

Stanowisko Pracodawców Rzeczypospolitej Polskiej wobec projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym oraz niektórych innych ustaw

Przekazany projekt ustawy będzie miał zasadnicze znaczenie dla funkcjonowania systemu partnerstwa publiczno- prywatnego jako alternatywy dla inwestycji finansowanych z funduszy UE, jak również dla inwestycji prowadzonych w trybie umowy koncesji na roboty budowlane oraz klasycznego systemu zamówień publicznych.

Dostrzegamy pozytywne aspekty projektu nowej regulacji ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym odzwierciedlające się w sposobie wdrażania regulacji Unii Europejskiej. Dostrzegamy również pewne elementy, które nie znajdują uzasadnienia.

Jednocześnie należy wyrazić zdecydowane zaniepokojenie kierunkiem proponowanych zmian, odnoszących się do innych ustaw zmienianych ustawą o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym, w szczególności ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Z uwagi na powyższe przedstawiamy nasze stanowisko poparte argumentacją, która, z uwagi na nagły czas, nie mogła zostać przedstawiona kompleksowo. Deklarujemy gotowość współpracy i pozostajemy w stałej dyspozycji w trakcie trwania procesu legislacyjnego.

I. Uwagi ogólne do treści projektu ustawy

Przedstawiony projekt ustawy ma na celu rozwiązanie problemu małego zainteresowania inwestycjami w systemie PPP w Polsce ze strony prywatnych przedsiębiorców. Projekt ustawy jest elementem realizacji projektowanej „Polityki rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno- prywatnego”. Projekt ten ma na celu jednocześnie nowelizację piętnastu innych ustaw. Głęboka ingerencja ustawodawcy w tak dużą ilość aktów prawnych z jednej strony postrzegana jest jako zamiar dostosowania innych regulacji do nowelizowanej ustawy o PPP, z drugiej natomiast projekt przewiduje wprowadzenie regulacji, które będą miały daleko idące konsekwencje dla podmiotów z sektora prywatnego.

Sposób konsultacji społecznych uznać należy za niezgodny z techniką prawodawczą. Tak duża i istotna dla „Planu na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju” zmiana, w dużej mierze promowana przez stronę rządową jako flagowy projekt Ministerstwa Rozwoju, powinna przebiegać zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, w tym pozostawiać odpowiednią ilość czasu wszystkim zainteresowanym podmiotom, na wzięcie udziału w konsultacjach społecznych. Tymczasem wskazany przez projektodawcę termin na przekazanie uwag rozmija się z ustawowymi terminami konsultacji społecznych.

II. Uwagi szczegółowe.

W zakresie zmian ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym

1. Dotyczy: Art.2a

- a) Jest w projekcie: Dodaje się art. 2a w brzmieniu: „Art. 2a. 1. Przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, podmiot publiczny sporządza ocenę efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób, w szczególności wyłącznie ze środków publicznych.”
- b) Zasadniczo wprowadzenie „negatywnego testu PPP” jest kluczem do zwiększenia efektywności działań, mobilizując stronę publiczną do rozważenia prowadzenia inwestycji w trybie PPP. Niniejszą regulację oceniamy jako zasadną. Jednak proponowany zapis „w szczególności wyłącznie ze środków publicznych” nie precyzuje, jak szeroki katalog potencjalnych trybów prowadzenia inwestycji może znaleźć w tym wypadku zastosowanie. Określenie „środki publiczne” nie wskazuje w tym wypadku, czy chodzi jedynie o środki z budżetu państwa, względnie jednostek samorządu terytorialnego, które miałyby być wydawane w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zapis może budzić wątpliwości co do statusu środków z budżetu UE, przekazywanych na rzecz państw członkowskich. Nie jest jasne, czy również takie środki powinno się rozumieć jako środki posiadające status środków publicznych. PPP bowiem powinno stanowić alternatywę dla funduszy UE, nie zaś obejmować fundusze UE możliwością finansowania przedsięwzięć w formule PPP. Zgodnie bowiem z ustawą o finansach publicznych, do środków publicznych zalicza się także środki z Unii Europejskiej.

Ponadto sugerujemy wprowadzenie do treści przepisu także innych wytycznych co do stosowania przedsięwzięć w formule PPP, także poza oceną z punktu widzenia środków publicznych.

- c) W lit. aa – „inne, niż określone w lit. a, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej” - zasadność wprowadzenia niniejszego przepisu jest bliżej nieokreślona. Z uzasadnienia do ustawy nie wynika również żadna argumentacja przemawiająca za wprowadzeniem do treści ustawy

niniejszego przepisu. Obawy przedsiębiorców budzi bardzo szeroki zakres podmiotowy jaki może zostać objęty treścią przepisu.

2. Dotyczy dodania art. 2b

a) Proponujemy: Dodanie po art. 2a art. 2b w brzmieniu: „Ocena efektywności, o której mowa art. 2a. zostanie udostępniona potencjalnym partnerom prywatnym dopuszczonym do udziału w postępowaniu.”

b) Uzasadnienie: Inwestor prywatny powinien mieć możliwość zapoznania się z wynikami analizy opłacalności oraz przyjętymi założeniami makroekonomicznymi i rynkowymi, w oparciu o które przedmiotowa ocena została wykonana.

3. Dotyczy art. 2 pkt 1 lit. b

a) Brzmienie wg projektu – „o ile nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jego celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności”.

b) Sugerujemy dopracowanie przepisu pod kątem redakcyjnym. Z treści obecnie projektowanego przepisu nie wynika, czy zapis „podmiot nie działający w zwykłych warunkach rynkowych [...]” dotyczy podmiotu, o którym mowa w pkt 1) lit. b czy chodzi o podmiot, który sprawuje nad takim podmiotem kontrolę, finansuje w ponad 50% oraz spełnia pozostałe przesłanki wskazane w treści ustawy od myślników. Zdaje się, iż obecne brzmienie projektowanego przepisu nie koreluje z treścią przepisu art. 3 ust. 1 pkt 3) „część wspólna na końcu” ustawy Prawo zamówień publicznych. Obecne brzmienie przepisu zdaje się definiować podmioty w sposób odwrócony w stosunku do treści analogicznego przepisu w ustawie Prawo zamówień publicznych. Prosimy o wyjaśnienie, czy taka regulacja nie będzie prowadzić do zróżnicowania definicji między ustawą Prawo zamówień publicznych a ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym. Również z uzasadnienia do projektu ustawy nie wynika jaki był zamiar ustawodawcy w trakcie projektowania rzeczony regulacji.

4. Dotyczy: Art. 7a) pkt. 1

a) Jest w projekcie: „Jeżeli egzekucja wynagrodzenia należnego podwykonawcy przeciwko spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a okaże się nieskuteczna, podwykonawca może prowadzić egzekucję z majątku partnera prywatnego”

b) Proponujemy: „Jeżeli egzekucja wynagrodzenia należnego podwykonawcy przeciwko spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a okaże się nieskuteczna, podwykonawca może prowadzić egzekucję z majątku partnera prywatnego lub podmiotu publicznego.”

- c) Uzasadnienie: Przepis ten przerzuca ryzyko zapłaty zobowiązań w 100% na inwestora prywatnego, niezależnie od posiadanych udziałów w spółce SPV. Ryzyko zapłaty powinno być skorelowane z posiadaniem udziałem w spółce i rozłożone równomiernie zarówno na podmiot publiczny, jak i prywatny.
5. Dotyczy: Art. 10a. 1.
- a) Jest w projekcie: „Jeżeli realizacja przedsięwzięcia finansowana jest w całości lub w części przez osobę trzecią, w szczególności bank, instytucję kredytową lub instytucję finansową w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe, w przypadku zagrożenia prawidłowej realizacji przedsięwzięcia, podmiot publiczny może wyrazić zgodę na przeniesienie całości lub części praw i obowiązków partnera prywatnego na tę osobę trzecią.
- b) Proponujemy: Jeżeli realizacja przedsięwzięcia finansowana jest w całości lub w części przez osobę trzecią, w szczególności bank, instytucję kredytową lub instytucję finansową w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe, w przypadku zagrożenia prawidłowej realizacji przedsięwzięcia z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi partner prywatny, podmiot publiczny może wyrazić zgodę na przeniesienie całości lub części praw i obowiązków partnera prywatnego na tę osobę trzecią.
- c) Uzasadnienie: Obowiązki i prawa do podejmowania określonych czynności zaradczych i naprawczych nie mogą być jednostronne tzn. realizowane tylko przez podmiot publiczny wobec inwestora prywatnego, z przerzuceniem na niego wszystkich ryzyk związanych z prawidłową realizacją danej inwestycji. Przeniesienie całości lub części praw i obowiązków partnera prywatnego na podmiot trzeci powinno być uzależnione od stopnia przyczynienia się partnera prywatnego do zagrożenia prawidłowej realizacji inwestycji.
6. Dotyczy: Art. 14b. 1.
- a) Jest w projekcie: W przypadku spółki, o której mowa w art. 14 ust. 1a, najpóźniej po upływie roku od dnia zakończenia czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, partner prywatny i inne osoby, nie należące do sektora finansów publicznych, które przystąpiły do spółki w celu realizacji przedsięwzięcia, zbywają akcje albo udziały na rzecz podmiotu publicznego albo podlegają one umorzeniu.
- b) Proponujemy: W przypadku spółki, o której mowa w art. 14 ust. 1a, najpóźniej po upływie roku od dnia zakończenia czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, partner prywatny i inne osoby, nie należące do sektora

finansów publicznych, które przystąpiły do spółki w celu realizacji przedsięwzięcia, zbywają akcje albo udziały na rzecz podmiotu publicznego albo podlegają one umorzeniu. Zbycie akcji lub udziałów następuje na podstawie wyceny rynkowej opracowanej przez wspólnie wybranego doradcę.

- c) Uzasadnienie: Inwestor prywatny podejmując decyzje o zaangażowaniu kapitałowym w PPP oczekuje określonej stopy zwrotu z inwestycji oraz aby wszelkie transakcje opierały się na wycenach rynkowych.

7. Dotyczy art. 16a

- a) Treść przepisu oceniamy korzystnie, jako dający obu stronom zainteresowanym realizacją projektów w trybie PPP, możliwość korzystania z ujednoczonych dokumentów, które powinny wyeliminować lub zminimalizować wątpliwości po obu stronach. W celu realizacji jego treści i uniknięcia obowiązywania „nieaktywnego” przepisu, sugerujemy rozważenie dodania kolejnego ustępu, który mógłby zobowiązywać ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego do prowadzenia konsultacji z partnerami prywatnymi, które dotyczyć miałyby jego zadań wskazanych w art. 16a ust. 2 pkt 1-4. Faktyczna kooperacja strony publicznej i prywatnej w zakresie kształtowania treści dobrych praktyk, wzorów dokumentów etc. mogłaby przynieść realne korzyści w postaci większej aktywności obu stron przedsięwzięć w angażowaniu się w projekty w formule PPP. Takie rozwiązanie dodatkowo korzystnie wpływałoby na pogłębianie zasady zaufania, proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania.
- b) Właściwym rozwiązaniem mogłoby być również rozważenie przekazywania (tzw. „outsourcinga”) części zadań Ministra Rozwoju (obecne oznaczenie resortu) na rzecz podmiotów prywatnych – może się to odbyć również w formie projektowanych aktów wykonawczych, np. dodanie ust. 3 do projektowanego przepisu, który dawałby Ministrowi rozwoju regionalnego dyspozycję do dalszego uregulowania zasad realizacji zadań własnych wynikających z art. 16a ust. 2 pkt 1-4.
- c) Proponujemy również dodać ust. 3 o następującej treści: „3. Minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego obowiązany jest do prowadzenia konsultacji z partnerami prywatnymi w zakresie opracowania dokumentów wskazanych w ust. 2. Konsultacje z zainteresowanymi podmiotami mogą być prowadzone poprzez publikację projektu dokumentów na stronie internetowej Ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego wraz z informacją o terminie do którego można składać uwagi”.

- d) Zaproponowany nowy przepis pozwoli w pełni na realizację *zasady pogłębienia zaufania, proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania*, która znajduje się w projektowanym Prawie Przedsiębiorców.
8. Generalna uwaga dot. ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym: mając na uwadze innowacyjność rozwiązań przedstawionych w projekcie, projektodawca celem ustalenia większej transparentności przepisów mógłby przygotować akty wykonawcze do projektu, w których zostałyby doprecyzowane postanowienia w zakresie: oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (nowy art. 2a projektu), czy też w zakresie wzorów umów m.in. w ramach projektów hybrydowych (o których mowa w nowym Rozdziale 4a, art. 16a ust. 2 pkt 1) i pkt 2). Przygotowanie aktów wykonawczych, które szczegółowo będą określały zasady realizacji przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego pozwoliłoby w pełni zrealizować zasady pogłębienia zaufania, proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania.

W zakresie zmian ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (u.c.p.g.)

9. Dotyczy art. 6c ust. 2a:
- a) Jest w projekcie: „W przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować postępowanie w trybie ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych albo ustawy z dnia 21 października 2016r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, którego przedmiotem jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów”.
- b) Proponujemy pozostawienie obecnego brzmienia przepisu tj.: „W przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów”
- c) Uzasadnienie:

Obecnie gminy zobowiązane są do organizacji przetargu na odbiór lub na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku decyzji o objęciu terenów nieruchomości niezamieszkałych gminnym systemem odbioru odpadów.

Wymaga zaznaczenia, iż projektowana zmiana może doprowadzić do zasadniczej zmiany i znacznego ograniczenia dostępności do realizacji zadań publicznych przez podmioty prywatne.

Treść oraz przyczyny ewentualnego wprowadzenia projektowanego przepisu nie znajdują merytorycznego wyjaśnienia w uzasadnieniu do projektu ustawy. Zgodnie z treścią uzasadnienia do projektu ustawy „Zmiany w ustawie o utrzymaniu porządku i czystości w gminach uzupełniają przepisy tej ustawy o odesłania do ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920).” Zgodzić należy się, iż projektowany przepis obejmuje odwołania do treści ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane, tak samo zresztą jak projektowana treść przepisu art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Niemniej jednak wprowadzenie w treści art. 6c ust. 2a fragmentu „postępowanie w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych albo ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi”, obejmuje nie tylko rozszerzenie ustaw, do których odwołuje się ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach ale również zmienia zasady organizowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór/odbior i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych. Niniejsza zmiana doprowadzi do zniesienia dotychczasowego obowiązku przetargowego na terenie nieruchomości niezamieszkałych, w przypadku gdy gminy postanawiają o objęciu w drodze uchwały gospodarką odpadową także nieruchomości niezamieszkałych.

Dotychczasowa regulacja jest kompromisem pomiędzy stroną prywatną a publiczną wypracowanym w ramach ubiegłorocznej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie do projektu ustawy o Partnerstwie publiczno-prywatnym nie przedstawia w żadnym stopniu realnych konsekwencji jakie niesie za sobą niniejsza zmiana, a która doprowadzi do całkowitego wyeliminowania podmiotów prywatnych z sektora gospodarki odpadami, pozostawiając gminom możliwość udzielania zamówień *in-house* nie tylko w ramach zadań własnych, tj. w związku z gospodarką odpadową prowadzoną na

terenie nieruchomości zamieszkałych lecz w tym wypadku również na obszarze nieruchomości niezamieszkałych, które w dalszym ciągu powinny mieć swobodę w wyborze podmiotu obsługującego, na zasadach wolnego rynku. Ustawa o zmianie PPP ma – w świetle uzasadnienia - „uwolnić potencjał rozwoju PPP i mobilizować środki na inwestycje”. Zmiana u.c.p.g. w omawianym zakresie założeń tych w istocie nie realizuje. Wbrew ocenie zawartej w dokumencie „Ocena skutków regulacji” z dnia 03.03.2017r., proponowana zmiana nie wpłynie na zwiększenie „stopnia zaangażowania kapitału prywatnego w realizację inwestycji publicznych” oraz na „zwiększenie efektywności inwestycji i świadczenia usług publicznych w Polsce”. Wręcz przeciwnie. Tylko prawidłowo funkcjonujące procesy rynkowe zapewniają najefektywniejsze dysponowanie środkami publicznymi.

Proponowana zmiana ma charakter wyraźnie antykonkurencyjny, prowadzi do wyparcia przedsiębiorców prywatnych z rynku gospodarki odpadami i otwiera drogę do jego całkowitej komunalizacji.

Mając na uwadze powyższe stoimy na stanowisku, iż obecny projekt wymaga zasadniczych zmian, przede wszystkim w zakresie innych ustaw niż ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. W obecnej wersji projekt może stanowić zagrożenie interesów wielu przedsiębiorców w Polsce oraz przede wszystkim interesów obywateli.