

Wybór inwestora prywatnego w PPP

Część I

Partnerstwo publiczno-prywatne (PPP) stanowi rodzaj długofalowej współpracy podmiotów publicznych i prywatnych, która ma na celu dostarczanie usług publicznych. Ta forma współdziałania od wielu lat z powodzeniem stosowana jest w krajach Europy Zachodniej w sektorach transportu, ochrony zdrowia, ochrony środowiska, sportu, budownictwa komunalnego czy usług użyteczności publicznej.

W lutym 2009 roku weszły w życie przepisy dwóch ważnych aktów prawnych: ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (DzU z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm., dalej: *u.p.p.p.*) oraz ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DzU Nr 19, poz. 101 ze zm., dalej: *u.k.r.b.u.*). Przepisy te otworzyły wreszcie samorządom i innym podmiotom publicznym drogę do kompleksowej i długofalowej współpracy z sektorem prywatnym. Świadczą o tym również statystyki – dotychczas ogłoszono ponad 80 postępowań o wybór inwestora prywatnego w ramach PPP, zaś kilka z nich już zakończyło się podpisaniem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym lub umowy o koncesję. PPP staje się zatem i u nas istotnym sposobem dostarczania kapitału do budowy infrastruktury i realizacji zadań publicznych.

Z realizacją projektów PPP wiąże się wiele istotnych zagadnień natury prawnej, finansowej, podatkowej, ekonomicznej, społecznej, technicznej. Jedno z nich stanowi procedura wyboru partnera prywatnego. Na marginesie należy zaznaczyć, że **wybór inwestora poprzedzony powinien być zaawansowanym procesem przygotowania projektu PPP**, polegającym m.in. na sporządzeniu koniecznych analiz prawno-finansowych, technicznych, analiz ryzyka i innych, umożliwiających wszechstronną ocenę planowanego przedsięwzięcia, jak również na poddaniu go wstępnej ocenie potencjal-

nym partnerom prywatnym. Faza ta, choć często bagatelizowana przez stronę publiczną, ma kluczowe znaczenie dla przeprowadzenia postępowania mającego na celu wyłonienie inwestora, a w efekcie – do wdrożenia udanego projektu PPP.

Determinanty wyboru partnera prywatnego

Sposób wyboru partnera prywatnego zdeterminowany został przyjętą podstawą prawną realizacji projektu oraz źródłem pochodzenia wynagrodzenia partnera w ramach realizacji projektu partnerstwa publiczno-prywatnego.

W przypadku *u.p.p.p.* mamy tu trzy podstawowe możliwości:

1) Jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy *u.k.r.b.u.*;

2) W innych przypadkach do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (DzU z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm., dalej: *u.p.z.p.*);

3) W przypadkach, w których nie znajdują zastosowania ani przepisy *u.k.r.b.u.*, ani też postanowie-

nia *u.p.z.p.* – wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności.

W razie zastosowania postanowień *u.k.r.b.u.* przewidziany jest tylko jeden tryb wyboru inwestora (koncesjonariusza), którym są tzw. „negocjacje”.

W przypadku zatem, gdy analizy finansowo-ekonomiczne poprzedzające wszczęcie postępowania mającego na celu wybór inwestora prywatnego wskażą, że **przeważająca część wynagrodzenia strony prywatnej będzie pochodziła z opłat ponoszonych przez stronę trzecią** (np. użytkownika infrastruktury – odbiorcy usług), wówczas podmiot publiczny może zastosować tryb wyłonienia partnera prywatnego przewidziany przepisami *u.k.r.b.u.* Jeśli natomiast wynagrodzenie w przeważającej części pokrywane będzie z zasobów podmiotu publicznego, do wyboru partnera należy stosować przepisy *u.p.z.p.* Różnica w stosowaniu ww. przepisów polega na tym, że ustawa o koncesjach zawiera nowy tryb wyłonienia partnera (koncesjonariusza), poprzez przeprowadzenie tzw. „negocjacji”. Procedura ta – choć zbliżona do zamówień publicznych znanych przepisom *u.p.z.p.* – jest mniej sformalizowana i zdecydowanie bardziej elastyczna. Nie przewiduje też tak silnej ochrony prawnej wykonawców. Ustawodawca wyszedł bowiem z założenia, że w przypadku, gdy zasadniczą („przeważającą”) część ryzyka ekonomicznego i związanego z tym wynagrodzenia – ponosi strona prywatna, to nie ma potrzeby dokonywania wyboru partnera poprzez zastosowanie *u.p.z.p.*



Warto zauważyć, że użyte w *u.k.r.b.u.* pojęcie „przeważającej części ryzyka ekonomicznego” jest nieostre i nie powinno być utożsamiane wyłącznie z zagadnieniem wynagradzania inwestora prywatnego. W praktyce na ryzyko ekonomiczne składają się również takie elementy, jak ryzyka związane z finansowaniem, budową, eksploatacją, popytem na świadczone usługi, dostępnością tych usług, zabezpieczeniem finansowania zewnętrznego i wiele innych.

Oznacza to, że **zastosowanie modelu koncesyjnego powinno być poprzedzone szczególnie wnikliwą analizą podziału ryzyka i odpowiedzialności pomiędzy obiema stronami kontraktu.** W przypadku popełnienia błędu już na tym etapie postępowania konieczne bowiem stanie się jego unieważnienie. Z tego punktu widzenia często „bezpieczniejsze” będzie oparcie projektu na przepisach *u.p.p.p.*, która nie wartościuje ryzyka projektowych, zakładając niemal dowolny ich podział pomiędzy podmiot publiczny a partnera prywatnego.

W kolejnych numerach „Funduszy Strukturalnych” przedstawimy szczegółowe zasady wyboru inwestora prywatnego na podstawie *u.k.r.b.u.*, *u.p.z.p.* i *u.p.p.p.*

Rafał Cieślak

Autor jest współnikiem zarządzającym w Kancelarii Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz Sp.j. Kancelaria jest jedną z pierwszych firm doradczych w Polsce, której udało się z sukcesem doprowadzić do podpisania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.
r.cieslak@kdg.waw.pl