

Warszawa, dnia 5 kwietnia 2017 r.

STANOWISKO
POLSKIEGO STOWARZYSZENIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
DO PROJEKTU USTAWY O ZMIANIE USTAWY O PARTNERSTWIE PUBLICZNO – PRYWATNYM
I NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW

Stanowisko niniejsze odnosi się do skierowanego do konsultacji społecznych projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym i niektórych innych ustaw w zakresie art. 1 projektowanej ustawy, tj. w zakresie w jakim zawiera ona projekty przepisów nowelizujących przepisy ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Poniżej Polskie Stowarzyszenie Zamówień Publicznych przedstawia swoją ocenę projektowanych powyższych zmian.

1. W przedmiocie projektu przepisów dotyczących procedury wyboru partnera prywatnego

W zakresie wyboru partnera prywatnego projektodawcy proponują zmiany do obecnego przepisu z art. 4 ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym (zwanej w dalszej części „ustawą PPP”) przewidujące, że podmiot publiczny będzie mógł w każdej chwili dokonać wyboru partnera prywatnego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej w dalszej części „PZP”), chociażby wynagrodzenie przewidywane w związku z przedsięwzięciem pozwalało na zakwalifikowanie danego przedsięwzięcia pod tryb koncesyjny wyboru partnera prywatnego.

De lege lata – w zależności od rodzaju wynagrodzenia – stosuje się alternatywnie przepisy PZP lub ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane (zwanej w dalszej części „ustawą koncesyjną”). W oparciu o aktualne brzmienie przepisów z art. 4 ustawy PPP partner publiczny wybiera partnera prywatnego w jednym z trybów (z PZP albo koncesyjnym) i nie ma w tym zakresie przestrzeni do dowolności. Innymi słowy, literalne brzmienie przepisów z art. 4 ustawy PPP wskazuje na „wymuszalność” jednego z dwóch rozwiązań w zależności od rodzaju wynagrodzenia jakie ma w ramach przedsięwzięcia otrzymać partner prywatny. Rozwiązanie powyższe może budzić wątpliwości, także w kontekście przepisów wspólnotowych, co słusznie zauważyli projektodawcy zaznaczając to w uzasadnieniu do projektowanej nowelizacji (str. 6 uzasadnienia do projektowanej ustawy). Zwrócić wypada bowiem uwagę, że PZP jest regulacją szerszą, dalej idącą, o surowszym reżimie niż ustawa koncesyjna, w tym przepisy PZP w chronią uczestników postępowania. Już samo to wskazuje, że stosowanie surowszego reżimu wyboru partnera prywatnego powinno być zawsze dopuszczalne, chociażby w pewnych okolicznościach ustawodawca pozwalał na zastosowanie reguł łagodniejszych (w tym przypadku trybu koncesyjnego). W tym więc kontekście projektowane rozwiązanie, przewidujące, że dokonanie wyboru partnera prywatnego w trybie zgodnym z PZP będzie zawsze poprawne, należy w pełni zaaprobować, ponieważ zastosowanie PZP *in concreto* będzie świadczyło o wypełnieniu przez partnera publicznego najwyższych standardów i wymogów proceduralnych związanych z wyłonieniem partnera prywatnego, z poszanowaniem wolnej konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców.

Powyższa zmiana odpowiada także potrzebom wynikającym z praktyki. Znane są przypadki wątpliwości partnerów publicznych co do odpowiedniego trybu wyłaniania partnera prywatnego zwłaszcza jeżeli charakter wynagrodzenia i przedsięwzięcia mogą wskazywać na zastosowanie trybu koncesyjnego. W praktyce wiąże się to z koniecznością przeprowadzania dalszych szczegółowych analiz o charakterze prawnym. Niemniej jednak organy kontrolne nie dopatrzyły się w tym zakresie dotychczas nieprawidłowości¹. W tym więc kontekście projektowane rozwiązanie odpowiada realiom tego rodzaju spraw.

W świetle powyższego proponowane zmiany redakcyjnego do art. 4 ustawy PPP przewidujące, że zastosowanie trybu PZP do wyboru partnera prywatnego będzie zawsze prawidłowe, chociażby mógł być zastosowany również tryb koncesyjny, Stowarzyszenie ocenia pozytywnie. Rozwiązanie takie pozwoli wyeliminować mogące pojawić się w praktyce wątpliwości dotyczące skutków (w tym wręcz ewentualnego fiaska postępowania) w razie wyboru partnera prywatnego w reżimie PZP.

Ponadto w ramach projektowanych zmian do art. 4 ustawy PPP, projektodawcy przewidzieli nowe rozwiązanie, zgodnie z którym tryb wyboru partnera prywatnego zgodnie z PZP będzie zawsze wariantem „domyślnym” w zakresie nieuregulowanym w ustawie PPP. W obowiązującym brzmieniu ustawa PPP nie przewiduje mechanizmu wyboru partnera prywatnego w przypadku przedsięwzięcia na tyle specyficznego, że nie wpisującego się jednoznacznie w żaden z alternatywnych trybów wyłonienia partnera prywatnego. Wobec tego projektowane rozwiązanie sprzyja realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno – prywatnego, skoro eliminuje niepewność co do prawa jaka mogłaby powstać.

Stowarzyszenie pozytywnie ocenia także zmiany redakcyjne związane z wyeliminowaniem powtórzeń czy modyfikacji istniejących w obowiązujących przepisach ustawy PPP w stosunku do przesłanek zastosowania PZP czy ustawy koncesyjnej. W szczególności dotyczy to kwestii kryteriów oceny ofert – rezygnacji z obligatoryjnych kryteriów oceny ofert, które stają się kryteriami fakultatywnymi, rezygnacji z kryterium wysokości wynagrodzenia jako rozstrzygającego, czy dodania specyficznego kryterium „dochodu w postaci udziału w zysku”. Zmiany powyższe całościowo faktycznie służyć będą elastyczności po stronie partnera publicznego prowadzącego postępowanie na wyłonienie partnera prywatnego. Zmiany te ukierunkowane są na osiągnięcie spójności przepisów tworzących całość systemu zamówień publicznych.

Odnosząc się natomiast do projektowanych zmian związanych z możliwością wstąpienia spółki – córki wyłonionego partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia w miejsce tego partnera prywatnego, to Stowarzyszenie nie podziela argumentacji projektodawców przedstawionych w uzasadnieniu do projektu nowelizacji, zgodnie z którym „(...) w praktyce przedsiębiorcy powołują do życia takie spółki przed przystąpieniem do postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, ponosząc oczywiście dodatkowe koszty takiej operacji; wyższe koszty uczestnictwa w postępowaniu są zniechęcające dla potencjalnych partnerów prywatnych, co oznacza że postępowania nie są tak konkurencyjne jak mogłby być, gdyby koszty uczestnictwa były niższe (...)”. O ile faktycznie niekiedy tworzone są spółki celowe do realizacji konkretnych przedsięwzięć, o tyle wydaje się, że koszty związane z utrzymaniem

¹ Por. „Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego” – informacja o wynikach kontroli Najwyższej Izby Kontroli z 24.04.2013 r., str. 19

spółek celowych do czasu wyłonienia partnera prywatnego mogą zostać skutecznie i istotnie zoptymalizowane, do stopnia wręcz marginalnego w kontekście wartości konkretnego przedsięwzięcia. Nie wydaje się, aby były one odstraszać dla wykonawców, których potencjał umożliwia staranie się o realizację przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno – prywatnego. Wypada zwrócić także uwagę, że tworzenie spółki celowej, dedykowanej do realizacji konkretnej inwestycji, z perspektywy tworzącego je podmiotu służy optymalizacji prowadzonej działalności gospodarczej (np. pod względem organizacyjnym), ale przede wszystkim ograniczeniu ryzyka związanego z ewentualnym niepowodzeniem inwestycji i jego oddziaływania na pozostałe inwestycje czy działalności gospodarcze prowadzone przez podmioty powiązane. Optymalizacja ryzyka po stronie potencjalnego partnera prywatnego, w tym jego ograniczanie, nie leży z kolei w interesie partnera publicznego, którego przedsięwzięcie jest (co do zasady) tego rodzaju, że wiąże się z zaspokajaniem zbiorowych potrzeb pewnych grup społecznych – z tej perspektywy należałoby uwzględnić rozwiązania gwarantujące stabilność i bezpieczeństwo przedsięwzięcia. Wydaje się, że zaproponowane mechanizmy w projektowanym art. 7b, w tym w szczególności ust. 3 i 4 tego artykułu nie są wystarczające, zwłaszcza że płynnym w tym kontekście staje się pojęcie „partnera prywatnego”.

2. W przedmiocie projektu przepisów dotyczących partnerstwa publiczno – prywatnego w formie spółki

W grupie projektowanych przepisów znalazło się wyłączenie stosowania przepisów ustawy o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników z uzasadnieniem wskazującym m. in. że „(...) stosowanie przepisów tej ustawy nie można pogodzić z czasowym charakterem PPP; jest to podstawowa cecha odróżniająca PPP od prywatyzacji, która stanowi definitywne zbycie udziałów albo akcji, czyli <<na zawsze>>” (str. 11 uzasadnienia do projektowanej ustawy). Wypada zwrócić uwagę, że po nowelizacji, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2017 r., ustawa o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników (wcześniej nazywana ustawą o komercjalizacji i prywatyzacji) nie zawiera już regulacji o prywatyzacji. Zbywanie udziałów należących do Skarbu Państwa lub do jednostek samorządu terytorialnego uregulowane jest przepisami odpowiednio ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym oraz ustawy o gospodarce komunalnej odsyłającej w jej art. 12 do stosowania przepisów z art. 11 – 15 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym. Ponadto w wyniku nowelizacji ustawy o gospodarce komunalnej, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2017 r., organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego uzyskały kompetencję do wyrażania zgody na zbycie akcji należących do takiej jednostki. Innymi słowy, czy to z poziomu rządowego, czy też samorządowego, zmianie uległy zasady zbywania udziałów lub akcji w spółkach prawa handlowego, w tym nie stosuje się już przepisów ustawy o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników.

Z drugiej strony projektodawcy zaproponowali przepisy pozwalające na realizację przedsięwzięcia w formie partnerstwa publiczno – prywatnego z wykorzystaniem spółki należącej do partnera publicznego, do której przystąpiłby partner prywatny. Takie rozwiązanie może również budzić wątpliwości natury systemowej. Wypada zwrócić uwagę, że przykładowo jednostki samorządu terytorialnego mają ograniczone możliwości tworzenia spółek prawa handlowego – zwłaszcza

w kontekście sfery działalności takiej spółki, ale także co do układów podmiotowych w takiej spółce². Ponadto na podmiotach publicznych ciążyą pewne szczególne obowiązki troski o mienie publiczne, uregulowane zwłaszcza w nowej ustawie o zasadach zarządzania mieniem publicznym. W tej sytuacji partnerstwo publiczno – prywatne może stać się mechanizmem pozwalającym na „przełamywanie” tego rodzaju ograniczeń. W kontekście natomiast nowo uregulowanych zasad zbywania akcji lub udziałów w spółkach prawa handlowego należących do partnera publicznego, zaproponowane rozwiązanie może prowadzić do obchodzenia tych regulacji prawnych. Zwrócić należy bowiem uwagę, że przedsięwzięcia PPP są obciążone szeregiem ryzyk i jako takie dość złożone. Zwłaszcza ryzyko niepowodzenia jest znaczne, skoro – jak na to wskazują wyniki aktualnych statystyk – w Polsce póki co jedynie co czwarte przedsięwzięcie się udaje. A znane są w praktyce także przykłady przedsięwzięcia, w którym jakkolwiek doszło do skutecznego zawarcia umowy z wyłonionym partnerem prywatnym, to jednak przedsięwzięcie nie jest realizowane³.

Odnosnie natomiast propozycji projektodawców dotyczącej czasowego charakteru spółek realizujących przedsięwzięcie PPP, to nasuwają się wątpliwości dotycząca zawiązania takiej spółki na czas oznaczony, przedłużony o rok w stosunku do czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym – chodzi zwłaszcza o ten „rok” w projektowanym art. 14a ust. 1. Otóż wydaje się, że o ile do zamknięcia spraw spółki, która realizowała przedsięwzięcie PPP bezproblemowo, rok to będzie aż nadto, o tyle w praktyce taki rok może okazać się niewystarczający przy spółce realizującej przedsięwzięcie PPP, przy realizacji którego wystąpiły komplikacje. Jeżeli bowiem spółka taka została uwikłana w procesy sądowe, przykładowo już pod koniec realizacji przedsięwzięcia PPP, to rok może okazać się absolutnie niewystarczający, aby doprowadzić proces sądowy do prawomocnego zakończenia, nie wspominając o ewentualnie stosowanych nadzwyczajnych środkach odwoławczych. Zaproponowany przez projektodawców „rok” na zamknięcie spraw spółki jest pewną próbą wypośrodkowania, ale w takim przypadku nie tyle o wypośrodkowanie winno chodzić, ale o zapewnienie prawidłowego sfinalizowania wszelkich spraw – o ile to możliwe – z korzyścią dla samej spółki.

Mając powyższe na względzie zaproponowane w projektowanej ustawie zapisy zdają się nie uwzględniać zmian w ustawodawstwie, które weszły w życie od 1 stycznia 2017 r., nie są dostosowane do nowych zasad zbywania udziałów czy akcji w spółkach przez partnera publicznego. Z tego względu wydaje się, że projekt nowelizacji w tym zakresie wymaga dalszych analiz, jak również dostosowania do realiów obrotu udziałami czy akcjami w spółkach komunalnych czy należących do Skarbu Państwa, jak i polskiego rynku przedsięwzięć PPP.

3. W przedmiocie projektu przepisów dotyczących wykonywania umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym

Nowelizacja przepisów związanych z problematyką zmiany umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym, a ściślej – odesłanie nowego brzmienia art. 144 PZP, jak związanych

² Por. art. 9 ustawy o samorządzie gminnym, art. 6 ustawy o samorządzie powiatowym, art. 13 ustawy o samorządzie województwa, ustawa o gospodarce komunalnej, a zwłaszcza jej art. 10

³ Tytułem przykładu projekt „Centralny park Rekreacji, Balneologii, Turystyki i Wypoczynku <<Termy Gostyńskie>>”, czy też – najbardziej rażący przykład dot. Projektu Ośrodka Radioterapii w Warszawie.

z odpowiedzialnością za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (odesłanie nie tylko do art. 141 PZP, ale także do art. 150 i 151 PZP) zasługują na pełną aprobatę, skoro są wyrazem systemowego, wzajemnego dostosowania regulacji w obszarze realizacji umów.

Podobnie, co do zasady na aprobatę zasługują także przepisy doprecyzowujące kwestie relacji z podwykonawcami i chroniące ich – zaproponowane rozwiązania zmierzają do dostosowania cywilistycznej regulacji chroniącej podwykonawców do niekiedy specyficznych układów podmiotowych przy realizacji przedsięwzięć PPP, kiedy to nie jest do końca jasne, czy jednoznacznie kto występuje w roli inwestora w cywilistycznym ujęciu. Niemniej jednak wypada zwrócić uwagę, że projektodawcy zaproponowali art. 7a ust. 2, stanowiący że *„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”*. W odniesieniu do tego zapisu należy wskazać, iż zbyt daleko ingeruje on w kwestie solidarnej odpowiedzialności – szczególnie ze względu na ograniczone możliwości korzystania z uprawnień przysługujących inwestorowi w kodeksie cywilnym przez partnera prywatnego. Tym bardziej, jeśli ustawodawca nie wskazuje na dalsze relacje mogące występować w przedsięwzięciu, przykładowo podwykonawca – dalszy podwykonawca. Wobec powyższego należałoby usunąć postanowienie lub wprowadzić w ust. 1 art. 7a rozszerzenie uprawnień partnera prywatnego zrównujący je z uprawnieniami inwestora w ramach kodeksowej regulacji umowy o roboty budowlane.

Natomiast jako bardzo ważny i niezbędny w kontekście praktyk na rynku jest projektowany przepis z art. 10a, przewidujący możliwość zawierania tzw. umów bezpośrednich przez partnera publicznego z instytucją współfinansującą (bankiem). Dotychczas zawieranie tego typu umów dla podmiotów z sektora finansów publicznych jest bardzo dyskusyjne – brak bowiem podstawy prawnej ich zawarcia z podmiotem, na wybór którego w zasadzie partner publiczny nie ma wpływu. Niemniej jednak zawarcie takiej umowy, z perspektywy interesów podmiotu publicznego, należy uznać za wskazane, pozwala ona bowiem na wkroczenie kolejnego podmiotu istotnie zainteresowanego – podobnie jak sam partner publiczny – wykonaniem należytych umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Dodatkowo konstrukcja kolejnych przepisów tego artykułu przewiduje ścisły ich związek z umowami o partnerstwie publiczno – prywatnym. Wprowadzenie powyższych przepisów to niewątpliwie „ukłon” w stronę partnerów publicznych i to zasługujący na pełną aprobatę.

Charakter eliminujący dotychczasowe wątpliwości interpretacyjne ma również zaproponowana przez projektodawców modyfikacja obecnego art. 11 ustawy PPP w kierunku podzielenia go na dwa odrębne przepisy jednoznacznie wskazujące na możliwość (a nie konieczność) zwrotu składnika majątkowego partnerowi publicznemu po zakończeniu realizacji umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Faktycznie obecna redakcja powyższego artykułu może nastroczać i w praktyce nastrocza wątpliwości interpretacyjne wynikające zwłaszcza z jego konstrukcji.

4. W przedmiocie projektu przepisów dotyczących zadań organu właściwego w sprawach partnerstwa publiczno – prywatnego

Art. 16a projektowanej nowelizacji jednoznacznie przesądza, że „*organem właściwym w sprawach partnerstwa publiczno – prywatnego w zakresie uregulowanym w ustawie jest minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego*” a kolejne przepisy określają zakres jego zadań i to w sposób znacznie bardziej szczegółowy niż to jest w obecnie obowiązującym stanie prawnym. Niewątpliwie projektodawcy kierują się potrzebą wzmocnienia roli tego ministra, a ściślej – funkcjonującej w ramach ministerstwa jednostki odpowiedzialnej za partnerstwo publiczno – prywatne, na co wskazuje następujący fragment uzasadnienia do projektowanej ustawy: „*powyższy przepis (dot. art. 3 ustawy PPP w obecnym brzmieniu – przyp. autora) nie daje wystarczających podstaw do efektywnego pełnienia przez ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego (obecnie Ministra Rozwoju i Finansów) roli centralnej jednostki PPP w Polsce ; jak pokazują doświadczenia innych państw z dojrzałymi rynkami PPP, stabilny rozwój tego rynku wymaga funkcjonowania silnie umocowanej jednostki w ramach administracji publicznej (...)*”. Wypada zwrócić uwagę, że nie sposób mówić obecnie o dojrzałości rynku PPP w Polsce. W tym względzie tworzenie na poziomie ustawowym tak szczegółowych rozwiązań dotyczących struktur administracji publicznej wydaje się być niewspółmierne w stosunku do potrzeb i wielkości rynku PPP w Polsce. Nie wydaje się, aby było to właściwa metoda stymulowania rozwoju partnerstwa publiczno – prywatnego w Polsce.

Na marginesie warto także dodać, że zaproponowane zmiany, ukierunkowane na pozyskiwanie, gromadzenie i przetwarzania danych i informacji o realizowanych w Polsce przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno – prywatnego, nie zapewniają należytej ochrony zwłaszcza tajemnicy przedsiębiorstwa związanej z realizacją konkretnej inwestycji. Projektowany art. 16b (a zwłaszcza jego ustęp 5) przewiduje możliwość pozyskiwania przez ministra w zasadzie wszelkich informacji. Natomiast projektowany art. 16f stanowiący o nie ujawnianiu informacji odnosi się zasadniczo wyłącznie do postępowania w zakresie wydawania zgody/opinii – nie będzie miał zastosowania do informacji pozyskanych stosownie do przepisów projektowanego art. 16b.

Najbardziej rewolucyjna propozycja w projektowanej nowelizacji dotyczy wprowadzenia tzw. „negatywnego testu PPP” (projektowany art. 16c), polegającego w istocie na przyjęciu formuły partnerstwa publiczno – prywatnego jako „domyślnej” dla przedsięwzięć, w ramach których planowana kwota wydatków z budżetu państwa na inwestycje i zakupy inwestycyjne jest równa lub przekroczy kwotę 300.000.000,00 zł. W istocie zwłaszcza do zakończenia perspektywy finansowej 2014 – 2020 (tj. mniej więcej do 2023 r.) projektowany przepis będzie miał ograniczone zastosowanie, ponieważ z ust. 2 projektowanego art. 16c wynika, że „negatywny test PPP” nie będzie dotyczył przedsięwzięć, których montaż finansowy przewiduje zaangażowanie środków europejskich, ani przedsięwzięć w obszarze obronności. Z „negatywnym testem PPP” wiązać się zmiany w zakresie procedur uzyskiwania niezbędnych zgód/opinii. Zaproponowana konstrukcja „negatywnego testu PPP”, którego celem ma być *de facto* porównanie na ile korzystne jest realizowanie konkretnego przedsięwzięcia w formule tradycyjnej w zestawieniu z formułą partnerstwa publiczno – prywatnego, zasadniczo będzie dotyczyło największych projektów inwestycyjnych (np. w obszarze rozbudowy dróg i autostrad). Kierując się potrzebą pobudzania i rozwijania rynku partnerstwa publiczno – prywatnego w Polsce, zwłaszcza w obszarze inwestycji o największych wartościach, proponowane rozwiązanie zasługuje na zdecydowanie pozytywną ocenę, aczkolwiek z zaznaczeniem, że jego zastosowanie będzie raczej powolne. Nie da się bowiem ukryć, że specyfika rynku partnerstwa publiczno – prywatnego w

Polsce wyraża się w tym, że wśród udanych przedsięwzięć dominują zdecydowanie te niewielkie pod kątem wartości, a tak długo, jak Polska może liczyć na finansowanie unijne, projektów o wartości przewyższającej 300.000.000,00 zł finansowanych w całości z budżetu państwa nie będzie dużo. Natomiast z perspektywy prawidłowości przeprowadzania takiego testu warto rozważyć czy ustawowego określenia nie wymagałyby parametry ujmowane w ocenie realizacji przedsięwzięcia w formule tradycyjnej w zestawieniu z formułą partnerstwa publiczno – prywatnego.

5. W przedmiocie projektu przepisów dotyczących innych zmian w ustawie o partnerstwie publiczno – prywatnym

Projektowana nowelizacja przewiduje również szereg zmian redakcyjnych, drobnych modyfikacji językowych, ukierunkowanych zwłaszcza na terminologiczne ujednoczenie sformułowań używanych w jednym akcie prawnym na określenie tych samym zjawisk. Tytułem przykładu warto tu wskazać art. 9 ust. 4 („umowa spółki” a nie dotychczasowa „umowa”), czy art. 7 ust. 2 (modyfikacja sformułowania „przedmiotu partnerstwa” na „przedmiot przedsięwzięcia”). Uwagę zwraca zwłaszcza modyfikacja samej definicji partnerstwa publiczno – prywatnego w art. 1 ust. 2. Ponadto nowelizacja rozszerza katalog potencjalnych partnerów publicznych – w istocie projektowana zmiana dostosowuje zapisy ustawy PPP do katalogu zamawiających z PZP czy do przepisów ustawy koncesyjnej. Niewątpliwie rozwiązania te wprowadzają ład terminologiczny w ustawie PPP i z tego względu zasługują na pełną aprobatę.

Natomiast w projektowanym art. 2a autorzy przewidzieli (nieobwarowany sankcją) obowiązek partnera publicznego sporządzenia – oczywiście przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego – oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno – prywatnego w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób. Jako uzasadnienie powyższego projektodawcy wskazali, że *„proponowany przepis służy podniesieniu jakości przygotowywanych projektów, tak aby budziły większe zainteresowanie sektora prywatnego; dotąd zdarzało się, że postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego nie były wieńczone zawarciem umowy; przyczyną takiego stanu rzeczy często jest niewystarczające przygotowanie projektu; nie przewiduje się uszczegółowienia zakresu i przedmiotu oceny, które samodzielnie będzie każdorazowo określał podmiot publiczny; to oznacza, że proponowany przepis nie wprowadzi nadmiernego obowiązku administracyjnego, ale zmobilizuje partnerów do gruntownego przygotowania partnerstwa”*. W kontekście powyższego wypada zwrócić uwagę, że już w pierwszej w Polsce ustawie o partnerstwie publiczno – prywatnym sformułowany był obowiązek przeprowadzania przedrealizacyjnych analiz, który – jak pokazała praktyka – nie sprawdził się, co skutkowało rezygnacją ustawodawcy – w drugiej, a obowiązującej obecnie w Polsce ustawie o partnerstwie publiczno – prywatnym – z narzucania partnerom publicznym w formie ustawowego obowiązku przeprowadzania konkretnie określonych analiz. Nie sposób także zgodzić się z projektodawcami jakoby to ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia w takiej, a nie innej formule, była czynnikiem „przyciągającym” partnera prywatnego do ubiegania się o współpracę przy realizacji inwestycji – wydaje się, że z perspektywy partnera prywatnego zupełnie bez znaczenia jest czy realizacja w takiej czy innej formule jest efektywna dla partnera publicznego, natomiast znaczenia ma z kolei czy istnieje koncepcja realizacji danego przedsięwzięcia, a jeżeli tak, to jaka i jakie są jego założenia ekonomiczne oraz techniczne – te bowiem będą bezpośrednio dotyczyły

sfery partnera prywatnego i mogą stanowić podstawę jego oceny co do opłacalności przedsięwzięcia i sensu jego angażowania się. Dodać wypada, że praktyka pokazała, że podjęcie przez partnera publicznego decyzji o zastosowaniu formuły partnerstwa publiczno – prywatnego uwarunkowane bywa różnymi czynnikami i niekoniecznie wynika z samego pierwotnego pomysłu aby właśnie zastosować tę formułę, a nie inną⁴. Nie wydaje się więc, aby formułowanie ustawowego obowiązku sporządzania przez partnera publicznego tego rodzaju oceny było uzasadnione i konieczne.

Inne, w zasadzie zasługujące na aprobatę, drobne zmiany dotyczą choćby przepisów o uwzględnieniu w ogłoszeniach w Biuletynie Zamówień Publicznych i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informacji, że przedsięwzięcie realizowane jest w modelu partnerstwa publiczno – prywatnego, czy – stanowiący odpowiedź na potrzeby praktyki – przepis o wydłużeniu terminu wykonania prawa pierwokupu przez podmiot publiczny. To samo dotyczy możliwości unieważnienia postępowania o wybór partnera prywatnego obliczu braku zgody ministra finansów publicznych na realizację przedsięwzięcia z wykorzystaniem środków budżetowych przekraczających 100.000.000,00 zł.

Autorzy opinii:

Mirela Bieda

Przewodnicząca Grupy Partnerstwa
Publiczno-Prywatnego PSZP

Kamil Furman

Członek Grupy Partnerstwa
Publiczno-Prywatnego PSZP

Kontakt w sprawie opinii:

Witold Jarzyński

Prezes Zarządu PSZP
Tel.: 502 342 502
biuro@pszp.pl

⁴ W tym zakresie najdobitniejszym przykładem jest projekt „Koncesja na roboty budowlane dla zadania pn. <<Kompleks mineralnych basenów w Solcu-Zdroju>>” – historia realizacji tego projektu pokazuje, że bynajmniej zastosowanie formuły partnerstwa publiczno – prywatnego nie wynikało z pierwotnego pomysłu realizacji przedsięwzięcia w takim modelu – ta formuła pojawiła się raczej wtórnie w związku ze zmieniającą się koncepcją co do montażu finansowego przedsięwzięcia.