Partnerstwo publiczno-prywatne (PPP) najbardziej efektywnie rozwija się w tych krajach, gdzie funkcjonują dojrzałe rynki finansowe, a praktyka realizacji inwestycji, przygotowań i negocjacji sięga setek lat (pierwsze umowy koncesyjne zawierano w XV wieku). Projekty realizowane w formule partnerstwa publiczno-prywatnego wymagają bowiem profesjonalnego przygotowania, analiz, które swoim zakresem muszą objąć nawet kilkadziesiąt lat funkcjonowania danego przedsięwzięcia oraz często skomplikowanych, szytych na miarę, mechanizmów finansowania.

Celem uchwalonej przez Sejm 5 lipca br. *Ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw*[1] jest m.in. wsparcie podmiotów publicznych w działaniach, które mają prowadzić do wzrostu liczby zawartych umów partnerstwa publiczno-prywatnego. Choć PPP w Polsce rozwija się od prawie 15 lat[2], a formy współpracy publiczno-prywatnej są znane jeszcze dłużej i funkcjonują w ramach systemu zamówień publicznych i w formule spółek mieszanych (publiczno-prywatnych), rynek PPP nadal nie rozwija się zadowalająco i niewiele jest dużych projektów realizowanych w tej formule.

Przyczyn takiego stanu rzeczy należy upatrywać przede wszystkim w:

– braku wypracowanych, praktycznych rozwiązań,

– braku ścieżek działań w zakresie rozbudowanych i skomplikowanych montaży finansowych,

– braku regulacji prawnych wielu kwestii, co w polskim systemie prawnym jest równoznaczne z brakiem możliwości działania podmiotów publicznych w tym zakresie,

– oraz braku stałej woli i przewodnictwa politycznego do sfinalizowania projektów rozpoczętych, co, dodając do tego jeszcze kadencyjność podmiotów publicznych, odstrasza zarówno partnerów prywatnych, jak i instytucje finansujące.

Nowelizacja ustawy o PPP stara się wyjść naprzeciw temu niezadowalającemu stanowi rzeczy. Zgodnie z uzasadnieniem do ustawy[3], celem nowych przepisów jest poprawa otoczenia prawnego PPP, wprowadzenie rozwiązań umożliwiających skuteczne przygotowanie i realizację projektów PPP oraz ułatwienie stosowania międzynarodowych standardów przy realizacji projektów, z uwzględnieniem wymogów i przepisów polskiego prawa.

Materiał pobrany ze strony Instytutu Sobieskiego, sobieski.org.pl, autor: Agata Kozłowska.

Najbardziej istotne wydają się zmiany, które wprowadzają rozstrzygające przepisy, dotyczące kwestii do tej pory nieuregulowanych w związku z PPP, a zatem – niepewnych – z punktu widzenia sektora publicznego. Do tych kwestii należy przede wszystkim możliwość wyrażenia przez podmiot publiczny zgody na zawarcie umowy przez jednoosobową spółkę partnera prywatnego, która została zawiązana w celu realizacji przedsięwzięcia. W takim przypadku w miejsce partnera prywatnego do zawarcia umowy przystępuje jego spółka-córka.

W wielu przypadkach startujący w postępowaniu partner prywatny w trakcie negocjacji, wraz z uszczegółowieniem kształtu przedsięwzięcia oraz zasad udziału w nim partnera prywatnego, dobierał sobie współpracujących partnerów w celu zawiązana spółki celowej, co jest normalną praktyką w biznesie projektowym na całym świecie. Do tej pory jednak, taka spółka celowa nie mogła „zastąpić" partnera prywatnego, a jedynie co najwyżej przystąpić do umowy partnerstwa, a cała odpowiedzialność i realizacja inwestycji spoczywała na partnerze prywatnym, który często nawet nie miał możliwości, aby objąć kompetencyjnie całe przedsięwzięcie.

Czym innym jest spółka PPP, czyli spółka zawiązywana przez podmiot publiczny i partnera prywatnego w celu realizacji przedsięwzięcia (art. 4 obecnej ustawy o PPP). Na podstawie obecnie obowiązujących przepisów musiała być to jednak zawsze nowopowstała spółka, niemożliwe było przystąpienie partnera prywatnego do już istniejącej spółki podmiotu publicznego (spółki komunalnej). A często takie rozwiązanie byłoby celowe, bowiem nowa spółka nie miała żadnej historii i jej funkcjonowanie okazywało się dużo droższe, trudno też było uzasadnić powoływanie nowej spółki z partnerem prywatnym o zadaniach podobnych, do tych, które miała już funkcjonująca spółka komunalna.

Nowelizacja przewiduje wprost dopuszczenie utworzenia partnerstwa na bazie istniejącej spółki podmiotu publicznego (dodano art. 14 ust. 1a ustawy PPP). Zgodnie z nowym art. 14a ustawy PPP, spółkę, o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy PPP, zawiązuje się na czas oznaczony, nie dłuższy niż niezbędny do wykonania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz zakończenia jej działalności. Kwestie związane z jej likwidacją albo organizacją dalszego istnienia będą załatwiane po zakończeniu realizacji przedsięwzięcia. Nowy art. 14a ust. 2 ustawy PPP przewiduje, że spółka zawiązana w celu realizacji przedsięwzięcia PPP może być wyjątkowo przedłużona na czas nieoznaczony, jeżeli w gronie jej wspólników nie ma już partnera prywatnego.

Powyższe rozwiązania są słuszne, bowiem, jak wskazano w uzasadnieniu do

projektu ustawy, „ograniczenie kręgu podmiotowego wspólników po zakończeniu wykonywania umowy PPP wynika z konieczności ochrony warunków równej konkurencji dla podmiotów prywatnych i otwarcia rynków na konkurencję po zakończeniu projektu PPP. Nieograniczone w czasie uczestnictwo partnera prywatnego w spółce wykonującej zwykłe zadania publiczne oznaczałoby jego nieuprawnione uprzywilejowanie względem innych przedsiębiorców”.

Istotną nową regulacją jest wprowadzenie do ustawy o PPP tzw. umów bezpośrednich (*direct agreements*) z instytucjami finansowymi, których następstwem może być czasowe przejęcie przez bank wykonywania całości lub części umowy o PPP (tzw. *step-in*). Podkreślenia wymaga fakt, że są to umowy wypracowane już w praktyce, zarówno międzynarodowej, jak i polskiej, jednak brak regulacji prawnych powodował, że strona publiczna miała obawy co do ich negocjowania i zawierania. Wynikało to przede wszystkim z tego, że instytucja finansowa nie jest zazwyczaj stroną postępowania, a przystępuje do umowy o PPP jako „trzecia strona”, drugi partner prywatny, nie biorący wszak udziału w ogłoszonym postępowaniu o PPP.

Zgodnie z nowym art. 10a ust. 3, dokumentacja postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego ma określać warunki wykonania prawa interwencji, zaś umowa PPP ma określać szczegółowe warunki powierzenia tego zadania. W myśl nowego art. 10a ust. 4, postanowienia umów zawartych z osobą trzecią finansującą przedsięwzięcie w całości lub części przez podmiot publiczny, partnera prywatnego lub spółkę, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a, sprzeczne z umową o partnerstwie publiczno-prywatnym są nieważne. Jak podaje uzasadnienie, „ten przepis ma na celu wprowadzenie jednoznacznego pierwszeństwa umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Inne umowy zawierane przez podmioty zaangażowane w partnerstwo nie będą mogły zawierać postanowień sprzecznych z umową PPP. Przyjęte rozwiązanie ułatwi rozstrzyganie potencjalnych konfliktów pomiędzy postanowieniami umów zawieranych przez podmioty finansujące z różnymi uczestnikami partnerstwa (podmiotem publicznym, spółką projektową i partnerem prywatnym)”.

Należy podkreślić, że ten przepis, choć bardzo istotny, jest tzw. przepisem uspokajającym, bowiem już przy niektórych obecnie zawartych umowach o PPP, funkcjonują takie umowy bezpośrednie. Jednak ich procedowanie bez ustawowego przyzwolenia bardzo opóźniało zamknięcie finansowe przedsięwzięć i stanowiło źródło poważnych napięć po stronie publicznej, która nie do końca była przekonana, czy postępuje zgodnie z prawem, zawierając taką umowę. Obok tej kwestii,

wprowadzono do ustawy także inne przepisy „uspokajające”, które wprowadzają do przepisów narzędzia i rozwiązania, już występujące w postępowaniach i umowach o PPP. Są to: możliwość prowadzenia procedury wyboru partnera prywatnego na podstawie ustawy *Prawo zamówień publicznych*, nawet jeśli w trakcie okaże się, że spełnia warunki dla umowy koncesji, kryteria wyboru partnera prywatnego, przekazanie składnika majątkowego po zakończeniu umowy o PPP oraz zakres elementów, który powinien być uwzględniony przy ocenie efektywności planowanego partnerstwa.

Osobną uwagę należy poświęcić wprowadzonemu ustawowo obowiązkowi przeprowadzenia analiz w zakresie oceny efektywności planowanego partnerstwa. Takiego obowiązku nie było w żadnej dotychczasowej ustawie o PPP, a i nowy przepis jest raczej zachętą do rzetelnego przygotowania przedsięwzięcia niż obowiązkiem administracyjnym, gdyż nie jest obwarowany żadną sankcją.

Wprowadzenie oceny efektywności jest elementem szerszego nowouregulowanego systemu kontroli i oceny realizowanych projektów PPP. Nowe przepisy wprowadzają szerokie kompetencje ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego w sprawach PPP, monitorowanie rynku PPP przez tego ministra, co wiąże się z koniecznością przekazywania informacji o realizowanych umowach PPP, i wreszcie fakultatywne opiniowanie projektów planowanych do realizacji w formule PPP.

Pozostaw to pole puste, jeśli jesteś człowiekiem:

Wprowadzenie certyfikowania projektów PPP przez ministra rozwoju budzi różnorakie wątpliwości. Z jednej strony, jest to inicjatywa potrzebna, jako wsparcie polityczne tego rodzaju przedsięwzięć, jak i samego PPP. Z drugiej, opiniowanie analiz i koncepcji, przeprowadzonych na bardzo wczesnym etapie projektu, może mieć niezamierzone skutki negatywne. Przede wszystkim, pierwsze, wstępne analizy, wskazują często na takie niedociągnięcia w propozycji przedsięwzięcia, które można jeszcze dopracować. Jeśli jednak na tym etapie projekt trafi do ministerstwa, a ono negatywnie go zarekomenduje, podmiot publiczny najprawdopodobniej odłoży go na półkę, zamiast skonsultować go z mieszkańcami, z radnymi i przemyśleć jego założenia.

Przedsięwzięcia PPP od samego początku wymagają bardzo szerokich konsultacji,

dyskusji i tłumaczeń – wszak nieznany partner prywatny wkracza w zadania publiczne, co jest często niezrozumiałe dla mieszkańców i miejscowych polityków. Wyjaśnianie kolejnych kroków powinno być prowadzone równolegle do formalnych działań (procedur ustawowych). Nie pomoże w tym propozycja ustawodawcy by opinia wystawiana przez ministerstwo była utajniona, chyba, że zgodę na jej ujawnienie wyda podmiot publiczny. To rozwiązanie ma na celu pozostawienie procesu decyzyjnego podmiotu publicznego w sferze wewnętrznych analiz (jak podaje uzasadnienie do projektu ustawy). Według ustawodawcy, upowszechnienie informacji o rozważanym projekcie, zanim dojdzie on do skutku, może powstrzymywać podmiot publiczny przed rozważaniem PPP jako opcji wykonywania jego zadań. Trudno jest się zgodzić z ustawodawcą, biorąc pod uwagę, że procedowanie projektu PPP wymaga uchwał i decyzji polityków, którzy chcieliby zazwyczaj poznać dokumentację projektu. Umożliwienie utajnienia opinii ministerstwa przez podmiot publiczny może być wykorzystywane polityczne i być przedmiotem nadużyć.

Trudno też przyjąć uzasadnienie ustawodawcy, że dzięki wprowadzeniu opiniowania przez ministra rozwoju zmniejszą się koszty prowadzenia działalności gospodarczej potencjalnych partnerów prywatnych. Przecież partner prywatny prowadzi swój biznes nie od dziś i niezależnie od otrzymanej opinii będzie wiedział, czy dane przedsięwzięcie jest dla niego opłacalne. Fakultatywna opinia ministra rozwoju na wczesnym etapie przygotowań, nie przesądza o powodzeniu projektu, ani nie zastąpi opinii instytucji finansowych, banków, nie też przekona partnerów prywatnych do zaangażowania się w projekt dla nich nieinteresujący. Opinia, wydawana przez urzędników, stojących z boku i nie angażujących się finansowo ani nie ryzykujących własnym biznesem, może co najwyżej potwierdzać, i to również w ograniczonym zakresie, poprawność wykonanych analiz efektywności pod względem wymagań ustawowych.

Natomiast ze względu na wagę tychże opinii, które będą wydawane w imieniu ministra rozwoju, należy spodziewać się, że certyfikowanie projektów przez urzędników stanie się języczkiem u wagi, czy realizować dany projekt, czy nie i będzie to miało konsekwencje nie tylko merytoryczne, ale również polityczne, gospodarcze i strategiczne.

Szkoda, że ustawodawca nie poszedł w kierunku stworzenia szeroko rozumianego ośrodka doradczo-wspierającego, złożonego z urzędników, ekspertów i doradców (na wzór choćby brytyjskich czy hiszpańskich) tak, aby doradztwo, opinie i wsparcie miało realny wpływ i stanowiło rzetelne wsparcie podmiotów publicznych na każdym

etapie realizacji projektów PPP.

Analizując nowelizację ustawy o PPP, zwrócić trzeba przede wszystkim uwagę na uregulowanie pojęć i wprowadzenie zagadnień w celu ochrony interesu publicznego, ale też na regulację coraz liczniejszych kwestii, które powinny pozostać w sferze decyzji partnerów bądź na etapie negocjacji podczas procedury wyboru partnera prywatnego. Należy pamiętać o tym, że im więcej kwestii podlega regulacji, tym więcej jest pytań szczegółowych w trakcie stosowania tychże przepisów. Pytanie, w jaki sposób zaproponowane nowe przepisy sprawdzą się w praktyce? Na ile skorzystają z nich rzeczywiście podmioty publiczne i w jakim zakresie opinie ministra rozwoju będą miały wpływ na większą liczbę zawieranych umów o PPP i czy rzeczywiście taki powinien być cel ustawy. PPP to tylko jeden z instrumentów zarządzania mieniem publicznym i nie powinien być preferowany. Nie wszystkie bowiem przedsięwzięcia inwestycyjne mogą być realizowane w tej formule. Sam brak środków na inwestycje nie powinien być przesłanką do PPP. Pozostaje mieć nadzieję, że zadziała równowaga sił: oprócz podmiotu publicznego i organu wspierającego kluczowa będzie decyzja partnera prywatnego – czy angażować środki w daną inwestycję i w długoletnią współpracę z sektorem publicznym.

[1] Ustawa w dniu 6 lipca br. została przekazana Prezydentowi i Marszałkowi Senatu. Senat przyjął ustawę w dniu 27 lipca br.

[2] Pierwsza ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest z 2004 r.

[3] Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2333.

Materiał pobrany ze strony Instytutu Sobieskiego, sobieski.org.pl, autor: Agata Kozłowska.