

# Nowelizacja ustawy o PPP

W bieżącym roku mija dziesięć lat funkcjonowania Ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ze statystyk wynika, że na mocy Ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz regulacji koncesyjnych (Ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi z dnia 9 stycznia 2009 r. i Ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z dnia 21 października 2016 r.<sup>1</sup>) podmioty publiczne, głównie samorządy, zawarły łącznie 140 umów, co w ocenie rynku oraz regulatora nie odpowiada faktycznemu potencjałowi tej instytucji.

Zgodnie z uzasadnieniem zmian w Ustawie o PPP, wprowadzonych na mocy Ustawy z dnia 4 września 2018<sup>2</sup>, interwencja ustawodawcza miała na celu stworzenie lepszych warunków dla rozwoju rynku PPP w Polsce, szczególnie poprzez zwiększenie jakości prac przygotowawczych i prowadzonych postępowań. Celem zmian jest wyższa skuteczność postępowań na wyłonienie partnera prywatnego. Ze statystyk wynika, że dotychczas zaledwie co czwarte postępowanie kończyło się zawarciem umowy.

Dodatkowym celem nowelizacji Ustawy o PPP było wyeliminowanie niespójności legislacyjnych i wdrożenie usprawnień pobudzających rozwój tego rynku. Jak wskazano w uzasadnieniu, wyzwolenie potencjału kapitału prywatnego zależy m.in. od usunięcia ograniczeń prawnych, dostosowania istniejących przepisów do specyfiki projektów PPP oraz wprowadzenia przepisów *expressis verbis*, dopuszczających powszechnie przyjęte na świecie rozwiązania z zakresu PPP. Nowelizacja jest konsekwencją działań zaplanowanych w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju z dnia 14 lutego 2017 r. i jest jednym z działań zawartych w uchwale nr 116/2017 Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2017 r. „Polityka rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego”.

## Nowości w procesie przygotowania przedsięwzięć PPP

Jedną z najpoważniejszych zmian w stosunku do poprzedniego stanu prawnego jest wprowadzenie do Ustawy o PPP nowego rozdziału 1a, zgodnie z którym **podmioty publiczne zostały zobligowane do przeprowadzenia oceny efektywności realizacji projektu w PPP w stosunku do jego realizacji w inny sposób, w szczególności z uwzględnieniem czynników takich jak podział zadań i ryzyk, szacowane koszty cyklu życia projektu, czas niezbędny do jego realizacji, wysokość opłat**

**pobieranych od użytkowników, jeżeli takie opłaty są planowane również warunki ich zmiany.**

Minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, formalnie ustanowiona jednostka centralna ds. PPP, został wyposażony w kompetencję do wydania opinii, na wniosek podmiotu publicznego, na temat tego, czy dane przedsięwzięcie powinno być zrealizowane w formule PPP. Opinia wydawana jest w terminie 60 dni, m.in. na podstawie przeprowadzonej przez podmiot publiczny oceny efektywności, a minister w trakcie ewaluacji może zażądać poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia wniosku o wydanie opinii. Równocześnie, nowelizacja wprowadziła do Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>3</sup> regulację, na mocy której **w przypadku planowania inwestycji finansowanych z budżetu, o wartości powyżej 300 mln zł, podmiot publiczny będzie zobowiązany do uzyskania niewiążącej opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego w przedmiocie sposobu realizacji owej inwestycji.**

Wobec faktycznej pozycji Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju w strukturze rządowej wydaje się jednak, że nawet niewiążąca opinia w zakresie zastosowania lub rezygnacji z modelu PPP powinna mieć zasadnicze polityczne znaczenie dla losów analizowanej inwestycji. **Nowelizacja określa niezbędne elementy wniosku o wydanie opinii. W szczególności należy w nim wskazać sposób realizacji inwestycji wraz z uzasadnieniem oraz przedstawić ocenę efektywności jej realizacji w modelu PPP w porównaniu do sposobu wskazanego we wniosku.**

W uproszczeniu oznacza to, że podmiot publiczny ma obowiązek wytłumaczyć dlaczego dany projekt nie jest realizowany w modelu PPP. Analogicznie, jak w przypadku opinii określającej czy dane przedsięwzięcie powinno być zrealizowane w formule PPP, termin na wydanie opinii o projektach o wartości powyżej 300 mln zł wynosi 60 dni. Czas oczekiwania na opinię może się wydłużyć na wniosek ministra finansów dodatkowo o 30 dni. Warto zwrócić uwagę, iż **w przypadku projektów realizowanych na podstawie Ustawy o PPP uzyskanie opinii nie jest wymagane.** Opinia nie podlega ujawnieniu podmiotom trzecim do zakończenia procedury wyboru partnera prywatnego, a w przypadku, gdy takie postępowanie nie zostanie wszczęte, nie będzie mogła zostać ujawniona wcześniej, niż w terminie 2 lat od jej wydania.

<sup>1</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 1920

<sup>2</sup> Dz.U. z 2018 r. poz. 1693.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 oraz z 2018 r. poz. 62 i 1000



Podsumowując, w konsekwencji zmiany przepisów podmioty publiczne muszą obowiązkowo prowadzić ocenę efektywności realizacji projektu w modelu PPP, oraz uzyskiwać opinię dla inwestycji finansowanych z budżetu powyżej 300 mln zł, na potrzeby której podmiot publiczny również jest zobowiązany sporządzić ocenę efektywności, m.in. z wyłączeniem tych, które są realizowane na podstawie Ustawy o PPP. Mogą także zwrócić się o opinię fakultatywną, czy dany projekt powinien być zrealizowany w PPP, której podstawą jest ocena efektywności przygotowana przez podmiot publiczny.

Analizując zagadnienie nowych wymagań dotyczących zgód i opinii nie sposób nie zwrócić uwagi na **możliwość unieważnienia postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, jeżeli minister właściwy do spraw finansów publicznych odmówi udzielenia zgody, która jest wymagana, gdy przedsięwzięcie jest finansowane z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100 mln zł.** Zgoda ta powinna być udzielona w ciągu 6 tygodni. **Postępowanie może zostać unieważnione w przypadku braku zgody ministra jedynie, gdy taka podstawa unieważnienia została przez podmiot publiczny przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, dokumentach koncesji lub innej dokumentacji w sprawie wyboru partnera prywatnego.**

Co kluczowe, dla zwiększenia pewności obrotu i odpowiedniego przygotowania analiz Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju opublikowało na początku września wytyczne

dotyczące przygotowania projektów PPP na etapie od pomysłu do wdrożenia postępowania przetargowego, które mają zasadnicze znaczenie dla zachowania odpowiedniej metodyki badań potencjalnych przedsięwzięć.

Nowe obowiązki analityczne podmiotów publicznych z jednej strony mogą poprawić jakość projektów PPP i zmniejszyć nieco ryzyko prawne (i kontrolne) związane z ich wdrażaniem, jednak **obowiązek wykonywania analiz przedrealizacyjnych, w przypadku każdego projektu PPP, może nie być do końca uzasadniony.**

Należy pamiętać, że partnerzy prywatni wyłaniani są, co do zasady, w drodze postępowań dwuetapowych. Zamawiający decyduje się na dialog konkurencyjny lub inny tryb negocjacyjny przewidziany w Ustawie prawo zamówień publicznych<sup>4</sup> w sytuacji, gdy wszczynając postępowanie nie ma jeszcze pełnej wiedzy co do szczegółowego modelu przedsięwzięcia. Najczęściej na tym etapie podmiot publiczny będzie jedynie w stanie określić co chce osiągnąć, czyli jaki składnik majątkowy chce wybudować, wyremontować, wyposażyć, ewentualnie jakie usługi są mu potrzebne, w połączeniu z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, którego dane zapotrzebowanie dotyczy. Podmiot publiczny zazwyczaj nie wie też jakie rozwiązania prawne, ekonomiczne, czy techniczne zaproponują wykonawcy i jak propozycje te wpłyną na całość wzajemnych zobowiązań i efektywność przedsięwzięcia. Rozpoczynając negocjacje strona publiczna nie jest również w stanie określić jakie finalne założenia przyszłej współpracy będą akceptowalne dla strony prywatnej oraz jakie ustalenia będą ostatecznie najkorzystniejsze dla interesu publicznego, a prawidłowy podział zadań i ryzyk pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego jest kluczem do sukcesu projektu PPP. W konsekwencji, **analizy wykonane jeszcze przed rozpoczęciem postępowania mogą być niekompletne i mogą nie obrazować kompleksowo najlepszej struktury realizacji projektu.**

W nowym stanie prawnym, podmioty publiczne i obsługujący je doradcy powinni szczególną uwagę przyłożyć do etapu **testu rynkowego projektu**, który dostarczy wskazówek co do oczekiwań przyszłych uczestników negocjacji. Warto także pamiętać, że prowadzenie testów rynkowych przed wszczęciem postępowania w trybie Ustawy prawo zamówień publicznych powinno zostać przeprowadzone w formie dialogu technicznego, zgodnie z zasadami przewidzianymi w tej ustawie (art. 31a i następne). Certyfikacja i opiniowanie projektów, wraz z ustaleniem standardów definiowania i oceny ich założeń, powinny przełożyć się na wzrost jakości ofert inwestycyjnych PPP pojawiających się na rynku, a w konsekwencji przyczynić się do skrócenia postępowań z uwagi na zmniejszenie liczby błędów,

<sup>4</sup> j.t. Dz.U. z 2017, poz. 1579

będących podstawą do skarżenia dokumentacji przetargowej przez wykonawców. Być może, dzięki nowym rozwiązaniom w przyszłości możliwe będzie skrócenie lub całkowita rezygnacja z etapu negocjacyjnego procedury wyboru partnera prywatnego.

W nawiązaniu do nowych obowiązków i uprawnień podmiotów publicznych i ministerstwa, do Ustawy o PPP **wprowadzono nowy rozdział 4a, w którym określono kompetencje ministra do spraw rozwoju regionalnego jako organu właściwego w sprawach PPP.** Minister został m.in. wyposażony w uprawnienia do wspomnianego już opiniowania zasadności realizacji przedsięwzięcia w ramach PPP, wspierania merytorycznego podmiotów publicznych, czy dokonywania analiz i ocen funkcjonowania PPP. W tym celu podmioty publiczne zostały zobowiązane do przekazywania ministrowi takich informacji dotyczących prowadzonych projektów PPP, jak np. tryb wyboru partnera prywatnego, zawarcie umowy o PPP z podaniem nazwy projektu, data zawarcia, wartość inwestycji, usług i umowy, mechanizmy wynagrodzenia, a także zmiana umowy o PPP. W tym kontekście warto rozważyć, czy z uwagi na dysponowanie przedmiotowymi informacjami oraz wspomniane już kompetencje w zakresie opiniowania projektów PPP, minister nie powinien zostać wyposażony w uprawnienie do dokonywania interpretacji przepisów Ustawy o PPP. Ustanowienie organu o podobnych kompetencjach mogłoby wpłynąć pozytywnie na pewność działań stron, zarówno publicznej, jak i prywatnej.

W powyższym kontekście warto zaznaczyć, że na mocy omawianej nowelizacji, w celu wzmocnienia stabilności prawnej realizacji przedsięwzięć PPP, w Ordynacji podatkowej z dnia 29 sierpnia 1997 r.<sup>5</sup> **rozszerzony został katalog podmiotów, które mogą wystąpić o wydanie interpretacji podatkowej.** Obecnie obok zamawiających realizujących projekty w oparciu o Ustawę prawo zamówień publicznych, taką możliwość mają również zamawiający realizujący projekt w oparciu o Ustawę o PPP i Ustawę o koncesji.

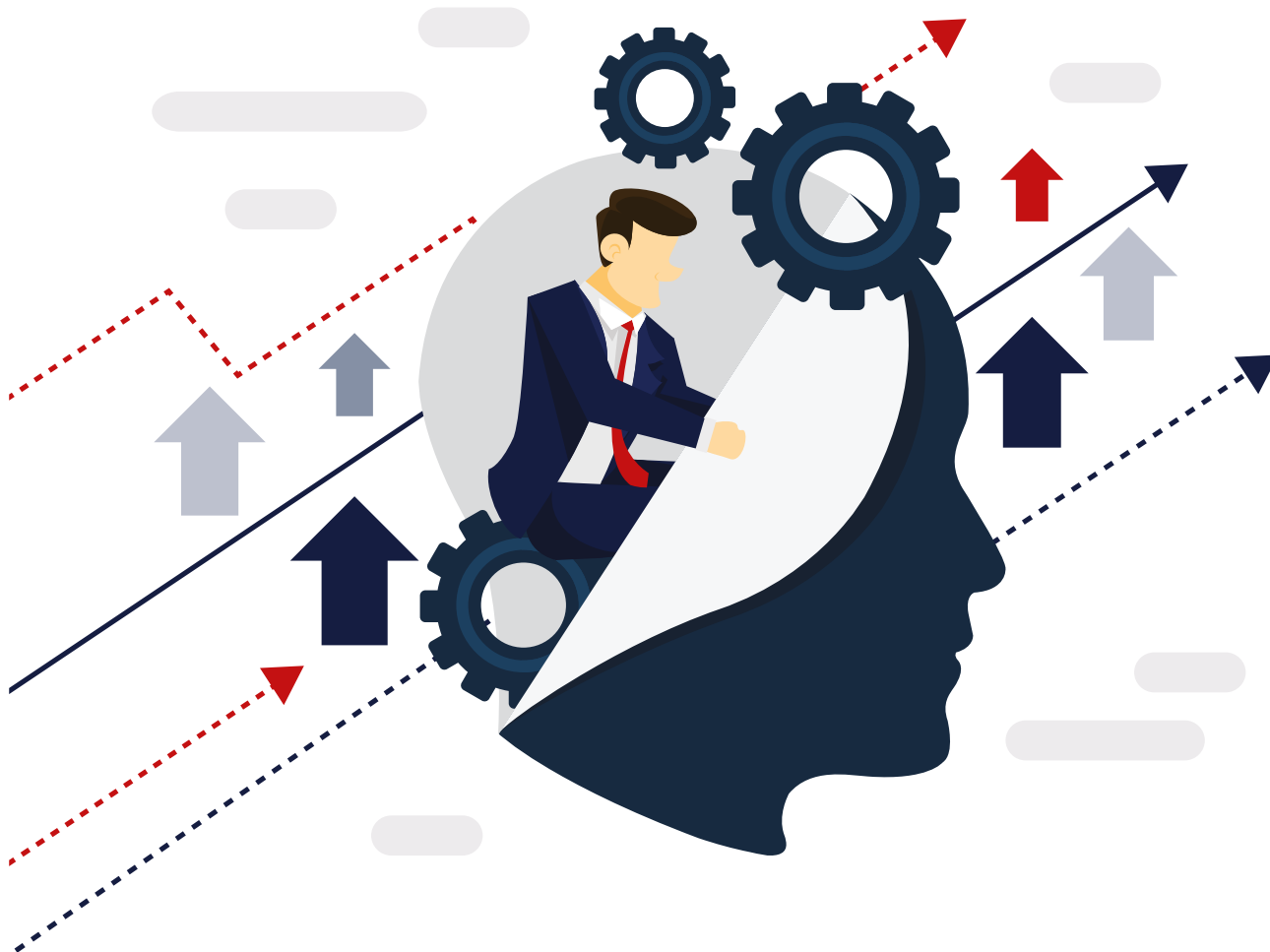
### Zmiany w procedurze wyboru partnera prywatnego

Dotychczasowy stan prawny budził pewne trudności dotyczące wyboru właściwego trybu wyłonienia partnera prywatnego. Konieczne było dość wczesne rozpoznanie modelu wynagrodzenia i podziału ryzyk w ramach planowanej współpracy, co było kłopotliwe przed rozpoczęciem negocjacji. W sytuacji, gdy podmiot publiczny prowadził postępowanie w trybie Ustawy o koncesji, to jego zwieńczeniem musiało być zawarcie umowy, w której podział ryzyk (szczególnie ekonomicznego) odpowiadał modelowi koncesji. Jeżeli podmiot publiczny prowadził postępowanie zgodnie

z Ustawą prawo zamówień publicznych, mógł zawrzeć wyłącznie umowę o zamówienie publiczne, modyfikowane przepisami Ustawy o PPP. Wobec tak rygorystycznie postawionych granic stosowania ustaw proceduralnych, przy wdrażaniu przedsięwzięć, które są często złożone i skomplikowane, a ostateczny kształt umowy, w szczególności model podziału ryzyk i natura wynagrodzenia zależy w dużej mierze od wyniku konsultacji z rynkiem, wiele postępowań musiało podlegać unieważnieniu, gdy w trakcie negocjacji okazywało się, iż przeprowadzony tryb nie odpowiadał ostatecznie typowi umowy, która mogłaby być zawarta.

**Obecnie, podmiot publiczny jest uprawniony do dokonania wyboru partnera prywatnego w trybie Ustawy prawo zamówień publicznych również, gdy umowa jest umową koncesji. Stosowanie Ustawy o umowie koncesji do wyboru partnera prywatnego stało się więc fakultatywne,** co jest istotne wobec zakresu obowiązków spoczywających na administracji posługującej się jej zapisami, szczególnie w zakresie przygotowania stosownego regulaminu wyboru koncesjonariusza. **Taka regulacja nie została jednak wprowadzona dla postępowań przeprowadzonych w trybie Ustawy o koncesji. Zatem podmiot publiczny po przeprowadzeniu postępowania na podstawie Ustawy o koncesji wciąż będzie mógł zawrzeć wyłącznie umowę koncesji, co może być niewykonalne jeśli w trakcie negocjacji umowa nabierze cech zbliżonych bardziej dla przedsięwzięć bazujących na odpłacie za dostępność.**





Nowelizacja wprowadziła jeszcze jedną zmianę postulowaną przez praktyków PPP, istotną dla procesu zawierania umów. Dzięki nowym regulacjom **w miejsce partnera prywatnego do zawarcia umowy może przystąpić jego spółka córka**. Spółka powołana na potrzeby realizacji projektu PPP będzie mogła zostać również utworzona przez członków konsorcjum, jeśli zostanie wybrane do realizacji przedsięwzięcia.

Warto jednak zwrócić uwagę, że wprowadzona możliwość wyrażenia przez podmiot publiczny zgody na zawarcie umowy przez spółkę partnera prywatnego, zawiązaną w celu realizacji przedsięwzięcia, stanowi jedynie **uprawnienie a nie obowiązek** podmiotu publicznego. W takiej sytuacji, partner prywatny odpowiada solidarnie ze swoją spółką za szkodę wyrządzoną podmiotowi publicznemu w skutek nieudostępnienia spółce zasobów, które wskazał w ofercie, chyba że za nieudostępnienie tych zasobów nie ponosi winy. Jeśli partner prywatny (spółka matka) powołała się w toku postępowania na zasoby podmiotów trzecich, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podmioty te będą odpowiadały za szkodę wyrządzoną przez nieudostępnienie tych zasobów spółce córce. Jest to rozwiązanie funkcjonujące już w ramach tzw. przekazywania potencjału na gruncie Ustawy prawo zamówień publicznych.

Co istotne, na mocy nowych rozwiązań tytuł egzekucyjny wystawiony przeciwko spółce córce będzie wykonalny również przeciwko partnerowi prywatnemu. Zmiana ta powinna ułatwić sektorowi prywatnemu udział w projektach PPP, w szczególności poprzez uniknięcie sztucznego przekazywania potencjału pomiędzy takimi podmiotami i konieczności regulowania zasad współpracy skomplikowanymi umowami wewnątrzgrupowymi.

Ponadto, w konsekwencji zmian w Ustawie o PPP, **kwestie dotyczące wysokości zabezpieczenia wnoszonego przez partnera prywatnego oraz jego zwrotu w umowach PPP będą mogły być kształtowane przez strony w sposób dowolny**. Na mocy nowych regulacji, do odpowiedzialności za wykonanie umowy o PPP i zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie stosuje się bowiem przepisów art. 150 i art. 151 Ustawy prawo zamówień publicznych. Mimo, że wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie jest najistotniejszą kwestią w umowie o PPP, przedmiotowa zmiana z całą pewnością powinna być oceniana pozytywnie, chociażby z perspektywy kosztów przedsięwzięcia.

Nowelizacja Ustawy o PPP objęła również jej **postanowienia dotyczące kryteriów oceny ofert stosowanych przez podmiot publiczny do wyboru partnera**

**prywatnego.** Kryteria, które na podstawie poprzedniej regulacji musiał stosować podmiot publiczny, tj.: podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem, pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, oraz terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane, zostały dodane do katalogu kryteriów fakultatywnych, zawartych w art. 6 ust. 3 ustawy. **Obecnie, podmiot prowadzący postępowanie, dotyczące wyłonienia partnera prywatnego, może dokonać wyboru z szerszego katalogu nowych kryteriów oceny ofert.**

### Zmiany mające znaczenie dla struktury organizacyjnej przedsięwzięć PPP i ich finansowania

Formalne zawarcie umowy o PPP nie jest gwarancją jej poprawnej realizacji, ponieważ znaczenie kluczowe dla powodzenia transakcji ma możliwość zorganizowania finansowania bankowego tej współpracy, czyli osiągnięcie tzw. zamknięcia finansowego. Nie jest to zadanie proste, a zabezpieczenie interesu banku kredytującego partnera prywatnego (a pośrednio podmiot publiczny) wymaga szczególnych rozwiązań. W myśl nowego art. 10a Ustawy o PPP, **podmiot publiczny może zawrzeć umowę z osobą trzecią finansującą przedsięwzięcie w całości lub w części, na mocy której, w przypadku poważnego zagrożenia realizacji przedsięwzięcia, będzie mógł przenieść na tę osobę trzecią całość lub część obowiązków partnera prywatnego wraz ze związanymi z nimi prawami.** Osoba trzecia (podmiot finansujący) będzie natomiast uprawniona do powierzenia realizacji przedsięwzięcia innemu podmiotowi lub podmiotom za zgodą podmiotu publicznego. Warto jednak zaznaczyć, że aby uniknąć wszelkich ryzyk, w szczególności związanych z koniecznością negocjowania treści umowy bezpośrednio, warunki jej zawarcia powinny być przewidziane w projekcie umowy o PPP.

Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie sankcjonuje dotychczasową praktykę i było postulowane przez partnerów jak i instytucje finansujące. Umożliwia bowiem bankowi lub innej instytucji finansującej zastosowanie rozwiązania znanego już europejskiej praktyce realizacji projektów PPP, tzw. step in right, czyli przejęcia kontroli nad realizacją zadań partnera (kredytobiorcy) w sytuacji, gdy nie jest on w stanie realizować umowy i wywiązać się z obsługi swoich zobowiązań wobec banku, co znacznie zmniejsza ryzyko finansowania tego typu przedsięwzięć i może przyczynić się do wzrostu tzw. „bankowości” projektów, czyli prawdopodobieństwa uzyskania kredytowania, co pozytywnie wpływa na rynek PPP.

Nie do końca potrzebne wydaje się uregulowanie na poziomie ustawowym uprawnień kontrolnych po stronie



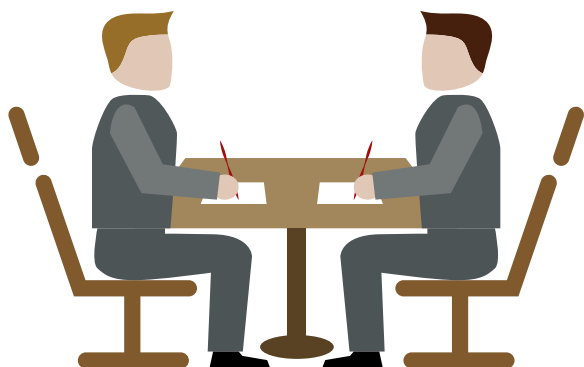
podmiotu publicznego. Zgodnie z art. 8 Ustawy o PPP **podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego oraz do kontroli składnika majątkowego wykorzystwanego przez partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia.** Ustawa reguluje także sytuacje, gdy kontrola wykaże, iż składnik majątkowy wykorzystywany przez partnera prywatnego będzie w stanie technicznym wskazującym na jego nieprawidłowe wykorzystywanie. Wówczas podmiot publiczny jest zobowiązany wezwać partnera prywatnego do podjęcia odpowiednich działań, w szczególności do poczynienia nakładów mających na celu doprowadzenie składnika majątkowego do właściwego stanu technicznego. Na partnerów prywatnych został także nałożony dodatkowy obowiązek, bieżącego raportowania podmiotowi publicznemu o realizacji przedsięwzięcia i stanie technicznym składnika majątkowego. Wszystkie te regulacje i bez podstawy ustawowej mogły znaleźć się w umowie o PPP i, co do zasady, były przewidywane w dotychczas zawartych umowach.

Zgodnie z obecnym brzmieniem Ustawy o PPP, w celu realizacji przedsięwzięcia partner prywatny i podmiot publiczny mogą zawiązać, wyłącznie, spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, albo spółkę akcyjną, na czas oznaczony - realizacji umowy o PPP. W Ustawie o PPP nie przewidziano scenariusza, w którym byłoby możliwe kontynuowanie działalności spółki PPP przez partnera prywatnego po upływie okresu umowy, w drodze nabycia udziałów w projektowanej po okresie realizacji umowy o PPP, której wykonaniu służyła spółka. Dopuszczone zostało natomiast nabycie udziałów przez partnera prywatnego, albo akcji spółki z udziałem podmiotu publicznego, albo akcji z podwyższonym kapitałem zakładowym. W konsekwencji nowelizacji, podmiot publiczny nie musi tworzyć nowej spółki celem realizacji PPP instytucjonalnego, tylko może do tego celu wykorzystać już istniejącą spółkę. Znowelizowana Ustawa

o PPP nie odpowiada jednoznacznie na pytanie czy partner prywatny może objąć udziały w podmiocie publicznym - w takim przypadku spółka państwowa prowadząca postępowanie byłaby jednocześnie spółką, w której udziały obejmie partner prywatny - czy też wyłącznie w innej spółce podmiotu publicznego. Wydaje się, iż intencją ustawodawcy było dopuszczenie również nabycia udziałów w podmiocie publicznym.

Na marginesie warto przeanalizować statystyki dotychczas ogłoszonych i zrealizowanych projektów PPP. W tym kontekście należałoby rozważyć czy regulacje Ustawy o PPP dotyczące tzw. PPP instytucjonalnego są wystarczające. Ustawa o PPP nie zawiera wskazówek do realizacji tego typu projektów, mimo że wprost je dopuszcza. Struktura takiego projektu jest bardzo skomplikowana i wymaga przede wszystkim uregulowania relacji pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym, jako współników spółki PPP.

W praktyce, wybór partnera prywatnego musi nastąpić w jednym z trybów przewidzianych w Ustawie o PPP. Następnie partner prywatny i podmiot publiczny zawierają umowę o PPP, umowę współników i tworzą wspólną spółkę. Problematyczna jest kwestia zawierania umów podwykonawczych w celu realizacji projektu przez spółkę PPP. Wynika to z faktu, że będzie to podmiot zobowiązany do stosowania Ustawy prawo zamówień publicznych, a podwykonawcą spółki PPP będzie partner prywatny. Zatem umowy podwykonawcze, które ma zawrzeć spółka PPP, powinny stanowić element dokumentacji postępowania. Powoduje to, iż dokumentacja staje się bardzo obszerna, co znacząco utrudnia prowadzenie postępowania, w szczególności w dialogu konkurencyjnym, i wydłuża jego czas, nie wspominając już o tym, że współnik będący jednocześnie podwykonawcą spółki PPP jest z nią związany zarówno umową współników, jak i umową podwykonawczą. W praktyce ma miejsce sytuacja, w której współnicy spółki



PPP decydują, iż dane ryzyko powinno zostać przeniesione na podwykonawcę, a tym podwykonawcą jest jeden ze współników.

Jeszcze trudniejszy do ułożenia, w szczególności pod kątem prawnym, będzie stosunek w którym partner prywatny stanowi konsorcjum kilku podmiotów. Stworzenie dokumentacji postępowania, która prawidłowo odzwierciedli interesy wszystkich uczestników PPP instytucjonalnego i będzie zachęcająca dla rynku wymaga dużej wiedzy i doświadczenia. Pomocne w tym zakresie mogą okazać się wspomniane już wytyczne do realizacji projektów PPP publikowane przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju.

Wracając do nowelizacji należy jeszcze zwrócić uwagę na art. 7b, w którym wskazano, iż **przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie należne podwykonawcy nie stosuje się do podmiotu publicznego, jeżeli umowa o PPP tak stanowi**. Zatem, w ramach nowelizacji przyznano podmiotowi publicznemu uprawnienie do podjęcia decyzji co do tego, czy w ramach przedsięwzięcia PPP inwestorem w rozumieniu Kodeksu cywilnego będzie podmiot publiczny, czy też zostanie nim partner prywatny. Na polskim rynku zdarzają się projekty PPP, w których umowa o roboty budowlane jest częścią umowy o PPP i wynagrodzenie za roboty płatne jest przez podmiot publiczny na etapie budowy. W takim przypadku inwestorem w rozumieniu Kodeksu cywilnego jest faktycznie podmiot publiczny, ponieważ to on odpowiada bezpośrednio za zapłatę za roboty budowlane, bezpośrednio po ich wykonaniu. W takiej sytuacji brak jest uzasadnienia aby podmiot publiczny mógł mimo to uznać, że inwestorem będzie partner prywatny. Podwykonawcy partnera prywatnego stracą bowiem możliwość zgłaszania roszczeń o zapłatę wynagrodzenia do podmiotu publicznego, co wydaje się sprzeczne z cywilistyczną zasadą ochrony podwykonawców w procesie budowlanym.



Nowa regulacja ma natomiast sens w projektach, które zakładają płatność wynagrodzenia na rzecz partnera prywatnego w formie opłaty za dostępność, w okresie eksploatacji infrastruktury, po wykonaniu robót budowlanych. W przypadku, gdy przesądzono, iż podmiot publiczny jest inwestorem, a nie stosuje się do niego wspomnianych przepisów, partner prywatny jest zobowiązany poinformować o tym swojego podwykonawcę przed zawarciem z nim umowy

Na mocy przepisów nowelizujących Ustawę o PPP, w Ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych zawarto **uprawnienie dla jednostek samorządu terytorialnego do udzielania dotacji celowych na dofinansowanie kosztów inwestycji związanych z wykonywaniem zadań publicznych jednostki w ramach umów o PPP**. Dotychczas nie było możliwości udzielania

dotacji podmiotom działającym w celu osiągnięcia zysku nawet, jeśli w trakcie trwania umowy, a przed jej zakończeniem, nie przyjęły one do swego majątku składników majątkowych wytworzonych w ramach przedsięwzięcia. Zmiana ta może więc poszerzyć spektrum możliwych rozwiązań w zakresie gospodarki składnikami majątkowymi i modeli wynagrodzenia partnera prywatnego w ramach PPP. Dodatkowo może być istotna z punktu widzenia zasad, jakie obowiązują w zakresie statystycznej klasyfikacji zobowiązań wynikających z umów o PPP zgodnie z ujęciem EUROSTAT. Regulacje dotyczące ewentualnych dotacji celowych powinny zostać przewidziane w umowie o PPP i uwzględnić przepisy dotyczące pomocy publicznej.

W uzasadnieniu do nowelizacji **szczególną uwagę zwrócono na konieczność prowadzenia analiz wysokości opłat pobieranych od użytkowników oraz warunków ich zmiany**. Wskazuje się, iż nowe przepisy umożliwią bardziej przemyślane i świadome określenie poziomu tych opłat w umowach o PPP. Wskazano, iż informacje o planowanych opłatach i ich zakładanej wysokości powinny być znane wcześniej, przed podpisaniem umowy. W tym kontekście istotne znaczenie dla przyszłych umów o PPP, w zakresie modelu wynagrodzenia i podziału ryzyka, może mieć wprowadzenie rozwiązania, zgodnie z którym umowa o PPP powinna określać maksymalną wysokość oraz warunki zmiany opłat dla użytkowników, jeśli takie opłaty są przewidziane w projekcie PPP. Zmiana wysokości opłat dla użytkowników wymaga aneksu do umowy PPP, chyba że wysokość i warunki ich zmiany są regulowane obowiązującymi przepisami prawa. Przedmiotowa zmiana Ustawy o PPP powinna skłonić strony do szczególnej staranności w określeniu podstaw i zasad ewentualnych rewizji opłat przewidzianych w umowie o PPP.



Inez Handzlik  
Associate



Agnieszka Ferek  
Partner

Baker McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp.k.

**Baker  
McKenzie.**