

Modele w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego

Samorządy dysponują wieloma możliwościami realizacji planowanych inwestycji z partnerami prywatnymi. Decyzja o wyborze trybu tej współpracy powinna zapaść na jak najwcześniejszym etapie planowania.



Frocedura zamówień publicznych pozwala dostosować prowadzone postępowania do specyficznych potrzeb zamawiającego. Nie daje ona jednak pełnej możliwości prowadzenia bardziej skomplikowanych inwestycji. Nie pozwala bowiem na uczestniczenie przez partnerów prywatnych w przedsięwzięciu realizowanym przez jednostki samorządu terytorialnego na zasadzie wspólnej realizacji przedsięwzięcia i podziału ryzyka z nim związanego. Zasadą zamówień publicznych jest obowiązek zapłaty przez zamawiającego wykonawcy za wykonane zamówienie (art. 2 pkt 13 pzp). Ryzyko inwestycyjne w takim ujęciu ponosi jedynie zamawiający. Musi on również zabezpieczyć finansowo realizację inwestycji, co w praktyce oznacza pokrycie całkowitego kosztu inwestycji. Takie rozwiązanie nie pozostawia wątpliwości co do kwestii udzielenia ewentualnej pomocy publicznej, ale w sytuacji niedoboru środków finansowych w jednostce

samorządu terytorialnego ogranicza w niej ilość i zakres inwestycji. Zasadniczo temu miało uchwalenie dwóch ustaw: ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (DzU z 2009 r. nr 19, poz. 100), zwanej dalej ustawą o PPP oraz ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DzU z 2009 r. nr 19, poz. 101 z późn. zm.), zwanej dalej uk.

Obie regulacje wywodzą się z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r., lecz wprowadzają odmienne procedury.

ZAKRES ZASTOSOWANIA USTAW

Ustawodawca polski, tworząc dwa odrębne postępowania prowadzące do tego samego celu – realizacji inwestycji w partnerstwie podmiotów publicznych z prywatnymi (tj. tryb koncesyjny i tryb partnerstwa z PPP) ustanowił też zasady wyboru jednego z tych

trybów. Wybór trybu należy zawsze poprzedzić analizą zakresów zastosowania przywołanych powyżej ustaw. W praktyce pewne trudności może sprawiać określenie podstaw prawidłowego zastosowania uk. Ustawa o koncesjach wyróżnia bowiem trzy podstawowe przesłanki jej zastosowania: 1) wynagrodzeniem podmiotu prywatnego będzie prawo do korzystania z obiektu budowlanego lub usługi albo takie prawo wraz z płatnością podmiotu publicznego, 2) płatność na rzecz podmiotu prywatnego nie może prowadzić do odzyskania całości nakładów związanych z wykonywaniem koncesji poniesionych przez podmiot prywatny, 3) podmiot prywatny powinien w zasadniczej części ponosić ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji.

W utrwalonym już poglądzie doktryny prawa podstawową cechą pozwalającą odróżnić umowę koncesji od zamówienia publicznego jest element ryzyka ekonomicznego powodzenia przed-

Zgodnie z poglądem Komisji Europejskiej, jeśli zamawiający gwarantuje wykonawcy zwrot lub wyrównanie poniesionych nakładów, to ryzyko ponoszone przez wykonawcę jest zbyt małe, by uznać daną umowę za udzielenie koncesji w rozumieniu przepisów dyrektywy (wytyczne KE z 29 kwietnia 2000 roku).

sięwzięcia. Udzielenie koncesji wyłączone jest automatycznie w sytuacji, gdy podmiot publiczny faktycznie zapewnia wynagrodzenie podmiotu prywatnego poprzez takie instrumenty, jak dopłaty czy gwarancje.

Bliskość problematyki zamówień publicznych, partnerstwa publiczno-prywatnego i instytucji koncesji pozwala korzystać przy udzielaniu koncesji pomocniczo z dorobku doktryny prawa oraz orzecznictwa powstałego na gruncie stosowania uk, w szczególności w zakresie zachowania zasad uczciwej konkurencji.

UMOWA PARTNERSTWA A UMOWA KONCESJI

Partnerstwo publiczno-prywatne nie zostało wprost uregulowane w przepisach unijnych. Równolegle Komisja Europejska wydała szereg wytycznych, by umożliwić realizację projektów z wykorzystaniem tego instrumentu, które znalazły swoje odzwierciedlenie w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zgodnie z ustawą o PPP, przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Ustawodawca polski nie rozgranicza w wystarczająco czytelny sposób przedsięwzięć realizowanych w trybie koncesyjnym i w trybie partnerstwa. Wskazać można jednak na kilka zasadniczych różnic. W przypadku partnerstwa wynagrodzenie partnera prywatnego może w całości pochodzić od podmiotu publicznego. Podmiot publiczny może także gwarantować zwrot całości nakładów poniesionych przez sektor prywatny. Ryzyko przedsięwzięcia może w większości spoczywać na partnerze publicznym (choć pożądanym rozwiązaniem jest obciążenie ryzykiem strony lepiej przygotowanej do kontrolowania danego aspektu

przedsięwzięcia). Ustawa o PPP przewiduje ponadto wniesienie przez partnerów składnika majątkowego w celu wspólnej realizacji przedsięwzięcia obejmującego utrzymanie lub zarządzanie wniesionym składnikiem majątkowym.

W SPÓŁCE I SZYBCIEJ, I PROŚCIEJ

Coraz częstszym sposobem realizacji wspólnych przedsięwzięć jest tworzenie przez podmiot publiczny kapitałowych spółek celowych z udziałem podmiotu prywatnego, które to spółki następnie realizują wspólną inwestycję i nią zarządzają, zgodnie z art. 14 ustawy o PPP. Wybór partnera prywatnego pozwala podmiotowi publicznemu nie tylko na podpisanie z nim umowy, ale i na udzielenie powołanej wspólnie z nim spółce celowej zamówienia przewidzianego w dokumentacji przeprowadzonego postępowania.

Komisja Europejska wprost stwierdza w swoich wytycznych, że stosowanie podwójnej procedury – pierwszej w celu wybrania partnera prywatnego i drugiej w celu udzielenia zamówienia publicznego lub koncesji spółce celowej – byłoby niepraktyczne (Komunikat wyjaśniający KE w sprawie zinstytucjonalizowanych PPP z 5 lutego 2008 r. C(2007) 6661).

Przyjęta w art. 4 ustawy o PPP regulacja prowadzi do wniosku, że procedury: koncesyjna uregulowana w uk i procedura publicznego wyłonienia partnera prywatnego (art. 4 ust. 2 ustawy o PPP) w stosunku do siebie konkurencyjne. Zatem, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszyst-

kim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, wyboru partnera prywatnego dokonuje się, stosując przepisy ustawy o koncesjach. W pozostałych przypadkach wyboru partnera prywatnego dokonuje się, stosując przepisy ustawy o PPP i pzp (zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP).

Wybór trybu determinowany będzie każdorazowo sposobem zapłaty wynagrodzenia dla partnera prywatnego oraz rozkładem ryzyka między partnerów. Założenia odnośnie do sposobu wynagrodzenia i rozkładu ryzyka powinny być podejmowane w dacie wszczęcia postępowania, a nie w oparciu o osiągnięty w praktyce czy ustalony w umowie partnerstwa konsensus.

Zgodnie z art. 14 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, cel i przedmiot działalności spółki celowej nie może wykraczać poza zakres określony umową o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zapis ten chroni interes partnera publicznego przed wykorzystywaniem spółki do innych celów niż określone umową partnerstwa. Dodatkowym zabezpieczeniem jest udział podmiotu publicznego we władzach spółki. Prawidłowo skonstruowana umowa partnerstwa praktycznie uniemożliwia obciążenie spółki celowej zobowiązaniami partnera prywatnego. Spółka celowa jest podmiotem odrębnym w stosunku do partnera publicznego i prywatnego, posiada też odrębną księgowość. Nie może być zatem mowy o ponoszeniu przez spółkę kosztów funkcjonowania partnerów. Słusznym postulatem jest akcentowanie w umowie partnerstwa oraz w umowie spółki celu, w jakim została ona powołana.

JAK WYBRAĆ PARTNERA PRYWATNEGO?

W naszej ocenie tryb dialogu konkurencyjnego jest najczęściej stosowany i najbardziej optymalny dla szybkiego i sprawnego wyłonienia partnera

prywatnego trybem zawierania umowy partnerstwa (art. 60a–60e pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP). Pozwala na wykorzystanie wiedzy partnerów prywatnych do wspólnego przygotowania zawieranej umowy oraz doprecyzowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trakcie prowadzonego postępowania. Umożliwia też partnerowi publicznemu wybór najbardziej doświadczonego partnera prywatnego oraz partnera, który ostatecznie przedstawi najkorzystniejszą ofertę, stosując kryteria określone w art. 6 ustawy o PPP. Jeśli chodzi o tryb wyłonienia partnera prywatnego w postępowaniu koncesyjnym to uk reguluje procedurę wyboru koncesjonariusza, która zawiera istotne odmienności w stosunku do ustawy o PPP i pzp. Chodzi w szczególności o zakres opisu przedmiotu zamówienia i środków ochrony prawnej służących uczestnikom postępowania koncesyjnego.

Wątpliwości nie budzi również fakt, że istnieje możliwość zawierania przez dwóch lub więcej partnerów publicznych umów obejmujących wspólne występowanie w jednym postępowaniu w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego (choć ustawa o PPP wprost nie zawiera przepisów regulujących tę problematykę). Korzyści wynikające z połączenia potencjałów kilku partnerów publicznych i sektora prywatnego zdecydowanie przeważają nad obawami związanymi ze zwiększonym stopniem komplikacji takiego przedsięwzięcia. ■

GRZEGORZ KOWALIK

radca prawny, specjalista w dziedzinie partnerstwa publiczno-prywatnego

PAWEŁ ROZYŃSKI

prawnik, specjalista w zakresie zamówień publicznych i prawa komunalnego
Kancelaria Grynhoff Woźny i Wspólnicy