



PUBLIKACJA DOSTĘPNA TYLKO W PRENUMERACIE 2021

SIŁA PARTNERSTWA PUBLICZNO- -PRYWATNEGO W PROJEKTACH INWESTYCYJNYCH

RAPORT PRAWNY

nr **10**

Od wiat przystankowych po spalarnie



JACEK KOSIŃSKI

partner zarządzający, adwokat w Jacek Kosiński Adwokaci i Radcowie Prawni, ekspert z zakresu prawa zamówień publicznych i PPP; uczestniczył przy wypracowaniu polityki rządu w zakresie PPP

Partnerstwa publiczno-prywatnego nie należy się bać. W czerwcu tego roku odbyła się konferencja Forum Liderów PPP. Miałem przyjemność brać udział w panelu dyskusyjnym dotyczącym transportu publicznego. Dyskusja skoncentrowała się na jednym z największych projektów PPP w Polsce, czyli budowie KST w Krakowie etap IV. Jedno z pytań dotyczyło tego, czy jako aktywni uczestnicy całego projektu możemy wskazać jakieś zdarzenia, które zaważyły na realizacji projektu albo stały się jego katalizatorem. I tutaj pojawiła się pierwsza trudność. Nikt właściwie nie był w stanie wskazać takich okoliczności.

I jest to bardzo dobra wiadomość. Projekt był po prostu dobrze przygotowany i wykonywany po stronie publicznej. Dlatego wszystko przebiegało zgodnie z oczekiwaniami i bez zakłóceń. Do jego sukcesu komercyjnego nie były potrzebne żadne szczególne wydarzenia. Osobiście w ciągu kilkunastu lat uczestniczyłem w bardzo wielu przedsięwzięciach PPP zarówno po stronie publicznej, jak i prywatnej. Doradzałem przy projektach od wiat przystankowych po spalarnie. Właściwie tylko w dwóch przypadkach projekty zakończyły się spektakularnym fiaskiem. Wydarzyło się to – można powiedzieć – na życzenie strony publicznej, która popełniła szkolne błędy. Zazwyczaj postępowania są dobrze przygotowane i obie strony mają materiał do dalszych efektywnych prac.

Największym wrogiem PPP jest jego zaniechanie. Ci, którzy zdecydowali się na przygotowanie projektu PPP, wygrywają. Ewentualne niepowodzenie jest lekcją, która na szczęście nie zdarza się często. Nauka z tego wyciągnięta daje premię na przyszłość. /©

► SPIS TREŚCI

Siła partnerstwa publiczno-prywatnego w projektach inwestycyjnych

■ **NIE OBEJDZIEMY SIĘ BEZ PARTNERSTWA**
Skuteczna forma realizacji zadań publicznych ►3

■ **PRZED WSZYSTKIM DIALOG KONKURENCYJNY**
Podstawowy tryb wyboru ►4–5

■ **WŁAŚCIWA OCENA EFEKTYWNOŚCI TO KLUCZ DO SUKCESU**
Od prawidłowego przygotowania dokumentów zależy sukces całej inwestycji ►6–7

■ **JAK POŁĄCZYĆ ŚRODKI UNIJNE I PARTNERSTWO**
Sektor publiczny już teraz powinien rozpocząć przygotowania do korzystania z nowej formuły ►8–9

■ **CO OZNACZA BANKOWALNOŚĆ**
Pozyskanie kapitału od instytucji finansującej ►10–11

■ **POŻYTECZNE SPÓŁKI W PARTNERSTWIE**
Ustawodawca dopuszcza powołanie spółki celowej ►12–13

■ **UMOWY PPP POZA DŁUGIEM PUBLICZNYM**
Rozkład ryzyk między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym ►14–15

Inwestycje | Skuteczna forma realizacji zadań publicznych

Nie obejdziemy się bez partnerstwa

JACEK KOŚIŃSKI

partner zarządzający,
adwokat w Jacek Kościński Adwokaci
i Radcowie Prawni

Partnerstwo publiczno-prywatne jest jedną z form realizacji zadań publicznych. Przez ostatnich kilkanaście lat bardzo trudno było mu konkurować z tradycyjnymi formami zamówień publicznych.

Nadal ziemia nieznana

Głównym problemem było to, że partnerstwo jest cały czas nieznaną formą realizacji przedsięwzięć, którą „nie wiadomo” jak stosować. Niczego nie zmieniają setki szkoleń, warsztatów i konferencji. Rząd już wiele lat temu wdrożył politykę PPP i stara się wspierać i popularyzować rozwój takiego sposobu współpracy. Jednak dopóki można łatwo sięgnąć po środki z kolejnych perspektyw unijnych, dopóty partnerstwo nie będzie ani pierwszym, ani nawet drugim wyborem do realizacji inwestycji.

Wydawać by się mogło, że partnerstwo publiczno-prywatne jest idealnym sposobem realizacji inwestycji. Podmiot publiczny wybiera partnera, na którego zrzuca ciężar zadania. Partner nie dość, że musi zaprojektować, wybudować i sfinansować przedsięwzięcie, to jeszcze przez wiele lat zajmuje się jego eksploatacją. Dodatkowo ponosi ryzyko powodzenia projektu. Mamy paradoks. PPP często przynosi więcej korzyści podmiotowi publicznemu od tradycyjnych zamówień, ale rzadko kto je stosuje. Boimy się lepszego? Czy raczej boimy się nieznanego?

Pozyskiwanie pieniędzy

Przez wiele lat uczestnictwa w rynku PPP widzę, że ta forma realizacji zadań publicznych jest postrzegana bardzo często jako sposób pozyskania finansowania realizacji zadań publicznych. Jest to oczywiście jedna z korzyści. Co więcej, podział ryzyk w takich projektach jest

kształtowany w sposób, który pozwala zobowiązań z umowy PPP nie zaliczać do długu publicznego. I to jest często pierwszy i jedyny motyw wyboru tej formuły. Dlatego pod koniec każdej perspektywy unijnej finansowania pojawiają się przewidywania, że w kolejnej perspektywie będzie mniej pieniędzy. A to ma w sposób naturalny rzucać korzystne światło na PPP, które od razu zyskuje na atrakcyjności. Tak się jednak na razie nie dzieje.

Tymczasem w rozmowie z Portalem Samorządowy.pl wiceminister funduszy i polityki regionalnej Waldemar Buda przyznał, że konkurencja ze środkami unijnymi jest dla PPP zabójcza, dlatego należy stawiać na rozwiązania hybrydowe.

Regionalne programy operacyjne w nowej perspektywie unijnej mają przewidywać zadania, które będzie można realizować tylko w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Aktualnie od takich zadań mają należeć projekty efektywności energetycznej. Czyli musimy zmuszać do wyboru lepszego, bo samo się na razie nie broni. Na razie obowiązuje zasada, że wzrok kieruje się w stronę PPP, dopiero gdy kończą się nam pieniądze.

To nie jest luksus

Tymczasem PPP nie jest luksusem czy ekstrawagancją. Jest po prostu jednym ze sposobów realizacji zadań publicznych. Czasem lepszym, czasem gorszym. Ale właśnie dlatego, że czasem może być „lepszym”, należy przy każdym zamówieniu publicznym rozważyć potencjalną jego realizację w formule PPP. Sam fakt, że PPP nie jest powszechnie stosowany, przekornie stanowi dowód na słuszność tej koncepcji. Wynika to z faktu, że dla wielu inwestycji PPP jest zdecydowanie lepszym i bardziej efektywnym sposobem jej realizacji. Jeżeli mimo to podmioty publiczne nie stosują go, to znaczy, że istnieje po ich stronie wiele barier, które należy przełamywać. W przeciwnieństwie do nich sektor prywatny dużo szybciej i łatwiej szuka i wdraża innowacje i efektywne rozwiązania. W jego DNA jest wręcz zapisane

podejście value for money. A posiadanie na pokładzie partnera, który zorientowany jest na efektywność, oznacza, że na pewno będzie on robił wszystko, aby nasz projekt był efektywnie realizowany. Wtedy zarobi na tym on, a przy okazji i podmiot publiczny.

Know-how partnera

Od kilkunastu lat powtarzam, że PPP to jest przede wszystkim wykorzystanie know-how partnera prywatnego. Często PPP dotyczy projektów unikalnych dla podmiotu publicznego. Dlatego, nawet jeżeli teoretycznie podmiot publiczny posiada zasoby, które są w stanie podjąć przedsięwzięcie, często nie wykona tego efektywnie. Nie będzie tego widać gołym okiem. A jak już zostanie to zrealizowane, to nie będzie możliwości porównania z takim samym przedsięwzięciem zrealizowanym w partnerstwie. Weźmy na przykład budowę ratusza, szkoły czy mieszkań komunalnych. Bardzo często będzie to pierwsza taka inwestycja w gminie. Stare powiedzenie mówi: „Pierwszy dom buduje się dla wroga, drugi dla przyjaciela, trzeci dla siebie”. Partnerstwo z doświadczonego podmiotu umożliwia wybudowanie od razu dla siebie.

Moim celem nie jest przekonywanie, że partnerstwo jest idealnym rozwiązaniem na wszystko. Natomiast zawsze trzeba je brać pod uwagę i świadomie w sposób uzasadniony wybierać albo odrzucać.

Analiza potrzeb i wymagań

Warto przywołać ustawę o finansach publicznych. Jak czytamy w jej art. 44 ust. 2, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Na gruncie zamówień publicznych jest to odzwierciedlone w art. 83 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, który nakazuje zamawiającemu przed wszczę-

ciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonanie analizy potrzeb i wymagań. Badanie to winno oceniać możliwość zaspokojenia potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych, alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb oraz możliwych wariantów realizacji zamówienia.

Natomiast teza druga tzw. dyrektywy klasycznej, tj. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, przewiduje, że „Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii »Europa 2020« zawartej w komunikacie Komisji z 3 marca 2010 r. zatytułowanym »Europa 2020«, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu (...) jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. W tym celu należy zmienić i zmodernizować przepisy dotyczące zamówień publicznych (...) aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych (...)”.

Grzech zaniechania

Jak widać, w świetle prawa każde zamówienie publiczne musi być poprzedzone analizą obejmującą jego realizację w formule partnerstwa. Nie możemy się obejść bez PPP. Nie jest to bynajmniej złe konieczne. Wszystkie podmioty publiczne, które gospodarują naszymi środkami, zawsze powinny mieć na względzie, aby uzyskać value for money. Muszą dobierać najbardziej optymalne i efektywne metody i środki realizacji zadań. Dobrze przygotowane partnerstwo zapewni długoletnią niezakłóconą współpracę przy wysokiej i stabilnej jakości świadczenia usług publicznych. Każdy mieszkaniec to dostrzeże i doceni. Pomijanie PPP jest – w mojej ocenie – grzechem zaniechania. /o/

PROJEKTY PPP | Podstawowy tryb wyboru

Przede wszystkim dialog konkurencyjny

Ustawa PPP nie definiuje samodzielnie trybu wyboru partnera prywatnego. W art. 4 stanowi za to, że wyboru należy dokonać na zasadach opisanych w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi albo w prawie zamówień publicznych (dalej p.z.p.). W przypadku, kiedy nie ma obowiązku stosowania żadnej z tych ustaw, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, a w przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością także przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami.

Siedem trybów

P.z.p. przewiduje w art. 129 siedem różnych trybów udzielenia zamówienia publicznego, jednak w przypadku projektów PPP podstawowym trybem wyboru jest dialog konkurencyjny.

Komisja w komunikacie wyjaśniającym w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP) (2008/C91/02) zauważyła:

„Jeśli utworzenie ZPPP pociąga za sobą przyznanie podmiotowi z kapitałem mieszanym zamówienia publicznego podlegającego w całości dyrektywie 2004/18/WE, może się okazać, w związku ze złożonością finansowych i prawnych aspektów takich konstrukcji, że otwarte i ograniczone procedury zdefiniowane w powyższej dyrektywie nie są dostatecznie elastyczne. Z myślą o takich właśnie sytuacjach w dyrektywie 2004/18/WE wprowadzono innowacyjną procedurę, tzw. dialog konkurencyjny, która ma za zadanie chronić konkurencję między wykonawcami



PAWEŁ JADCZYK
partner, radca prawny
w Jacek Kosiński Adwokaci
i Radcowie Prawni

i jednocześnie umożliwiać podmiotom zamawiającym omówienie wszystkich aspektów danego zamówienia z każdym kandydatem”.

Również w „Wytocznych PPP”, tom II, opublikowanych przez Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej wskazano: „Za dobrą praktykę należy uznać przeprowadzenie postępowania w trybach negocjacyjnych w przypadku p.z.p.”. W zależności od wartości zamówienia rekomendowanym trybem jest dialog konkurencyjny lub – w przypadku zamówień podprogowych – tryb negocjacyjny podprogowy (art. 275 pkt 3 p.z.p.).

Wiedza i doświadczenie

Nie wdając się w opis ustawowych przesłanek stosowania dialogu konkurencyjnego, jego zastosowanie jest wręcz niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania, a przede wszystkim do pełnego wykorzystania potencjału PPP.

Podstawowym celem realizacji przedsięwzięcia w formule projektów PPP jest wykorzystanie wiedzy i doświadczenia partnera prywatnego. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, iż wśród podmiotów publicznych uruchamiających projek-

Zdaniem autora

Efektom dialogu konkurencyjnego powinno być przedsięwzięcie lepiej dostosowane do potrzeb podmiotu publicznego, wyważone pod kątem oferowanych możliwości i kosztów utrzymania, sfinansowane w sposób zapewniający minimalizację ryzyka finansowego (kosztów odsetek lub kosztów wymiany walut). Trzeba zwrócić uwagę, iż minimalizacja np. ryzyka finansowego wiąże się ze wzrostem kosztów finansowych przedsięwzięcia, ale w zamian daje bezpieczeństwo zapewnienia pokrycia kosztów przy wahanich na rynkach finansowych. Rozwiązania standardowo przyjmowane w przetargach nieograniczonych, np. gwarancja dobrego wykonania czy też

gwarancja i rękojmia, doznają w projektach PPP daleko idących modyfikacji, wynikających ze specyfiki przyjętych rozwiązań. Dla niektórych zamawiających konieczność czy czytelność tych zmian nie jest pełna, na etapie dialogu zaś można je wyjaśnić. Podsumowując, należy wskazać, że dobre praktyki i zasada stosowania dialogu konkurencyjnego dają wymierne korzyści instytucji zamawiającej. O ile przeprowadzenie postępowania w tym trybie nie jest wymagane przepisami, o tyle jest standardem w postępowaniach PPP, bez których przeprowadzenie postępowań w przetargach przypadkach nie byłoby wręcz możliwe.

Paweł Jadczyk

ty PPP dominują podmioty samorządowe. O ile wykonawcy oferujący usługi są wyspecjalizowani w określonych ich grupach, o tyle samorządy muszą zaspokajać szeroki wachlarz potrzeb mieszkańców przy określonych i ograniczonych środkach budżetowych.

Co z eksploatacją

Wyspecjalizowany partner prywatny oferuje w wąskim – objętym przedsięwzięciem – zakresie wiedzę znacznie bardziej szczegółową, bowiem nie musi – w odróżnieniu od podmiotu publicznego – posiadać szerokiej wiedzy na temat całego szeregu innych zagadnień.

Drugim z celów realizacji zamówienia w formule PPP jest częstokroć finansowanie kosztów inwestycji. Projekt PPP nie polega tylko

na dokonaniu inwestycji, ale również jej utrzymaniu przez długi czas, nie mniej niż 15 lat. Jeżeli inwestycja nie została w całości sfinansowana ze środków własnych i funduszy europejskich, to jej cena podlega rozłożeniu na okres eksploatacji.

Jakie zdolności

Stąd też bardzo istotnym zadaniem podmiotu publicznego jest prawidłowa ocena zakresu przedsięwzięcia i oczekiwanych korzyści. Trzeba w tym miejscu oddzielić projekty bardzo typowe (jak termomodernizacja, gdzie de facto formuła PPP jest podyktowana innymi czynnikami) od projektów, które są choćby tylko w ocenie danego podmiotu publicznego projektami o dużym stopniu komplikacji. Stąd też w obliczu dokonanej oceny należy następnie ustalić, jakich zdolności będzie wymagał podmiot publiczny od partnera prywatnego.

W trybach jednoetapowych zamawiający wskazują na kryteria udziału, których spełnienia żądają od zainteresowanych wykonawców. Ponadto

”Można się zabezpieczyć praktycznie przed każdym ryzykiem, natomiast każde takie działanie zwiększa koszty projektu

zamawiający w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert przyznają dodatkową punktację za wybrane doświadczenie.

Pierwszy krok

W dialogu konkurencyjnym pierwszym krokiem jest wybranie potencjalnych partnerów prywatnych, biorąc pod uwagę ich doświadczenie. Instytucja zamawiająca dokonuje zatem najpierw oceny, jakie doświadczenie potencjalnych partnerów będzie kluczowe, by w toku dalszych negocjacji najlepiej ustalić szczegóły wspólnie realizowanego przedsięwzięcia. Na tej podstawie określone są kryteria selekcji, które nie są niczym innym niż sposobem doboru partnerów do dialogu. Zatem od doboru tych kryteriów zależy de facto w znacznej części zapewnienie podstawowego celu realizacji inwestycji w formule PPP – wykorzystania doświadczenia partnera prywatnego.

Zewnętrzne doradztwo

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na kwestię zewnętrznego doradztwa dla instytucji zamawiającej. Zasadność skorzystania z takiego doradztwa zależy oczywiście od stopnia skomplikowania planowanej inwestycji, przy czym nawet w stosunkowo mniejszych projektach PPP korzystanie z zewnętrznego doradztwa pozwala na lepsze wykorzystanie możliwości PPP.

Kluczowe negocjacje

Po selekcji i wyborze grupy potencjalnych partnerów następuje kluczowy etap negocjacji. Z punktu widzenia podmiotu publicznego negocjacje mają na celu uzyskanie od partnerów informacji o różnym charakterze, wpływających na ostateczny kształt zamówienia. Negocjacje podzielone są na części tematyczne – techniczne, prawne i finansowe.

W każdej z tych części zamawiający uzyskują dodatkową wiedzę dotyczącą możliwych rozwiązań lub

” Wśród podmiotów publicznych uruchamiających projekty PPP dominują podmioty samorządowe

przewidywanych problemów. Mając możliwość brania udziału w negocjacjach różnych projektów, wielokrotnie – w każdym projekcie – widziałem dostosowywanie wymagań technicznych, finansowych czy prawnych przez zamawiających. W praktyce bynajmniej nie jest tak, że wykonawcy wskazują na te same kwestie. Każdy bowiem z wykonawców ma własną wizję sposobu wygrania postępowania i realizacji zamówienia. Częstokroć zdarza się, że rozwiązania proponowane przez jednych są kwestionowane przez innych. Co prawda spotkania z każdym z wykonawców są przeprowadzane osobno, jednak zamawiający na bieżąco informuje o zmianach w dokumentacji wynikających z prowadzonego dialogu, co powoduje z kolei reakcję innych wykonawców. Ocena proponowanych rozwiązań jest jednym

mawiającego na pewno udzielane informacje są cenne.

Bankowa ocena

Jednym z problemów jest tak zwana bankowość projektów. Pewne klauzule zamieszczane w umowie z partnerem prywatnym powodują, iż banki mogą zmienić ocenę projektu z samorządowego na komercyjny, co wiąże się z diametralnie różnym podejściem do warunków kredytu – w ostateczności obciążających przecież zamawiającego. Należy jednak zwrócić uwagę, że banki – tak samo jak inni uczestnicy postępowania – dążą do przyjęcia postanowień umownych jak najbardziej dla siebie korzystnych. Także w tym miejscu istotna jest rola doradców zamawiającego, którzy posiadają specjali-

stycznej wiedzy umożliwiającej obiektywną ocenę postulatów zgłaszanych przez instytucje finansujące.

Szeroka wymiana poglądów

Na etapie dialogu wykonawcy wskazują także często na wady czy kompletność dokumentacji. W trybach jednostopniowych co do zasady wykonawcy zadają pytania i na tej podstawie zamawiający ewentualnie dokonuje zmian SWZ, jeżeli zauważy niejasności czy też inne wady dokumentacji. Podczas dialogu wymiana poglądów jest o wiele szersza, strony bowiem także uzasadniają swoje stanowisko, co powoduje, iż decyzja zamawiającego – niezależnie od jej treści – powzięta jest na podstawie większej ilości informacji, a poza tym na ogół podjęta zostaje przed opublikowaniem całości dokumentów zamówienia, co daje partnerom więcej czasu na przygotowanie jak najbardziej konkurencyjnej oferty.

Podział ryzyka

Podczas dialogu konkurencyjnego dochodzi również do dyskusji dotyczących alokacji czynników ryzyka. Trzeba podkreślić, iż w początkowym okresie wiele projektów PPP nie dochodziło do skutku, bowiem instytucje zamawiające przez alokację ryzyka rozumiały przypisanie go praktycznie w całości partnerowi prywatnemu. Takie rozwiązanie powodowało, iż oferty nie były w ogóle składane lub czasami nawet wielokrotnie przekraczały budżet zamawiającego. Z punktu widzenia partnera prywatnego można się zabezpieczyć praktycznie przed każdym ryzykiem, natomiast każde takie działanie zwiększa koszty projektu. /@

” Samorządy muszą zaspokajać szeroki wachlarz potrzeb mieszkańców przy określonych i ograniczonych środkach budżetowych

z głównych zadań doradców wspomagających zamawiającego.

Wsparcie innych podmiotów

Należy pamiętać, że szczególnie w przypadku średnich i większych projektów za partnerami prywatnymi stoją inne podmioty, które wspomagają takiego partnera w kwestiach szczegółowych. Dotyczy to zwłaszcza instytucji finansujących, jeżeli zamawiający oczekuje sfinansowania przedsięwzięcia. W części prowadzonych postępowania banki biorą udział w dialogu dotyczącym finansowania przedsięwzięcia. Z punktu widzenia za-

Realne koszty

Etap dialogu jest również tą częścią postępowania, w której można zderzyć oczekiwania zamawiającego co do zasad utrzymania z realnymi kosztami. Wielokrotnie bowiem zamawiający, oceniając koszty utrzymania inwestycji po okresie budowy, odwołuje się do swoich danych historycznych i wewnętrznych zasad organizacji i podziału kosztów. Tymczasem przedsięwzięcie na ogół polega na zaoferowaniu zupełnie

POSTĘPOWANIE | Od prawidłowego przygotowania dokumentów zależy sukces całej inwestycji

Właściwa ocena efektywności to klucz

JACEK KOŚIŃSKI

partner zarządzający,
advokat w Jacek Kosiński Adwokaci
i Radcowie Prawni

KONRAD DYDA

Partnerstwo publiczno-prywatne pozwala na nawiązanie wieloletniej współpracy pomiędzy sektorem publicznym a biznesem przy realizacji różnego rodzaju zadań publicznych.

Dzięki temu każdy z partnerów zajmuje się tym, co stanowi jego najmocniejszy atut – a więc przezwyciężanie podmiotów publicznych zapewniają zgodność z prawem całości przedsięwzięcia, natomiast przedsiębiorca oferuje swoje unikalne doświadczenie przy realizacji i eksploatacji inwestycji. Aby skorzystać z tych – niewątpliwych – zalet partnerstwa, które zdecydowanie wyróżniają go od tradycyjnych zamówień publicznych, konieczne jest podjęcie właściwej decyzji co do przekazania danej inwestycji do realizacji właśnie w tej formule. W tym zaś celu nieodzowne jest przeprowadzenie oceny efektywności – najlepiej od razu skorelowanej z analizą potrzeb i wymagań, niezbędnej przy wyborze partnera prywatnego na podstawie prawa zamówień publicznych. Od prawidłowego przygotowania tych dokumentów może zależeć nie tylko sukces samego partnerstwa, ale całej inwestycji. O czym więc należy pamiętać, oceniając, czy warto skorzystać z PPP?

Jak wydawać środki publiczne

Sektor publiczny – a więc właściwie wszystkie jednostki wydające środki publiczne, w tym przede wszystkim organy administracji – często staje przed dylematem, w jaki sposób efektywnie zrealizować ciążące na nim zadania. Wiadomo, że posiadane zasoby rzadko kiedy w pełni wystarczają



KONRAD DYDA

prawnik w Jacek Kosiński Adwokaci
i Radcowie Prawni

na ich realizację, czego najlepszym dowodem jest rosnące zadłużenie podmiotów publicznych, zwłaszcza samorządów. Problem niewystarczających środków na pokrycie potrzeb wynikających z obowiązków sektora publicznego nie został rozwiązany także przez wsparcie unijne. Oczywiście gotówka z Brukseli stanowi w Polsce od wielu lat istotny czynnik rozwoju – np. w zakresie infrastruktury. Jednak dla wielu jednostek nawet pokrycie wkładu własnego stanowi poważne wyzwanie, generujące dalsze zadłużanie. Osobną kwestią pozostaje efektywność wykorzystania środków unijnych, zwłaszcza tam, gdzie realizuje się nie do końca przemyślane projekty tylko po to, aby skorzystać z pomocy wspólnotowej.

Analizy i oceny

W każdym razie bez względu na to, w jakim trybie i z jakich funduszy sektor publiczny realizuje ciążące na nim zadania, kluczową kwestią pozostaje odpowiedź na

Zdaniem autorów

Partnerstwo publiczno-prywatne bez wątplenia stanowi wymagający sposób realizacji zadań publicznych. Zakłada konieczność wzięcia pod uwagę okoliczności, które mogą wystąpić w ciągu wielu lat realizacji kontraktu. Jednak warto zainwestować wysiłek w przygotowanie partnerstwa. Pierwszym krokiem jest opracowanie oceny efektywności – gdyż

przekłada się ona na dużo lepszą realizację zadań ciążących na organach publicznych, a w ostateczności na zadowolenie mieszkańców. To są podstawowe argumenty na rzecz PPP, które należy wziąć pod uwagę, analizując sposoby, w jakich będą wydatkowane środki publiczne.

Jacek Kosiński
Konrad Dyda

pytanie, w jaki sposób najlepiej zagospodarować środki, jakie mogą zostać przeznaczone na wykonanie prac, oraz – ewentualnie – skąd pozyskać dodatkowe fundusze. W tym celu przepisy prawa przewidują obowiązek przeprowadzania różnego rodzaju analiz, chociażby oceny potrzeb i wymagań wynikającej z prawa zamówień publicznych. Należy jednocześnie pamiętać, że zarówno ustawodawca unijny, jak i polski jednoznacznie stawiają na efektywność. Nie chodzi więc o samo wydatkowanie publicznego grosza, ale o prawidłowe zdiagnozowanie problemów i znalezienie właściwej odpowiedzi na nie. To zaś często wymaga wyjścia poza schematy i dobrze utarte ścieżki.

Nie wystarczy zamówić

W polskich realiach zdecydowana większość inwestycji realizowana jest w trybach przewidzianych przez prawo zamówień publicznych. Jednak – mówiąc w znacznym uproszczeniu – za-

mówienia publiczne sprowadzają się do prostego zlecenia wykonania wcześniej określonych prac. Trudno więc zakładać – także po wielu zmianach wprowadzonych w nowym prawie zamówień – że zamawiający i wykonawca to partnerzy wspólnie realizujący zaplanowany cel. Nawet gdy zamawiającemu uda się znaleźć naprawdę solidnego wykonawcę, jego rola zakończy się wraz z finalizacją umowy. Tym samym zarządzanie inwestycją spoczywa właściwie wyłącznie na barkach podmiotu publicznego.

Inna filozofia

Natomiast partnerstwo publiczno-prywatne zakłada zupełnie inną filozofię. W jego ramach przedsiębiorca jest bezpośrednio zainteresowany realizacją przedsięwzięcia na jak najwyższym poziomie, gdyż sam – najczęściej przez wiele lat, do przekazania wybudowanej infrastruktury na własność podmiotu publicznego – prowadzi w oparciu o nią swój biznes. Jeżeli więc prace zostaną źle wykonane, pierwszym poszkodowanym będzie sam wykonawca. W praktyce rozwiązanie to znacząco podnosi jakość realizacji inwestycji, co przekłada się na zwiększenie efektywności wykonywania zadań publicznych, a w konsekwencji na zadowolenie mieszkańców. Do tego należy dołożyć znacznie mniejsze obciążenie bu-

” W partnerstwie podmioty publiczne zapewniają zgodność z prawem całości przedsięwzięcia, natomiast przedsiębiorca oferuje swoje unikalne doświadczenie przy realizacji i eksploatacji inwestycji

do sukcesu

dżetu jednostki publicznej realizacją umowy PPP w porównaniu z innymi sposobami inwestycji.

Jak jest w praktyce

Dobrym przykładem korzyści dla podmiotu publicznego płynących z zastosowania partnerstwa jest budowa infrastruktury sportowej. Realizując np. basen w tej formule, przedsiębiorca zajmuje się nie tylko jego budową, ale również zarządza nim przez okres określony w umowie, najczęściej przez kilkanaście lat. Partnerstwo może znaleźć swoje zastosowanie także w służbie zdrowia – tu warto wskazać na doświadczenia brytyjskie, gdzie wykorzystanie tej formuły zdecydowanie przyczyniło się do podniesienia jakości opieki zdrowotnej – czy w inwestycjach infrastrukturalnych. Zawsze działa ten sam mechanizm: podmiot publiczny zyskuje cenne, typowo biznesowe „know-how”. W końcu nie ma wątpliwości, że przedsiębiorca działający w danej branży najlepiej wie, jak zaprojektować, wybudować, a następnie zarządzać przedsięwzięciem, tak aby zachowało ono trwałość i spełniało oczekiwania użytkowników.

Trzeba się dobrze zastanowić

Ustawodawca nie wskazał żadnego katalogu inwestycji, jakie można przeprowadzić za pomocą partnerstwa publiczno-prywatnego, co pozwala skorzystać z tego trybu właściwie w przypadku każdego zadania. Pomimo jednak niewątpliwych zalet partnerstwo nie jest uniwersalnym rozwiązaniem, a decyzja o wyborze PPP musi zostać poprzedzona głębokim namysłem. Zresztą podmiot publiczny

”Warto zainwestować wysiłek w przygotowanie partnerstwa

jest do niego zobowiązany. Zgodnie z ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego podmiot publiczny sporządza ocenę efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach PPP w porównaniu z efektywnością jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych.

Katalog okoliczności do rozważenia

Prawodawca wskazał na przykładowy katalog okoliczności, jakie należy wziąć pod uwagę przy przeprowadzaniu powyższej oceny. Są nimi: 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, i warunki ich zmiany. Skoro katalog ten ma charakter przykładowy, nie ma przeszkód, aby ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia została przeprowadzona w szerszym zakresie. Ważne, aby ocena ta pozwoliła na podjęcie właściwej decyzji co do wyboru partnerstwa. Do tego konieczne jest przede wszystkim przeprowadzenie swego rodzaju symulacji, która pozwoli

odpowiedzieć na pytanie, czy dana inwestycja (bądź inne przedsięwzięcie) powinna zostać zrealizowana w ramach partnerstwa czy też innymi sposobami, np. za pomocą tradycyjnych zamówień publicznych. Stąd to podmiot publiczny decyduje o liście kryteriów, ze względu na które dokona przedmiotowej oceny, jak i o jej formie.

Wybór kryteriów

Z tych względów pierwszą decyzją, jaką musi podjąć podmiot publiczny rozważający skorzystanie z PPP, jest określenie, na podstawie jakich kryteriów przeprowadzi ocenę efektywności. Te zaś powinny zostać ściśle dostosowane do charakteru inwestycji, jaka ma zostać przeprowadzona. W końcu jasne jest, że w inny sposób należy wybrać najefektywniejszy sposób budowy szkoły czy przedszkola, a w inny basenu, ośrodka zdrowia bądź drogi. Wybór niewłaściwych kryteriów poważnie utrudnia, wręcz uniemożliwia, prawidłowe przeprowadzenie oceny. W każdym razie im szerzej i dokładniej zostanie ona przeprowadzona, tym większe szanse na podjęcie właściwej decyzji.

Warto zbadać rynek

Z tego względu właściwie w przypadku każdego projektu przygotowywanego do wykonania w PPP należy wziąć pod uwagę kwestie techniczne, prawne oraz ekonomiczne. Do tego trzeba dobrze zbadać rynek oraz wszelkie ryzyka związane z realizacją projektu. Dlatego podmiot publiczny musi zadać sobie pytanie przede wszystkim o to, jakie są główne przeszkody i trudności w wykonaniu przedsięwzięcia; czy projekt jest w ogóle uzasadniony ze społeczno-ekonomicznego punktu widzenia; jakie będą koszty prac w formule PPP, a jakie przy skorzystaniu z innych rozwiązań oraz czy podmiot publiczny będzie w stanie zapewnić ich finansowanie. Przy czym oceniając efektywność reali-

zacji zamierzenia w PPP w zestawieniu z innymi procedurami, trzeba wziąć pod uwagę charakterystyczne cechy partnerstwa – zwłaszcza biznesową współpracę z przedsiębiorcą oraz nastawienie na wysoką efektywność.

Zawsze trzeba rozważyć

W związku z tym można postawić tezę, że partnerstwo publiczno-prywatne zawsze powinno być brane pod uwagę jako sposób na realizację zadań publicznych. Tym bardziej że na mocy prawa zamówień publicznych obowiązującego od nowego roku zamawiający ma obowiązek – przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia – sporządzić analizę potrzeb i wymagań. W dokumencie tym należy uwzględnić m.in. rozeznanie rynku, a w jego ramach istniejące możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb. Nie ma wątpliwości, że partnerstwo publiczno-prywatne jest jedną z nich.

Podobne instytucje

Poza tym warto zasygnalizować, że analiza potrzeb i wymagań uregulowana w prawie zamówień publicznych oraz ocena efektywności z ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w istocie rzeczy to bliźniacze instytucje prawne. Dlatego nie ma przeszkód, aby informacje zgromadzone przy opracowywaniu jednego dokumentu wykorzystać w drugim – tym samym oszczędzając czas potrzebny do sporządzenia każdego z nich. Najprostszym rozwiązaniem – opartym na założeniu, że to prawo zamówień publicznych jest podstawową ustawą dla wydatkowania środków publicznych – jest opracowanie analizy potrzeb i wymagań w taki sposób, aby obejmowała także możliwość realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Wówczas zebrane dane będzie można z powodzeniem wykorzystać przy ocenie efektywności. /@

”W ramach PPP przedsiębiorca jest bezpośrednio zainteresowany realizacją przedsięwzięcia na jak najwyższym poziomie

HYBRYDOWE PPP | Sektor publiczny już teraz powinien rozpocząć przygotowania do korzystania z nowej formuły

Jak połączyć środki unijne i partnerstwo

JACEK KOŚIŃSKI

partner zarządzający,
adwokat w Jacek Kościński Adwokaci
i Radcowie Prawni

KONRAD DYDA

prawnik w Jacek Kościński Adwokaci
i Radcowie Prawni

W ostatnich latach środki unijne stały się jednym z podstawowych źródeł finansowania różnego rodzaju inwestycji publicznych – od remontu zabytkowych obiektów aż po budowę dużych przedsięwzięć infrastrukturalnych. Rzeczywiście wiele podmiotów publicznych – w tym przede wszystkim samorządy – nie wyobraża już sobie funkcjonowania bez pomocy z Brukseli. Tego rodzaju uwarunkowania od dawna postrzegane są jako główną barierę w rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego. Tymczasem PPP i pomoc unijna nie muszą ze sobą konkurować, a umiejętne połączenie tych rozwiązań pozwala na jeszcze lepszą realizację różnego rodzaju inwestycji. Hybrydowe partnerstwo publiczno-prywatne – bo o nim tu mowa – stwarza unikalne możliwości na połączenie finansowania wspólnotowego z wieloletnią i nastawioną na podniesienie efektywności w realizacji zadań publicznych współpracę z biznesem. Warto sięgać po takie rozwiązania, gdyż wszystko wskazuje na to, że w niedługiej perspektywie będą one – przynajmniej w niektórych przypadkach – obowiązkowe. O czym więc należy pamiętać, przygotowując hybrydowe PPP?

Rząd stawia na PPP

W ostatnich latach rząd – także poprzez zmiany prawa – stara się spopularyzować partnerstwo publiczno-prywatne, dążąc do jego dużo szerszego niż obecnie wykorzystywania. Trudno uznać, że wysiłki te przyniosły zamierzony efekt. Co prawda odsetek inwestycji realizowanych w tej formule

wzrasta, jednak nadal nie są to optymalne liczby. Daleko odbiegają od liczby przedsięwzięć współfinansowanych ze środków unijnych. Wiele wskazuje na to, że w niedługiej przyszłości sytuacja ta może ulec zmianie – nie tyle na podstawie nagłego wzrostu popularności formuły PPP, ile z powodu zmiany zasad wydatkowania funduszy europejskich.

Specjalne segmenty

Z wypowiedzi przedstawicieli Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej wynika, że w nowej perspektywie unijnej w programach operacyjnych zostaną określone specjalne segmenty, które będzie można spożytkować jedynie w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Tego rodzaju rozwiązania mają obowiązywać przede wszystkim w obszarze inwestycji z zakresu efektywności energetycznej – co jednak, biorąc pod uwagę nacisk, jaki trzeba położyć na takie zadania – może oznaczać poważny wzrost znaczenia PPP. Tym bardziej że resort nie wyklucza rozszerzenia obowiązku łączenia tej formuły ze środkami wspólnotowymi także na inwestycje innego rodzaju.

Regionalne decyzje

Dokładne kwoty, jakie trzeba będzie wydatkować w hybrydowym partnerstwie publiczno-prywatnym, będą określone regionalnie, po ustaleniach z organizacją zajmującą się podziałem wsparcia unijnego na danym obszarze. Kluczowe znaczenie przy podejmowaniu decyzji w tym zakresie ma mieć ocena skali możliwego popytu dla takich programów. W każdym razie jasne jest, że w niedługiej przyszłości hybrydowe

PPP stanie się koniecznością, co z kolei oznacza, że sektor publiczny już teraz powinien rozpocząć przygotowania do korzystania z tej formuły. Co prawda, nie należy ona do najprostszych, ale z pewnością może przynieść zaskakująco dobre efekty.

Nie wszystko da się połączyć

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że łączenie środków unijnych z partnerstwem publiczno-prywatnym może dotyczyć je-

Ryzyka i plan B

Przed wszystkim przy planowaniu takiego przedsięwzięcia konieczne jest wzięcie pod uwagę specyficznych ryzyk związanych chociażby z nieotrzymaniem środków unijnych czy koniecznością ich zwrotu. W ogóle rozstrzygnięcie, który z potencjalnych partnerów będzie odpowiedzialny za ich pozyskanie, jest jedną z kluczowych kwestii. Warto także przygotować plan B na wypadek, gdyby wnioskodawcy nie przyznano środków. W końcu ich brak nie musi ozna-

” W nowej perspektywie unijnej w programach operacyjnych zostaną określone specjalne segmenty, które będzie można spożytkować jedynie w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego

dynie niektórych inwestycji, co z kolei stanowi spore zawężenie w stosunku do „ogólnego” PPP. Zgodnie z prawem w taki sposób realizuje się jedynie przedsięwzięcia infrastrukturalne. Oczywiście rozważając skorzystanie z hybrydowego PPP, trzeba pamiętać, że do tego rodzaju przedsięwzięć stosuje się przepisy odnoszące się do samego partnerstwa oraz do spożytkowania środków unijnych. Biorąc pod uwagę, że zawsze wydatkowanie środków publicznych podlega rygorowi określoneemu jeszcze w szeregu innych aktów – chociażby w ustawie o finansach publicznych – jasne jest, że tego rodzaju formuła należy po prostu do bardzo skomplikowanych z prawnego punktu widzenia.

czać rezygnacji z planów inwestycyjnych.

Solidne przygotowania

Okoliczności te powodują, że hybrydowe partnerstwo publiczno-prywatne wymaga jeszcze solidniejszego przygotowania niż PPP, w którym nie korzysta się ze wsparcia unijnego. Także tutaj kluczową kwestią pozostaje – jak wiadomo obowiązkowo dla każdego projektu partnerstwa – ocena efektywności, w której potencjalny partner publiczny rozstrzyga, czy dane przedsięwzięcie w ogóle powinno być realizowane w ramach PPP. W związku z tym – w przypadku projektów infrastrukturalnych – przygotowując tę ocenę, trzeba odpowiedzieć na pytanie, czy ma ono szansę na otrzymanie pomocy unijnej. Jeżeli odpowiedź okaże się twierdząca – a tak będzie w zdecydowanej większości przypadków – zawsze dobrze jest wziąć pod uwagę możliwość realizacji inwestycji w drodze hybrydowego partnerstwa. Zyskuje się tym sa-

” Warto przygotować plan B na wypadek, gdyby wnioskodawcy nie przyznano środków unijnych

mym – obok finansowania – także wszystkie zalety, jakie daje PPP, z pozyskaniem biznesowego „know-how” na czele.

Ocena efektywności powinna uwzględniać także wskazane powyżej ryzyka, typowe dla łączenia partnerstwa publiczno-prywatnego z pieniędzmi unijnymi. Oczywiście w ramach oceny efektywności należy także zestawić hybrydowe PPP z tradycyjnymi rozwiązaniami, zwłaszcza znanymi z prawa zamówień publicznych. Nie ma także przeszkód – i pod wieloma względami jest to korzystniejsze rozwiązanie – aby na wskazywane tu wątpliwości odpowiedzieć na etapie analizy potrzeb i wymagań wynikającej z prawa zamówień publicznych. Przyjęcie takiej sekwencji pozwala od razu zdecydować, jaka formuła będzie najwłaściwsza w danym przypadku. Zresztą dane zgromadzone w ramach analizy potrzeb oraz oceny efektywności można bez problemu wzajemnie wykorzystać podczas realizacji obowiązków wynikających z prawa zamówień publicznych oraz ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. To bez wątpienia kolejny argument za naprawdę solidnym przygotowaniem tych dokumentów.

Starania o środki

Jeżeli w wyniku analiz okaże się, że hybrydowe PPP jest optymalnym rozwiązaniem dla realizacji danej inwestycji infrastrukturalnej, konieczne należy zdecydować, który z przyszłych partnerów bę-

Zdaniem autorów

Hybrydowe PPP stanowi poważne wyzwanie – zarówno dla strony publicznej, jak i jej partnera prywatnego. To z kolei rodzi pytanie, czy w ogóle warto korzystać z tej formuły. Zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę możliwość spożytkowania środków unijnych na podstawie dobrze znanych i wielokrotnie wypróbowanych rozwiązań. Jednak za połączeniem partnerstwa publiczno-prywatnego z pomocą z Brukseli przemawia przede wszystkim zdecydowanie większa efektywność tego rodzaju rozwiązań. Wszystkie problemy zaś dobrze jest rozwiązać już na etapie przygotowywania umowy partnerstwa, której treść ma kluczowe znaczenie dla sukcesu całej inicjatywy.

W jej ramach należy zwrócić szczególną uwagę na dwie kwestie: podział zadań i ryzyk pomiędzy partnerów oraz postępowanie w przypadku, gdyby zaszła konieczność zmian umowy oraz zwrotu pomocy unijnej. W końcu do kontraktu PPP stosuje się

– oczywiście ograniczoną przepisami prawa, zwłaszcza publicznego – zasadę swobody umów. Stąd strony mają dużo większe możliwości ustalenia łączących ich relacji. Dobrze ustalić, że likwidacja bądź upadłość partnera prywatnego spowoduje przejście – pod jasno zdefiniowanymi w umowie partnerstwa oraz odnoszącej się do dofinansowania – wsparcia unijnego na nowy podmiot. Natomiast przygotowując się do hybrydowego PPP, konieczne należy przygotować dwa różne scenariusze. Jeden w przypadku otrzymania i wykorzystania dofinansowania oraz drugi, wdrażany w przypadku nieotrzymania bądź konieczności zwrotu pomocy z Brukseli. Wzięcie pod uwagę różnych rozwiązań, przygotowanie się na nie i przełożenie ich na odpowiednie zapisy w umowie PPP stanowi podstawę do powodzenia hybrydowego partnerstwa.

Jacek Kosiński
Konrad Dyda

każdym razie zdarza się, że koszty przedsięwzięcia nieodpowiadają wysokości otrzymanego wsparcia. Dlatego koniecznie trzeba dobrze przemyśleć moment, w którym występuje się z wnioskiem do instytucji dysponującej środkami unijnymi.

W praktyce najlepiej jest uczynić to przynajmniej po dokonaniu oceny efektywności/analizy potrzeb i wymagań. Wówczas podmiot publiczny – przynajmniej w dużym przybliżeniu – powinien znać już koszty inwestycji. Oczywiście nie ma także przeszkód, aby przyjąć inną kolejność: najpierw podpisać umowę z partnerem prywatnym, a następnie starać się o wsparcie z Brukseli. Aczkolwiek przy takiej kolejności należy spodziewać się wydłużenia czasu potrzebnego na przystąpienie do prac, choć z pewnością dużym plusem tego rozwiązania jest posiadanie już pełnej wiedzy co do zakresu planowego przedsięwzięcia i warunków samej umowy partnerstwa.

Możliwe jest także aplikowanie o pomoc przez podmiot publiczny ze wskazaniem partnera prywatnego, jako jej beneficjenta. Wtedy jednak decyzja o przyznaniu środków z Brukseli ma charakter warunkowy – do czasu zweryfikowania, czy beneficjent spełnia wszystkie warunki programu, a przynajmniej gotówka będzie stanowiła element wynagrodzenia partnera prywatnego. W każdym razie można sformułować uniwersalną zasadę: jeżeli beneficjentem pomocy unijnej będzie podmiot publiczny, może zostać ona przeznaczona na jego wkład własny; w przypadku gdy korzystał z niej będzie partner prywatny, przeznaczy ją na prace przy inwestycji. Jednak z punktu widzenia podmiotu publicznego warto wziąć pod uwagę przede wszystkim te rozwiązania, które pozwolą spożytkować środki wspólnotowe nawet wówczas, gdyby podpisanie umowy partnerstwa z jakimiś względów okazało się niemożliwe. Cel ten najłatwiej osiągnąć, gdy to podmiot publiczny jest wnioskodawcą i beneficjentem. /o

dzie odpowiedzialny za pozyskanie wsparcia unijnego. Oczywiście może to być zarówno strona publiczna, jak i prywatna. Przy czym z praktycznego punktu widzenia najczęściej najlepszym rozwiązaniem jest powierzenie tego zadania stronie publicznej. W końcu zarówno rządowe, jak i samorządowe jednostki w ostatnich latach zbudowały wyspecjalizowane kadry oraz pozyskały cenne doświadczenia w tym obszarze. Przeważnie przedsiębiorcy albo w ogóle nie posiadają, albo posiadają w mniejszym zakresie takie zasoby. Bez względu jednak na to, kto będzie aplikował o środki, nie ma formalnych przeszkód, aby procedurę w tym zakresie rozpocząć jeszcze przed podpisaniem umowy partnerstwa. Biorąc pod uwagę terminy związane z rozpatrywaniem zgłoszeń, im wcześniej podejmie się

aktywność w tym zakresie, tym lepiej. Z pewnością jest to kolejny z argumentów na rzecz powierzenia pozyskania środków wspólnotowych przez podmiot publiczny.

Kolejne problemy

Jednak przyjęcie takiej optyki wcale nie rozwiązuje wszystkich problemów. W końcu przed podpisaniem umowy partnerstwa z jednej strony, z drugiej zaś przed otrzymaniem dofinansowania unijnego nie sposób przewidzieć wszystkich elementów decydujących o kształcie współpracy. Zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę, że rozstrzygnięcie procedur zmierzających do wyboru partnera prywatnego oraz konkursów o środki wspólnotowe często nie przebiegają w tym samym czasie. W



W KAŻDY WTOREK
tylko dla prenumeratorów

PROCEDURA | Pozyskanie kapitału od instytucji finansujących

Co oznacza bankowalność projektów PPP

Projekty realizowane w formule partnerstwa publiczno-prywatnego zazwyczaj dotyczą dużych zamierzeń inwestycyjnych. Wymagają poniesienia istotnych nakładów finansowych. Zgromadzenie tych środków zwykle przekracza możliwości partnera prywatnego. Stąd ważnym czynnikiem skutecznej realizacji projektu PPP jest pozyskanie przez partnera prywatnego zewnętrznego finansowania pochodzącego najczęściej od banków lub funduszy inwestycyjnych. O jakie kwestie należy zadbać w celu pozyskania finansowania projektu PPP, czyli osiągnięcia stanu tzw. bankowalności?

Jaka definicja

Przez bankowalność projektu rozumie się jego akceptowalność dla banków (lub innych podmiotów udzielających finansowania projektu, np. funduszy inwestycyjnych). Instytucje finansujące tylko wtedy zdecydują się dostarczyć finansowanie dla projektu, gdy w ich ocenie projekt ten będzie zapewniał zwrot udzielonego finansowania wraz z odsetkami i innymi kosztami. Stąd niezwykle istotne jest – o czym niżej – zapewnienie udziału tych instytucji w przygotowaniu i procedowaniu postępowania realizowanego w formule partnerstwa publiczno-prywatnego.

Bankowalność jest osiągnięta w momencie tzw. zamknięcia finansowego projektu. Należy je odróżnić od zamknięcia komercyjnego, które następuje z momentem zawarcia umowy PPP. W tej ostatniej przewiduje się termin, w ciągu którego partner prywatny obowiązany jest uzyskać finansowanie (dokonać zamknięcia finansowego) – najczęściej pod rygorem wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy przez partnera publicznego.

Bankowalność posiada z jednej strony aspekt finansowy – obejmujący pozyskanie kapitału od instytucji finansujących – zaś z drugiej aspekt

**MICHAŁ FATEK**

radca prawny

w Jacek Kosiński Adwokaci
i Radcowie Prawni

prawny – wyrażający się w możliwości takiego prawnego ukształtowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz umowy PPP, który będzie dla banku satysfakcjonujący, w szczególności poprzez zagwarantowanie mu odpowiednich zabezpieczeń spłaty przekazanego kapitału.

Konieczność kompromisu

Prawne zabezpieczenie instytucji finansującej wymaga często od zamawiającego (podmiotu publicznego) pójścia na kompromisy, w szczególności w zakresie ryzyka kontraktowego przypisywanego podmiotowi prywatnemu. Stąd niezwykle istotne dla uzyskania bankowalności projektu jest negocjacyjne podejście w relacjach między podmiotem publicznym, podmiotem prywatnym a instytucjami finansującymi. Tylko ono bowiem zapewni prawidłowe wyważenie interesów wszystkich zainteresowanych i w konsekwencji uzyskanie zamknięcia finansowego projektu.

Zdaniem autora

Bankowalność projektu jest niezbędna do jego przeprowadzenia. Bez uzyskania finansowania zewnętrznego podmiot prywatny nie jest zazwyczaj w stanie zrealizować inwestycji. Nie dochodzi tym samym do zamknięcia finansowego, a cały proces przygotowania projektu PPP idzie na marne. Stąd w projektach tych kluczowe jest, by już od samego momentu powzięcia decyzji o realizacji inwestycji w formule PPP kwestia bankowalności zajmowała centralne miejsce. Sprzyja temu włączenie banków w projekt już od momentu prowadzenia testów rynkowych oraz taka alokacja ryzyka kontraktowego, która zapewni, że podmiot prywatny będzie ponosił ryzyko tylko z tego tytułu, który faktycznie pozostaje pod jego kontrolą.

Michał Fatek

Są pewne przeszkody

Praktyka projektów PPP dostarcza przykładów zagadnień, których występowanie wyraźnie zniechęca banki do zainwestowania w dany projekt. Podmioty publiczne pragnące realizować zamierzenia inwestycyjne w formule PPP muszą zwracać szczególną uwagę na unikanie poniżej opisanych problemów.

Alokacja ryzyka

Najczęstszą przeszkodą w uzyskaniu zamknięcia finansowego projektu jest nieprawidłowa alokacja w umowie PPP ryzyka kontraktowego. Przeniesienie na partnera prywatnego zbyt dużego ryzyka nie jest mile widziane wśród instytucji finansujących. W partnerstwie publiczno-prywatnym generalnie przyjętą zasadą jest alokowanie danego ryzyka kontraktowego na tym z partnerów, który lepiej poradzi sobie z jego

zarządzaniem.

Przykładem problemów wiążących się z alokacją ryzyka może być sytuacja występująca w projektach dotyczących infrastruktury komunikacji miejskiej (np. linie tramwajowe). W projektach tego typu często jako czynnik wpływający na wysokość zmiennego wynagrodzenia podmiotu prywatnego wskazuje się częstotliwość przejazdów tramwajowych. Ponieważ jest to okoliczność niezależna od podmiotu prywatnego, uzależnienie jego wynagrodzenia od liczby przejazdów tramwajów może być problematyczne z punktu widzenia banków. W konsekwencji uzyskanie zamknięcia finansowego może być ze względu na to utrudnione. Należy więc rekomendować pozostawianie tego typu ryzyk przy podmiocie publicznym. Nawet jeżeli wpływa to na jego wyższe zobowiązania wobec podmiotu prywatnego, to pozwala uzyskać bankowalność projektu i w konsekwencji realizację ważnej społecznie inwestycji.

Transfer ryzyka na podwykonawców

W zakresie rozkładu ryzyka kontraktowego istotne jest również to, aby ryzyko alokowane na podmiocie prywatnym (np. z tytułu uzyskania odpowiednich gwarancji bankowych, udzielenia rękojmi i gwarancji na określonych umowach PPP warunkach)

” Instytucje finansujące tylko wtedy zdecydują się dostarczyć finansowanie projektu, gdy będzie on zapewniał zwrot udzielonego finansowania z odsetkami i innymi kosztami

zostało każdorazowo przeniesione przez podmiot prywatny na jego podwykonawców – generalnego wykonawcę robót budowlanych (EPC) oraz wykonawcę odpowiedzialnego za świadczenie usług z zakresu utrzymania i nadzoru nad inwestycją (O&M).

Opisany tu transfer ryzyka powinien obejmować również przypadki, gdy wynagrodzenie podmiotu prywatnego przewidziane jest jako zmienne (np. uzależnione od liczby przejazdów tramwajów na danej linii w określonym odcinku czasowym). W przypadku gdy wynagrodzenie partnera prywatnego ulega obniżeniu przez wzgląd na zmienne czynniki, wynagrodzenie w szczególności wykonawcy O&M również powinno podlegać proporcjonalnemu zmniejszeniu.

W ramach badania prawnego projektu PPP przez banki analizie podlega m.in. to, na ile ryzyko kontraktowe jest przeniesione z podmiotu prywatnego na podwykonawców.

Mechanizm wynagradzania

Przy projektach infrastrukturalnych głównym ryzykiem z punktu widzenia instytucji finansujących jest uzyskiwanie przez podmiot prywatny przychodów z projektu, które pozwolą mu się wywiązać z zobowiązań kredytowych. Stąd w celu osiągnięcia bankowości projektu należy przewidzieć odpowiedni mechanizm wynagradzania podmiotu prywatnego. Generalnie przyjmuje się, że projekty PPP oparte na opłacie za dostępność płaconej przez podmiot publiczny są uważane za mniej ryzykowne niż te, w których opłaty mają pochodzić wyłącznie od użytkowników infrastruktury (np. kierowców płacących za przejazdy autostradą). W tym ostatnim przypadku banki zazwyczaj wymagają przeprowadzenia dodatkowej analizy finansowo-ekonomicznej weryfikującej, czy przewidywane zapotrzebowanie użytkowników na usługi dostarczane przez inwestycję pozwoli na uzyskanie przez podmiot prywatny przychodów zapewniających spłatę zobowiązań wobec instytucji finansujących. Nierzadko też zdarza się, że banki uzależniają udzielenie finansowania od ustalenia opłat od użytkowników na minimalnym, wskazanym przez siebie poziomie.

Brak doświadczenia podmiotu prywatnego

Banki dużą wagę przykładają do doświadczenia posiadanego przez

podmiot prywatny. Jego brak może być postrzegany jako ryzyko mniej efektywnej realizacji projektu i w konsekwencji mniejszą jego rentownością (np. na skutek konieczności zapłaty wyższych kar umownych przez niedoświadczonego wykonawcę). Stąd podmiot publiczny powinien dbać o takie warunki udziału w postępowaniu i udzielenia zamówienia, które zapewnią zawarcie umowy PPP z podmiotem prywatnym posiadającym doświadczenie odpowiednie do rodzaju i rozmiaru projektu.

Transakcje hedgingowe

Kolejnym istotnym ryzykiem brany pod uwagę przez banki przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu finansowania projektu jest zabezpieczenie ryzyka partnera prywatnego na wahaniami kursów walut oraz ryzyko zmiennej stopy procentowej.

Wynagrodzenie partnera prywatnego jest płacone w złotych. W sytuacji, gdy wydatki ponoszone przez ten podmiot dokonywane są w walucie innej, ryzyko osłabienia złotego wpływa pośrednio na rentowność projektu po stronie partnera prywatnego. Stąd istotne jest zabezpieczenie ryzyka osłabienia złotego. To samo odnosi się do ryzyka wzrostu stopy procentowej i tym samym wzrostu kosztów finansowania. Dokonuje się tego przez zawieranie transakcji hedgingowych. Umowa PPP powinna w związku z tym przewidywać procedurę zawierania przez podmiot prywatny transakcji zabezpieczających, a także obligować partnera prywatnego do ich zawarcia w odniesieniu do całości lub prawie całości wydatków inwestycyjnych, które przewidziano do poniesienia w walucie innej niż złoty polski oraz w całości w zakresie ryzyka zmiany stóp procentowych.

Restrykcyjny system kar i potrąceń

Istotne z punktu widzenia bankowości projektu jest odpowiednie ukształtowanie umowy

PPP w zakresie kar umownych i potrąceń wynagrodzenia. Kary zbyt wysokie mogą skutecznie odstraszać instytucje finansujące. Stwarzają one bowiem duże zagrożenie dla spłaty zobowiązań podmiotu prywatnego wobec banków. Z tego punktu widzenia ważne jest, by przewidzieć w umowie PPP maksymalny limit zarówno kar umownych, jak i potrąceń wynagrodzenia oraz minimalną płatność wynagrodzenia na rzecz podmiotu prywatnego. To ostatnie powinno gwarantować możliwość spłaty przez podmiot prywatny jego zadłużenia wobec instytucji finansujących.

W przypadku przekroczenia tych limitów podmiot publiczny powinien być uprawniony do wypowiedzenia umowy PPP. Dodatkowo często w umowie bezpośredniej (podpisywanej między podmiotem publicznym, podmiotem prywatnym a instytucjami finansującymi) zawierane są postanowienia obligujące podmiot publiczny do wypowiedzenia umowy PPP w przypadku przekroczenia określonego poziomu kar umownych i potrąceń. Klauzule takie zapobiegają dalszemu naliczaniu kar umownych i potrąceń po osiągnięciu ich określonego pułapu.

Udział instytucji finansujących

Zapewnienie bankowości projektu wymaga ze strony podmiotu publicznego umożliwienia instytucjom finansującym udziału w projekcie od samego początku. W szczególności istotny jest udział banków na etapie przygotowania do postępowania i sondowania rynku.

W ramach dobrych praktyk przy projektach PPP postuluje się, aby zapewnić bankom udział w testach rynkowych. Wymaga to wyselekcjonowania potencjalnych kredytobiorców już na tym etapie. W ramach badań rynkowych prowadzi się niewiążące rozmowy z potencjalnymi wykonawcami celem wybadania rynku – możliwości realizacji projektu, wymagań technicznych z nim związanych, zakładanych

kosztów jego realizacji. Dzięki udziałowi instytucji finansujących w tych etapach mogą się one zapoznać z rynkiem wykonawców i ocenić, czy mają oni potencjał umożliwiający wykonanie danego projektu PPP i spełnienie zobowiązań wobec instytucji finansujących.

Rekomendowanym sposobem udziału banków w projektach PPP jest również świadczenie przez nie różnego rodzaju usług doradczych (ekonomicznych, finansowych, ubezpieczeniowych etc.) na rzecz podmiotu publicznego. Nie tylko pozwala to bankom na lepsze zaznajomienie się z projektem, ale i zapewnia podmiotom publicznym niezbędną wiedzę profesjonalną i know-how, których podmioty te samodzielnie najczęściej nie posiadają.

Konieczny audyt

Finalnym elementem zaangażowania banków w projekt PPP jest przeprowadzenie badania due diligence (prawnego, finansowego, środowiskowego i społecznego, technicznego, ubezpieczeniowego). Audyt taki pozwala instytucjom finansującym na podjęcie ostatecznej decyzji co do swojego zaangażowania kapitałowego w projekt. Badanie to czasem jest przeprowadzane przez same banki przed zamknięciem komercyjnym projektu (tj. przed zawarciem umowy). Częstszą praktyką jest jednak jego przeprowadzenie po zamknięciu komercyjnym, a przed zamknięciem finansowym. W takim przypadku najczęściej to na podmiocie prywatnym ciąży obowiązek zapewnienia przeprowadzenia takiego badania i pokrycia jego kosztów. Instytucje finansowe natomiast wymagają, by podmioty przygotowujące raporty zaopatrzyły je w tzw. reliance letters, będące zapewnieniem autorów raportu, że odbiorcy takich reliance letters mogą na raportach polegać.

W ramach zaangażowania banków w projekty PPP niezwykle istotne jest dodatkowo przewidzenie w umowie PPP zawarcia tzw. umowy bezpośredniej (direct agreement) między podmiotem publicznym, partnerem prywatnym a bankami finansującymi. Umowa ta powinna dawać bankom różne prawa związane z kontrolą wykonywania umowy PPP. Powinna nadto umożliwić bankom doprowadzenie do podjęcia czynności naprawczych w celu utrzymania umowy PPP i uzależnić wypowiedzenie tej umowy od zgody instytucji finansujących. /@

” Ważnym czynnikiem skutecznej realizacji projektu PPP jest pozyskanie przez partnera prywatnego zewnętrznego finansowania pochodzącego od banków lub funduszy inwestycyjnych

UMOWY | Ustawodawca dopuszcza powołanie spółki celowej

Pożyteczne spółki w partnerstwie

JACEK KOŚIŃSKI*partner zarządzający,
advokat w Jacek Kościński Adwokaci
i Radcowie Prawni***KONRAD DYDA***prawnik w Jacek Kościński Adwokaci
i Radcowie Prawni*

Truizmem jest twierdzenie, że spółki w partnerstwie publiczno-prywatnym są powszechnie wykorzystywane. Wynika to z tego, że w takiej formie prawnej najczęściej działa partner prywatny. Jednak zastosowanie spółek w PPP ma szerszy zakres. W taki sposób może zostać zrealizowany projekt. Ustawodawca dopuszcza powołanie spółki celowej, której zadaniem będzie realizacja umowy partnerstwa, przystąpienie partnera prywatnego do spółki podmiotu publicznego czy też zawarcie kontraktu PPP ze spółką-córką podmiotu prywatnego.

Korzyści i zagrożenia

Z każdym z tych rozwiązań wiąże się korzyści i zagrożenia. Warto je poznać, gdyż bilans realizacji PPP z wykorzystaniem spółki jest korzystny. Jednak osiągnięcie sukcesu zależy od szczegółów – w tym od decyzji w zakresie wykorzystania określonej formy korporacji do realizacji umowy PPP.

Możliwości prawne

Realizacja umowy PPP w formie spółki może przybrać różne postaci. Pierwszym z nich jest tzw. instytucjonalne PPP, które polega bądź na nabyciu przez partnera prywatnego udziałów/akcji w spółce podmiotu publicznego, bądź też na powołaniu przez obu partnerów nowej spółki. Istotą tego rozwiąza-

nia jest udział w spółce każdego z partnerów.

Ustawa o PPP stanowi, że umowa PPP może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę z z o.o. albo spółkę akcyjną. Partnerzy mają więc prawo skorzystać jedynie ze spółek kapitałowych, a wybór którejś z nich powinien zostać podyktowany poziomem skomplikowania przedsięwzięcia. Oczywiście nie bez znaczenia jest także przyjęty w każdej z tych spółek sposób reprezentacji i prowadzenia ich spraw czy kwestie związane z ich strukturą korporacyjną. Jednak instytucjonalne PPP nie cieszy się zbyt dużą popularnością ze względu na znaczne i niepotrzebne dla większości projektów skomplikowanie prawnych aspektów przedsięwzięcia.

Doświadczenie pokazuje, że model instytucjonalny jest wykorzystywany rzadko i w zasadzie wyłącznie, gdy jest to konieczne z uwagi na potrzeby społeczne lub lokalne czy też względy bezpieczeństwa. Z powołaniem nowej spółki najczęściej wiąże się konieczność wspólnego zarządzania nią przez obu partnerów. Tym samym podmiot publiczny zyskuje – nieraz nawet decydujący – wpływ na podejmowane decyzje. Może np. wyznaczyć swojego przedstawiciela w zarządzie, a nawet objąć przewodnictwo w nim. W konsekwencji zadaniem podmiotu publicznego będzie nie tylko kontrolowanie realizacji przedsięwzięcia, lecz również uczestniczenie w jego realizacji.

Zdaniem autorów

Warto pamiętać, że z doświadczeń wynika, iż najczęściej spotykanym rozwiązaniem w zakresie wykorzystywania spółek przy realizacji partnerstwa jest złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmierzającym do wyboru partnera prywatnego od razu spółki celowej. Z punktu widzenia procedur uregulowanych w prawie zamówień publicznych czy ustawie o koncesji na roboty budowlane i usługi jest to najprostsze

rozwiązanie. Jednak nie zawsze najlepsze. Warto szerzej korzystać z możliwości podpisania umowy przez spółkę córkę partnera prywatnego. Wówczas możliwe jest połączenie ułatwień przy realizacji procedury wyboru partnera prywatnego z odpowiednim zabezpieczeniem realizacji inwestycji przez każdą ze stron kontraktu.

*Jacek Kościński
Konrad Dyda*

Drugi model realizacji umowy PPP w formie spółki to spółka partnera prywatnego. Także w tym przypadku można mieć do czynienia z kilkoma rozwiązaniami. Pierwszy to powołanie spółki celowej – dedykowanej do realizacji przyszłej umowy partnerstwa jeszcze przed złożeniem oferty w postępowaniu zmierzającym do wyboru partnera prywatnego. W takiej sytuacji w postępowaniu tym bierze udział od razu spółka celowa będąca potencjalnym partnerem prywatnym.

W praktyce – usankcjonowanej nowelą ustawy o PPP z 2018 r. – spotyka się inne rozwiązanie: zawarcie umowy przez podmiot publiczny ze spółką-córką partnera prywatnego. W obu tych przypadkach dotyczących spółki celowej partnera prywatnego chodzi o kwestie związane z odpowiednim

ograniczeniem ryzyka po stronie prywatnej oraz zabezpieczeniem realizacji inwestycji, a zwłaszcza zagwarantowaniem jej finansowania. Bez względu na to, na który z modeli zdecydują się partnerzy, nie sposób podjąć decyzji w tym obszarze bez dobrej znajomości konsekwencji wyboru każdej z opcji. Te zaś wynikają z ustawy o partnerstwie, jak i szeregu innych aktów prawnych oraz kontraktów związanych z realizacją samego przedsięwzięcia, zwłaszcza w obszarze finansowania.

Jaka specyfika

W przypadku instytucjonalnego PPP – a więc wówczas, gdy w grę wchodzi zawiązanie przez obu partnerów spółki bądź przystąpienie podmiotu prywatnego do spółki podmiotu publicznego – w żadnym wypadku cel i przedmiot działalności spółki nie mogą wykraczać poza zakres określony umową o PPP. Poza tym, jeżeli partnerzy zdecydują się powołać nowy podmiot, spółka może zostać zawiązana jedynie na czas oznaczony, niezbędny do wykonania umowy PPP oraz zakończenia jej spraw. Przy czym czas trwania utworzonej spółki może zostać przedłużony,

” Podmiot publiczny może mieć do wyboru oferty złożone przez rozbudowane struktury korporacyjne, przyjmujące różne formy prawne

gdy partner prywatny zbył udziały w spółce na rzecz podmiotu publicznego lub gdy zostały one umorzone.

Kwestia zbycia bądź umorzenia udziałów należących do partnera prywatnego została unormowana przez ustawodawcę. Zawsze musi do tego dojść najpóźniej w terminie roku od dnia zakończenia trwania umowy o partnerstwie. Zagadnienie to należy także uregulować w umowie bądź statucie spółki. Dokumenty te muszą przewidywać, że w razie bezskutecznego upływu wskazanego terminu udziały zostaną umorzone. Jednocześnie – o ile strony tak postanowią – może do tego dojść w sposób nieodpłatny.

Trzy podmioty

Przyjęcie omawianego modelu realizacji partnerstwa oznacza, że umowa będzie realizowana przez trzy podmioty: publiczny, prywatny oraz spółkę. Zarówno spółka z o.o., jak i akcyjna posiadają osobowość prawną, a więc są samodzielnymi podmiotami praw i obowiązków. W związku z tym w omawianych okolicznościach trzeba zawrzeć dodatkowe umowy: pomiędzy partnerem prywatnym i spółką oraz partnerem publicznym i spółką. Należy też pamiętać o wniesieniu wkładu do spółki.

Dobre zabezpieczenie interesów

W obrocie spółki celowe są często spotykane, zwłaszcza w obszarze, w którym inwestycje finansuje się w trybie „project finance”. Spółki te stanowią standardowe rozwiązania w przypadku inwestycji deweloperskich. Cel zawsze pozostaje ten sam: odgrodzenie inwestycji od wpływu innej działalności i zobowiązań realizujących ją podmiotów. Dzięki temu uzyskuje się zapewnienie prawidłowości realizacji inwestycji, zminimalizowanie ryzyk oraz pozyskanie finansowania.

Dlatego powołanie spółki celowej zwykle ma na celu zabezpieczenie bieżącej działalności przedsiębiorstwa przed ryzykami związanymi z realizacją nowej inicjatywy. Poza tym tego rodzaju wyodrębnienie ze struktury firmy bywa konieczne ze względu na uzyskanie finansowania. Bank chce mieć pewność, że ewentualne problemy przedsiębiorstwa nie wpłyną na możliwość realizacji in-

westycji, na którą udziela kredytu. Stąd spółki celowe dają obopólne korzyści.

Przede wszystkim bezpieczeństwo

Nie inaczej jest w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego. Umowy te najczęściej obliczone są na kilkanaście, a nawet kilkadziesiąt lat, a do ich realizacji potrzeba rozbudowanych zasobów. Stąd obu stronom powinno zależeć na zapewnieniu jak największego poziomu bezpieczeństwa. Z punktu widzenia podmiotu publicznego znaczenie ma prawidłowa realizacja kontraktu, jak i możliwość pozyskania przez stronę prywatną finansowania. Natomiast przedsiębiorca chce mieć pewność, że obciążonej różnymi ryzykami – nie wpłynie negatywnie na realizację innych inicjatyw biznesowych.

Korzyści wynikające z wykonywania umowy PPP w formie spółki celowej zostały dostrzeżone przez ustawodawcę. W 2018 r. znowelizowano ustawę o partnerstwie, pozwalając na zawarcie umowy PPP ze spółką-córką partnera prywatnego. Co do zasady to rozwiązanie było możliwe do zastosowania także wcześniej, jednak wiązało się z komplikacjami związanymi z udzielaniem takiej spółce zasobów osób trzecich (zazwyczaj jej udziałowców) oraz problemami preselekcji w ramach dialogu konkurencyjnego.

Założenie przywołanej nowelizacji jest proste. W postępowaniu o wybór partnera prywatnego bierze udział przedsiębiorca dysponujący wymaganym doświadczeniem i zasobami, z którym ustala się wszelkie szczegóły dotyczące samej inwestycji oraz umowy partnerstwa. Jednak ostatecznie kontrakt jest podpisywany z jego spółką-córką utworzoną specjalnie w celu wykonania umowy. Może to być jednoosobowa spółka partnera prywatnego albo spółka kapitałowa, w której jedynymi współnikami są partnerzy prywatni. Do takiej

spółki stosuje się przepisy odnoszące się do partnera prywatnego.

Jednak, aby móc skorzystać z tego mechanizmu, konieczne jest wyrażenie zgody przez podmiot publiczny. Należy to uczynić już w pierwszym dokumencie udostępnionym w postępowaniu o zawarcie umowy PPP. Trzeba w nim ściśle określić, po spełnieniu jakich warunków będzie możliwe zawarcie umowy partnerstwa ze spółką-córką partnera prywatnego. W końcu z prawnego punktu widzenia spółka ta będzie odrębnym podmiotem prawa, co z kolei otwiera szereg problemów związanych z posiadaniem przez nią odpowiednich zasobów pozwalających na prawidłowe wypełnienie kontraktu PPP.

Spółka ma zasoby

Ustawodawca zdecydował, że gdy to spółka celowa partnera prywatnego w wyniku zakończonego postępowania podpisuje umowę PPP w miejsce partnera prywatnego, to partner prywatny odpowiada solidarnie ze swoją spółką-córką za szkodę wyrządzoną podmiotowi publicznemu wskutek niedostępnienia spółce zasobów, które wskazał w ofercie, chyba że za niedostępność tych zasobów nie ponosi winy. Jeżeli więc zależy mu na zabezpieczeniu swojego biznesu przed ryzykami związanymi z realizacją umowy partnerstwa, powinien dołożyć wszelkich starań, aby zapewnić swojej spółce-córce wszelkie zasoby potrzebne jej do wywiązania się z kontraktu. Kwestia odpowiednich zasobów partnera prywatnego jest jednym z kluczowych zagadnień decydujących o powodzeniu całej inwestycji.

Zasoby podmiotów trzecich

Medal ma także drugą stronę. Skoro do realizacji umowy PPP potrzeba różnorodnych zasobów, często w procedurze wyboru partnera prywatnego startują konsorcja lub przedsiębiorcy polegający na zasobach podmiotów trzecich.

W pierwszym przypadku – jeżeli dochodzi do utworzenia spółki celowej – powinna zostać ona powołana przez wszystkich konsorcjantów. O ile oczywiście nie zdecydowali się zawiązać spółki jeszcze przed złożeniem swojej aplikacji i startować w postępowaniu od razu jako spółka celowa. Jeżeli zaś przedsiębiorca polegał na zasobach podmiotu trzeciego, trzeba zadbać, aby zasoby te zostały mu faktycznie udzielone. Także w tym przypadku – zgodnie z ustawą PPP – powstaje solidarna odpowiedzialność partnera prywatnego i podmiotu trzeciego, na zasobach którego ten polegał.

Problem z wyborem

Podmiot publiczny może mieć do wyboru oferty złożone przez rozbudowane struktury korporacyjne, przyjmujące różne formy prawne. To z kolei – biorąc pod uwagę najczęściej spotykaną wieloletowość tego rodzaju postępowania – otwiera problem spełnienia przez potencjalnych partnerów prywatnych warunków uczestnictwa w postępowaniu oraz kryteriów selekcji. Na gruncie poprzedniego prawa zamówień publicznych w wyniku jednej z nowelizacji pojawiło się stanowisko zakładające, że potencjalny wykonawca może polegać na zasobach podmiotów trzecich tylko na etapie dopuszczenia do postępowania, a nie już w celu wykazania kryteriów selekcji. To z kolei oznaczało dla spółek celowych powołanych jeszcze na etapie przed rozpoczęciem postępowania przetargowego brak możliwości uzyskania jakichkolwiek punktów w kryteriach selekcji. Stało się to przyczyną nowelizacji z 2018 r. dopuszczającej powołanie przez partnera prywatnego uczestniczącego bezpośrednio w postępowaniu spółki celowej jedynie w celu zawarcia przez tę spółkę umowy PPP.

Zanim jednak nowelizacja weszła w życie, pogląd ten uległ zmianie na mocy wyroku Krajowego Izby Odwoławczej. Uznała ona, że zasoby podmiotów trzecich mogą być brane pod uwagę także przy analizie spełniania przez oferenta kryteriów selekcji. Taką samą optykę przyjmuje nowe prawo zamówień publicznych, jednoznacznie przesądzając tę kwestię w art. 118. To zaś ułatwia poszukiwanie partnera prywatnego, który będzie w stanie zaprojektować, zbudować i zarządzać, nawet najbardziej skomplikowaną inwestycją. /©

” Bank zawsze chce mieć pewność, że ewentualne problemy przedsiębiorstwa nie wpłyną na możliwość realizacji inwestycji, na którą udziela kredytu

OCENA | Rozkład ryzyk między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym

Umowy PPP poza długiem publicznym

Przez kilka lat od wejścia w życie w 2009 r. ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym jednostki sektora finansów publicznych unikały instytucji partnerstwa ze względu na jej niejasny wpływ na poziom państwowego długu publicznego. Nowelizacja, która weszła w życie 1 stycznia 2013 r., wprowadzająca do ustawy art. 18a, miała na celu zapobieżenie ryzykom związanym z tymi wątpliwościami. Przepis nadal wymaga od podmiotów publicznych precyzyjnej weryfikacji wpływu umowy PPP na dług publiczny pod kątem oceny rozkładu ryzyk między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym.

Art. 18a ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym reguluje warunki ustalenia, kiedy umowa o PPP nie wpływa na państwowy dług publiczny. Przepis ten wprowadzono ustawą z 16 listopada 2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce. Zgodnie z nim zobowiązania z umów PPP nie wpływają na poziom państwowego długu oraz deficyt sektora finansów publicznych, gdy partner prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu.

Odpowiednia analiza ryzyk

Z punktu widzenia oceny, czy partner prywatny ponosi większość określonego ryzyka, kluczowe znaczenie ma analiza ryzyk. Optymalnym rozwiązaniem jest sporządzenie rejestru ryzyk podstawowych. Analiza może mieć charakter jakościowy lub ilościowy. W przypadku jakościowej przestaje się na opisie poszczególnych ryzyk, co może jednak powodować trudności w ocenie, czy dane ryzyko rzeczywiście w większości obciąża partnera prywatnego. Stąd warto przeprowa-



**DR ALEKSANDRA
BŁASZCZYŃSKA-ŚMIGIEŁSKA**

radca prawny
w Jacek Kosiński Adwokaci
i Radcowie Prawni

dzić analizę ilościową, przypisując poszczególnym ryzykom wagi. Metodologię oceny ryzyk zawarto w „Wytycznych dla udanych projektów partnerstwa publiczno-prywatnego” Komisji Europejskiej z 2003 r.

Potrzeba kwantyfikacji

Zgodnie z wytycznymi czynniki ryzyka są przedmiotem wyceny wartościowej, a więc tzw. kwantyfikacji. Najpierw analizuje się siłę oddziaływania danego czynnika. Zgodnie z wytycznymi wysoki wpływ, krytyczny dla nieprzerwanego świadczenia usług, oznacza oddziaływanie wyceniane na ponad 50 proc. ogólnych kosztów projektu, średni – na od 5 do 50 proc., a niski – poniżej 5 proc. kosztów.

Na drugim etapie bada się prawdopodobieństwo wystąpienia danego czynnika. Jeśli przekracza ono 10 proc., przyjmuje się, że jest wysokie, średnie, jeśli mieści się w granicach 1–10 proc., a niskie (dotyczy zdarzeń możliwych, acz mało prawdopodobnych) szacuje się poniżej 1 proc. Następnie na tej podstawie tworzy się zestawienie określone macierzą lub mapą ryzyka, które pozwala na wskazanie najważniejszych czynników ryzyka, wymagających dalszej analizy i

Zdaniem autorki

Warto pamiętać, że rozporządzenie przewiduje również katalog czynników oceny ryzyka wspólnego dla ryzyka budowy, ryzyka dostępności i ryzyka popytu. Niezwykle istotne jest, aby kompleksowa ocena ryzyka została przeprowadzona przez podmiot

publiczny jeszcze przed zawarciem umowy PPP. To pozwoli na prawidłowe zaklasyfikowanie jej skutków pod kątem wpływu na państwowy dług publiczny.

dr Aleksandra
Błaszczyńska-Śmigiełska

przypisania ich partnerowi publicznemu lub prywatnemu.

Decyzja Eurostatu

Należy przy tym uwzględnić wpływ na wymienione ryzyka czynników takich jak gwarancje i finansowanie przez partnera publicznego oraz alokacja aktywów po zakończeniu trwania umowy. W uzasadnieniu projektu nowelizacji powołano się na decyzję Eurostatu, w której wskazano, iż „Eurostat rekomenduje, aby aktywa zaangażowane w partnerstwo publiczno-prywatne były klasyfikowane jako aktywa niebędące aktywami sektora instytucji rządowych i samorządowych, a w następstwie tego rejestrowane poza bilansem sektora, jeżeli spełnione są łącznie dwa następujące warunki:

- 1) partner prywatny ponosi ryzyko konstrukcyjne (budowy) oraz
- 2) partner prywatny ponosi co najmniej ryzyko dostępności lub ryzyko popytu.

W sytuacji gdy sektor instytucji rządowych i samorządowych ponosi ryzyko konstrukcyjne lub jeżeli partner prywatny ponosi jedynie ryzyko konstrukcyjne i żadnego z pozostałych ryzyk, aktywa są klasyfikowane jako aktywa sektora instytucji rządowych i samorządowych”.

Z tego względu w polskich przepisach wprowadzono zasadę, że

dla wyłączenia umów w zakresie PPP z zakresu długu publicznego konieczne jest, by partner prywatny ponosił większość ryzyka budowy oraz przynajmniej większość jednego z dwu rodzajów ryzyk: dostępności lub popytu. Jeśli nie jest spełniona którakolwiek przesłanka, umowa PPP wpływa na wysokość długu publicznego.

Tytuł dłużny

Ustawa o finansach publicznych w art. 72 ust. 1 definiuje, co obejmuje państwowy dług publiczny, wskazując, że są to zobowiązania sektora finansów publicznych z następujących tytułów:

- 1) wyemitowanych papierów wartościowych opiewających na wierzytelności pieniężne;
- 2) zaciągniętych kredytów i pożyczek;
- 3) przyjętych depozytów;
- 4) wymagalnych zobowiązań:
 - a) wynikających z odrębnych ustaw oraz prawomocnych orzeczeń sądów lub ostatecznych decyzji administracyjnych,
 - b) uznanych za bezsporne przez właściwą jednostkę sektora finansów publicznych będącą dłużnikiem.

Co jednak niezwykle istotne z punktu widzenia umów PPP, dodany 1 stycznia 2019 r. ustęp 1a tego przepisu doprecyzowuje, że wyżej wymienione tytuły dłużne

obejmują zarówno zobowiązania finansowe wynikające ze stosunków prawnych, które nazwą odpowiadają tym tytułom dłużnym, jak i z innych stosunków prawnych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do skutków wynikających z papierów wartościowych opiewających na wierzytelności pieniężne, umów kredytów i pożyczek oraz przyjętych depozytów.

Opisywany przypadek zaliczenia określonych tytułów dłużnych podobnych do tych wymienionych wprost w ustawie do długu publicznego zachodził także przed nowelizacją z 2019 r. Przepis ten tylko potwierdził wprost dotychczasowy sposób rozumowania na gruncie art. 72 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. Ze względu na powyższe przed wprowadzeniem jasnych reguł na mocy art. 18a ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym podstawowe obawy jednostek sektora finansów publicznych wiązały się z przypadkami umów PPP przewidujących długoterminowe, a więc przekraczające jeden rok budżetowy, zobowiązania do płatności wynagrodzenia na rzecz partnera prywatnego, względnie środków dłużnych pozyskanych przez tego partnera celem sfinansowania robót budowlanych. Można powiedzieć, że był to swego rodzaju zakup robót budowlanych na raty. Zobowiązanie do płatności okresowych było zaciągane już w dacie zawarcia umowy PPP, ale stawało się wymagalne z chwilą wykonania określonej części robót. Ten sposób uiszczania płatności mógł upodabniać umowę PPP do innych dłużnych instrumentów finansowania robót budowlanych o skutkach podobnych do umowy kredytu lub pożyczki. Ryzyko to skutecznie powstrzymywało jednostki sektora finansów publicznych przed stosowaniem instytucji PPP przed nowelizacją ustawy.

Co istotne, w ust. 3 art. 72 ustawy o finansach publicznych ustanowiono dla ministra finansów upoważnienie do określenia, w drodze rozporządzenia, szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego. Na mocy § 3 pkt 2 tego rozporządzenia do tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego należą kredyty i pożyczki, przy czym do tej kategorii zalicza się również umowy PPP, które mają wpływ na poziom długu publicznego. Umowy PPP mające zaś wpływ na poziom długu publicznego to właśnie te umowy, które nie spełniają wymogów wyłączenia z art. 18a ust. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Rodzaje ryzyk

W celu wsparcia jednostek sektora finansów publicznych w ocenie ryzyk dla weryfikacji, czy umowa PPP wpływa na dług publiczny, ustawodawca stypizował przykładowe rodzaje ryzyk w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie art. 18a ust. 3 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu katalogi przykładowych ryzyk dzielą się na ryzyka budowy, dostępności oraz popytu. Co istotne jednak, pomimo iż katalogi przykładowych ryzyk w rozporządzeniu w ramach powyższych ryzyk podstawowych nie są enumeratywne, to w każdym przypadku ustawodawca stosuje także ogólną definicję ryzyka budowy, dostępności lub popytu.

I tak, ryzyko budowy obejmuje zdarzenia powodujące zmianę kosztów lub terminów wytworzenia nowych środków trwałych lub ulepszenia już istniejących. Ryzyko dostępności obejmuje zdarzenia skutkujące niższą ilością lub gorszą jakością świadczonych w ramach

umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym usług w porównaniu z wielkościami i wymaganiami uzgodnionymi w tej umowie. Natomiast ryzyko popytu obejmuje zmienność popytu na określone usługi.

Niższa ilość lub gorsza jakość

Ryzyka budowy będą obejmowały m.in. tego rodzaju typowe ryzyka, jak te związane z: opóźnieniem w zakończeniu robót budowlanych, wystąpieniem niezgodności z warunkami dotyczącymi ustalonych standardów wykonania robót, wzrostem kosztów, warunkami geologicznymi, geotechnicznymi i hydrologicznymi, odkryciami archeologicznymi, brakiem zasobów ludzkich i materialnych, wystąpieniem wad w dokumentacji projektowej, podwykonawcami, wystąpieniem zewnętrznych zdarzeń nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia i zapobieżenia im (np. siła wyższa). Do ryzyk budowy zalicza się także ryzyka związane ze zmianą celów politycznych czy z brakiem środków finansowych u partnerów.

Z kolei ryzyko dostępności obejmuje ryzyka związane z niemożliwością dostarczenia zakontraktowanej ilości usług, niemożliwością dostarczenia usług o określonej jakości i określonych standardach, wzrostem kosztów, ze zmianami technologicznymi, podwykonawcami, z warunkami czy wystąpieniem zmian w przepisach mających wpływ na realizację przedsięwzięcia.

Ryzyko popytu obejmuje zaś zmienność popytu na określone usługi, przede wszystkim związaną ze zmianami cyklu koniunkturalnego, zmianami demograficznymi, zmianami cen, wystąpieniem konkurencji, zmianami technologii, inflacją, zmianami stóp procentowych, kursu walut. Charakterystyczne dla tego typu ryzyka są zmiany wskaźników makroekonomicznych.

Jakie czynniki przy ocenie

Rozporządzenie nie tylko definiuje ryzyka budowy, dostępności i popytu, podając przykładowy katalog ryzyk szczegółowych, ale także określa czynniki uwzględniane przy ocenie ryzyk.

I tak, przy ocenie ryzyka budowy uwzględnia się w szczególności

czynniki takie, jak wysokość finansowego udziału podmiotu publicznego w kosztach inwestycyjnych na etapie wytworzenia nowych środków trwałych lub ulepszenia już istniejących, charakter płatności podmiotu publicznego na rzecz partnera prywatnego na etapie wytworzenia nowych środków trwałych lub ulepszenia już istniejących, sposób ujęcia nowego środka trwałego w księgach rachunkowych oraz ustanowienie obciążeń na nieruchomościach gruntowych podmiotu publicznego, a także na wytworzonym nowym środku trwałym. Ryzyka te dotyczą poziomu finansowania budowy przez podmiot publiczny, a także sposobu uiszczania płatności na rzecz partnera prywatnego. Istotne znaczenie będzie miało ustanowienie obciążeń na nieruchomościach gruntowych podmiotu prywatnego, w szczególności hipoteki.

Charakter płatności

Z kolei przy ocenie ryzyka dostępności uwzględnia się w szczególności czynniki takie, jak oznaczenie w umowie PPP wskaźników dotyczących standardów ilościowych lub jakościowych usług świadczonych przez partnera prywatnego, od których uzależnione jest jego wynagrodzenie, charakter płatności podmiotu publicznego na rzecz partnera prywatnego na etapie utrzymania lub zarządzania środkiem trwałym, charakter i wysokość kar umownych z tytułu nieprzestrzegania przez partnera prywatnego standardów ilościowych lub jakościowych świadczonych usług na etapie utrzymania lub zarządzania środkiem trwałym, wpływ partnera prywatnego na brak dostępności środka trwałego. PPP nie ma na celu wyłącznie budowy określonego obiektu, ale i jego późniejsze utrzymanie oraz zarządzanie nim. Istotne jest, aby obiekt był dostępny dla użytkowników, w szczególności w przypadku przebudowy czy remontu.

W przypadku ryzyka popytu uwzględnia się takie czynniki, jak charakter płatności podmiotu publicznego na rzecz partnera prywatnego na etapie utrzymania lub zarządzania środkiem trwałym oraz wpływ podmiotu publicznego lub innych podmiotów odpowiedzialnych za podejmowanie decyzji mających wpływ na realizację przedsięwzięcia na zmianę popytu. /©

” Zobowiązania z umów PPP nie wpływają na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych, gdy partner prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu

