

Partnerstwo publiczne ma być mniej ryzykowne i kosztowne

INWESTYCJE | Przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego podmiot publiczny będzie musiał sporządzić ocenę efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach PPP. Będzie musiał porównać ją z efektywnością jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych.

Zgodnie z intencją ustawodawcy, wyrażoną w uzasadnieniu do nowelizacji, ten nowy obowiązek służyć ma podniesieniu jakości przygotowywanych projektów PPP.

5 lipca 2018 r. Sejm uchwalił ustawę o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw (dalej: nowelizacja). Nowelizacja wprowadza kilkadziesiąt zmian w ustawie z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1834, dalej: ustawa o PPP), które omówione zostały w uzasadnieniu do nowelizacji (druk sejmowy nr 2333, dalej: uzasadnienie).

Ocena efektywności przedsięwzięcia

Ustawa nie narzuca stronie publicznej metodyki wykonania oceny efektywności, ograniczając się do katalogu elementów przedsięwzięcia, które należy uwzględnić, czyli 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 – jeżeli w ogóle opłaty są planowane. Pomimo pewnych obaw sektora publicznego, związanych z ogólnym, a przez to nieprecyzyjnym charakterem omawianego przepisu, regulację tę należy ocenić pozytywnie. Sankcjonuje ona praktykę rynkową, w ramach której podmiot publiczny i tak wykonuje analizy przedrealizacyjne, służące podjęciu decyzji o wdrażaniu projektu w ramach PPP lub poszukiwaniu innej formy jego realizacji. Sposób wykonania analizy zależy natomiast wyłącznie od strony publicznej, gdyż ustawodawca nie przewiduje uszczegółowienia zakresu i przedmiotu oceny efektywności przedsięwzięcia. Ważne zatem, aby wnioski z przeprowadzonej oceny potwierdzały możliwość i zasadność wykorzystania PPP do realizacji anali-

♦ KOMENTARZ EKSPERTA

Rafał Cieślak

radca prawny Kancelaria Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz



MAT PRAS

Nie ulega wątpliwości, że nowelizacja ustawy o PPP wpisują się w zakres działań wyznaczonych w polityce rządu dotyczącej partnerstwa publiczno-prywatnego, przyjętej w lipcu 2017 r. Pomimo kilkadziesiątu zmian, jakie niesie nowelizacja, nie można określić jej mianem rewolucji. Rewolucja taka nie jest zresztą potrzebna. Dotychczasowa ustawa o PPP sprawdza się w praktyce, o czym świadczy kilkadziesiąt umów zawartych już na jej podstawie. Należy mieć zatem nadzieję, że projektowane zmiany jedynie usprawnią i ułatwią realizację projektów PPP. Nowelizacją zajmuje się Senát, lecz nie należy się spodziewać, aby jej kształt uległ istotnym modyfikacjom. Nowelizacja wejdzie w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem przepisów dotyczących opłat w strefach płatnego parkowania, które wejdą w życie 12 miesięcy od ogłoszenia ustawy. ©

zowanego zadania. Warto również zwrócić uwagę, że nowelizacja nie przewiduje sankcji nieważności postępowania PPP w przypadku niewykonania analizy efektywności przedsięwzięcia, niemniej jednak brak takiego dokumentu stanowić może z pewnością podstawę do podjęcia czynności kontrolnych uprawnionych do tego organów. Zazwyczaj analizy takie zleca się zewnętrznym

doradcom, co minimalizuje ryzyko ich nieprawidłowego wykonania.

Certyfikacja projektów PPP

Nowelizacja wprowadza niespotykane dotąd rozwiązania, polegające na możliwości uzyskania przez podmiot publiczny opinii ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego o planowanym projekcie PPP. Opinia obejmować ma 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. Można stwierdzić, że podstawę opinii stanowić będzie ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia, która powinna zawierać wszystkie ww. elementy.

Należy dodać, że opinia jest fakultatywna – podmiot publiczny nie musi o nią występować. Zdaniem ustawodawcy, pozytywna opinia może wesprzeć decyzję o podjęciu realizacji projektu w formule PPP. Opinia negatywna wskazywać będzie natomiast błędy lub braki zidentyfikowane w materiałach, które dostarczy podmiot publiczny. Tzw. certyfikacja PPP wykonywana będzie przynajmniej w części przez zewnętrznych ekspertów, co powinno usprawnić wydawanie opinii, szczególnie jeżeli liczba wniosków o ich wydanie będzie znaczna. Nowelizacja przewiduje bowiem, że termin na wydanie opinii wynosić ma – co do zasady – 60 dni. Wydaje się, że o opinii powinny występo-

dokończenie na ➔ D4-5

Partnerstwo publiczne ma być mniej ryzykowne

dokończenie z **D1**

wać przede wszystkim podmioty, które nie posiadają wystarczających kompetencji do rzetelnej samooceny przygotowanych analiz przedrealizacyjnych. Opinia nie powinna być natomiast traktowana jako niezbędny element procedury wyboru partnera prywatnego, a tym bardziej jako „glejt” świadczący o zasadności realizacji przedsięwzięcia PPP.

Podstawa wyboru partnera prywatnego

Jedna z istotniejszych zmian wprowadzanych nowelizacją dotyczy podstawy prawnej wyboru partnera prywatnego. Zmieniony art. 4 ustawy o PPP umożliwi bowiem wybór partnera w oparciu o przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm., dalej: ustawa p.z.p.) w każdym przypadku. Innymi słowy, bez względu na przyjęty model współpracy w ramach PPP,

mechanizm wynagrodzenia partnera prywatnego oraz alokację ryzyka, zawsze możliwe będzie zastosowanie ustawy p.z.p. do wyboru i umowy z partnerem prywatnym. Tym samym, na drugi plan zejdzie podstawa proceduralna niektórych projektów PPP, jaką jest ustawa z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920). Ustawodawca wsłuchał się tu ewidentnie w głos praktyków. Wielokrotnie podkreślano, że w toku negocjacji umowy o PPP pierwotne założenia przedsięwzięcia dotyczące alokacji ryzyka oraz zasad wynagradzania partnera prywatnego – ulegają zmianom. Jak podkreślono w uzasadnieniu do nowelizacji, dopuszczenie w każdym przypadku stosowania ustawy p.z.p. uchroni podmioty publiczne i partnerów prywatnych przed niepotrzebnym powtarzaniem postępowania, gdy podmiot publiczny (niewłaściwie oceniając perspektywy zawarcia umowy) wszczął postępowanie w trybie ustawy o umowie koncesji, a faktycznie

wynegocjowana umowa nie może być uznana za umowę koncesji, gdyż w praktyce stanowi umowę o zamówienie publiczne. W konsekwencji, w razie wątpliwości dotyczących podstawy prawnej wyboru partnera prywatnego – należy zawsze stosować ustawę p.z.p..

Kryteria oceny ofert

Kolejną ważną zmianą proceduralną jest likwidacja obligatoryjnych kryteriów oceny ofert. Dotychczasowe kryteria obowiązkowe, tj. podział zadań i ryzyk oraz terminy i wysokość płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego – staną się kryteriami fakultatywnymi, analogicznie jak dotychczasowe kryteria nieobowiązkowe, proponowane jedynie przez ustawodawcę. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku regulacji p.z.p., dobór właściwych kryteriów należał będzie w pełni do zamawiającego. Warto zauważyć, że w odróżnieniu jednak od ustawy p.z.p., w ramach postępowania p.z.p. dopuszczalne jest stosowanie kryterium 100 proc. ceny bez żadnego szcze-

gólnego uzasadnienia. W efekcie, ustawa o PPP jest w tym zakresie jeszcze bardziej elastyczna, niż zmieniona dwa lata temu ustawa p.z.p.

Wykonywanie umowy o PPP

Ustawodawca, zgodnie z rekomendacjami ekspertów w trakcie konsultacji projektu nowelizacji, zdecydował się na wprowadzenie kilku przepisów uwzględniających specyfikę PPP w odróżnieniu od tradycyjnych zamówień publicznych. Nie dość, że utrzymano zasadę, zgodnie z którą konsorcjum partnerów prywatnych nie musi ponosić solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania z wieloletniej umowy o PPP, to jeszcze zrezygnowano ze stosowania mechanizmu ustalania poziomu zabezpieczenia i zasad jego zwalniania, o których mowa w art. 150 i 151 ustawy p.z.p.. Tym samym, każdorazowo podmiot publiczny decyduje o sposobie zabezpieczenia umowy o PPP, o ile zdecyduje się na takie rozwiązanie.

Nowelizacja wprowadza także postulowaną od dawna możliwość zawarcia umowy o PPP przez spółkę celową partnera prywatnego, utworzoną już po dokonaniu wyboru jego oferty. Rozwiązanie to jest wygodne i ogranicza koszty związane z tworzeniem takich spółek przed wstąpieniem do postępowania PPP. Należy jednak zastrzec, że podobnie jak w przypadku solidarnej odpowiedzialności partnerów prywatnych wobec zamawiającego, to podmiot publiczny decyduje o wyrażeniu zgody na zawarcie i wykonanie umowy o PPP przez spółkę celową.

Ciekawym rozwiązaniem jest możliwość wyłączenia odpowiedzialności podmiotu publicznego za wynagrodzenie należne podwykonawcom. Nawet w sytuacji, gdy strona publiczna jest formalnie inwestorem w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, umowa o PPP może przewidywać, że za wynagrodzenie należne podwykonawcy odpowiadać będzie wyłącznie partner prywatny. Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, w szczególności że jest

zgodne z zasadami współpracy w ramach PPP dotyczącymi uzależnienia wynagrodzenia partnera prywatnego od faktycznej dostępności przedmiotu projektu lub popytu na świadczone usługi.

Ponadto, w nowelizacji usankcjonowano praktykę zawierania tzw. umów bezpośrednich z instytucjami finansującymi przedsięwzięcia publicjno-prywatne. Po zmianie przepisów nie będzie już wątpliwości, czy podmiot publiczny może zawrzeć dodatkową umowę trójstronną z partnerem prywatnym i bankiem, który zapewnia finansowanie projektu PPP. Co więcej, ustawa o PPP wprost dopuszczać będzie procedurę tzw. step-in rights, czyli przeniesienia na bank obowiązków umownych partnera prywat-

nego w przypadku poważnego zagrożenia realizacji przedsięwzięcia. Tym samym, stosowane od kilku lat rozwiązania zyskają wyraźną podstawę prawną.

Spółka PPP

W nowelizacji nieco uwagi poświęcono spółkom publicjno-prywatnym. Pomimo że w praktyce tzw. zinstytucjonalizowane PPP w ogóle nie funkcjonuje, ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie dodatkowych przepisów w tym zakresie. I tak, ograniczono możliwość tworzenia spółek PPP wyłącznie do spółek kapitałowych (z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnej) oraz umożliwiono nabywanie przez part-

nera prywatnego udziałów lub akcji spółek podmiotów publicznych. Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, z uwagi na zwiększenie możliwości wykorzystania istniejących spółek handlowych, których właścicielami są podmioty publiczne. Ustawodawca zdecydował się też na ograniczenie czasu funkcjonowania spółek PPP do okresu niezbędnego do wykonania umowy o PPP. Po upływie tego okresu spółki takie będą mogły nadal funkcjonować pod warunkiem, że udziały albo akcje zostaną nabyte przez podmiot publiczny albo umorzone. Czas pokaże, czy dzięki tym zmianom podmioty publiczne i partnerzy prywatni chętniej zawiązywali będą spółki w celu wykonywania umów o PPP.

Dodatkowe obowiązki podmiotów publicznych

Po zmianie ustawy o PPP minister właściwy ds. rozwoju regionalnego zyska dodatkowo uprawnienia względem podmiotów publicznych. Mianowicie, nowelizacja precyzuje zadania tego organu, m.in. w zakresie wydawania opinii o zasadności realizacji przedsięwzięć PPP, upowszechniania i promowania dobrych praktyk PPP (w tym projektów hybrydowych, łączących PPP i środki UE), upowszechniania wzorców umów o PPP, prowadzenia bazy projektów PPP, wsparcia merytorycznego podmiotów publicznych, dokonywania analiz i ocen funkcjonowania PPP w Polsce. Z uprawnieniami tymi skorelowane zostały obowiązki podmiotów publicznych, które zobowiązane będą do przekazywania ministrowi właściwemu ds. rozwoju regionalnego szczegółowych informacji dotyczących wszczynanych postępowań PPP i zawieranych umów o PPP. Informacje mają być przekazywane w terminie 30 dni od wystąpienia zdarzenia, którego dotyczą. Organ właściwy w sprawach PPP może także w każdym czasie zwrócić się do podmiotu publicznego z żądaniem udzielenia dodatkowych informacji związanych z wykonywaniem umowy o PPP. ©

◀ZMIANY W INNYCH USTAWACH

Nowelizacja wprowadza zmiany w kilkunastu innych ustawach. W części mają one charakter porządkowy, niemniej jednak na szczególną uwagę zasługują następujące regulacje:

- Wprowadzenie przepisów umożliwiających tworzenie śródmiejskich stref płatnego parkowania, w których opłaty mogą sięgnąć niemal 10 zł za godzinę parkowania – dotyczy to miast powyżej 100 000 mieszkańców i zależy od podjęcia przez radę gminy stosownej uchwały w tym zakresie; wydaje się, że przepis ten może pobudzić rozwój budowy parkingów w ramach PPP w centrach miast;
- Wyłączenie opodatkowania podatkiem od nieruchomości gruntów zajętych pod pasy drogowe dróg publicznych związanych z utrzymaniem dróg lub eksploatacją płatnych autostrad, co umożliwi odciążenie partnera prywatnego od danin publicznych w przypadku świadczenia przez niego usługi utrzymania drogi publicznej;
- Zabezpieczenie bezprzetargowego zawierania przez podmioty publiczne umowy użytkowania, najmu lub dzierżawy nieruchomości na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata w odniesieniu do umów o PPP;
- Uzupelnienie właściwości Centralnego Biura Antykorupcyjnego o kontrolę prawdziwości realizacji umów o PPP;
- Wydawanie przez ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego niewiążących opinii dotyczących inwestycji finansowanych z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 300 mln zł, chyba że inwestycja realizowana jest w ramach PPP lub współfinansowana ze środków unijnych. ■