



Jacek
Kosiński
partner
kancelarii
KKLW

OPINIA

Partnerstwo publiczno-prywatne nie dla spółek celowych

W ramach trwających prac nad nowelizacją ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym uwzględniono wiele cennych postulatów. Wciąż jednak brakuje rozwiązań mogących w istotny sposób podnieść efektywność instytucji PPP – chodzi o szerokie umożliwienie wykorzystania przez spółki celowe potencjału podmiotów trzecich. Jeśli zmiany w proponowanym obecnie kształcie wejdą w życie, podpisanie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym będzie możliwe tylko dla wąskiej grupy przedsiębiorców posiadających osobiste doświadczenie w bezpośredniej realizacji określonych inwestycji, a to oznacza znaczący krok wstecz w rozwoju PPP.

Prace nad nowelą

Nowela ustawy na obecnym etapie procesu legislacyjnego – po analizie stanowisk przesłanych w ramach uzgodnień – przewiduje możliwość zawarcia umowy o partnerstwo publiczno-prywatne w zawiązanej w celu realizacji przedsięwzięcia jednoosobową spółką partnera prywatnego albo spółką kapitałową, której jedynymi wspólnikami są partnerzy prywatni. Partner publiczny będzie zobligowany do określenia warunków zgody na takie działanie już w ogłoszeniu o zamówieniu albo w ogłoszeniu o koncesji. Z uzasadnienia tych rozwiązań wynika, że ich głównym celem jest wprowadzenie do polskiego systemu prawa możliwości zastosowania spółek specjalnego przeznaczenia (SPV) w realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego. Dotychczasowe regulacje nie przewidują wprost możliwości powierzenia wykonywania umowy PPP spółce specjalnie powołanej do tego celu przez partnera prywatnego. Nowela zakłada, że na miejsce partnera prywatnego wybranego do realizacji zadania, będzie mogła wejść jego spółka córka. Z chwilą zawarcia umowy co do zasady będą miały do niej zastosowanie przepisy dotyczące partnera prywatnego. Zgodnie z projektem spółka celowa będzie mogła w toku procedury wyboru

partnera polegać na zdolnościach technicznych, zawodowych, sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów. Jednocześnie w zakresie procedury wyboru partnera prywatnego nowela odsyła do ustawy prawo zamówień publicznych oraz o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Warto pamiętać, że zastosowanie tych rozwiązań jest niestety tylko możliwością, a więc ich znaczenie praktyczne będzie uzależnione od woli podmiotów publicznych.

Zaproponowany model nie rozwiązuje jednak niezwykle ważnego dla rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego problemu uczestniczenia w samym postępowaniu o zawarcie umowy PPP albo koncesji przez spółki celowe. Wynika to przede wszystkim z faktu, że tego typu przedsięwzięcia mają najczęściej strukturę projektów Project Finance. Są to złożone zadania oparte na zewnętrznym finansowaniu. Z uwagi na wymogi banków, jak i fakt, że zadania realizowane w ramach PPP najczęściej mają charakter wieloletni, są one wydzielane z bieżącej działalności. Dlatego realizacja projektu za pośrednictwem spółek celowych powinna być zagwarantowana, a kwestia zależności pomiędzy projektowaną nowelą a obowiązującymi regulacjami prawa zamówień publicznych (p.z.p.) w obszarze wykorzystywania potencjału podmiotów trzecich jest jedną z zasadniczych dla rozwoju PPP w Polsce.

Odesłanie do prawa zamówień publicznych

W obecnym brzmieniu art. 51 p.z.p. zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Natomiast w przypadku, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji. Naturalne jest, że spółka celowa nie będzie bezpośrednio posiadać wszystkich zasobów koniecznych

do wykonania umowy PPP – dlatego co do zasady wykonawcy (w tym wypadku partnerzy prywatni), by wykazać spełnienie warunków prekwalifikacji, mogą korzystać z zasobów podmiotów trzecich. Niestety nie odnosi się to już do spełnienia kryteriów selekcji – czyli stworzenia krótkiej listy partnerów, którzy zostaną zaproszeni do negocjacji.

Zmiany dokonane ponad rok temu w prawie zamówień publicznych jednoznacznie wykluczyły taką możliwość. Z tego punktu widzenia nowelizacja ustawy z czerwca 2016 r. bardzo dobrze spełniła cele zakładane przez jej twórców. Jednak obowiązująca regulacja w połączeniu z nowelą PPP w praktyce wykluczają spółki celowe z postępowania. Co więcej, spowodują realną możliwość nawiązania partnerstwa publiczno-prywatnego jedynie przez wąską grupę przedsiębiorców mających własne bogate doświadczenie i referencje. A to znacząco obniży atrakcyjność startowania w przetargach mających na celu wyłonienie partnera prywatnego i zmniejszy konkurencyjność wśród zainteresowanych podmiotów. Poza tym takie rozwiązanie stawia pod znakiem zapytania sensowność tworzenia odpowiednich struktur korporacyjnych dla realizacji partnerstwa, co poważnie oddala proponowany model od standardów międzynarodowych. Po prostu inwestorom nie będzie się opłacało angażować w proces powołania konsorcjum, skoro i tak finalnie zebrane zasoby nie przełożą się na realną szansę wygrania konkursu. Co ciekawe, w uzasadnieniu do tych zmian projektodawcy twierdzą, że ich intencje były dokładnie odwrotne.

Paradoks

Tak więc mamy sytuację, w której projektodawca promuje potencjalnych partnerów z ogromnym zapleczem finansowym i organizacyjnym, zapominając, że o konkurencyjności partnerstwa i jego atrakcyjności decyduje realna możliwość wygrania konkursu przez nowo utworzone podmioty. Warto, aby ustawodawca pracujący nad ustawą o PPP uwzględnił powyższy głos rynku.

