

# Realizacja przedsięwzięcia PPP – wybór partnera

Błędy proceduralne na etapie wyboru partnera prywatnego mogą prowadzić do niekorzystnych następstw w trakcie realizacji kontraktu, w tym zagrozić stabilności finansowej projektu. W szczególnych przypadkach umowa o partnerstwie może nawet zostać unieważniona.

## Anna Flaga-Martynek

radca prawny, WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr

## Jerzy Masztalerz

prawnik, WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr

**P**rocedura wyboru partnera do realizacji przedsięwzięcia w formule PPP powinna podmiotowi publicznemu gwarantować, że:

- odpowiedni kandydat zostanie wyłoniony w planowanym, rozsądnym okresie (np. z uwagi na warunki finansowania przedsięwzięcia ze środków unijnych),
- koszty związane z prowadzeniem postępowania nie przekroczą założeń budżetowych przyjętych przez podmiot publiczny,
- postępowanie zmierzające do wyboru partnera prywatnego będzie prowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, z poszanowaniem zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców.

## Trzy reżimy prawne

Obowiązująca ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym (dalej: ustawa o PPP) nie zawiera szczegółowych postanowień opisujących przebieg procedury wyboru partnera prywatnego. Szczególne regulacje proceduralne właściwe dla ustawy o PPP dotyczą jedynie dodatkowych obowiązków informacyjnych podmiotu publicznego oraz kryteriów oceny ofert złożonych w postępowaniu. Podmiot publiczny nie może wybrać dowolnej procedury przewidzianej w ustawie o PPP, lecz musi ściśle kierować się opisanymi przesłankami wyboru odpowiedniego reżimu. Popęlenie błędu na tym etapie i wybór niewłaściwej procedury może skutkować nieważnością umowy o PPP.

Zgodnie z art. 4 ustawy o PPP w zakresie nieuregulowanym ustawą do wyboru partnera prywatnego stosuje się:

- przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (dalej: ustawa o koncesji), jeśli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków

z przedmiotu partnerstwa albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej;

- przepisy prawa zamówień publicznych (dalej: pzp), gdy sposób ukształtowania wynagrodzenia partnera prywatnego nie pozwala na zastosowanie ustawy o koncesji zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP;
- procedurę gwarantującą zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, jeśli z jakichkolwiek powodów zastosowania nie znajdują przepisy pzp lub ustawy o koncesji.

## Memorandum informacyjne

Zgodnie z art. 5 ustawy o PPP podmiot publiczny ma obowiązek sporządzenia i opublikowania w BIP tzw. memorandum informacyjnego, które akcentuje złożoność przedsięwzięć realizowanych w ramach PPP. O ile bowiem obowiązek wszczęcia postępowania przez ogłoszenie w jednym z oficjalnych publikatorów przewidzianych w ustawie o koncesji i pzp

ma gwarantować wykonawcom równy dostęp do podstawowych informacji o prowadzonym postępowaniu, o tyle przekazanie w tej formie wszystkich informacji niezbędnych do podjęcia przez kandydata decyzji o ubieganiu się o uczestnictwo w PPP nie jest możliwe. W szczególności wskazane jest, aby w memorandum informacyjnym zostały opisane:

- warunki finansowania projektu,
- istotne postanowienia umowy o PPP,
- możliwość ewentualnego zawiązania spółki specjalnego przeznaczenia przez podmiot publiczny i partnera prywatnego<sup>1</sup>.

Obowiązek opublikowania memorandum informacyjnego dotyczy jedynie procedur prowadzonych w trybie ustawy o koncesji lub pzp. Wydaje się jednak, że *de lege ferenda* uzasadnione byłoby ustanowienie obowiązku publikowania memorandum także przez podmioty prowadzące postępowania na zasadach określonych w art. 4 ust. 3 ustawy o PPP – ze względu

na obowiązek zagwarantowania przejrzystości takiego postępowania.

### ■ Kryteria oceny ofert

Ustawa o PPP przewiduje szczególne regulacje dotyczące kryteriów oceny ofert, niezależnie od reżimu, w jakim jest prowadzona procedura wyboru partnera prywatnego. Przepisy te stanowią *lex specialis* w stosunku do ich odpowiedników w ustawie o koncesji i pzp.

### Podstawowe kryteria oceny ofert

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o PPP najkorzystniejsza jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Obowiązkowe kryteria oceny ofert w przypadku PPP to:

- podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym,
- terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń

podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane.

Złożoność projektów PPP nie pozwala na to, aby – tak jak w przypadku zamówień publicznych – jedynym kryterium podlegającym ocenie przez podmiot publiczny była cena oferty (wynagrodzenie partnera, por. art. 2 ust. 5 pzp i art. 91 ust. 2 pzp). Wybierając najkorzystniejszą ofertę, podmiot publiczny jest zobowiązany wziąć pod uwagę wysokość wynagrodzenia proponowanego przez oferenta (które w zależności od wymagań podmiotu publicznego może przybrać różne formy, m.in. prawa pobierania korzyści z przedmiotu partnerstwa oraz zapłaty sumy pieniężnej). Jeśli podmiot publiczny w specyfikacji nie przewidział „sztywnego” harmonogramu świadczeń na rzecz partnera, oceniane mogą być również terminy realizacji tych świadczeń, co pozwala na premiowanie oferentów proponujących korzystne, odroczone warunki płatności.

Jako że podział zadań i ryzyk w ramach przedsięwzięcia stanowi istotę PPP, propozycja potencjalnego partnera prywatnego w tym zakresie stanowi obowiązkowe kryterium oceny. W związku z tym podmiot publiczny, precyzując swoje wymagania, powinien pozostawić oferentom określoną swobodę w decydowaniu, jakie ryzyko będą gotowi ponieść w trakcie realizacji projektu. Narzucenie z góry przez podmiot publiczny warunków, które nie będą podlegały konkurencji między oferentami biorącymi udział w postępowaniu, nie jest dopuszczalne – zawęziłoby bowiem w sposób niedozwolony ocenę ofert wyłącznie do kryterium wynagrodzenia. W przedsięwzięciach, których przychód w prosty sposób wynika z liczby usług wykonanych w danym okresie (np. płatne autostrady), można by np. wymagać, aby oferent określił, w jakim stopniu będzie ponosił ryzyko niedostatecznego popytu na te usługi, a w jakim stopniu będzie oczekiwał

### ■ Jak stosować przepisy

W przypadku, w którym przepisy jednej ustawy odwołują się do procedury opisanej w innej ustawie, pojawia się wątpliwość, jak mają być stosowane te przepisy – odpowiednio czy też wprost, to znaczy bez jakichkolwiek modyfikacji. Odpowiednie stosowanie przepisów oznaczałoby, że w zależności od specyfiki konkretnego przedsięwzięcia uzasadniona byłaby konieczność stosowania określonego przepisu zgodnie z jego brzmieniem, z zastrzeżeniem pewnych modyfikacji, albo niestosowanie go wcale. Co istotne, uprzednio obowiązująca ustawa o PPP z dnia 28 lipca 2005 r. w art. 14 wyraźnie przewidywała, że jedynym reżimem właściwym dla wyboru partnera prywatnego są przepisy pzp, które należy stosować odpowiednio.

Brak takiego wskazania w obowiązującej ustawie o PPP mógłby uzasadniać tezę, że przywołane w niej przepisy należy stosować wprost. W literaturze pojawił się tymczasem pogląd, że uzasadnione odrębnością instytucji PPP od tradycyjnego zamówienia publicznego oraz koncesji byłoby stosowanie wyżej wymienionych przepisów jedynie odpowiednio<sup>4</sup>, z czym (w naszej ocenie) trudno jest się zgodzić. Przeczy temu wykładnia językowa oraz założenie racjonalności ustawodawcy. Ustawa o koncesji, jak i pzp, pełnią przede wszystkim funkcje gwarancyjne dla wykonawców i koncesjonariuszy. W praktyce trudno byłoby wskazać, jakie okoliczności umożliwiają podmiotowi publicznemu rezygnację ze stosowania niektórych przepisów pzp lub ustawy o koncesji, a co za tym idzie – znacznie wzrastałoby ryzyko wadliwego przeprowadzenia postępowania.

przejęcia ryzyka przez podmiot publiczny poprzez zapłatę sumy pieniężnej wyrównującą minimalny oczekiwany przychód z projektu.

#### Fakultatywne kryteria oceny ofert

Ustawa o PPP przewiduje także inne, fakultatywne kryteria oceny ofert, którymi zgodnie z art. 6 ust. 3 mogą być w szczególności:

- podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym,
- stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego,
- efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych,
- kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania, serwis.

Nie jest to oczywiście katalog zamknięty i w zależności od swoich uzasadnionych potrzeb podmiot publiczny przy wyborze partnera prywatnego może brać pod uwagę m.in. przewidywany okres eksploatacji i pobierania korzyści z obiektu (np. w kontraktach typu BOT), oddziaływanie na środowisko (czynnik istotny w projektach

związanych z gospodarką wodną oraz odpadami), terminowość realizacji projektu (jak długo podmiot publiczny będzie oczekiwał na rozpoczęcie świadczenia usług) lub wysokość opłaty uiszczanej przez użytkowników końcowych<sup>2</sup>.

#### ■ Prawo do pobierania korzyści z przedmiotu partnerstwa

Jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego będzie opierać się wyłącznie na prawie do pobierania korzyści z przedmiotu partnerstwa (np. opłat od użytkowników końcowych), znajdzie zastosowanie procedura opisana w art. 6–20 ustawy o koncesji. Do stosowania tej procedury ustawa o PPP odsyła również wtedy, gdy wynagrodzenie partnera prywatnego składa się przede wszystkim z prawa do pobierania korzyści połączonego z zapłatą sumy pieniężnej. Jak się powszechnie przyjmuje, oznacza to, że prawo do pobierania korzyści powinno stanowić ponad 50% łącznej kwoty wynagrodzenia partnera.

Z uwagi na długi okres, na jaki jest zawierana umowa o partnerstwie, dokładne prognozowanie popytu w tym okresie, czynniki makroekonomiczne (inflacja) oraz ustalenie wartości prawa do pobierania korzyści mogą powodować znaczne trudności. Również ustalenie wartości przyszłych

świadczeń pieniężnych na rzecz partnera paradoksalnie może okazać się skomplikowane, jeżeli ich wysokość będzie zależała od szeregu nieznanych zmiennych, np. kosztów ponoszonych przez partnera. W tym kontekście, aby uchronić się przed zarzutem naruszenia prawa (przez wybór nieprawidłowej procedury), podmiot publiczny powinien za pomocą modeli matematycznych i ekonometrycznych z należytą starannością oszacować te wartości na podstawie wszelkich dostępnych informacji (w tym danych historycznych).

#### ■ Zapłata sumy pieniężnej lub prawo do pobierania korzyści

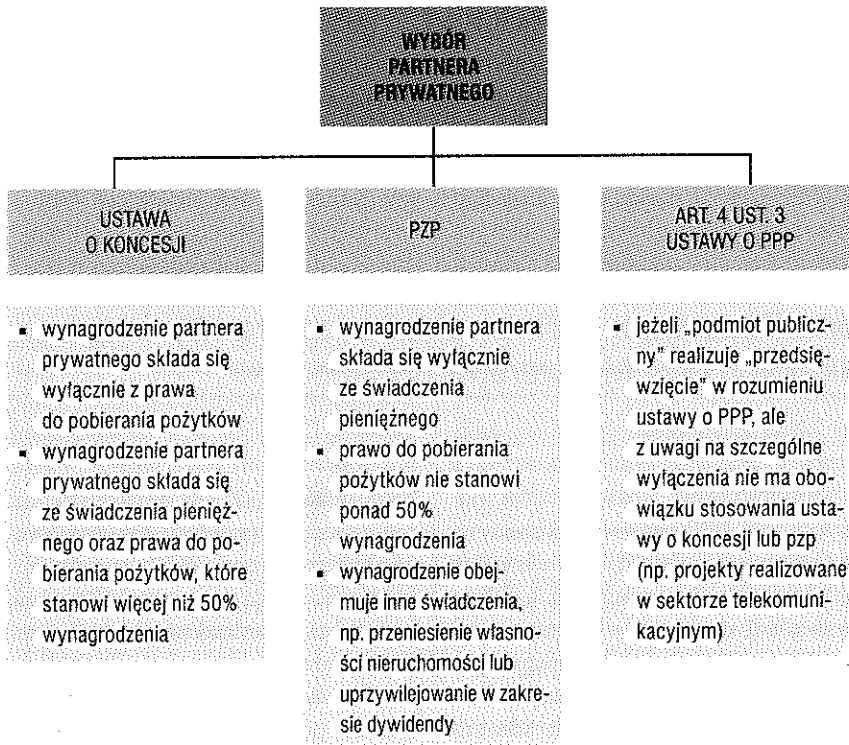
W sytuacji, w której wynagrodzenie partnera prywatnego będzie składało się wyłącznie z zapłaty sumy pieniężnej lub gdy na rzecz partnera zostanie zastrzeżone prawo do pobierania korzyści, jednakże o wartości stanowiącej mniej niż 50% łącznej wartości wynagrodzenia, bezpośrednio zastosowanie znajdują przepisy pzp. Możliwa jest również sytuacja, w której wynagrodzenie partnera przybierze inną formę, np. przeniesienia własności obiektu (kontrakty BOO) lub innego prawa majątkowego albo określonego prawa korporacyjnego związanego z uczestnictwem w spółce specjalnego przeznaczenia (np. posiadanie akcji uprzywilejowanych co do dywidendy). Także wówczas procedura wyboru partnera prywatnego w zakresie nieuregulowanym w ustawie PPP będzie podlegała przepisom pzp.

Okoliczności uzasadniające przyjęcie określonej formuły wynagrodzenia na etapie przygotowania postępowania powinny być starannie przeanalizowane, gdyż zbyt daleko idące zmiany na etapie negocjacji z oferentami mogą prowadzić do konieczności unieważnienia postępowania. Nie można bowiem zgodnie z prawem kontynuować postępowania wszczętego

### ■ Wynagrodzenie partnera prywatnego

Uprzednio obowiązująca ustawa o PPP w art. 11 przewidywała, że przed podjęciem decyzji o wszczęciu postępowania należało przeprowadzić obowiązkową analizę efektywności i zagrożeń związanych z przedsięwzięciem realizowanym w ramach PPP. Rozwiązanie to (połączone zresztą z obowiązkiem uzyskiwania zgody Ministra Finansów na realizację projektu) było powszechnie krytykowane jako nadmiernie zniechęcające do PPP i słusznie nie zostało przyjęte w obecnej ustawie. Niemniej przygotowanie efektywnej i zgodnej z prawem procedury wyboru partnera prywatnego w dalszym ciągu wymaga uprzedniego przeprowadzenia szeregu analiz prawnych, finansowych i technicznych. Z kolei w celu określenia właściwego reżimu postępowania niezbędne jest określenie formuły wynagrodzenia partnera prywatnego.

### ■ Schemat. Warianty wyboru partnera prywatnego



na podstawie ustawy o koncesji, gdy w jego trakcie okazuje się, że planowane wynagrodzenie partnera prywatnego ma w przeważającej mierze polegać na zapłacie sumy pieniężnej przez podmiot publiczny.

#### ■ Postępowania niepodlegające ustawie o koncesji lub pzp

W niektórych przypadkach, z uwagi na szerszy zakres zastosowania ustawy o PPP (m.in. brak wyłączeń przedmiotowych), wybór partnera do realizacji projektu nie będzie podlegał ustawie o koncesji lub pzp. Wówczas, zgodnie z art. 4 ust. 3 ustawy o PPP, podmiot publiczny będzie zobowiązany wybrać partnera prywatnego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzegać zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów ustawy o PPP, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego

będącego nieruchomością – także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. DzU z 2010 r. nr 102, poz. 651 ze zm.).

Przykładami takich przedsięwzięć są w szczególności:

- zamówienia i koncesje w sektorze telekomunikacyjnym, do którego nie stosuje się pzp (art. 4 pkt 10) i ustawy o koncesji (art. 4 ust. 1 pkt 2),
- zamówienia i koncesje udzielane przez podmioty nieobjęte podmiotowym zakresem stosowania pzp i ustawy o koncesji,
- umowy dotyczące powierzenia zadań podmiotowi prywatnemu przez jednostkę samorządu terytorialnego w przypadku braku przesłanek do objęcia takiej umowy ustawą o koncesji, pzp lub ustawą z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (tekst jedn. DzU z 2010 r. nr 234, poz. 1536 ze zm.).<sup>3</sup>

Prowadząc postępowanie w trybie art. 4 ust. 3 ustawy o PPP, podmiot publiczny powinien przede wszystkim kierować się zasadami opisanymi w tym przepisie w rozumieniu nadanym im przez bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W szczególności sposób ogłoszenia o wszczęciu postępowania, a także przebieg samej procedury nie powinny utrudniać udziału zainteresowanych podmiotów pochodzących z państw członkowskich UE (w świetle prawa unijnego PPP należy traktować jako zamówienie publiczne *sensu largo*).

Wydaje się, że w każdym przypadku najbezpieczniejszym i rekomendowanym działaniem jest zastosowanie procedur opisanych w ustawie o koncesji oraz pzp, nawet mimo braku takiego obowiązku. Takie podejście gwarantuje bowiem pełną realizację zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności. ■

#### Podstawa prawna

- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (DzU z 2009 r. nr 19, poz. 100 ze zm.)
- Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DzU nr 19, poz. 101 ze zm.)
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.)

#### Przypisy

- Zob. J. Olszewska-Stompel, *Proponowany zakres memorandum informacyjnego w przedsięwzięciach p.p.p. o charakterze infrastrukturalnym*, LEX 2012.
- Zob. T. Skoczyński, *Komentarz do art. 6 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, LEX 2011.
- B. Korbus (red.), *Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, s. 89.
- Zob. T. Skoczyński, *Komentarz do art. 4 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, LEX 2011, E. Kowalczyk, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy z przykładami*, Gdańsk 2010, s. 42.