

## **Zmiany w Partnerstwie Publiczno-Prywatnym**

Jednostki administracji publicznej w ramach wykonywania swoich zadań współpracują z podmiotami prywatnymi w sferze realizacji zadań publicznych. Niniejsze stosunki reguluje ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym. Prezydent podpisał niedawno ustawę o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym (dalej PPP) oraz niektórych innych ustaw. W artykule zostały omówione skutki najważniejszych zmian, ze wskazaniem korzyści i zagrożeń dla podmiotów publicznych.

Partnerstwo publiczno-privatne (dalej PPP) różni się od zamówień publicznych tym, że w ramach PPP wybiera się partnera, który zrealizuje przedsięwzięcie i będzie nim zarządzał. Natomiast w ramach zamówień publicznych te czynności realizowane są najczęściej odrębnie przez kilku wykonawców w ramach, których (np. jeden wybuduje obiekt, drugi dostarczy usługi, kolejny zajmie się realizacją dostawy niezbędnych produktów).

Proces realizacji inwestycji w formule klasycznego zamówienia publicznego jest podzielony na wiele etapów jego realizacji, co wiąże się z szeregiem prowadzonych postępowań oraz zawieranych umów cywilno-prawnych. Partnerstwo publiczno-privatne dostarcza narzędzia ku temu, aby dane przedsięwzięcie zostało zrealizowane w ramach jednego przetargu i jednej umowy zawartej przez partnera publicznego z partnerem prywatnym. Charakterystycznymi cechami PPP jest finansowanie przedsięwzięcia, sposób określenia wynagrodzenia dla partnera prywatnego oraz ustalenie między partnerami podziału ryzyka związanego z realizacją inwestycji.

Przykładem realizacji partnerstwa publiczno-privatnego jest uruchomienie i zarządzanie miejską wypożyczalnią samochodów elektrycznych we Wrocławiu. Przedsięwzięcie, którego koszt wyniósł około 78 milionów złotych brutto, zostało sfinansowane w całości przez partnera prywatnego. W zamian za sfinansowanie inwestycji partner prywatny otrzymał w ramach wynagrodzenia prawo do pobierania zysku pochodzącego z inwestycji przez 5 lat. Zysk w tym przypadku przejawia się w pobieranych przez partnera prywatnego opłatach z tytułu wypożyczania pojazdów oraz wynagrodzenia za umieszczenie na pojazdach reklam. Ryzyko podmiotu publicznego polegało jedynie na udostępnieniu miejsc postojowych oraz prawnym wdrożeniu rozwiązań dotyczących niniejszej inwestycji. Partner prywatny poniósł ryzyko związane z budową infrastruktury ładowania pojazdów, zakupem samochodów, zorganizowanie systemu wypożyczania aut oraz pobierania opłat. Przykładem innych inwestycji realizowanych w ramach PPP jest też np. obsługa komunikacji miejskiej, usługa wywozu odpadów, budowa i obsługa płatnych autostrad lub parkingów.

Ustawodawca wprowadzając zmiany w ustawie o PPP chce usprawnić proces jego realizacji, bowiem do zawarcia umów dochodzi obecnie tylko w 26 % postępowaniach. W tym artykule skierowano uwagę na najważniejsze zmiany, które zostały zawarte w przedmiotowej ustawie.

### **Osoba prawna w partnerstwie publiczno-prawnym**

W ramach zmiany ustawy o PPP uściślona została definicja osoby prawnej jako podmiotu publicznego. W jego zakresie znalazły się podmioty niedziałające w zwykłych warunkach rynkowych, których celem nie jest wypracowanie zysku i które nie ponoszą strat wynikających z prowadzenia działalności gospodarczej. Definicja ta jest tożsama z definicją znajdującą się w przepisach Prawa Zamówień Publicznych (PZP), określających krąg podmiotów publicznych zobowiązanych do stosowania PZP.

### **Ocena efektywności współpracy nadzieją na stabilny kontrakt**

Według nowych przepisów podmiot publiczny, przed wyborem partnera prywatnego jest zobowiązany do przeprowadzenia oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach współpracy z podmiotem prywatnym oraz jego realizacji bez współpracy z tym podmiotem,

w szczególności przy użyciu środków publicznych. Dokonując oceny realizacji przedsięwzięcia w trybie PPP, podmiot publiczny jest zobowiązany do uwzględnienia podziału zadań w ramach wspólnej realizacji inwestycji, związanego z nią ryzyka partnera publicznego i prywatnego. Ponadto analizie muszą zostać poddane wszystkie istotne kwestie dotyczące przedsięwzięcia, jak: koszty realizacji, czas wykonania, wysokość i charakter opłat pobieranych od użytkowników, czy też warunki ich zmiany. Niniejszą ocenę można załączyć do specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub innej dokumentacji wymaganej podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu tej zmiany wskazano, że jej celem jest wzbudzenie zainteresowania partnerów prywatnych realizowanymi projektami. Niewątpliwie chodzi tu jednak o zagwarantowanie działania w jak najlepszym interesie podmiotu publicznego. Zgodnie z wprowadzoną zmianą w ustawie najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia partnera prywatnego w stosunku do kosztu przedsięwzięcia ponoszonego przez podmiot publiczny. De facto oznacza to, że preferowany jest partner, którego zysk będzie proporcjonalnie najmniejszy w stosunku do poniesionego przez niego kosztu przedsięwzięcia. Wątpliwe wydaje się, żeby takie podejście mogło być sposobem na wzbudzenie zainteresowania przedsiębiorców realizowanymi projektami.

### **Opinia ministra o prowadzeniu inwestycji w formule PPP**

Podmiot publiczny, przed podjęciem decyzji w przedmiocie realizacji przedsięwzięcia na podstawie PPP, może zwrócić się z wnioskiem do ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego o wyrażenie przez niego opinii na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w oparciu o PPP. Dokonując oceny minister zweryfikuje m.in. poprawność oraz kompletność przeprowadzonych analiz i słuszność przyjętego modelu prawno-organizacyjnego, a w razie potrzeby będzie mógł się zwrócić do podmiotu publicznego o uzupełnienie, poprawienie lub wyjaśnienie wniosku. Przy czym należy pamiętać, że dane i załączniki do wniosku wraz z przeprowadzoną przed podmiot publiczny oceną efektywności pozostaną niejawnymi aż do chwili zawarcia umowy w trybie PPP.

Podobnie treść opinii ministra nie może zostać ujawniona osobom trzecim, aż do momentu zawarcia umowy bądź zakończenia postępowania w inny sposób. Natomiast

w przypadku nie wszczęcia postępowania może zostać ona ujawniona dopiero po 2 latach od jej wydania.

Ustawodawca określił 60 dni na rozpoznanie przez ministra wniosków. Czas trwania ich rozpoznania nie zawsze będzie korespondował z czasem, który w ramach danego postępowania będzie posiadał podmiot publiczny np. w przypadku, gdy określone przedsięwzięcie musi zostać zrealizowane w możliwie krótkim czasie bądź powinno być zainicjowane przed końcem roku budżetowego.

Wprowadzony mechanizm weryfikacji pozornie wydaje się gwarantować podmiotom publicznym pewne bezpieczeństwo w realizacji projektów PPP. W istocie jednak, może stanowić ingerencję władzy państwowej w autonomię i niezależność samorządu terytorialnego. Pomimo, że opinia ministra, zgodnie z uzasadnieniem ustawodawcy, ma mieć jedynie pomocniczy charakter i nie będzie dla podmiotu inicjującego inwestycję PPP wiążąca, bo raczej mronką byłoby przyjęcie, że niewystąpienie przez podmiot publiczny o taką opinię byłoby obojętnie potraktowane przez organy kontrolne. A już zupełnym absurdem byłoby założenie, że wszczęcie postępowania na PPP pomimo negatywnej opinii ministra, obyłoby się dla podmiotu publicznego i osób odpowiedzialnych bez żadnych sankcji, czy wręcz zarzutów.

### **Zabezpieczenie interesów partnera publicznego**

Podczas realizacji przedsięwzięcia w trybie PPP partner prywatny posługuje się składnikami majątkowymi, które często stanowią wkład własny partnera publicznego. Składnikami majątkowymi są m.in. nieruchomości, rzeczy ruchome, przedsiębiorstwo oraz prawa majątkowe. Ustawodawca dla zabezpieczenia interesów podmiotu publicznego wprowadza możliwość kontroli kondycji składnika majątkowego, którym dysponuje partner prywatny. W przypadku jego złego stanu technicznego lub nieprawidłowego wykorzystywania w ramach realizacji przedsięwzięcia, partner publiczny może wezwać partnera prywatnego do podjęcia odpowiednich działań, np. poczynienia nakładów na składnik majątkowy, aby doprowadzić go do właściwego stanu technicznego.

Stanowi to istotne narzędzie umożliwiające wpływanie na jakość realizowanych czynności i zadań w ramach PPP. Ponadto partner prywatny jest zobowiązany do raportowania podmiotowi publicznemu o stanie realizacji przedsięwzięcia i kondycji składnika majątkowego. Prawa i obowiązki strony mogą doprecyzować swobodnie w umowie, w której między innymi zostaną określone skutki niedoprowadzenia przez partnera prywatnego składnika majątkowego do stanu właściwego.

Kolejną instytucją, która zagwarantuje realizację przedsięwzięcia jest tzw. prawo interwencji podmiotu finansującego. Wprowadza ono możliwość zawarcia przez podmiot publiczny umowy bezpośredniej (ang. direct agreement) z osobą trzecią, która do tej pory nie występowała jako strona PPP. Oczywiście podmiot realizujący przedsięwzięcie (partner prywatny) również będzie stroną tej umowy, bowiem dotyczy ona bezpośrednio jego praw i obowiązków. Osoba trzecia może pełnić rolę finansującego, który w przypadku wystąpienia poważnego zagrożenia realizacji przedsięwzięcia przejmie prawa

i obowiązki partnera prywatnego. Osoba ta będzie pełniła rolę pewnego rodzaju żyranta partnera prywatnego, który w momencie zagrożenia powodzenia w realizacji przedsięwzięcia wstąpi na miejsce dotychczasowego partnera prywatnego.

Niniejsze rozwiązanie mogłoby się sprawdzić na przykład w relacjach spółki dominującej i zależnej, gdzie spółka dominująca pełniłaby rolę gwaranta realizacji przedsięwzięcia przez spółkę zależną często mniejszą słabszą oraz mniej doświadczoną. Osoba trzecia, czyli finansujący, może powierzyć realizację przedsięwzięcia innym podmiotom, jednak w tym celu wymagana będzie zgoda partnera publicznego oraz określenie przez niego warunków realizacji prawa interwencji, w szczególności wyboru partnera prywatnego. Z pewnością opiswane zmiany pozwolą na większe zabezpieczenie realizowanych inwestycji, a przede wszystkim będą to świetne narzędzia do kontroli, stymulowania kondycji składników majątkowych partnerów publicznych, a w sytuacji zagrożenia przedsięwzięcia przejęcie przez podmiot trzeci jego realizacji.

### **Realizacja przedsięwzięć przy udziale spółek celowych**

Ustawodawca dopuścił za zgodą podmiotu publicznego możliwość zawarcia umowy PPP ze stworzoną w celu realizacji przedsięwzięcia jednoosobową spółką partnera prywatnego lub spółką kapitałową. Z partnerstwa publicznego realizowanego w formie spółki zostały wyeliminowane spółki komandytowe i komandytowo akcyjne. Umowa o PPP może przewidywać nabycie przez partnera prywatnego akcji lub udziałów spółki z udziałem podmiotu publicznego. Taka konstrukcja

z pewnością umożliwi obniżenie kosztów realizacji inwestycji, bowiem nie trzeba będzie tworzyć zupełnie nowych struktur, dokonywać procesu rejestracji oraz innych niezbędnych czynności. Na podstawie nowej regulacji partner prywatny będzie mógł nabyć akcje lub udziały spółki publicznej w celu wykonania umowy PPP. Ustawa wskazuje, że dla utworzenia nowej spółki np. spółki córki oraz dla nabycia akcji lub udziałów niezbędna jest zgoda współników lub akcjonariuszy. Dzięki temu partnerzy publiczni będą mieli większą kontrolę nad tym, z kim współpracują w ramach spółek celowych.

Spółki celowe po zakończeniu realizacji przedsięwzięcia nie będą musiały być likwidowane, gdyż ustawa nie narzuca tworzenia spółek jedynie na czas oznaczony realizacji określonego zadania dopuszczając utworzenie spółki na czas nieokreślony. Jednakże warunkiem jest zbycie akcji lub udziałów przez podmioty prywatne po zakończeniu partnerstwa. Dzięki temu cały majątek spółki z dniem realizacji zadania powraca do podmiotu publicznego. Nawet, gdyby partner prywatny nie chciał się podporządkować, to jego udziały z mocy prawa zostaną umorzone. Szczególnie korzystna może okazać się realizacja większych przedsięwzięć przy udziale spółki celowej, bowiem taka formuła daje transparentność rozliczeń, uściślony zakres odpowiedzialności oraz skupienie wszystkich zadań w kompetencji jednego podmiotu.

### **Partner prywatny poniesie odpowiedzialność za inwestora**

Bardzo ważną instytucją prawną, która weszła w życie wraz z podpisaniem przedmiotowej ustawy jest możliwość umownego wyłączenia odpowiedzialności inwestora (podmiotu publicznego) za wynagrodzenie podwykonawcy, wówczas partner

prywatny                      będzie                      odpowiadał                      jak                      inwestor.

Umowa o PPP będzie mogła zawierać zapis, że do podmiotu publicznego nie mają zastosowania przepisy Kodeksu cywilnego, które dotyczą odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie należne podwykonawcy. W takim przypadku za wynagrodzenie podwykonawcy będzie odpowiedzialny partner prywatny lub spółka celowa realizująca przedsięwzięcie w trybie PPP. W przypadku niezapłacenia wynagrodzenia podwykonawców egzekucja ze spółki będzie się odbywać na zasadach subsydiarnej odpowiedzialności wspólników.

Egzekucja z majątku partnera prywatnego będzie możliwa dopiero, gdy egzekucja ze spółki okaże się bezskuteczna. Sąd nada tytułowi egzekucyjnemu przeciwko spółce klauzule wykonalności ze wskazaniem na partnera prywatnego. Odpowiedzialność partnera prywatnego będzie w tym przypadku bardzo szeroka, z pewnością doprowadzi do ograniczenia sporów na linii inwestor główny oraz podwykonawca.

### **Nowe uprawnienia dla ministra**

W ramach zmian ustawy o PPP dodano nowy rozdział, który reguluje zadania ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, a ponadto określa obowiązki podmiotów publicznych względem ministra, w szczególności dotyczące obowiązków informacyjnych. Kompetencje ministra, które zostały określone w ustawie dotyczą wydawania opinii, upowszechniania i promowania dobrych praktyk z zakresu PPP, przygotowywania i upowszechniania wzorów umów, prowadzenie bazy PPP, udzielania wsparcia merytorycznego, dokonywania analizy i oceny funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego.

### **Podsumowanie**

Konsekwencje wprowadzenia ustawy obejmą wszystkie partnerstwa publiczno-prywatne, ponieważ podmioty PPP od czasu wejścia w życie zmian do ustawy będą obowiązane w ciągu trzech miesięcy do przekazania ministrowi informacji o aktualnie trwających PPP. Biorąc pod uwagę procedowane zmiany do ustawy, nie ma pewności o ich trafności oraz o tym, że przyczynią się do zawierania większej ilości umów w ramach PPP. Z pewnością skuteczniejszym rozwiązaniem zachęcającym do częstszego stosowania PPP byłoby konkretne określenie tego, w jaki sposób ma być podzielone ryzyko wynikające z realizacji przedsięwzięcia oraz wskazanie kryteriów na podstawie, których powinno być przyznawane wynagrodzenie partnera prywatnego.

Autorzy:

Dominik Sutor, prawnik, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy

Piotr Liberski, radca prawny, wspólnik zarządzający, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy