

Subrogacja w przedsięwzięciu PPP – droga na manowce

Na łamach Forum PPP już niejednokrotnie analizowaliśmy kwestię dopuszczalności i konsekwencji zastosowania mechanizmu cesji wierzytelności, wynikających z zawartych umów o partnerstwie publiczno-prywatnym. Pod pewnymi warunkami, cesja wierzytelności może być uzasadnionym rozwiązaniem, korzystnie wpływającym na zasady i koszt finansowania przedsięwzięć typu PPP z opłatą za dostępność.

Niestety, chęć łatwiejszego pozyskania finansowania bankowego dla przedsięwzięć PPP skłania niekiedy zamawiających do dopuszczenia opcji finansowania partnerstwa publiczno-prywatnego przez bank (tzw. podmiot trzeci) za pomocą subrogacji (art. 518 ust. 1 pkt 3 Kodeksu cywilnego), co do tej pory nie było stosowane w praktyce realizacji umów PPP. Wydaje się, że brak realnych praktyk w tym zakresie jest skutkiem ograniczeń instrumentu subrogacji, jako instytucji mogącej zaburzać relacje kontraktowe i podział ryzyka pomiędzy strony umowy o PPP, a w rezultacie prowadzącym do niewłaściwego zastosowania ustawy o PPP i niekorzystnych konsekwencji na gruncie prawa budżetowego. Wydaje się, że zastosowanie mechanizmu subrogacji w umowie o PPP ponadto prowadziłyby do przeniesienia na bank nieakceptowalnych dla tego podmiotu rodzajów ryzyka, w szczególności ryzyka dostępności. W konsekwencji, wydaje się, że należy odradzić stosowanie subrogacji, jako sposobu na usprawnienie finansowania umów PPP.

Praktyka wobec regulacji

W jednym z postępowań o zawarcie umowy o PPP, które ostatecznie nie doszło do skutku, strona publiczna (w ramach zapisów SIWZ, umowy i wyjaśnień) wskazała, że pod pojęciem finansowania rozumie finansowanie etapu inwestycyjnego przez partnera prywatnego, w tym za pomocą środków pieniężnych w walucie polskiej, otrzymanych przez partnera prywatnego od instytucji finansującej i określonych w promesie finansowania, natomiast pod pojęciem promesy finansowania rozumie zobowiązanie instytucji finansującej do przekazania partnerowi prywatnemu finansowania, (...), na etapie inwestycyjnym. Zgodnie z projektem umowy PPP, partner prywatny bez zgody podmiotu publicznego nie mógł skutecznie przelać praw (cesja) z umowy PPP na rzecz podmiotu trzeciego,

z zastrzeżeniem założeń do umowy bezpośredniej stanowiącej załącznik do umowy o PPP. Ograniczenia powyższe miały nie dotyczyć cesji na zabezpieczenie dokonywanej na rzecz instytucji finansującej przy założeniu, że w ramach takowej cesji podmiot publiczny nie stwierdza bezsporności cedowanej na zabezpieczenie wierzytelności, jak również nie zrzeka się prawa do potrącenia z cedowanej wierzytelności kwot należnych kar umownych od partnera prywatnego. Zamawiający wskazał przy tym, że dopuszcza mechanizm subrogacji przy założeniu, że w ramach tego mechanizmu Zamawiający nie potwierdzi bezsporności wierzytelności cedowanej na zabezpieczenie, jak również nie zrzeknie się prawa do potrącenia z cedowanej wierzytelności kwot należnych kar umownych od partnera prywatnego. Wyrażając zgodę na subrogację, prowadzący postępowanie na wybór partnera prywatnego jednocześnie wskazał, że dopuszcza mechanizm subrogacji przy założeniu, że w ramach tego mechanizmu podmiot publiczny nie potwierdzi bezsporności wierzytelności cedowanej na zabezpieczenie, jak również nie zrzeknie się prawa do potrącenia z cedowanej wierzytelności kwot należnych kar umownych od partnera prywatnego.

Wyrażając zgodę na subrogację zamawiający jednocześnie wskazał, że nie zrezygnuje definitywnie z możliwości dokonywania jakichkolwiek potrąceń (np. z tytułu kar umownych i obniżenia wynagrodzenia) z wynagrodzenia partnera prywatnego w części, która została zlecona do spłaty przez podmiot trzeci. Ponadto, zamawiający zastrzegł, że nie wyrazi bezwarunkowej zgody, aby wynagrodzenie partnera prywatnego za etap inwestycyjny (w części zleconej do spłaty przez podmiot trzeci) zostało faktycznie zapłacone partnerowi prywatnemu (lub jego podwykonawcom), bez względu na faktyczną dostępność infrastruktury będącej przedmiotem umowy o PPP, w całym okresie trwania etapu utrzymania. Na koniec zamawiający wskazał, że nie zamierza zrezygnować definitywnie z realnej możliwości zaspokojenia swoich roszczeń wobec partnera prywatnego z wynagrodzenia partnera prywatnego za etap inwestycyjny, w części przewyższającej zabezpieczenie należytego wykonania umowy PPP.

Analizując opisywaną sytuację, należy mieć na względzie, że subrogacja opiera się na przepisie art. 518 par. 1 pkt. 3 Kodeksu cywilnego, zgodnie



z którym podmiot trzeci (bank) działając za zgodą dłużnika (podmiotu publicznego), wyrażonego na piśmie, spłaca wierzyciela (partnera prywatnego) i do wysokości dokonanej spłaty nabywa spłaconą wierzytelność wobec dłużnika. W ramach subrogacji podmiot trzeci nabywa wyłącznie wierzytelność pieniężną i wyłącznie do wysokości dokonanej spłaty na rzecz dotychczasowego wierzyciela.

W przypadku, gdy zgoda dłużnika na subrogację dokonywaną przez zindywidualizowany podmiot trzeci wyrażona jest w formie umownej, to taka subrogacja przyjmuje charakter konwersji długu.

W powyższym kontekście należy mieć na względzie, że Krajowa Rada Regionalnych Izb Obrachunkowych, w opracowaniu z 2016 r. pn. *Niestandardowe instrumenty finansowania potrzeb budżetowych jednostek samorządu terytorialnego*, wskazała, że za sprawą subrogacji instytucja finansowa, spłacając zobowiązanie

jednostki samorządu terytorialnego, nabywa wierzytelność w stosunku do niej, a jednocześnie strony ustalają (jednostka samorządowa – instytucja finansowa) nowy harmonogram spłaty. Celem instytucji finansowej nie jest wejście w prawa wierzyciela, ale wykreowanie nowego stosunku prawnego, w szczególności w zakresie terminów i warunków spłaty zobowiązania przez jednostkę samorządu terytorialnego. Na płaszczyźnie ekonomicznej transakcja ma cechy tożsame z uzyskaniem przez samorząd kredytu (pożyczki) na zaspokojenie określonego zobowiązania (dotychczasowego wierzyciela). Na analogiczny sposób interpretacji instrumentu subrogacji, tj. jako umowy pożyczki, zwróciła uwagę Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w orzeczeniu z dnia 12 czerwca 2017 r¹.

¹ https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=fc92d976-de31-405a-9177-2b76ce1d1c28&groupId=764034.

Należy poddać pod rozagę czytelnika, że zgoda na subrogację wyrażona przez dłużnika stanowi uznanie bezsporności wierzytelności w kwocie, która ma być spłacana przez podmiot trzeci. Zgodnie ze orzeczeniami w zakresie prawa zamówień publicznych, za sprawą subrogacji powstaje bezpośrednia relacja pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem wchodzącym w prawa wierzyciela, przybierająca formę oddzielnej usługi na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych (PZP). Jednocześnie, zgodnie z art. 7 ust. 2a Ustawy o PPP, umowa o PPP może wyodrębniać w ramach wynagrodzenia partnera prywatnego wysokość płatności na finansowanie wytworzenia, nabycia lub ulepszenia środków trwałych, albo nabycia wartości niematerialnych i prawnych w ramach realizacji przedsięwzięcia, spełniających przesłanki wydatków majątkowych. Jednakże takowe wyodrębnienie ma wyłącznie charakter zabiegu rachunkowego dla potrzeb podatkowych oraz sprawozdawczych, zgodnie z reżimem finansów publicznych, i samo w sobie nie różnicuje wynagrodzenie partnera prywatnego. Na gruncie analizowanego przypadku, w praktyce wyodrębnienie wynagrodzenia za finansowanie nie oznacza, że strumień tego wynagrodzenia stanowi należność uboczną w stosunku do strumienia wynagrodzenia za etap inwestycyjny – wyodrębnienie to wyłącznie oznacza jaką część wartościowa usługi stanowi usługę zwolnioną

z VAT, zgodnie z przepisami podatkowymi. Zgodnie z art. 7 ust. 2 Ustawy o ppp, wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego. Drugi czynnik, mówiący o faktycznej dostępności, odnosi się do ekonomicznej istoty modelu PPP z opłatą za dostępność. Idea partnerstwa publiczno-prywatnego opiera się na uznaniu przyszłych wierzytelności z tego tytułu, których istnienie i wartość uzależnione są od właściwego wykonywania umowy przez partnera prywatnego, np. zapewnienia dostępności przedmiotu partnerstwa, w danej jednostce czasu. Przepisy ustawy o PPP przedstawiają kluczowe cechy umowy PPP z opłatą za dostępność, które odróżniają formułę PPP od typowego zamówienia publicznego na roboty budowlane, również realizowane z wykupem wierzytelności generalnego wykonawcy. Brak posiadania w umowie PPP cech wymaganych przez ustawę PPP może spowodować dotknięcie nieważnością całości lub części owej umowy, jak również spowodować, iż postępowanie prowadzące do zawarcie takiej umowy może okazać się nieważne.

Wydaje się, że uzasadnionym poglądem dotyczącym interpretacji art. 7 Ustawy o PPP jest postulat, aby całkowite wynagrodzenie partnera prywatnego zależało, co najmniej w ponad połowie, od faktycznej dostępności





Designed by fullvector / Freepik

przedmiotu umowy PPP (infrastruktury, która powstała na etapie inwestycyjnym). Jeżeli przejęta przez bank w drodze subrogacji wierzytelność z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych stanowi więcej niż 50 % całkowitego wynagrodzenia partnera prywatnego, to nie sposób stwierdzić, że wynagrodzenie partnera prywatnego **przede wszystkim zależy od faktycznej dostępności przedmiotu PPP**. W przypadku bowiem nawet całkowitego braku dostępności, tylko część, mniej niż połowa wynagrodzenia partnera prywatnego będzie faktycznie zależać od dostępności przedmiotu PPP. W takim przypadku, wynagrodzenie z zawartej umowy nie odpowiada dyspozycji art. 7 ust. 2 Ustawy o PPP, a w konsekwencji sama umowa może stracić charakter umowy o PPP i w konsekwencji zostać uznana za **nienazwaną umowę o terminie zapłaty dłuższym niż rok, co jest związane z finansowaniem usług, dostaw, robót budowlanych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu** (zgodnie z § 3 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego²).

Konsekwencją stwierdzenia w umowie PPP braku cech wymaganych przez ustawę o PPP może doprowadzić do tego, że całość zobowiązań strony publicznej takiego kontraktu będzie klasyfikowana jako dług publiczny. W ocenie Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych, spłata na rzecz instytucji finansowej w budżecie

ujmowana jest jako wydatek bieżący albo majątkowy, w zależności od charakteru zaspokojonego zobowiązania³. Przedstawiona konstrukcja nie ma odzwierciedlenia w relacji określonej w art. 243 ustawy o finansach publicznych, powinna być jednak traktowana jako tytuł dłużny (§ 3 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego). Powyższe oznacza, że w świetle projektowanej nowelizacji, art. 243 ustawy o finansach publicznych⁴, zawarcie umowy subrogacji wpływać będzie ujemnie na indywidualny wskaźnik zadłużenia jednostki samorządu terytorialnego. Również przypadające w danym roku budżetowym wydatki z tytułów dłużnych zaliczanych do kategorii **kredyty i pożyczki**, a zatem także **umów o PPP, które mają wpływ na poziom długu publicznego** (jak i różnego rodzaju umów nienazwanych o terminie zapłaty dłuższym niż rok, związanych z finansowaniem usług, dostaw, robót budowlanych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu, np. scharakteryzowanej wyżej umowy subrogacji), zwiększać będą wskaźnik płatności związanych z obsługą długu do planowanych dochodów podlegający limitowaniu. W indywidualnym wskaźniku zadłużenia uwzględniane będą nie tylko przewidziane w danym roku budżetowym kwoty spłat z tytułów dłużnych zaliczanych do kategorii

³ https://www.rio.gov.pl/modules/Uploader/upload/kr_rio_20160122_niestandard_instr_finans_potrz_jst.pdf

⁴ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12297351/katalog/12426490#12426490>

² Dz. U. z 2011 r. Nr 298, poz. 1767.



Designed by vectorpouch / Freepik

kredytów i pożyczek, tj. m.in. umów o PPP, które mają wpływ na poziom długu publicznego, ale również odsetki od takich zobowiązań. W rezultacie, jeżeli zobowiązania z umowy o PPP wpływać będą na państwowy dług publiczny (stosownie do art. 18a Ustawy o PPP), to przypadające do zapłaty w danym roku budżetowym wydatki majątkowe wynikające z umowy o PPP, związane z zapłatą za inwestycję, pomniejszać będą indywidualny wskaźnik zadłużenia.

Należy również wskazać, że usługa świadczona przez partnera prywatnego w umowach z tzw. opłatą za dostępność jest usługą dostępności, a nie robót budowlanych. W przypadku zastosowania instrumentu subrogacji w umowie o PPP dochodziłoby do nietypowej sytuacji, w której podmiot publiczny posiadałby roszczenie wobec partnera prywatnego o zapewnienie dostępności w całym, kilkunastoletnim okresie trwania Umowy PPP, a jednocześnie podmiot publiczny wyrażałby zgodę, aby partner prywatny został w całości zaspokojony zaraz po zakończeniu etapu inwestycyjnego w zakresie całego wynagrodzenie, które powinno być należne, co najwyżej w części, dopiero po zapewnieniu dostępności z upływem danej jednostki czasu, np. miesiąca czy kwartału. Tym samym, w wyniku zastosowania subrogacji istnieje ryzyko, że zanika podstawowy instrument nacisku podmiotu publicznego na partnera prywatnego wyrażony w przepisie art. 7 ust. 2 Ustawy o PPP i motywujący partnera prywatnego do zapewnienia faktycznej dostępności przedmiotu PPP.

W przypadku braku dostępności infrastruktury zbudowanej na mocy umowy o PPP, podmiot publiczny

będzie kierował swoje roszczenia wobec partnera prywatnego obciążając go karami umownymi, potrącanymi z wynagrodzenia. W przypadku subrogacji na ww. warunkach płatności tytułem wynagrodzenia, pomniejszone o potrącone kary umowne otrzymywać będzie bank, a nie partner prywatny będący formalnie stroną umowy. W konsekwencji, subrogacja w analizowanym wariantcie prowadziłaby do tego, że ryzyko dostępności obciążać będzie *de facto* instytucję finansującą przedsięwzięcie (bank). W opisanej sytuacji to bank, który jednorazowo spłaciłby wierzytelność partnera prywatnego, bez żadnych potrąceń z tytułu kar umownych za ewentualny/przyszły/niepewny brak dostępności, sam otrzymywałby od podmiotu publicznego płatności z ewentualnym potrąceniem o kary umowne związane z brakiem należyjnej dostępności. Pomijając zatem wszelkie wyżej podniesione argumenty przeciwko subrogacji należy wyraźnie stwierdzić, że subrogacja to potencjalnie instrument naruszający interes instytucji finansującej partnera prywatnego, który powinien ponosić ryzyko dostępności i związane z nim ryzyko pomniejszonych należności z tego tytułu. Wobec tego, bank wyrażając zgodę na subrogację, na opisanych wyżej warunkach, musiałby zabezpieczyć wobec partnera prywatnego własne roszczenia o wypłatę uzupełniającego odszkodowania w zakresie, w jakim, w wyniku braku dostępności, bank otrzymałby od podmiotu publicznego wynagrodzenie pomniejszone o kary umowne z tego tytułu.

Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że subrogacja w opisanym na wstępie wariantcie mogłaby prowadzić do przeniesienia ryzyka dostępności przedmiotu partnerstwa na bank finansujący transakcję w drodze wstąpienia w prawa wierzyciela. Ponadto, subrogacja stanowi, w sensie ekonomicznym, zawarcie umowy pożyczki pomiędzy podmiotem publicznym a bankiem. Instrument ten prowadzi zatem do powiększenia zadłużenia jednostki samorządu terytorialnego, a w świetle projektowanej nowelizacji, art. 243 ustawy o finansach publicznych, wpływać będzie na wskaźnik zadłużenia zamawiającego. Subrogacja w krytykowanym modelu prowadzić może zatem do obejścia art. 7 ust. 2 Ustawy o PPP, ponieważ stwarza ryzyko zerwania więzów między wynagrodzeniem partnera prywatnego z faktycznym stopniem dostępności przedmiotu partnerstwa. Z powyższych względów podmioty publiczne powinny zachować najwyższą ostrożność w przypadku możliwości finansowania przedsięwzięć PPP w drodze subrogacji.

Bartosz Korbus