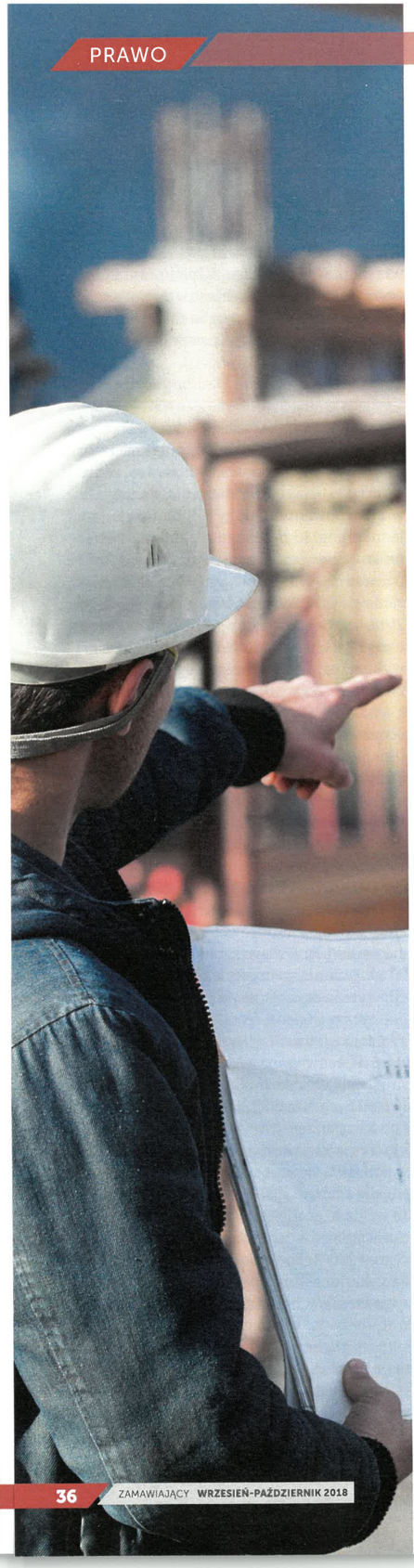


Michał Bagłaj
Adwokat,partner w SSW Pragmatic Solutions

Nowelizacja ustawy o PPP

Rozwój współpracy pomiędzy sektorami publicznym i prywatnym w ramach formuły partnerstwa publiczno – prywatnego („PPP") jest jednym z celów obecnego Rządu. W zeszłym roku przyjęto „Politykę PPP", będącą zbiorem planowanych działań zmierzających do rozwoju rynku PPP w Polsce. W lipcu tego roku przyjęto natomiast nowelizację ustawy o PPP wprowadzającą w życie wiele z mechanizmów wcześniej zaproponowanych właśnie w „Polityce PPP".

PPP jest formułą dostarczania wysokiej jakości usług i infrastruktury, a także zapewniania ich finansowania. Ta metoda realizacji projektów pozwala sektorowi publicznemu na efektywną realizację zadań publicznych, a jednocześnie na korzystanie z najlepszych doświadczeń i praktyk rynkowych sektora biznesowego. Dla przedstawicieli biznesu to z kolei źródło potencjalnych zamówień, często zapewniających długofalowe i stabilne przychody, a także możliwość zdobycia interesujących, z biznesowej perspektywy, doświadczeń i referencji. Stąd też rozwój tego segmentu rynku jest traktowany jako jedno z nowoczesnych narzędzi rozwoju gospodarczego oraz element realizacji i zarządzania funkcjonowaniem usług publicznych.

Realizując założenia wcześniej przyjęte w „Polityce PPP" zdecydowano się na nowelizację ustawy o PPP. Celem tego działania jest wyeliminowanie dotychczasowych niespójności legislacyjnych w ustawie oraz wdrożenie usprawnień dla rozwoju rynku PPP w Polsce. W założeniach nowe regulacje powinny być stabilne, tj. nie powinny generować ryzyka niepewności prawnej i kolejnych, częstych zmian. Powinny też uwzględniać interesy zarówno strony publicznej, jak i prywatnej oraz stanowić odpowiednie zabezpieczenie interesów każdej z nich.

Analiza przedwdrożeniowa

Jednym z najistotniejszych elementów nowelizacji jest wprowadzenie mechanizmu uprzedniej oceny efektywności przedsięwzięcia planowanego do realizacji właśnie w formule PPP. Zgodnie z przepisami wprowadzającymi ten mechanizm, przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, podmiot publiczny będzie sporządzał ocenę efektywności przedsięwzięcia w ramach PPP, w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych, czyli w klasycznym zamówieniu publicznym.

Dokonując takiej oceny podmiot publiczny powinien uwzględnić w szczególności zakładany podział zadań i ryzyk pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego, szacowane koszty cyklu życia przedsięwzięcia i czas niezbędny do jego realizacji oraz wysokość opłat pobieranych od użytkowników, jeżeli takie opłaty są planowane, oraz warunki ich zmiany. Wyniki tej oceny powinny być podstawą oraz elementem uzasadnienia decyzji o wszczęciu w danym przypadku postępowania zmierzającego do zawarcia umowy o PPP.

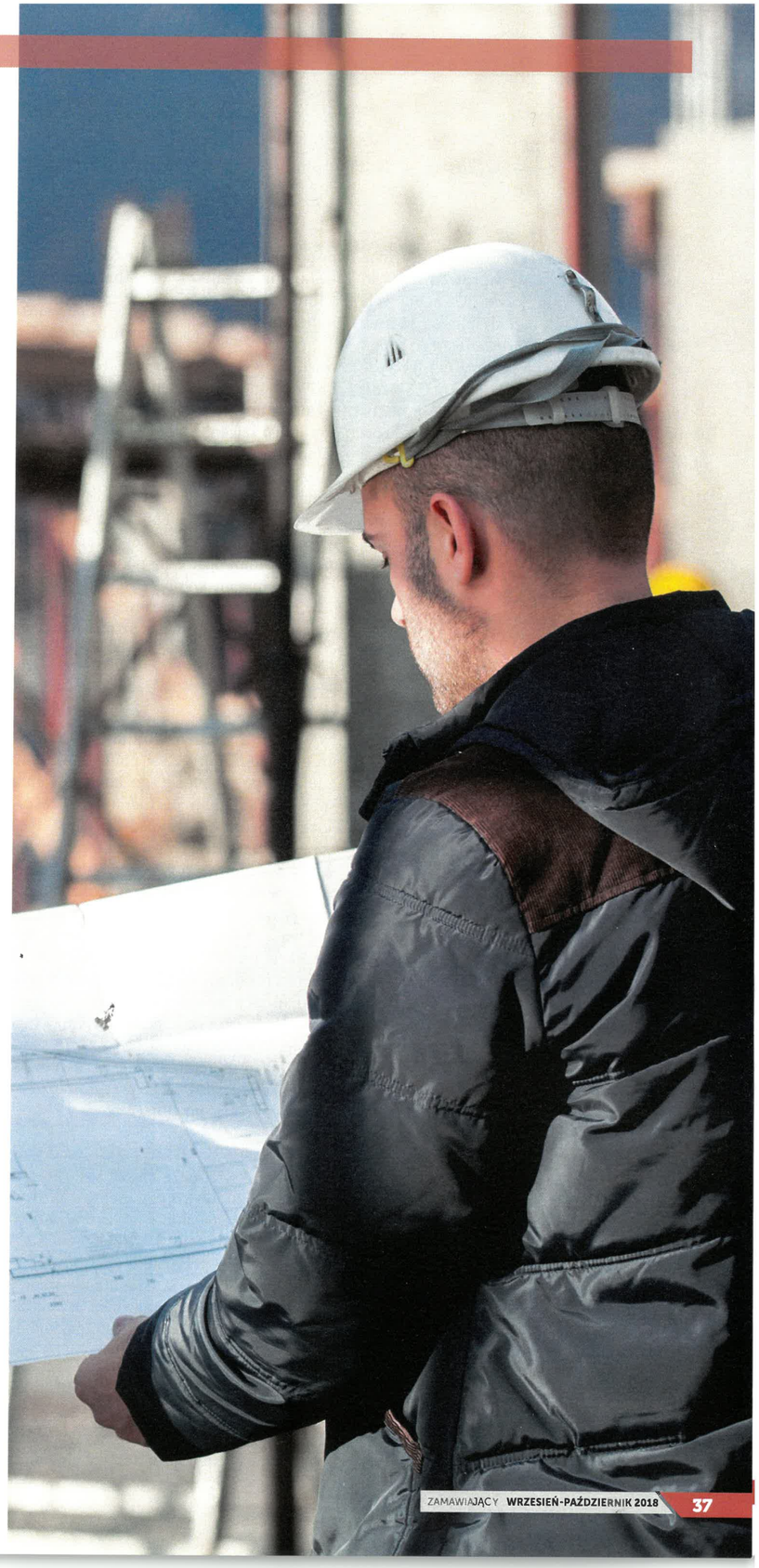
Ocena ministerialna

Poza wspomnianą wewnętrzną oceną projektowanego przedsięwzięcia, podmiot publiczny może także wystąpić do ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego z wnioskiem o opinię na temat zasadności realizacji takiego przedsięwzięcia w ramach PPP.

Minister opiniuje przedłożoną dokumentację w zakresie poprawności i kompletności przeprowadzonych analiz poprzedzających realizację przedsięwzięcia, przyjętego modelu prawno-organizacyjnego, mechanizmów wynagradzania partnera prywatnego, w tym wysokości opłat pobieranych od użytkowników, jeżeli takie opłaty są planowane, oraz warunków ich zmiany, oraz proponowanego podziału ryzyk w przedsięwzięciu.

Opinii takiej nie ujawnia się osobom trzecim do chwili zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi lub umowy w sprawie zamówienia publicznego albo zakończenia postępowania w inny sposób w zakresie inwestycji, będącej przedmiotem tej opinii.

Podkreślić jednak należy, że wspomniana opinia ministra ma charakter niewiążący, może więc jedynie wesprzeć podmiot publiczny w podejmowaniu decyzji odnośnie nawiązania danego partnerstwa, nie może być jednak traktowana jako samoistna przesłanka wszczęcia postępowania, na-



wet jeżeli byłaby szczególnie pozytywna. Dodatkowo ustawa nie wprowadza także jakichkolwiek uregulowań wskazujących na ewentualną odpowiedzialność za niepowodzenie projektu prowadzonego zgodnie z wynikami takiej opinii lub też niezastosowanie się do treści opinii. Można zatem jedynie mieć nadzieję, że projekty potwierdzone odpowiednią opinią będą po prostu lepiej przygotowywane, co zwiększy prawdopodobieństwo zawarcia umowy i jej skutecznej realizacji i to będzie główny, pozytywny efekt wprowadzenia wspomnianej możliwości opiniowania projektu.

Zawarcie umowy SPV po wyborze oferty

Ważnym elementem nowelizacji jest także wprowadzenie możliwości zawarcia umowy o PPP przez specjalnie do tego celu powołaną, ale już po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, spółkę celową (SPV). Jest to rozwiązanie o tyle nowe, że w dotychczasowym porządku prawnym nie były dopuszczalne zmiany podmiotowe w trakcie postępowania – podmiot który złożył wniosek i ofertę musiał być także ostatecznie stroną umowy o PPP. Dlatego też powszechną praktyką był udział w postępowaniach spółek celowych, ale utworzonych jeszcze przed złożeniem wniosku o dopuszczenie do postępowania.

Obecnie sytuacja ta się zmieni. Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami podmiot publiczny będzie mógł wyrazić zgodę na zawarcie i wykonanie umowy o PPP z zawiązaną po wyborze najkorzystniejszej oferty w celu realizacji przedsięwzięcia jednoosobową spółką partnera prywatnego albo spółką kapitałową, której jedynymi wspólnikami są partnerzy prywatni. Z chwilą zawarcia umowy o PPP do takiej spółki będą miały zastosowanie przepisy ustawy o PPP oraz przepisy odrębne dotyczące partnera prywatnego. Jest to rozwiązanie o tyle korzystne, że zapewnia stronie prywatnej znacznie większą swobodę i elastyczność w wyborze podmiotu, który stanie się stroną umowy o PPP już po pełnym wynegocjowaniu jej ostatecznej treści, czyli na dokładnie znanych warunkach. Właśnie bowiem element niepewności odnośnie ostatecznego kształtu umowy niejednokrotnie decydował dotychczas o udziale w postępowaniu od samego początku poprzez SPV, co z kolei wielokrotnie powodowało komplikacje z wykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy zdolnością kredytową takiego podmiotu.

Warunki ww. zgody na zawarcie umowy z SPV podmiot publiczny określa w pierwszym dokumencie, który udostępnia w postępowaniu o zawarcie umowy o PPP, w szczególności w opisie potrzeb i wymagań zamawiającego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentach koncesji albo innej dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego. Jeżeli natomiast podmiot publiczny podjąłby decyzję, że generalnie nie wyraża omawianej zgody, powinien zamieścić stosowną informację w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego.

Uprawnienia kontrolne podmiotu publicznego

Nowelizacja wprowadziła także wyraźne uregulowania dotyczące prawa podmiotu publicznego do bieżącego kontrolowania sposobu realizacji partnerstwa. Aczkolwiek w większości przypadków w praktyce uprawnienia takie były gwarantowane przez sam wzór umowy o PPP, niemniej jednak jak się wydaje ustawowe zagwarantowanie tego prawa, może być korzystne z punktu widzenia interesów strony publicznej. Nowelizacja przewiduje w tym kontekście, że podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego oraz do kontroli składnika majątkowego wykorzystywanego przez partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia. Zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli określać powinna umowa o PPP.

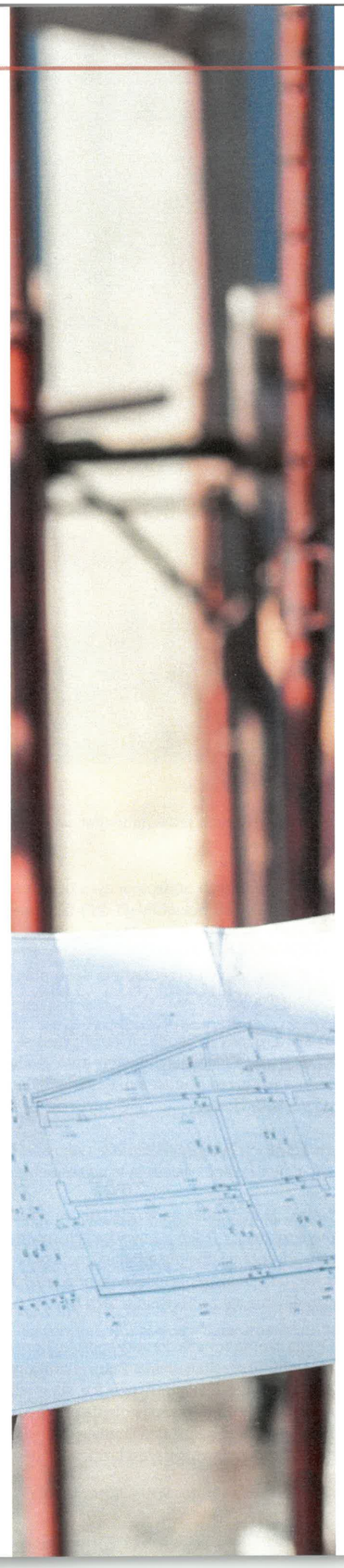
Nowe przepisy przewidują także procedurę sanacyjną, która może zostać zastosowana w przypadku wykrycia nieprawidłowości w gospodarowaniu środkami trwałymi wykorzystywanymi w trakcie realizacji partnerstwa. W przypadku gdy prowadzona kontrola wykaże, iż składnik majątkowy wykorzystywany przez partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia znajduje się w stanie technicznym wskazującym na jego nieprawidłowe wykorzystywanie, podmiot publiczny będzie mógł wezwać partnera prywatnego do podjęcia odpowiednich działań, w szczególności do poczynienia nakładów mających na celu doprowadzenie składnika majątkowego do właściwego stanu technicznego. Umowa o PPP powinna także określać skutki niepodjęcia działań mających na celu doprowadzenie składnika majątkowego do właściwego stanu technicznego.

Dodatkowo celem zapewnienia stałego poziomu informacji o przebiegu realizacji u mowy o PPP, partner prywatny będzie miał obowiązek bieżącego raportowania podmiotowi publicznemu o stanie realizacji przedsięwzięcia i stanie technicznym składnika majątkowego wykorzystywanego przez partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia. Zasady, szczegółowy tryb oraz częstotliwość raportowania w tym zakresie także powinna określać umowa o PPP.

Umowa bezpośrednia

Jak już wcześniej wspomniano, istotnym elementem dojścia do partnerstwa jest zapewnienie przez partnera prywatnego realnych możliwości finansowania jego przedmiotu. Finansowanie to ma zazwyczaj charakter zewnętrzny, tj. pochodzi z kredytu bankowego (finansowanie długiem). Istotnym elementem jest także ustanowienie odpowiednich zabezpieczeń na rzecz banku finansującego dany projekt na wypadek zaprzestania spłaty rat kredytowych przez partnera prywatnego. Tym samym wszelkie kwestie prawne i finansowe związane z obsługą takiego zobowiązania powinny znajdować odzwierciedlenie w całokształcie uregulowań kontraktowych partnerstwa.

Dotychczas kwestie te były regulowane, co oczywiste, w umowach kredytowych zawieranych pomiędzy bankiem, a partnerem prywatnym. Brakowało natomiast wyraźnej podstawy prawnej do nawiązania w tym zakresie relacji kontraktowej także pomiędzy bankiem, a podmiotem publicznym. W praktyce funkcjonowały oczywiście tzw. umowy bezpośrednie obejmujące ww. relację, jednakże ze względu na brak wyraźnej podstawy prawnej, zawarcie tych umów, co niejednokrotnie było warunkiem udzielenia przez bank finansowania projektu, nie zawsze było możliwe (głównie ze względu na sprzeciw strony publicznej – wzór umowy bezpośredniej nie jest elementem dokumentacji postępowania, co zdaniem części podmiotów publicznych, eliminuje możliwość jej zawarcia w ramach postępowania zmierzającego do nawiązania PPP).



Pozytywnie zatem należy ocenić wprowadzenie do ustawy o PPP wyraźnych uregulowań stanowiących podstawę prawną do zawierania umów bezpośrednich przez podmioty publiczne z bankami finansującymi projekt na zlecenie partnera prywatnego. Zgodnie z nowelizacją, podmiot publiczny może zawrzeć umowę z osobą trzecią (bank) finansującą przedsięwzięcie w całości lub w części, na mocy której, w przypadku poważnego zagrożenia realizacji przedsięwzięcia, będzie mógł przenieść na tę osobę trzecią całość lub część obowiązków partnera prywatnego, wraz ze związanymi z nimi prawami. Taka osoba trzecia, może powierzyć realizację przedsięwzięcia innemu podmiotowi lub podmiotom tylko za zgodą podmiotu publicznego. Celem realnego zastosowania tych przepisów wprowadzono także regulację, iż ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, dokumenty koncesji lub inna dokumentacja postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego powinny zawiera warunki stosowania umowy bezpośredniej w danym przypadku. Umowa o PPP może także uszczegóławiać te warunki. Co istotne, postanowienia umów zawartych z osobą trzecią finansującą przedsięwzięcie w całości lub części, sprzeczne z umową o PPP są z mocy prawa nieważne.

Jak się wydaje przedstawione powyżej zmiany legislacyjne mogą mieć korzystny wpływ na wzrost liczby skutecznie przeprowadzonych projektów PPP w Polsce. Pozytywnym elementem jest także wyrażane przy wielu okazjach zainteresowanie Rządu rozwojem tej formy współpracy pomiędzy sektorem publicznym, a biznesem.

Trzeba jednak wskazać, że ze względu na szerokie spectrum problemów, które powinny być brane pod uwagę w trakcie przygotowania i realizacji projektów PPP, przedsięwzięcia te nie należą do prostych. Dlatego też szczególnie istotne znaczenie będzie miało podjęcie przez ministerstwo działań zmierzających do upowszechniania dobrych praktyk realizacji projektów PPP, wzorów dokumentów oraz szkoleń. Niska liczba efektywnie zakończonych postępowań dotyczących zawarcia umowy o PPP może bowiem wskazywać, iż problemem polskiego rynku jest brak dostatecznych kompetencji po stronie zespołów przygotowujących postępowania po stronie podmiotów publicznych.

Główne założenia „Polityki PPP”:

- wprowadzenie niezbędnych zmian prawnych przyjaznych dla rozwoju PPP;
- monitoring listy zamierzeń inwestycyjnych PPP oraz podpisanych umów PPP;
- upowszechnianie wiedzy na temat PPP poprzez prowadzenie działań edukacyjno-informacyjnych;
- opracowanie wytycznych dla projektów PPP, jak również wzorów umów i dobrych praktyk w zakresie inwestycji PPP;
- zapewnienie na większą skalę kompleksowego, bezpłatnego doradztwa wybranym projektom PPP;
- dobrowolne opiniowanie przez MR projektów planowanych do realizacji w formule PPP, w celu potwierdzenia gotowości i zasadności wykorzystania PPP;
- wdrożenie obligatoryjnej opinii nt. formuły realizacji projektów planowanych do finansowania w kwocie powyżej 300 mln PLN z budżetu państwa (tzw. „test PPP”);
- identyfikacja zapotrzebowania rynku i ewentualne wdrożenie systemu gwarancji i poręczeń dla sektora publicznego i prywatnego oraz innych możliwych instrumentów finansowych zmniejszających koszty przygotowania i realizacji projektów PPP;
- opracowanie i wdrożenie, tam gdzie to wskazane sektorowych/regionalnych strategii rozwoju PPP.

Planowane efekty „Polityki PPP” w perspektywie do końca 2020 roku w skali kraju:

- powinno zostać zawartych 100 nowych umów PPP;
- wartość inwestycji realizowanych w tej formule powinna wynieść co najmniej 5 proc. nakładów inwestycyjnych w sektorze publicznym;
- 10 postępowań o wybór partnera prywatnego zainicjuje sektor rządowy;
- 40 proc. wszystkich postępowań – rządowych i samorządowych ma zakończyć się sukcesem, tj. podpisaniem umowy PPP. ■