicznej warto i opłaca się realizować w tej formule. Nieraz tańsze i skuteczniejsze będą formy tradycyjne.

Dlatego każdą decyzję o zastosowaniu PPP powinna poprzedzić szczegółowa analiza zalet i wad realizacji przedsięwzięcia w określonym modelu, której celem jest stwierdzenie, czy sięgnięcie po formułę PPP jest lepsze, tańsze i bardziej efektywne od metod tradycyjnych. PPP nie jest celem samym w sobie ani metodą ominięcia limitów zadłużenia.

ANALIZY PRZEDREALIZACYJNE

Podmiot publiczny winien w każdym przypadku rozważyć, czy PPP jest najlepszą metodą realizacji danego projektu. Niezwykle istotne jest podjęcie analiz poprzedzających decyzję o implementacji tej formuły oraz zaangażowanie w raczej czasochłonną i absorbującą procedurę wyboru partnera prywatnego i opracowania ostatecznej koncepcji przedsięwzięcia.

Dostępne na polskim rynku poradniki, w tym także opracowane na zlecenie administracji publicznej, zawierają szereg zaleceń natury ogólnej, które z całą pewnością warto rozważyć, analizując zasadność PPP. Proponuje się na przykład ujęcie PPP w założeniach polityki lokalnej, czyli określenie zadań publicznych spoczywających na podmiocie publicznym, które mogą być realizowane w tej formule oraz umieszczanie PPP jako sposobu finansowania inwestycji w lokalnych programach i planach wieloletnich. Sugerowane jest powołanie zespołu wdrożeniowego, który będzie prowadził działania związane z realizacją przedsięwzięć PPP, przy czym zespół lub zespoły winny zajmować się przede wszystkim konkretnymi projektami, a nie promocją PPP. Chodzi o skupienie wiedzy eksperckiej i odpowiedzial-

ności za ułożenie relacji z partnerem prywatnym w jednym ośrodku, a także przygotowanie akceptowalnych form współpracy z partnerem prywatnym i jej realizacji. Wspomniane działania przygotowawcze mają umożliwić podmiotowi publicznemu przeprowadzenie działań poprzedzających podjęcie decyzji o zastosowaniu formuły PPP. W tym celu podmiot publiczny musi udzielić odpowiedzi na następujące pytania:

Jakie przedsięwzięcie chcemy zrealizować? Cemu i komu ma służyć?

Po stronie podmiotu publicznego istnieć musi jasność co do celów i efektów przedsięwzięcia, które chce osiągnąć. Należy rozważyć, czy istnieją niezaspokojone potrzeby uzasadniające realizację danego przedsięwzięcia oraz w jaki sposób można owe potrzeby zaspokoić efektywnie i racjonalnym nakładem środków (value for money). Podmiot publiczny musi choć w przybliżony sposób zdefiniować użytkowników końcowych przedsięwzięcia i określić, jak duży jest po ich stronie popyt oraz czy i jak dużo są oni w stanie za dostęp do przedsięwzięcia zapłacić. Powinien w sposób jasny i precyzyjny umieć zdefiniować swoje cele, które chce osiągnąć oraz potrzeby, które chce zaspokoić.

Jakie korzyści przyniesie przedsięwzięciu udział partnera prywatnego?

Należy rozważyć, czy generalna zasada, że sektor prywatny jest zdolny do realizacji postanowionych zadań lepiej, taniej i szybciej, ma zastosowanie w przypadku rozważanego

przedsięwzięcia. Podmiot publiczny winien ocenić, jakie zalety, wartościowe dla przedsięwzięcia, posiada partner prywatny. Może to być bogaty know-how, efektywny sposób zarządzania, dostępność rozwiązań, których strona publiczna nie posiada, niższe koszty przyszłego utrzymania, korzystny dla strony publicznej rozkład ryzyk itp. Nie ma sensu angażowanie partnera prywatnego w przypadku, gdy ten sam cel, tym samym kosztem można osiągnąć samodzielnie.

Czy partner prywatny zainteresowany będzie poniesieniem wydatków na realizację przedsięwzięcia, czy weźmie na siebie obowiązek zarządzania i utrzymywania składnika majątkowego?

Należy rozważyć, czy i dlaczego partner prywatny może chcieć ponieść wydatki na realizację przedsięwzięcia, pamiętając, że jego celem jest zysk, czyli przewaga przychodu z przedsięwzięcia nad poniesionymi kosztami. Odpowiedzi wymaga pytanie, czy finansowanie organizowane przez partnera prywatnego jest dostępniejsze niż to, którym dysponuje (lub nie dysponuje) podmiot publiczny. Jakie potencjalne korzyści może przynieść przedsięwzięciu fakt, że zarządzanie i utrzymanie składnika majątkowego będzie leżało w zakresie obowiązków partnera prywatnego.

W jaki sposób partner prywatny może osiągnąć zysk z realizacji przedsięwzięcia?

Należy rozważyć, w jaki sposób będzie płatne i z jakiego źródła będzie pochodzić wynagrodzenie partnera prywatnego. Może ono pocho-

dział od pomiotu publicznego, może być prawem do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego albo stanowić mieszankę obu tych metod. Wyjaśnić należy, która z metod jest możliwa do zastosowania i czy jest atrakcyjna dla partnera prywatnego.

Jakie środki podmiot publiczny może przeznaczyć na realizację przedsięwzięcia?

Na mocy umowy o PPP podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności przez wniesienie wkładu własnego. Podmiot publiczny musi ocenić, jakimi środkami finansowymi dysponuje, jakie zobowiązania jest w stanie podjąć oraz czy dysponuje składnikiem majątkowym, który służyć będzie realizacji przedsięwzięcia. W skrócie sprowadza się to do odpowiedzi na pytanie, co partner publiczny może „wnieść” do przedsięwzięcia oraz jakie ryzyka podjąć.

Jaka może być skala przedsięwzięcia i czy możliwe jest jego sfinansowanie?

W pytaniu celowo użyto zwrotu „jaka może być skala” zamiast „jaka jest skala”. W naszej ocenie na etapie analiz przedrealizacyjnych zwykle trudno jest ustalić szczegóły przyszłego przedsięwzięcia oraz jego wielkość. Może okazać się, że szacunki strony publicznej i prywatnej różnią się znacząco, a do realizacji założonych przez podmiot publiczny celów wystarczy przedsięwzięcie o skali mniejszej niż zakładana. Pozwoli to zaoszczędzić środki i czas oraz pozytywnie wpłynie na efektywność przedsięwzięcia (value for money raz jeszcze) i uniknąć zbędnych kosztów realizacji oraz późniejszego utrzymania lub zarządzania.

Oczywiście, bywa też odwrotnie – może się okazać, że skala przedsięwzięcia musi być znacznie większa niż zakładano albo obejmować dodatkowe elementy, których nie uwzględniono w pierwotnej koncepcji. Na marginesie warto wskazać, że dobrze sformułowana umowa PPP powinna uwzględniać także konieczność późniejszego dostosowania przedsięwzięcia (np. w drodze przebudowy, rozbudowy lub innych modyfikacji) do zmian zarówno w sytuacji rynkowej, zwiększonego lub zmniejszonego popytu na określone świadczenia, jak i wynikających np. z otoczenia prawnego danego projektu.

ANALIZY WSTĘPNE

Wyżej opisane zagadnienia ułatwią odpowiedź na zasadnicze pytanie, czy dane przedsięwzięcie realizowane może być w formule PPP. W tym zakresie pomocne może być także przeprowadzenie analiz wstępnych obejmujących przykładowo:

- badanie wstępne analizy ryzyka rynku,
- wstępne analizy prawne i finansowe,
- konsultacje społeczne,
- ocenę możliwości finansowych podmiotu publicznego,
- wybór profesjonalnego doradcy.

Wskazane jest także opracowanie wstępnego studium wykonalności projektu.

ANALIZY ZASADNICZE

Celem tego etapu jest opracowanie modelu realizacji przedsięwzięcia oraz jego prawnych i finansowych uwarunkowań. Wskazane jest, aby podmiot publiczny, po przeprowadzeniu analiz wstępnych, co najmniej zakładał, że realizacja przedsięwzięcia w formule PPP jest rozwiązaniem najkorzystniejszym, lep-

szym niż inne dostępne alternatywy. Celem podmiotu publicznego na tym etapie jest określenie wstępnych i preferowanych przez niego cech przedsięwzięcia, jak:

- struktura projektu – określenie podmiotów zaangażowanych w projekt oraz relacji między nimi, ewentualna decyzja o możliwości powołania spółki celowej,
- opis stanu składników majątkowych, które mogą być przedmiotem wkładu własnego oraz określenie zasad wniesienia tego wkładu,
- określenie głównych praw i obowiązków stron przyszłej umowy,
- schemat finansowania przedsięwzięcia,
- określenie sposobu wynagradzania partnera prywatnego,
- ryzyka, jakie strona publiczna jest gotowa przyjąć, a jakie winny spoczywać na partnerze prywatnym,
- ryzyko przekroczenia limitów zadłużenia lub wskaźników długu publicznego.

IDEA I CEL

Celem analiz po stronie podmiotu publicznego jest należyte przygotowanie do procedury wyboru partnera prywatnego.

Analizy służą zebraniu danych, które użyte zostaną do opracowania ogłoszenia o rozpoczęciu procedury wyboru partnera prywatnego. Ogłoszenie takie nie musi, a wręcz nie powinno zbyt szczegółowo opisywać wszystkich aspektów przedsięwzięcia. Powinno natomiast jasno i precyzyjnie określać cele, jakie postawił przed sobą podmiot publiczny.

W przypadku, gdy analizy przedrealizacyjne wskażą, że PPP jest optymalnym modelem przedsięwzięcia, podmiot publiczny może przystąpić do procedury wyboru partnera prywatnego.

WYBÓR PARTNERA PRYWATNEGO

Przepisy ustawy o PPP nie zawierają postanowień konstytuujących odrębną procedurę wyboru partnera prywatnego.

Art. 4 ust. 3 ustawy o PPP przewiduje, że w przypadku, w którym nie mają zastosowania ani ustawa o koncesji, ani pzp, wyboru partnera dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, z odpowiednim uwzględnieniem przepisów ustawy o PPP, zaś w sytuacji wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością także ustawy o gospodarce nieruchomościami.

Ten tryb znajdzie zastosowanie do partnerstw, do których nie stosuje się ani ustawy o koncesji, ani pzp, lub które nie mieszczą się w ustawowej definicji „partnerstwa publiczno-prywatnego” czy „koncesji”, czyli np. zamówienia i koncesje w sektorze telekomunikacyjnym, umowy spółki mieszanej, w której spółka nie będzie ani zarządzać, ani utrzymywać składnika majątkowego.

Dotychczasowa praktyka wskazuje, że zdecydowana większość postępowań w sprawie wyboru partnera prywatnego prowadzonych przez JST odbywa się zgodnie z ustawą o koncesji lub pzp. Z tego właśnie względu tryby te zostaną poddane dalszej analizie, ze szczególnym uwzględnieniem ustawy o koncesji.

USTAWA O KONCESJI CZY PZP?

Podstawą wyboru jednego z dwóch konkurencyjnych aktów jest rodzaj wynagrodzenia dla partnera prywatnego. W myśl art. 4 ust. 1–2 ustawy o PPP, w przypadku gdy wynagrodzeniem jest prawo do

pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, przy wyborze stosuje się przepisy ustawy o koncesji, zaś w innych przypadkach pzp.

Art. 4 ustawy o PPP nie wprowadza ograniczeń co do formy wynagrodzenia partnera prywatnego. W konsekwencji możliwe są takie formy wynagrodzenia, jak np. przeniesienie na partnera prywatnego prawa własności rzeczy, w tym nieruchomości, uprzywilejowane prawo do dywidendy spółki celowej, a także inne formy wynagrodzenia. Może ono w całości polegać na zapłacie sumy pieniężnej ze strony podmiotu publicznego.

Przy wskazaniu rodzaju wynagrodzenia art. 4 ustawy o PPP posługuje się pojęciem „przede wszystkim”. Wydaje się, że zamysłem ustawodawcy było, by ustawa o koncesji stosowana była w przypadku, gdy prawo do pobierania pożytków będzie stanowiło przeważającą część wynagrodzenia partnera prywatnego, a więc gdy jego wartość będzie większa niż 50 proc., a inne składniki wynagrodzenia (zapłata sumy pieniężnej, przyznanie prawa własności nieruchomości) łącznie nie będą stanowiły wartości większej niż prawo do pobierania pożytków.

Jeśli w trakcie negocjacji lub dialogu konkurencyjnego okaże się, że forma wynagrodzenia będzie inna, uzasadniająca inną podstawę prawną wyboru partnera prywatnego, konieczne będzie unieważnienie postępowania i przeprowadzenie go w całości od nowa.

PRZYKŁAD 1.

Projekt PPP polegający na budowie parkingu miejskiego

48 proc. wynagrodzenia partnera prywatnego pochodzi z opłat od użytkowników parkingu, 20 proc. to płatności podmiotu publicznego, 10 proc. to wartość uprzywilejowania w prawie do dywidendy (projekt realizowany przez spółkę celową), a 22 proc. to wartość nieruchomości, która przyznana zostanie partnerowi prywatnemu. Choć opłaty od użytkowników to duża część wynagrodzenia partnera prywatnego, pozostałe jego części, niestanowiące prawa do pobierania pożytków, mają wartość bezwzględnie większą. Wybór partnera prywatnego odbędzie się w trybie znanym z pzp.

OGŁOSZENIE

Podmiot publiczny wszczyną postępowanie poprzez publikację ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w przypadku, gdy największą część wynagrodzenia stanowią będą pożytki ze świadczonej usługi lub pożytki z tej usługi wraz z płatnością podmiotu publicznego. Natomiast w przypadku, gdy największą część wynagrodzenia partnera prywatnego stanowią będą pożytki z prawa do korzystania z wytworzonych lub eksploatowanych składników majątkowych – przez publikację ogłoszenia przesłanego do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Treść ogłoszenia określa art. 11 ustawy o koncesji.

PRZYKŁAD 2.

Projekt PPP polegający na budowie ośrodka zdrowia – podmiotem publicznym jest powiat

20 proc. łącznej kwoty wynagrodzenia to zapłata sumy pieniężnej. Reszta pochodzi z działalności medycznej, jaka świadczona będzie w przedmiocie PPP, w tym z kontraktu z NFZ. Wybór partnera odbędzie się w trybie znanym z ustawy o koncesji.

Podmiot publiczny zobowiązany jest dokonać opisu przedmiotu koncesji. Winno zawierać także opis potrzeb i wymagań podmiotu publicznego.

Ogłoszenie określa również miejsce i termin (bliżej wskazany w art. 12 ustawy o koncesji) składania wniosków o zawarcie umowy, a także kryteria oceny ofert oraz, o ile to możliwe, ich znaczenia, warunki udziału w postępowaniu i informacje dotyczące wadium, o ile obowiązek jego wniesienia przewiduje podmiot publiczny.

Podmiot publiczny winien jest także wskazać warunki uznania oferty za nieodpowiadającą wymaganiom. Ustawa o koncesji nie zawiera odpowiednika art. 89 ust. 1 pzp, dlatego też wyszczególnienie wyżej wskazanych przesłanek jest niezwykle istotne. Tylko na ich podstawie można „odrzuć” ofertę, czyli nie dopuścić do jej oceny i porównania.

WNIOSKI PARTNERÓW

Potencjalny partner składa wniosek o zawarcie umowy koncesji (umowy PPP) oraz oświadczenie o spełnianiu warunków opisanych w ogłoszeniu. Co ważne, kandydat nie musi załączać do wniosku żadnych dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków,

wystarczy wspomniane oświadczenie.

Podmiot publiczny nie ma prawa żądać od niego jakichkolwiek innych dokumentów, z zastrzeżeniem innych oświadczeń związanych z wykonywaniem przedmiotu koncesji (przedmiotu PPP), o ile taki wymóg został przewidziany w ogłoszeniu. W przypadku, gdy złożony wniosek nie zawiera oświadczenia o spełnianiu warunków lub innych oświadczeń, podmiot publiczny nie przyjmuje wniosku, o czym informuje kandydata.

NEGOCJACJE

Podmiot publiczny zobowiązany jest zaprosić do negocjacji wszystkich kandydatów, którzy złożyli wnioski zgodnie z opisanymi wyżej wymaganiami. Negocjacje mogą dotyczyć wszystkich aspektów technicznych, finansowych i prawnych. Właśnie możliwość prowadzenia głębokich negocjacji jest jedną z najistotniejszych zalet partnerstwa publiczno-prywatnego.

Często popełnianym błędem jest postępowanie niektórych podmiotów publicznych, które uzyskawszy od doradcy projekt umowy na etapie przygotowywania ogłoszenia o PPP, prowadzą postępowanie w zakresie negocjacji, jednak jedynie z powodów natury czysto formalnej i bez zamiaru dokonywania jakichkolwiek zmian w raz otrzymanym projekcie. Należy uznać, że w granicach prawa strony mają pełną swobodę kształtowania treści umowy PPP.

Co szczególnie wymaga podkreślenia, przedmiotem negocjacji może być de facto całokształt uwarunkowań danego przedsięwzięcia, tj. każdy element umowy PPP, co oczywiście nie może prowadzić do pozbawienia jej koniecznych elementów

wymaganych ustawowo (essentialia negotii).

Po zakończeniu negocjacji podmiot publiczny zaprasza kandydatów, z którymi je prowadził, do składania ofert. Równocześnie przekazuje im opis warunków partnerstwa, który powinien zawierać informacje zawarte w ogłoszeniu oraz termin związania ofertą, określenie opłat za korzystanie z przedmiotu PPP przez podmiot publiczny lub osoby trzecie (o ile jest to podyktowane warunkami PPP) oraz pouczenie o możliwości wniesienia skargi.

Podmiot publiczny wyznacza również termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Złożone oferty mogą być wyjaśniane, precyzowane lub dopracowywane, ale nie może to prowadzić do zmiany oferty lub warunków zawartych w opisie warunków PPP.

WYBÓR PARTNERA W OPARCIU O PZP

Przepisy pzp znajdują zastosowanie do wyboru partnera prywatnego w przypadku, gdy wynagrodzeniem partnera prywatnego nie jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego albo nie jest przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej.

Najczęściej stosowanymi trybami będą: dialog konkurencyjny, który jest trybem wprowadzonym specjalnie dla wyboru partnera prywatnego, oraz negocjacje z ogłoszeniem.

Zgodnie z PZP, dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialo-

gu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

- nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można dostatecznie opisać przedmiotu zamówienia lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia,
- cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Drugie z tych kryteriów, w związku z brzmieniem art. 6 ustawy o PPP, jest w przypadku PPP zawsze spełnione. Z kolei spełnienie pierwszego zależy od tego, czy podmiot publiczny jest w stanie określić przedmiot PPP na tyle dokładnie, by możliwe było skorzystanie z trybu przetargu nieograniczonego. Doświadczenia wskazują, że może być to niezwykle trudne. Dlatego też uznać należy, że dialog konkurencyjny będzie powszechnie stosowany do wyboru partnera prywatnego. Art. 60c pzp wskazuje konieczne (minimalne) elementy ogłoszenia o PPP.



Fot. @Fotolia.com

WNIOSKI

Partnerzy prywatni składają wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu. Po złożeniu wniosków wraz z załączonymi oświadczeniami i dokumentami podmiot publiczny dokonuje ich oceny z punktu widzenia spełniania warunków udziału w dialogu. Konsekwencje oceny spełniania warunków udziału w dialogu konkurencyjnym są następujące:

- 1) wezwanie do dokonania uzupełnienia wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów (określonych w art. 25 ust. 1) lub nie złożyli pełnomocnictw, ewentualnie złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy lub złożyli wadliwe pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie,
- 2) na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 wykluczenie wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub którzy nie uzupełnili oświadczeń i dokumentów, a przez to nie wykazali spełnienia warunków udziału w dialogu konkurencyjnym,
- 3) porównanie liczby wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu z liczbą wykonawców wskazaną w ogłoszeniu o dialogu konkurencyjnym, tak by wyłonić tych, którzy otrzymają zaproszenia do dialogu konkurencyjnego,
- 4) zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym.

Po dokonaniu oceny podmiot publiczny zaprasza partnerów do dialogu, w liczbie nie mniejszej niż 3, a je-

śli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone rozporządzeniem wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 pzp – nie mniejszej niż 5. Celem dialogu jest omówienie wszystkich aspektów przedsięwzięcia oraz uzyskanie przez podmiot publiczny wiedzy o możliwych spo-

Pojęcie wynagrodzenia nie powinno być w żadnym przypadku mylone z pojęciem wkładu własnego. Są to dwa odrębne pojęcia w ramach instytucji PPP o zupełnie odmiennych funkcjach.

sobach jego realizacji. Do dialogu konkurencyjnego znajdują zastosowanie przedstawione wcześniej uwagi dotyczące negocjacji w trybie ustawy o koncesji.

SKŁADANIE OFERT

Po zakończeniu fazy dialogu, ale przed zaproszeniem do składania ofert, podmiot publiczny może zmienić wymagania będące przedmiotem dialogu. Jak podnosi się w literaturze, zmiana może dotyczyć zakresu, wielkości, wartości czy sposobu finansowania przedsięwzięcia.

Następnie podmiot publiczny zaprasza kandydatów, z którymi prowadził dialog, do składania ofert. Równocześnie przekazuje im specyfikację przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego. Wyznacza termin składania ofert, przy czym termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

Złożone oferty mogą być wyjaśniane, precyzowane lub dopracowywane, ale nie może to prowadzić do istotnej zmiany oferty lub wymagań zawartych w SIWZ.

WYBÓR OFERTY

Najlepsza jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Niedopuszczalna jest sytuacja, gdy jedynym kryterium jest wysokość wynagrodzenia.

Kryteria oceny ofert podzielić można na te stosowane obligatoryjnie oraz takie, których stosowanie jest dopuszczalne (kryteria fakultatywne).

Podmiot publiczny posiada swobodę w przypisaniu kryteriom rangi istotności, zarówno obligatoryjnym, jak i fakultatywnym.

UMOWA

Wybór najkorzystniejszej oferty winien skutkować zawarciem przez podmiot publiczny z wyłonionym partnerem prywatnym umowy PPP.

Zagadnienia umowy PPP uregulowane zostały w rozdziale 3 ustawy o PPP. Zgodnie z art. 4 tej ustawy subsydiarnie do umów o PPP – w zależności od trybu wyboru partnera prywatnego – stosuje się pzp lub ustawę o koncesji, ale jedynie w zakresie nieuregulowanym w ustawie o PPP.

Żaden z powyższych aktów prawnych nie reguluje treści umowy PPP w sposób wyczerpujący. Poza zakresem wymaganym przepisami ustawowymi strony mają pełną swobodę kontraktowania (wyrażającą się na etapie negocjacji/dialogu). W konsekwencji projekt umowy PPP może zawierać postanowienia, które nie są uregulowane w żadnym z powyższych aktów prawnych.

ZMIANY UMOWY

Istotną kwestią praktyczną związaną z umowami o PPP jest zagadnienie dopuszczalności zmian umowy. Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy

o PPP, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem tego zakazu jest nieważna. Powyższy przepis prowadzi do kilku konkluzji, które warto w tym miejscu wyraźnie wskazać:

- nieistotne zmiany umowy mogą być dokonywane przez strony na każdym etapie,
- strony mogą dokonywać zmian umowy, jeżeli dotyczą one kwe-

stii, które nie były przedmiotem oferty, a więc nie stanowią zmian w stosunku do tej oferty, chyba że oferta była składana w sytuacji upowszechnienia przez podmiot publiczny projektu umowy w zaproszeniu do składania ofert, a sama oferta obejmowała oświadczenie oferenta o zaakceptowaniu warunków projektu umowy,

- zmiany istotne umowy w stosunku do treści oferty mogą być jednak dokonywane przez strony, jeśli podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany; o dopuszczalności wprowadzania zmian decyduje kumulatywne spełnienie obu przesłanek; wymagana jest w tym zakresie szczególna ostrożność.

Należy jednocześnie podkreślić, że w zakresie możliwości dokonywania zmian umowy ustawa o PPP zawiera o wiele bardziej liberalne rozwiązanie niż ustawa o koncesji.

KRYTERIA OCENY OFERT – WYBÓR PARTNERA PRYWATNEGO

Obligatoryjne – art. 6 ust. 2 ustawy o PPP	Fakultatywne – art. 6 ust. 3 ustawy o PPP (przykładowe)
Podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem między podmiotem publicznym i partnerem prywatnym	Podział dochodów pochodzących z przedmiotu przedsięwzięcia
Terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego	Stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego
	Efektywność przedsięwzięcia
	Termin wykonania przedsięwzięcia

Autorami dodatku zamieszczonego na str. I-XVI są:

dr Konrad Marciński – adiunkt WPIA UW, radca prawny, partner kierujący m. in. Praktyką Zamówień Publicznych, Koncesji i PPP w Kancelarii Miller, Canfield., W. Babicki, A. Chełchowski i Wspólnicy Sp.k.
 Marcin Jakubaszek – radca prawny, partner kierujący Praktyką Korporacyjną w Kancelarii Miller, Canfield., W. Babicki, A. Chełchowski i Wspólnicy Sp.k.
 Marcin Żak – aplikant radcowski, prawnik specjalista z zakresu zamówień publicznych, koncesji oraz PPP