

# Partnerstwo z biznesem w świetle nowelizacji ustawy

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym niebawem obchodzić będzie swoje 10-lecie. To dobry moment na nowelizację jej przepisów.

**N**owelizacja Ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. DzU z 2017 r. poz. 1834, dalej: ustawa o PPP) przygotowywana była w ramach grupy roboczej powołanej przy Zespole ds. PPP w Ministerstwie Inwestycji i Rozwoju. Efektem tych prac jest Ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2018 r. poz. 1693, dalej: nowelizacja), która weszła w życie 19 września br. Nie ulega wątpliwości, że wprowadzone zmiany pozytywnie wpłyną na jakość procedur wyboru partnera prywatnego i zasady współpracy publiczno-prywatnej. Jakie są podstawowe zmiany, szczególnie istotne z punktu widzenia sektora publicznego?

## Ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia

Zgodnie z nowelizacją, przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego podmiot publiczny musi sporządzić ocenę efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach PPP. Celem takiej oceny jest porównanie planowanego projektu PPP do efektywności realizacji inwestycji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych. Ustawodawca nie narzuca (ani nie proponuje) przy tym metodyki wykonania oceny efektywności, pozostawiając tę kwestię do decyzji podmiotu publicznego. Nowelizacja nakazuje, aby w ramach tej oceny uwzględnione zostały w szczególności: zakładany podział zadań i ryzyk, szacowane koszty cyklu życia projektu i czas niezbędny do jego realizacji, wysokość

opłat pobieranych od użytkowników i warunki ich zmiany (o ile takie opłaty są planowane). Niewątpliwie obowiązek wykonania oceny efektywności przyczyni się do zwiększenia jakości przygotowywanych projektów PPP. W praktyce zdarzało się bowiem, że ogłaszane postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego często nie były przemyślane i wystarczająco przeanalizowane. Wnioski z oceny efektywności powinny zatem potwierdzić warunki oraz zasadność zastosowania PPP w danym przedsięwzięciu, przy czym korzyści z wdrożenia projektu metodą PPP nie muszą mieć wymiaru finansowego. Warto pamiętać, że PPP to przede wszystkim odpowiedni standard i jakość usług świadczonych przez partnera prywatnego na etapie eksploatacji infrastruktury. Pomimo że nowelizacja nie przewiduje sankcji nieważności postępowania PPP w przypadku niewykonania oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia, to jednak brak takiej analizy skutkować będzie ryzykiem nierzetelnego przygotowania projektu PPP, a ponadto stanowić może problem w toku kontroli przedsięwzięcia przez uprawnione do tego organy.

## Certyfikacja PPP

Nowelizacja wprowadza nieznanie wcześniej w Polsce rozwiązanie, polegające na możliwości uzyskania przez podmiot publiczny opinii ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego o planowanym projekcie PPP. Opinia obejmuje badanie poprawności i kompletności przeprowadzonych analiz poprzedzających realizację przedsięwzięcia, przyjętego modelu prawno-organizacyjnego, mechanizmów wynagradzania partnera prywatnego, w tym wysokości

opłat pobieranych od użytkowników (jeżeli są planowane) i warunków ich zmiany oraz proponowanego podziału ryzyk w projekcie PPP. Podstawę opinii stanowić będzie ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia. Opinia jest przy tym fakultatywna, w związku z czym podmiot publiczny nie musi o nią występować. Zdaniem ustawodawcy, pozytywna opinia może wesprzeć decyzję o podjęciu realizacji projektu w formule PPP. Opinia negatywna wskazywała będzie natomiast błędy lub braki zidentyfikowane w analizach, które dostarczy podmiot publiczny. Nowelizacja przewiduje, że termin na wydanie opinii wynosi 60 dni (może on być jednak wydłużony, jeżeli ministerstwo wystąpi do podmiotu publicznego o uzupełnienie lub wyjaśnienie złożonego wniosku). Trudno przewidzieć, jak wiele podmiotów publicznych występowało będzie o certyfikację projektu PPP. Wydaje się, że wnioski o wydanie opinii powinny składać te podmioty, które nie czują się wystarczająco kompetentne do dokonania autoanalizy przeprowadzonej oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia.

## Procedura wyboru partnera prywatnego

Kluczowa zmiana, wprowadzona przez nowelizację, dotyczy podstawy prawnej wyboru partnera prywatnego. Ustawa o PPP umożliwiła obecnie w każdym przypadku wybór wykonawcy w oparciu o przepisy Ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. DzU z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm., dalej: ustawa P.z.p.). W praktyce oznacza to, że bez względu na planowaną lub ostatecznie uzgodnioną w toku negocjacji strukturę prawno-finanso-

wą projektu PPP do wyboru partnera prywatnego i umowy o PPP zawsze możliwe jest zastosowanie ustawy P.z.p. Na drugi plan schodzi zatem podstawa proceduralna niektórych projektów PPP, jaką stanowi Ustawa z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (DzU z 2016 r. poz. 1920, z późn. zm.).

Drugą istotną zmianą proceduralną jest likwidacja obligatoryjnych kryteriów oceny ofert. Funkcjonujące wcześniej kryteria obowiązkowe (podział zadań i ryzyk oraz terminy i wysokość płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego) stały się kryteriami fakultatywnymi. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku ustawy P.z.p., dobór właściwych kryteriów należy teraz wyłącznie do zamawiającego. Zmianę tę również należy ocenić pozytywnie.

## Wykonywanie umowy o PPP

Jedną z bolączek projektów PPP od zawsze było niedopasowanie zasad wieloletniej współpracy publiczno-prywatnej do sztywnych wymogów przepisów ustawy P.z.p. Nowelizacja przyniosła w tym względzie kilka zmian. Po pierwsze, utrzymano możliwość wyłączenia solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za zobowiązania wynikające z umowy o PPP. Po drugie, ustawodawca zrezygnował z zasad ustalania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, pozostawiając tę kwestię decyzji zamawiającego. Wprowadzono również postulowaną od dawna możliwość zawarcia umowy o PPP przez spółkę celową partnera prywatnego, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. O możliwości takiej decydował będzie wyłącznie podmiot publiczny.

Interesującym rozwiązaniem jest możliwość wyłączenia odpowiedzialności podmiotu publicznego za wynagrodzenie należne podwykonawcom partnera prywatnego. Nawet jeżeli to podmiot publiczny formalnie jest inwestorem w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, może ona podjąć decyzję, że za wynagrodzenie należne podwykonawcy odpowiada wyłącznie partner prywatny. W przypadku, gdy

umowę o PPP zawrze spółka celowa partnera prywatnego, a egzekucja z majątku takiej spółki okaże się nieskuteczna, wówczas podwykonawca może prowadzić egzekucję z majątku partnera prywatnego. W ten sposób ustawodawca wyszedł naprzeciw logice projektów PPP, zgodnie z którą wynagrodzenie partnera prywatnego zależy od faktycznej dostępności infrastruktury (lub popytu na usługi świadczone przez partnera prywatnego).

## Nowelizacja wprowadza nieznaną wcześniej w Polsce rozwiązanie, polegające na możliwości uzyskania przez podmiot publiczny opinii ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego o planowanym projekcie PPP.

W ramach nowelizacji usankcjonowano także praktykę zawierania tzw. umów bezpośrednich z instytucjami finansującymi przedsięwzięcia PPP, dzięki czemu nie ma już wątpliwości, czy podmiot publiczny może zawrzeć umowę z bankiem finansującym partnera prywatnego. Nowelizacja wprost przewiduje procedurę step-in rights, dotyczącą przeniesienia na bank obowiązków i praw partnera prywatnego w przypadku poważnego zagrożenia realizacji przedsięwzięcia. Umowa bezpośrednia nie może zawierać jednak postanowień sprzecznych z umową o PPP.

## Rola ministra inwestycji i rozwoju

Minister właściwy ds. rozwoju regionalnego (obecnie: minister inwestycji i rozwoju), jako organ właściwy w sprawach PPP, dzięki nowelizacji zyskał nowe zadania i uprawnienia. Przede wszystkim jest on odpowiedzialny za wydawanie opinii o zasadności realizacji projektów PPP, upowszechnianie i promowanie dobrych praktyk PPP, upowszechnianie wzorców umów o PPP, prowadzenie bazy projektów PPP, wsparcie merytoryczne podmiotów publicznych oraz dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania PPP w Polsce. Dane te zamieszczane są stronie internetowej [www.ppp.gov.pl](http://www.ppp.gov.pl). Wyko-

nywanie tych zadań przez ministra inwestycji i rozwoju wiąże się także z dodatkowymi obowiązkami podmiotów publicznych, które muszą przekazywać temu organowi szczegółowe informacje dotyczące wszczynanych postępowań PPP i zawieranych umów o PPP. Minister inwestycji i rozwoju może także w każdym czasie zwrócić się do podmiotu publicznego z żądaniem udzielenia dodatkowych informacji związanych z wykonywaniem umowy o PPP.

## Wstępne wnioski

Ogólna ocena nowelizacji musi być pozytywna. Ustawodawca uwzględnił bowiem znaczną część postulatów wysuwanych przez praktyków rynku PPP – ekspertów, partnerów prywatnych i instytucje finansujące. Niewątpliwie uchwalone zmiany do ustawy o PPP zaowocują lepszą jakością projektów PPP, usprawnią procedury wyboru partnera prywatnego i ułatwią współpracę publiczno-prywatną na etapie realizacji przedsięwzięć. Należy jednak z dystansem podejść do wyrażanego oczekiwania, że nowelizacja istotnie wpłynie na zwiększenie liczby projektów PPP realizowanych w Polsce. To nie od jakości regulacji ustawy o PPP zależy obecnie zainteresowanie sektora publicznego tą formą realizacji i finansowania zadań publicznych. Na rozwój PPP wpływają przede wszystkim czynniki gospodarcze i polityczne, a także dostępność alternatywnych źródeł finansowania inwestycji komunalnych, zasady zadłużania się jednostek samorządu terytorialnego, wreszcie – otwartość sektora publicznego na tę wciąż niedocenioną formę współpracy z biznesem.

## dr Rafał Cieślak

radca prawny

Kancelaria Doradztwa Gospodarczego

Cieślak & Kordasiewicz Sp. j.