

Raport z doświadczeń w drogowym projekcie ppp w Dąbrowie Górniczej

Etap III – obejmuje okres od przesłania przez Dąbrowę Górniczą zaproszenia do składania ofert w sierpniu 2012 r. do unieważnienia postępowania w styczniu 2013 r.

Warszawa, październik 2013 r.



POMOC TECHNICZNA
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



MINISTERSTWO
ROZWOJU
REGIONALNEGO

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



WARUNKI KORZYSTANIA Z PUBLIKACJI: Niniejsza publikacja została opracowana w celu wzbogacenia i pobudzenia dyskusji na temat partnerstwa publiczno-prywatnego, a także w celu propagowania dobrych praktyk w tej dziedzinie. Jest ona wynikiem prac Platformy Partnerstwa Publiczno–Prywatnego powołanej z inicjatywy Ministra Rozwoju Regionalnego.

Obserwacje, analizy, interpretacje i wnioski zawarte w przedmiotowym materiale nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (MRR) i nie mogą stanowić podstawy do formułowania jakichkolwiek roszczeń. Ponadto, MRR nie odpowiada za błędne interpretacje treści publikacji, ani za następstwa czynności podjętych na ich podstawie. W związku z tym użytkownik korzystający z informacji zawartych w niniejszej publikacji czyni to na swoją wyłączną odpowiedzialność.

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego upoważnia odbiorców niniejszej publikacji do jej użytkowania, pobierania, wyświetlania, kopiowania i rozpowszechniania, w całości lub w części, ze wskazaniem źródła pochodzenia cytowanych materiałów. Bezwzględnie zabronione jest wykorzystywanie niniejszego dokumentu i jego treści do celów komercyjnych.

Dokument może zawierać odesłania do serwisów internetowych podmiotów trzecich. MRR nie ponosi odpowiedzialności za takie serwisy, a korzystanie z nich może podlegać szczegółowym warunkom.

Publikacja powstała w Departamencie Wsparcia Projektów Partnerstwa Publiczno-Prywatnego w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego we współpracy z Urzędem Miejskim w Dąbrowie Górniczej. Przygotowali: Mateusz Urański (MRR), Marcin Fronczak (MRR) pod kierownictwem Michała Piwowarczyka (MRR) we współpracy z Ewą Fudali-Bondel (UM w Dąbrowie Górniczej). Do przygotowania publikacji wykorzystano również informacje uzyskane bezpośrednio od niektórych oferentów uczestniczących w postępowaniu.

PRZEDMIOT OPRACOWANIA: raport obejmuje doświadczenia i opis prac przygotowawczych w ramach projektu ppp w Dąbrowie Górniczej z okresu od przesłania przez Dąbrowę Górniczą zaproszenia do składania ofert w sierpniu 2012 r. do unieważnienia postępowania w styczniu 2013 r.

W ramach opublikowanego w grudniu 2012 r. raportu za I etap opisane zostały prace przygotowawcze z okresu od unieważnionego postępowania na wybór partnera prywatnego z 2010 r. do publikacji ogłoszenia dla nowego postępowania na wybór partnera prywatnego w styczniu 2012 r. Raport dostępny jest pod adresem:

http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Publikacje/Strony/Raport_Dabrowa_Gornicza_w_PPP_I.aspx

W ramach raportu za II etap opisane zostały doświadczenia i opis prac z okresu od publikacji ogłoszenia dla nowego postępowania na wybór partnera prywatnego w styczniu 2012 r. do przesłania przez Dąbrowę Górniczą zaproszenia do składania ofert do wybranych wykonawców w sierpniu 2012 r. Raport dostępny jest pod adresem:

http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Publikacje/Strony/Raport_z_doswiadczen_projektu_drogowego_Dabrowa_Gornicza_EtapII.aspx

Spis treści

1. Wprowadzenie. Najważniejsze fakty dotyczące przebiegu postępowania	4
2. Etap składania ofert. Pytania wykonawców i stanowisko zamawiającego.....	6
3. Kwestie problemowe w projekcie przedstawione w ankietach przez niektórych uczestników dialogu konkurencyjnego	15
4. Podsumowanie.....	20
Załączniki:	25

1. Wprowadzenie. Najważniejsze fakty dotyczące przebiegu postępowania

Postępowanie na wybór partnera prywatnego dla realizacji projektu pn. *Budowa oraz eksploatacja drogi stanowiącej połączenie komunikacyjne z terenem inwestycyjnym „Tucznowa” w Dąbrowie Górniczej* rozpoczęło się 31 stycznia 2012 r. publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Wniosek o udział w postępowaniu złożyło dziewięć podmiotów. Pięć podmiotów zakwalifikowano do kolejnego etapu. W okresie maj – sierpień 2012 r. przeprowadzono trzy tury dialogu konkurencyjnego.

Zaproszenie do składania ofert wysłano do pięciu wykonawców w dniu 23 sierpnia 2012 r. Otwarcie ofert pierwotnie wyznaczono na 30 listopada 2012 r., jednak ze względu na prośbę wykonawców oraz w celu umożliwienia złożenia oferty przez jak największą liczbę partnerów (co zapewniało konkurencyjność postępowania), termin został przesunięty na dzień 15 stycznia 2013 r.

Kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedsięwzięcia, wynosiła 200 000 000 zł brutto.

Jedyną ofertę złożyła firma MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A.

Maksymalne Wynagrodzenie Miesięczne (MWM) zostało wycenione przez oferenta na 1 108 400 zł netto, czyli 1 363 332 zł brutto. Całkowite maksymalne wynagrodzenie ryczałtowe stanowiące iloczyn MWM i okresu eksploatacji drogi (180 miesięcy), wyniosło 199 512 000 zł netto, czyli 245 399 760 zł brutto.

Postępowanie unieważniono w dniu 25 stycznia 2013 r. na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa pzp), ponieważ cena złożonej oferty przewyższyła kwotę, którą zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Po zakończeniu procedury, ze względu na fakt, że zadanie budowy i przebudowy drogi stanowiącej połączenie z terenem inwestycyjnym *Tucznowa* stanowiło jeden z priorytetów inwestycyjnych miasta, władze Dąbrowy Górniczej zdecydowały się na zrealizowanie przedsięwzięcia w trybie zamówień publicznych wykorzystując formułę przetargu nieograniczonego. Ze względu na formułę postępowania zakres zadania pn. *Kompleksowe przygotowanie terenu inwestycyjnego „Tucznowa” w Dąbrowie Górniczej: Etap I, Etap II, Etap III* obejmował jedynie roboty budowlane tj. budowę i przebudowę drogi na odcinku od węzła drogowego drogi krajowej DK-94 z drogą wojewódzką DW-790 do skrzyżowania nowobudowanego odcinka drogi z drogą wojewódzką DW 796 (na odcinku od km 0+200 do km 8+974,44).

Początkowa szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 78 371 073 zł netto. Postępowanie zakończyło się wyborem wykonawcy, konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM PL S.A. oraz PBD DROGOPOL-ZW, które złożyły ofertę na kwotę 37 165 980 zł netto.¹

¹ <http://www.bip.dabrowa-gornicza.pl/BIP.aspx?Sel=5903&ident=61857>

2. Etap składania ofert. Pytania wykonawców i stanowisko zamawiającego

Poniżej przedstawiamy wybór najważniejszych pytań i propozycji oferentów, które zostały złożone po przekazaniu przez zamawiającego dokumentacji stanowiącej zaproszenie do składania ofert.² W części tej prezentujemy również stanowisko podmiotu publicznego.

Z uwagi na treść pytań oferentów przedstawiamy je w sposób pogrupowany według tematyki. Pytania i postulaty strony prywatnej dotyczyły następujących kwestii:

a) formy zabezpieczenia spłaty kredytu

- wniesiono o wyrażenie zgody na wprowadzenie procedury polegającej na umożliwieniu kredytodawcy wprowadzenia programu naprawczego w razie wystąpienia okoliczności, dających podmiotowi publicznemu prawo do odstąpienia od umowy czy też wypowiedzenia umowy. W związku z powyższym wniesiono o wprowadzenie w § 23 projektu umowy ppp nowych ustępów 5 i 6 o następującej treści:

Podmiot Publiczny zobowiązuje się do informowania wskazanych przez Partnera Prywatnego podmiotów udzielających finansowania o wystąpieniu zdarzeń lub okoliczności uprawniających Podmiot Publiczny do odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy.

Podmiot Publiczny udzieli podmiotom udzielającym finansowania dodatkowego terminu 6 miesięcy na przeprowadzenie programu naprawczego obejmującego usunięcie przyczyny dającej Podmiotowi Publicznemu prawo do rozwiązania Umowy ppp.

Firma prywatna argumentowała, że równoległe poinformowanie partnera prywatnego i podmiotu finansującego o groźbie rozwiązania umowy może się przyczynić do podjęcia przez instytucję finansującą działań sanacyjnych. W okresie sanacji podmiot publiczny miałby prawo oczekiwać realizacji umowy ppp zgodnie z jej treścią, czyli innymi słowy mógłby naliczać kary umowne i obciążać nimi partnera prywatnego.

- zaproponowano możliwość wprowadzania zmian do projektu umowy ppp na wniosek kredytodawcy. Wskazano, iż taka możliwość nie wpłynie na pozycję podmiotu publicznego, gdyż nie będzie on miał obowiązku akceptowania zmian proponowanych przez kredytodawcę. Dałoby to możliwość ingerowania w treść umowy przez instytucję finansującą (ale tylko za zgodą podmiotu publicznego) czyniąc umowę i warunki współpracy bardziej elastycznymi.

² Dokumenty, do których odwołują się pytania wykonawców (SIWZ i projekt umowy ppp), można znaleźć w postaci załączników do raportu z etapu II (http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Publikacje/Strony/Raport_z_doswiadczen_projektu_drogowego_Dabrowa_Gornicza_EtapII.aspx).

- zaproponowano, aby oprócz cesji miesięcznego wynagrodzenia na rzecz kredytodawcy, podmiot publiczny wyraził zgodę na cesję wszystkich pozostałych wierzytelności należnych partnerowi prywatnemu na podstawie umowy ppp. Była to jedna z kluczowych kwestii podnoszonych przez instytucje finansujące przy ocenie możliwości sfinansowania realizacji przedsięwzięcia.

Pozostając otwartym na konstruktywne uwagi co do przedmiotu projektu umowy ppp, który już w trakcie III tury dialogu był modyfikowany, zgodnie z wnioskami partnerów prywatnych, podmiot publiczny na podstawie art. 38 ust. 4 pzp dokonał modyfikacji § 23 projektu umowy wprowadzając ustęp 5 w brzmieniu:

5. Podmiot Publiczny uprawniony jest do informowania wskazanych przez Partnera Prywatnego Podmiotów udzielających finansowania o wystąpieniu zdarzeń lub okoliczności mogących uprawniać Podmiot Publiczny do odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia.

Zgodnie ze stanowiskiem podmiotu publicznego nie zdecydował się on na wprowadzenie instytucji postępowania naprawczego do umowy ppp, ze względu na fakt, iż w przypadku nieprawidłowej realizacji obowiązków wynikających z umowy ppp podmiot publiczny pozostawałby w sytuacji niekorzystnej – ograniczałby czasowo swoje prawo do rozwiązania lub wypowiedzenia umowy. Występowałoby ryzyko przedłużenia umowy ppp o kolejne 6 miesięcy bez gwarancji uzyskania rezultatu w postaci poprawienia kondycji partnera prywatnego.

Zamawiający wyjaśnia również, że stronami umowy ppp, które brały udział w dialogu konkurencyjnym, prowadzonym zgodnie z zasadami określonymi w prawie zamówień publicznych byli: partner publiczny i partner prywatny, również te strony miały podpisywać wzajemnie obowiązującą umowę ppp. Zgodnie z zasadą niezmienności stron obowiązującą w prawie zamówień publicznych tylko te strony są uprawnione do zawarcia umowy i jej późniejszej modyfikacji (zgodnie z postanowieniami umowy). Nie ma tu zasady elastyczności, wręcz przeciwnie – specyfika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polega między innymi na konieczności zachowania tożsamości podmiotu będącego uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne i wykonawcą umowy zawartej w jego wyniku.

Ponadto akceptując postulat zmiany projektu umowy ppp w zakresie cesji wszystkich pozostałych wierzytelności należnych partnerowi prywatnemu na podstawie umowy ppp, podmiot publiczny na podstawie art. 38 ust. 4 pzp dokonał modyfikacji § 23 ust. 1 projektu umowy, który otrzymał brzmienie:

Partner Prywatny może, bez zgody Podmiotu Publicznego, przenieść na kredytobiorców wierzytelności przysługujące Partnerowi Prywatnemu wobec Podmiotu Publicznego na podstawie niniejszej Umowy, w tym w szczególności

wierzytelność o zapłatę Miesięcznego Wynagrodzenia, a także wierzytelności określone w § 20 ust. 4 projektu Umowy.

b) przystąpienie do umowy ppp podmiotu o charakterze spółki SPV

Wniesiono o możliwość realizacji przedsięwzięcia poprzez spółkę celową w formie przystąpienia do długu. Wskazano, iż takie rozwiązanie, będąc wymogiem instytucji finansowych, jednocześnie nie prowadziłoby do zmiany podmiotowej po stronie partnera prywatnego.

W związku z powyższym zaproponowano wprowadzenie w § 23 projektu umowy ppp nowych ustępów 6 – 9 o następującej treści:

6. niezależnie od ust. 1 powyżej, Partner prywatny może dokonać przelewu wierzytelności przysługujących mu wobec Podmiotu publicznego wynikających z niniejszej Umowy na rzecz utworzonej przez Partnera prywatnego spółki celowej (SPV), która odpowiedzialna będzie za realizację przedsięwzięcia.

Podmiot publiczny wyraża również zgodę na kumulatywne przystąpienie do długu Partnera prywatnego przez spółkę celową (SPV).

Przelana wierzytelność dotyczyć będzie w szczególności wynagrodzenia pieniężnego z tytułu realizacji Przedsięwzięcia. Rozliczenia związane z wynagrodzeniem za dostępność będą realizowane pomiędzy spółką celową (SPV) a Podmiotem Publicznym.

Podmiot Publiczny zobowiązuje się zawrzeć trójstronną umowę między Partnerem Prywatnym, Podmiotem Publicznym a spółką celową (SPV), która będzie regulowała kumulatywne przystąpienie do długu spółki celowej (SPV) oraz przelew wierzytelności przysługujących Partnerowi prywatnemu wobec Podmiotu publicznego.

Wniesiono również o modyfikację § 23 ust. 2 projektu umowy ppp poprzez przyjęcie następującej treści:

2. Poza przypadkiem, o którym mowa w ust. 1 oraz ust. 6, bez uprzedniej zgody Podmiotu Publicznego Partner Prywatny nie przeleje, nie przeniesie, nie sprzeda bezpośrednio lub pośrednio ani w inny sposób nie zbędzie swoich praw wynikających z niniejszej Umowy na rzecz osób trzecich.

Podmiot publiczny nie wprowadził wnioskowanych zmian, ponieważ uznał, iż istnieją wątpliwości na gruncie prawa zamówień publicznych, w zakresie możliwości zastosowania takiej konstrukcji. Nie przedstawiono także przykładów tego typu rozwiązań w innych umowach ppp z podmiotami publicznymi. Zamawiający uznał, że mogłoby to grozić zarzutem zmiany podmiotu, który dopuszczono do udziału w postępowaniu.

Zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego, biorąc pod uwagę przepisy prawa zamówień publicznych - zakaz zmiany wykonawcy jest wielokrotnie podkreślany w orzecznictwie. Niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego.

W wyroku z 27.06.2003 r. (IVCKN 302/01, OSNC 2004, Nr 9, poz. 147) Sąd Najwyższy wykluczył co do zasady możliwość cesji roszczenia o zawarcie umowy nabytego w drodze rozstrzygnięcia przetargu organizowanego przez jednostkę publiczną, normowanego bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy. *Najczęściej jako przykład naruszenia zakazu zmian podmiotowych po stronie wykonawcy wskazuje się „cesję zamówienia” prowadzącą do wstąpienia podmiotu trzeciego w miejsce wykonawcy przy łącznym przeniesieniu na nią praw i obowiązków wykonawcy w drodze przejęcia długu oraz przelewu wierzytelności. Podnosi się, że tego rodzaju zabieg prowadzi do naruszenia normy z art. 7 ust. 3 pzp, a tym samym skutkuje nieważnością czynności „przejęcia zamówienia” na podstawie art. 58 § 1 k.c. Nieważna jest umowa cesji, w myśl której określony podmiot ma przejąć prawa i obowiązki wykonawcy wynikające z zawartej umowy, będącej efektem wygrania przez tego wykonawcę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie działania mają bowiem w oczywisty sposób na celu obejście ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastąpienie podmiotu wygrywającego postępowanie innym wykonawcą, który startując w postępowaniu nie miałby szans na wygraną (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 września 2006 r.; sygn. akt: I ACa 349/06). Na tej samej podstawie za nieważną uznaje się także umowę przelewu roszczenia o zawarcie finalnej umowy o zamówienie publiczne, wykreowanego w wyniku wyboru i przyjęcia najkorzystniejszej oferty. Zawarcie umowy o zamówienie publiczne nie następuje bowiem „automatycznie” z chwilą rozstrzygnięcia postępowania, lecz dopiero w wykonaniu dwustronnego obowiązku kontraktowania.³*

c) system kar i odszkodowań

- wystąpiono z pytaniem, czy podmiot publiczny ustanowi maksymalny limit kar, którymi mógłby obciążyć partnera prywatnego w okresie eksploatacji drogi np. do poziomu sześciu miesięcznych płatności.

Nie ustanowiono takiego limitu, ponieważ podmiot publiczny obawiał się, iż oznaczałoby to przypisanie mu zbyt dużej części ryzyka dostępności i w konsekwencji ujęcie zobowiązań wynikających z projektu w długu gminy. Podmiot publiczny poinformował, iż limit kar wynika z umowy ppp – zgodnie z § 18 ust. 3 projektu umowy ppp po przekroczeniu zakładanego poziomu kar istnieje przesłanka do wypowiedzenia umowy ppp z przyczyn leżących po stronie partnera prywatnego. Aby podmiot publiczny miał pewność, że zobowiązania nie wejdą do długu gminy, przyjęto założenie, iż brak realizacji zobowiązań wynikających z umowy ppp w danym okresie powinien skutkować całkowitym

³ Damian Szczepański, "Zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy w umowach w sprawach zamówień publicznych"

brakiem płatności partnera publicznego za ten okres (dotkliwość kar dla partnera prywatnego). Wszelkie ewentualne zapisy umowy zapewniające w fazie eksploatacji aktywów, płatności ze strony partnera publicznego np. na poziomie zapewniającym partnerowi prywatnemu wykonywanie jego zobowiązań kredytowych, niezależnie od jakości i ilości usług - traktowane mogą być jako istotne przesłanki przypisania ryzyka dostępności po stronie partnera publicznego.

- poproszono o wyjaśnienie pojęcia *koszty wcześniejszego rozwiązania umów finansowych*. Zdaniem pytającego pod hasłem tym należało rozumieć nie tylko koszty wcześniejszego rozwiązania umowy kredytowej i umów ubezpieczeniowych, ale także koszty pozostałych umów z instytucją finansującą, w tym koszty zerwania umów zabezpieczających stałą stopę procentową. Zaproponowano, aby podmiot publiczny rozważył zwrot kosztów zerwania umów finansowych partnerowi prywatnemu także w sytuacji, gdy rozwiązanie umowy ppp leży po stronie podmiotu publicznego.

Zamawiający w odpowiedzi poinformował wykonawców, iż koszty wcześniejszego rozwiązania umów finansowych i ubezpieczeniowych to koszty należne instytucji finansującej i ubezpieczeniowej z tytułu rozwiązania umów finansowych i ubezpieczeniowych do dnia rozwiązania umowy ppp. Inne umowy (w tym dotyczące transakcji zabezpieczenia stałej stopy procentowej) zawarte przez partnera prywatnego w związku z realizacją umowy ppp nie będą podstawą do jakichkolwiek roszczeń z tytułu rozwiązania umowy ppp ze stroną publiczną.

d) system rozstrzygania sporów

Zaproponowano wprowadzenie klauzuli rozwiązywania sporów na zasadzie arbitrażu.

Podmiot publiczny nie zaakceptował propozycji. Zamawiający uzasadnia swoje stanowisko tym, że wszystkie dotychczasowe postępowania prowadził przed sądami powszechnymi. Nie ma też niezaprzeczalnych argumentów potwierdzających, że w przypadku sporów arbitraż doprowadzi do wcześniejszego rozstrzygnięcia postępowania, a brak doświadczenia w tym zakresie, zdecydował o pozostawieniu standardowego, sprawdzonego rozwiązania.

e) ryzyko zmiany prawa

Oferenci pytali w jaki sposób podmiot publiczny pokryje partnerowi prywatnemu dodatkowe koszty robót budowlanych w przypadku wystąpienia zmiany wymagań w zakresie przepisów o ochronie środowiska, które zgodnie z § 10 ust. 7 są ryzykiem podmiotu publicznego? Jak liczony będzie okres eksploatacji w przypadku opóźnień powstałych z przyczyny wymienionej w ww. paragrafie? Kto poniesie koszty obsługi zadłużenia kredytobiorcy wynikające z wydłużonego okresu budowy i późniejszego pojawienia się źródła spłaty w postaci opłat za dostępność?

Podmiot publiczny poinformował, iż w przypadku wystąpienia zmian wymagań formalnych w zakresie przepisów o ochronie środowiska dodatkowe koszty oraz inne kwestie związane z wystąpieniem ryzyka zostaną wynegocjowane.

W § 26 projektu umowy zawarto zapis:

Strony przewidują możliwość zmiany niniejszej Umowy w przypadku wystąpienia jednej z poniższych okoliczności, na poniższych warunkach:

2) możliwość zmiany terminów realizacji Przedsięwzięcia, o których mowa w § 6 Umowy i/lub wysokości wynagrodzenia w przypadku wystąpienia zdarzeń, do zaistnienia których Partner Prywatny się nie przyczynił, a których skutki uniemożliwiły wykonanie Przedsięwzięcia zgodnie z treścią Umowy tj.:

a) wystąpi zmiana przepisów prawnych istotnych dla realizacji Przedsięwzięcia mająca wpływ na realizację Przedsięwzięcia,

b) w przypadku Działania Siły Wyższej,

c) wystąpią następujące okoliczności zależne od Podmiotu Publicznego:

- niewydanie Pasa Drogowego w terminie, o którym mowa w § 4 ust. 2, lub wydanie Pasa Drogowego obciążonego którąkolwiek z wad, o których mowa w § 4 ust. 5.

- wstrzymanie Budowy przez Podmiot Publiczny;

- zmiana technologii lub innych parametrów Budowy w celu podniesienia standardów realizacji Przedsięwzięcia;

d) wystąpią błędy lub wady w Programie Funkcjonalno-Użytkowym,

e) wystąpią ryzyka, których Partner Prywatny nie przejął,

f) opóźnienie w otrzymaniu przez Partnera Prywatnego pozwoleń, uzgodnień, zatwierdzeń czy innych dokumentów wymaganych przepisami prawa, mających istotny wpływ na terminową realizację przedsięwzięcia, gdy odpowiednie organy lub urzędy administracji przekroczyły terminy określone w obowiązujących przepisach prawnych, w tym w kodeksie postępowania administracyjnego, przewidziane do załatwienia spraw i nie nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego.

f) ryzyko zmiany wybranych parametrów finansowych

- poproszono o sprecyzowanie pojęcia *znaczącej zmiany* stóp procentowych w § 26 ust. 2 pkt.1 lit. a).

Podmiot publiczny określił istotną zmianę stóp procentowych jako zmianę o 2 punkty procentowe w ciągu każdych, kolejnych 12 miesięcy na podstawie komunikatu Rady Polityki Pieniężnej.

- pytano czy zamawiający mógłby wprowadzić do projektu umowy ppp klauzulę dot. indeksacji stopy inflacji w zakresie dotyczącym kosztów eksploatacji? Oczekiwano, że podmiot publiczny wskaże, jaki wskaźnik inflacji będzie podstawą do indeksacji (np. CPI czy PPI) oraz jaką jego wartość partner prywatny powinien przyjąć w modelu (np. 1%). Jeśli wskaźnik w danym roku różniłby się od założonego, płatności byłyby w odpowiedni sposób indeksowane w górę lub w dół (tak aby utrzymać stopę zwrotu partnera prywatnego na poziomie wynikającym ze złożonej oferty). Brak takiego mechanizmu skłania partnera prywatnego do przyjęcia ostrożnego założenia w tym zakresie (czyli wysokiej stopy inflacji). Przy określonych założeniach cena za usługi partnera prywatnego może być wyższa niż w przypadku, gdyby uwzględniono rzeczywistą stopę inflacji.

Podmiot publiczny uznał, iż wzięcie na siebie ryzyka wynikającego z inflacji, może się przyczynić do ujęcia zobowiązań wynikających z projektu w długu miasta. Nie wprowadzono zmian w tym zakresie.

g) zagadnienia podatkowe i amortyzacja

- zapytano, w jaki sposób będzie kalkulowana amortyzacja do rozliczeń pomiędzy stronami umowy ppp w przypadku skorzystania z prawa odstąpienia od umowy ppp (§ 20 ust. 1-3)? Czy przy obliczaniu amortyzacji podmiot publiczny uwzględni koszty remontów ponoszone w trakcie trwania okresu eksploatacji, które to z definicji służą przywróceniu środka trwałego do stanu początkowego?

Zamawiający odpowiedział, że wartość amortyzacji zostanie obliczona przez niezależnych rzeczoznawców.

- zapytano czy z tytułu użyczenia pasa drogowego partnerowi prywatnemu będzie on opodatkowany podatkiem od nieruchomości?

Zamawiający odpowiedział, że z chwilą zawarcia umowy użyczenia, partner prywatny stanie się podatnikiem podatku od nieruchomości na mocy przepisu art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. a) ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U.2010.95.613).

Zobowiązania podatkowe w projekcie będą występowały w zależności od następujących sytuacji:

1. Przebudowa istniejącego odcinka drogi wojewódzkiej.

W okresie przebudowy grunty przekazane partnerowi prywatnemu będą mogły korzystać w całości ze zwolnienia z podatku od nieruchomości na mocy:

- a) art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U.2008.193.1194). Zwolnienie na mocy ww. przepisu może obejmować okres maksymalnie do końca czerwca 2016 r.,

oraz

- b) art. 2 ust. 3 punkt 4 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U.2010.95.613) – wszystkie grunty stanowią istniejącą aktualnie drogę wojewódzką.

Po zakończeniu przebudowy grunty przekazane partnerowi prywatnemu będą mogły korzystać w całości ze zwolnienia z podatku od nieruchomości na mocy art. 2 ust. 3 punkt 4 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U.2010.95.613) – wszystkie grunty będą zajęte pod drogę wojewódzką.

2. Przebudowa istniejącego odcinka drogi gminnej.

W okresie przebudowy grunty przekazane partnerowi prywatnemu:

- a) częściowo będą mogły korzystać ze zwolnienia z podatku od nieruchomości na mocy art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U.2008.193.1194). Zwolnienie na mocy ww. przepisu może obejmować okres maksymalnie do końca kwietnia 2016 r.;
- b) częściowo będą mogły korzystać ze zwolnienia na mocy art. 2 ust. 3 punkt 4 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U.2010.95.613) – dotyczy gruntów znajdujących się aktualnie w obrębie pasa drogowego dróg gminnych.

Po zakończeniu przebudowy grunty przekazane partnerowi prywatnemu będą mogły korzystać w całości ze zwolnienia z podatku od nieruchomości na mocy art. 2 ust. 3 punkt 4 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U.2010.95.613) – wszystkie grunty będą zajęte pod drogę gminną.

3. Budowa nowego odcinka drogi gminnej.

W okresie budowy grunty przekazane partnerowi prywatnemu:

- a) będą mogły częściowo korzystać ze zwolnienia z podatku od nieruchomości na mocy art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U.2008.193.1194). Zwolnienie na mocy ww. przepisu może obejmować okres maksymalnie do końca kwietnia 2016 roku;
- b) będą mogły częściowo korzystać ze zwolnienia na mocy art. 2 ust. 3 punkt 4 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych - (Dz.U.2010.95.613) – dotyczy gruntów znajdujących się aktualnie w obrębie pasa drogowego drogi wojewódzkiej;
- c) grunty działek, które nie zostały przejęte na własność gminy w trybie ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, a także nie znajdują się w obrębie

istniejących aktualnie pasów drogowych dróg publicznych, będą opodatkowane podatkiem od nieruchomości.

Po zakończeniu budowy grunty przekazane partnerowi prywatnemu będą mogły korzystać w całości ze zwolnienia z podatku od nieruchomości na mocy art. 2 ust. 3 punkt 4 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U.2010.95.613) - wszystkie grunty będą zajęte pod drogę gminną.

Roczny podatek od nieruchomości obliczony (w okresie budowy dróg) według stawek na rok 2012 wyniósłby 152 178,18 zł (tj. 0,77 zł od 1 m² powierzchni gruntów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej x łączna powierzchnia 197 634 m²). Stawki podatkowe są corocznie podnoszone o określony przez stronę publiczną procentowy wskaźnik.

3. Kwestie problemowe w projekcie przedstawione w ankietach przez niektórych uczestników dialogu konkurencyjnego

Po unieważnieniu postępowania w styczniu 2013 r., Ministerstwo Rozwoju Regionalnego opracowało i rozesłało do pięciu uczestników dialogu konkurencyjnego ankietę, która miała na celu poznanie przyczyn niezłożenia ofert przez czterech z nich, przyczynę wysokiej wyceny jedynej oferty oraz zainteresowanie podmiotów prywatnych podobnymi przedsięwzięciami w przyszłości. Przedmiotowa część materiału opiera się na informacjach przekazanych przez trzech wykonawców.

Poniżej przedstawiono najważniejsze kwestie, na które zwrócono uwagę w ankietach.

- Powody nie złożenia oferty w postępowaniu:

- zbyt wiele ryzyk przeniesionych na partnera prywatnego;
- brak pozyskania finansowania przy zaproponowanych przez podmiot publiczny warunkach;⁴
- wiążąca, niekorzystna interpretacja organu podatkowego w zakresie określenia momentu powstania obowiązku podatkowego w podatku VAT⁵;
- niejasne przepisy prawa podatkowego w Polsce w zakresie ppp.

- Ocena formy prowadzenia dialogu konkurencyjnego:

W ankietach wskazano na zbyt małą elastyczność i gotowość podmiotu publicznego do uwzględniania postulatów wykonawców.

Dodatkowo jeden z wykonawców wskazał, że w trakcie prowadzenia dialogu konkurencyjnego popełnione zostały, jego zdaniem, dwa błędy:

- projekt umowy ppp został sporządzony dopiero na ostatnią rundę dialogu;
- po trzeciej rundzie dialogu wprowadzone zostały do projektu umowy ppp istotne zmiany, które nie były dyskutowane z wykonawcami w trakcie dialogu – jedna z nich (płatności dla partnera prywatnego

⁴ Szerzej tematyka ta została opisana w raporcie pt. *Bankowalność projektu PPP. Podejście instytucji finansowych*. MRR, październik 2013 r., dostępnym na stronie Platformy PPP: www.ppp.gov.pl/Publikacje/Strony/glowna.aspx

⁵ Treść interpretacji stanowi załącznik nr 10 do *Raportu z doświadczeń w drogowym projekcie ppp w Dąbrowie Górniczej, Etap II*, dostępnym na stronie Platformy PPP: http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Publikacje/Strony/Raport_z_doswiadczen_projektu_drogowego_Dabrowa_Gornicza_EtapII.aspx

na skutek przedterminowego rozwiązania umowy ppp została ustalona w formie ratalnej, a nie jednorazowej) spowodowała, iż firma ta nie złożyła oferty.

W omawianym przypadku zamawiający wyjaśnia, że istotą dialogu konkurencyjnego jest jego prowadzenie do momentu, gdy podmiot publiczny jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. Projekt umowy został przedstawiony po II turze dialogu i cała III tura była mu poświęcona. Czas na złożenie ofert był również negocjowany podczas dialogu i zgodny z oczekiwaniami partnerów prywatnych. Później, zgodnie z ich oczekiwaniami, został dodatkowo przedłużony. Po zakończeniu dialogu (w wyznaczonym terminie) firmy prywatne składały propozycje i zapytania do projektu umowy. Zostały uwzględnione zmiany nie skutkujące zwiększeniem ryzyka dostępności lub budowy po stronie podmiotu publicznego. Podmiot publiczny skorzystał z tego rozwiązania reagując także na pojawiające się interpretacje przepisów prawnych.

Zamawiający wyjaśnia, że przepisy dotyczące wygaśnięcia umowy oraz skutków tego faktu zostały zmienione na skutek uwag ze strony partnerów prywatnych. Zapisy umowy zostały dostosowane do przyczyn i okoliczności wygaśnięcia umowy, czasu oraz winy danej strony. Zapisy miały chronić obie strony przed ewentualnym przedwczesnym rozwiązaniem umowy, bowiem jej głównym celem była długoterminowa (15-letnia), bezkonfliktowa współpraca przy eksploatacji i utrzymaniu wybudowanej drogi.

W przypadkach, kiedy wygaśnięcie umowy następowało z przyczyn leżących po stronie podmiotu publicznego, płatności regulowane miały być na rzecz partnera prywatnego w równych, 12-miesięcznych ratach, począwszy od upływu 6 miesięcy od daty wygaśnięcia umowy. Partner prywatny potrzebował czasu (ok. 6 miesięcy) na złożenie zamkniętej finansowo oferty i podobnie podmiot publiczny potrzebowałby czasu na przeprowadzenie procedury przetargowej do wyłonienia podmiotu obsługującego finansowo kredyt na spłatę zobowiązań.

- Planowany montaż finansowy:

Firmy prywatne planowały zastosować środki własne w ok. 20-30%, oraz kredyt bankowy w ok. 70-80%.

- Charakter udziału instytucji finansowych:

Przedsiębiorstwa zaangażowały zewnętrzne instytucje finansowe. Instytucje te miały dostęp do całej dokumentacji postępowania. W jednym przypadku wskazano, iż dostęp ten został ograniczony i nie dotyczył materiałów określonych przez partnera publicznego jako poufne.

- Propozycje zgłaszane przez instytucje finansowe:
 - cesja wszystkich należności partnera prywatnego na bank,
 - kredyt z funduszem obligacyjnym,
 - kredyt z tzw. faktoringiem samorządowym, który polega na przejęciu przez bank wierzytelności partnera prywatnego wobec podmiotu publicznego w celu ich sfinansowania (do 100% wartości faktury). W ten sposób bank przejmuje ryzyko braku spłaty zobowiązania przez jednostkę samorządu. Na ogół zbywca wierzytelności podlega uproszczonej procedurze weryfikacji. Finansowanie w takiej formie nie obciąża jego zdolności kredytowej, co przy znacznych kwotach, które wynikają z realizacji inwestycji, ma ogromne znaczenie.
 - umowa bezpośrednia między instytucją finansującą a partnerem publicznym, która może w szczególności:
 - (a) przewidywać po stronie miasta obowiązek informowania banków o wystąpieniu zdarzenia lub okoliczności stanowiących podstawę wypowiedzenia umowy ppp;
 - (b) ustanawiać terminy okresów naprawczych, w czasie których banki będą mogły podjąć działania mające na celu usunięcie przyczyn dających miastu prawo wypowiedzenia umowy ppp; w tym czasie miasto nie będzie mogło skorzystać z prawa do wypowiedzenia umowy ppp ani złożyć wniosku o ogłoszenie upadłości partnera prywatnego;
 - (c) regulować zasady podjęcia przez banki działań zmierzających do (i) zmiany wspólnika partnera prywatnego, (ii) przejęcia zarządzania przedsiębiorstwem partnera prywatnego wspólnie z innym podmiotem wskazanym przez banki lub (iii) – o ile będzie to dopuszczalne przez obowiązujące przepisy prawa - wstąpienia innego podmiotu w prawa i obowiązki partnera prywatnego wynikające z umowy ppp, w przypadku gdyby w okresie naprawczym nie udało się usunąć przyczyn wypowiedzenia umowy ppp (step-in).
 - konieczność zatrudnienia doradcy technicznego kontrolującego postęp prac budowlanych na rzecz banku,
 - mechanizm płatności określający rozliczenia w sytuacji, gdyby umowa ppp została rozwiązana przed upływem okresu jej trwania, powinien zabezpieczać spłatę pozostałego salda kredytu. Zdaniem instytucji finansujących mechanizm zaproponowany w projekcie umowy ppp był niekorzystny dla partnera prywatnego, gdyż nie gwarantował spłaty pozostałej części kredytu, co z kolei powodowało, iż banki żądały daleko idących zabezpieczeń. W efekcie oferta finansowania nie była atrakcyjna dla podmiotów prywatnych.

- Ocena założeń strony publicznej co do planowanych kosztów inwestycji i in. parametrów finansowych:

Zdaniem firm prywatnych, podmiot publiczny zbyt nisko oszacował koszty utrzymania inwestycji, zwłaszcza w zakresie częstotliwości remontów generalnych.

Również przeniesienie na partnera prywatnego ryzyka inflacji czy stóp procentowych, w istotny sposób wpływało na wzrost ceny oferty i spowodowało, że zabezpieczone środki w budżecie podmiotu publicznego były niewystarczające do sfinansowania tego projektu.

Zdaniem podmiotu publicznego koszty utrzymania inwestycji zostały oszacowane poprawnie, na podstawie wykonywanych corocznie obowiązków gminnych w tym zakresie. Kwotę tę potwierdzono analizami finansowymi doradców podmiotu publicznego.

- Ocena racjonalności poziomu kar umownych oraz warunków naliczania kar i/lub rozwiązania umowy ppp⁶:

— w systemie kar przedstawionych przez podmiot publiczny występowała dość rozległa przestrzeń dotycząca *uznaniowości*, co skutkowało niepewnością co do oszacowania rzeczywistego poziomu skutków ewentualnych uchybień partnera prywatnego. Stan niepewności pogłębiał również brak limitu dla naliczania kar w zakresie maksymalnego wynagrodzenia miesięcznego.

Zdaniem zamawiającego system kar był określony wysokością punktów za dane zdarzenie w załączniku nr 2 do projektu umowy ppp *Wymagania dotyczące Eksploatacji i Utrzymania*.

— tryb rozwiązania umowy ppp był jednym z czynników niezłożenia ofert. Obliczając kwotę, którą podmiot publiczny miałby zapłacić partnerowi prywatnemu po rozwiązaniu umowy przed terminem jej zakończenia, należy wziąć pod uwagę wydatki inwestycyjne na wybudowanie drogi oraz sumę opłat za dostępność, wypłaconych od zakończenia inwestycji do chwili rozwiązania umowy. Partner prywatny chciałby, aby w takim przypadku podmiot publiczny zwrócił mu całość wydatków inwestycyjnych (poniesionych na wybudowanie drogi), pomniejszonych o część inwestycyjną opłaty za dostępność (wypłacanej po okresie budowy drogi), czyli bez części eksploatacyjnej opłaty za dostępność.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia zamawiający podtrzymał swoje stanowisko co do metodologii obliczania rozliczeń końcowych i wyjaśnił, że projekt umowy ppp wskazywał co należy rozumieć pod pojęciem wartości drogi, nie zawężając go do samych tylko nakładów inwestycyjnych. Zapisy § 20

⁶ Więcej na ten temat w dokumencie *Zapisy w umowach ppp dotyczące rozwiązywania umów i siły wyższej. Wskazówki dla Zamawiających*, dostępnym na stronie Platformy PPP: <http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Strony/glowna.aspx>

projekt umowy wskazywały, iż partner prywatny zachowuje prawo do wynagrodzenia należnego z tytułu eksploatacji drogi do chwili wygaśnięcia umowy. Zdaniem podmiotu publicznego, właściwą podstawą do rozliczenia byłaby wartość drogi na dzień jej zwrotu (czyli np. z uwzględnieniem jej zużycia), pomniejszona o dokonane przez podmiot publiczny zsumowane płatności tytułem wypłaconego wynagrodzenia miesięcznego, tj. opłaty za dostępność, która miałaby być jednolitą płatnością bez podziału na części np. inwestycyjną i eksploatacyjną. Rozwiązanie to z punktu widzenia partnera prywatnego było mniej korzystne, gdyż w większym stopniu obniżałoby końcową wartość wypłaty od podmiotu publicznego. Obliczeń wartości robót budowlanych zrealizowanych do chwili wygaśnięcia umowy, odpowiednio po przeprowadzeniu kontroli jakości, miał dokonać niezależny rzeczoznawca, biorąc pod uwagę również amortyzację drogi.

- Plany oferentów w zakresie ppp:

Firmy prywatne są zainteresowane podobnymi przedsięwzięciami, jednak przy poniższych założeniach:

- odpowiednia wielkość projektu (w jednym przypadku wskazano, że wartość kosztów inwestycyjnych musi wynosić powyżej 50 mln zł),
- zatrudnienie przez podmiot publiczny profesjonalnych (nie najtańszych) doradców,
- wynagrodzenie w postaci opłaty za dostępność bez ryzyka popytu po stronie partnera prywatnego,
- odpowiednia alokacja ryzyk,
- projekt dopracowany już na etapie przednegocjacyjnym – projekt umowy ppp, badania natężenia ruchu w okresie eksploatacji, decyzje organów publicznych
- precyzyjne określenie źródła spłaty opłaty za dostępność przez podmiot publiczny,
- projekt posiada gotową dokumentację projektową wraz z decyzjami (zezwolenie na realizację inwestycji drogowej lub pozwolenie na budowę).

Zdaniem zamawiającego powyższe postulaty, dotyczące wysokiego stopnia przygotowania projektu na etapie przednegocjacyjnym, w pewnym stopniu pokazują niezrozumienie przez firmy, które brały udział w postępowaniu w Dąbrowie Górniczej, idei dialogu konkurencyjnego i wynikających z niego możliwości kształtowania projektu przez partnera prywatnego przed wysłaniem zaproszenia do złożenia ofert. Zdaniem przedstawicieli Dąbrowy Górniczej partnerzy prywatni oczekiwali od podmiotu publicznego gotowych rozwiązań do realizacji, a to oznaczałoby konieczność realizacji zamówienia w trybie innym niż dialog konkurencyjny. Zakłada się, że w formule ppp należy wykorzystać *know-how* firm prywatnych, które potrafią zaproponować rozwiązanie lepsze, niż podmiot publiczny.

4. Podsumowanie

Przed dokonaniem podsumowującej oceny poszczególnych elementów przygotowania omawianego projektu należy wskazać i podkreślić, że projekt ten zaliczany może być do przedsięwzięć o charakterze precedensowym, bo nie mającym wielu udanych poprzedników. Brak określonych i sprawdzonych wzorców publicznych z jednej strony, a także brak wytworzonej i ugruntowanej praktyki odnoszącej się do oferty rynkowej sektora prywatnego z drugiej, przesądza o tym, iż podjęcie pracy nad omawianym projektem od samego początku nacechowane było szeregiem ryzyk, które mogły decydować o powodzeniu przedsięwzięcia. Są to okoliczności właściwe z uwagi na relatywnie początkowy stan rozwoju krajowego rynku ppp, w szczególności w obszarze inwestycji drogowych. W przedmiotowym przypadku, właśnie z uwagi na jego precedensową naturę, w szczególności należy podkreślić determinację i wolę jaką wykazał się podmiot publiczny. Decyzja o realizacji projektu w formule ppp musi być uzasadniona wynikami określonych analiz ekonomicznych i finansowych, ale równocześnie i przede wszystkim musi jej towarzyszyć determinacja władz publicznych, które, świadome potencjalnych zalet modelu ppp, podejmują próbę nawiązania współpracy z sektorem prywatnym z zamiarem uzyskania określonych korzyści dla dobra ogółu lokalnej społeczności. Nie jest to podejście łatwe do przyjęcia w praktyce, gdyż istniejące potrzeby i uwarunkowania gospodarcze, społeczne i prawne nierzadko nakładają na stronę publiczną presję wymagającą osiągnięcia określonych rezultatów w relatywnie krótkim czasie.

Postępowanie na wybór partnera prywatnego w omawianym projekcie zakończyło się niepowodzeniem. Zaproponowana oferta okazała się nieakceptowalna dla strony publicznej. W efekcie podjęto decyzję o unieważnieniu postępowania, a następnie niezwłocznie podjęto alternatywne działania na rzecz realizacji zaplanowanej inwestycji. Osiągnięto zamierzony cel w postaci zakontraktowania wykonawcy na wybudowanie drogi. Działanie władz Dąbrowy Górniczej należy uznać za racjonalne i uzasadnione, gdyż oparte było na dążeniu do uzyskania korzystnych efektów, zgodnie z określonym harmonogramem.

Omawiany projekt ppp nie może być traktowany jako porażka. W przypadku każdego projektu ppp, tak jak w innych formułach realizacji projektów inwestycyjnych, należy liczyć się z możliwością braku ofert, które spełniają oczekiwania strony publicznej. Jak wskazano wyżej ryzyko takie należy zawsze w kalkulować, w szczególności, gdy podejmowana jest próba zawarcia transakcji ppp.

Przedmiotowy przypadek istotny jest przede wszystkim z uwagi na wypracowany dorobek doświadczeń związanych z próbą podjęcia współpracy między sektorem publicznym i prywatnym w zakresie budowy i utrzymania dróg. Nie ma obecnie wielu praktycznych przykładów w tej dziedzinie stąd wartość doświadczeń nabiera większego znaczenia. Poniższe uwagi o charakterze podsumowującym należy interpretować wyłącznie w kontekście odnoszącym się do specyfiki przygotowania projektu ppp. Z uwagi na precedensowy charakter przedsięwzięcia, nie mogą być one podstawą dla formułowania oceny działania podmiotów uczestniczących w procesie przygotowania projektu.

W niniejszym raporcie przedstawiono ostatni etap procesu wyboru partnera prywatnego. Przygotowaniu ofert towarzyszyła możliwość składania pytań do dokumentacji przedstawionej przez stronę publiczną, a także podnoszenia wątpliwości oraz wysuwania propozycji w celu zapewnienia określonej interpretacji i rozumienia założeń projektowych. Propozycje, które zdaniem podmiotu publicznego nie skutkowały zwiększeniem ryzyka dostępności lub budowy po jego stronie, zostały uwzględnione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Mimo to, strona prywatna odebrała podejście podmiotu publicznego jako zachowanie „sztywne” i „nieelastyczne”.

Wydaje się, że jednym z kluczowych czynników, który mógł powodować powyższe okoliczności był fakt, iż władze Miasta nie chciały, aby skutkiem proponowanego przez stronę prywatną rozkładu ryzyka w projekcie⁷ było finalnie zaliczenie zobowiązań publicznych wynikających z umowy ppp do długu gminy. W świetle interpretacji obowiązujących przepisów w zakresie długu i deficytu jest można przyjąć tezę, iż realizacja wielu z postulatów strony prywatnej niosłaby ryzyko zwiększenia wskaźnika zadłużenia gminy zarówno o koszt budowy drogi, jak i koszty jej wieloletniego utrzymania.

W zakresie uwarunkowań dotyczących deficytu i długu podejście władz Dąbrowy Górniczej ma swoje subiektywne uzasadnienie. Zwiększenie deficytu oraz zobowiązań dłużnych ogranicza możliwość finansowania szeregu zadań jednostek samorządu terytorialnego, w tym realizację wydatków inwestycyjnych. Trzeba mieć równocześnie na uwadze, że przygotowanie projektu ppp tak, aby w ogóle lub w umiarkowanym stopniu zwiększał zadłużenie podmiotu publicznego, nie powinno być jedyną lub dominującą przesłanką do wyboru trybu ppp. W drogowych projektach ppp zakłada się, że zaangażowanie partnera prywatnego w długim okresie powinno zapewnić wyższe standardy wykonania

⁷ Zgodnie z art. 18a ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19 poz. 100, z późn. zm.) zobowiązania wynikające z umów ppp nie wpływają na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych w sytuacji, gdy partner prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu.

i utrzymania drogi, co w efekcie prowadzi do zwiększenia bezpieczeństwa kierowców i innych użytkowników infrastruktury drogowej. Z założenia, tryb ppp nie może zagwarantować najniższego kosztu budowy i utrzymania, powinien natomiast zagwarantować najlepszą relację uzyskanych korzyści do poniesionych kosztów (*value for money*).

W każdym projekcie ppp przy ocenie potencjalnego zaangażowania finansowego podmiotu publicznego (wpływającego na dług i deficyt) brane są pod uwagę uregulowania umowy ppp w zakresie rozliczeń finansowych między stronami. W obszarze tym lokują się również bezpośrednio interesy strony finansującej, która dąży do zapewnienia bezpieczeństwa udzielonego kredytu. Podobnie w omawianym przypadku następujące kwestie stanowiły przedmiot szczególnej uwagi:

- limit kar umownych lub jego ograniczenie do części niefinansowanej przez bank (część eksploatacyjna),
- możliwość zwrotu kapitału zaangażowanego przez bank w przypadku rozliczeń związanych z wypowiedzeniem umowy ppp,
- uwzględnienie procedury umowy bezpośredniej, w tym model *step-in rights*.

Zgodnie z uzyskanymi od wykonawców informacjami, bardzo istotną kwestią warunkującą możliwość złożenia oferty było udzielenie akceptacji przez instytucje finansowe dla określonego modelu zabezpieczenia środków kredytowych. Brak powyższej akceptacji skutkowało niemożnością przygotowania oferty w postępowaniu. Wiąże się to również z kwestią zaproponowanego podziału zadań i ryzyk, któremu powinna towarzyszyć zasada, że danym ryzykiem zarządza strona, która robi to lepiej. Partner prywatny nie będzie chciał ponosić ryzyk (albo wyceni je bardzo drogo) na które nie ma wpływu jak np. opieszałość organów administracji publicznej, status właścicielski terenu, stan zaawansowania oraz jakość przygotowanego projektu budowlanego. Brak konsensusu w tym zakresie wpływa w efekcie na podrożenie oferty.

Firmy prywatne informowały także, że jednym z czynników, które uniemożliwiły lub utrudniły złożenie oferty była interpretacja podatkowa w kwestii VAT, z której wynika, iż po zrealizowaniu prac budowlanych (w ramach projektu podobnego do przedsięwzięcia w Dąbrowie Górniczej), tj. po odbiorze prac potwierdzonym dokumentacją zdawczo-odbiorczą, spółka powinna zapłacić VAT za daną inwestycję bez względu na termin wystawienia faktury i płatności. Interpretacja ta wzbudziła duże wątpliwości, ponieważ zgodnie z zasadami funkcjonowania przedsięwzięć ppp w danym momencie spółka nie otrzymuje od partnera publicznego jakiegokolwiek zapłaty za wykonane roboty budowlane, lecz dopiero zacznie otrzymywać regularne płatności (w formie opłaty za dostępność), rozłożone na wiele lat (czas eksploatacji drogi). Wymóg zapłacenia VAT od razu

za całość inwestycji może sprawić, iż przedsięwzięcia ppp nie będą opłacalne dla przedsiębiorców.

Rezultaty omawianego postępowania oraz stanowiska wykonawców w ankietach pozwalają na postawienie tezy, iż w trakcie prowadzonego dialogu konkurencyjnego nie omówiono wszystkich istotnych kwestii, które dotyczyły projektowanej transakcji. Wydaje się, że w omawianej sytuacji istniała potrzeba kontynuacji dialogu między stronami. W tym kontekście należy mieć na uwadze, że ze względu na uwarunkowania prawne, inicjatywa w zakresie tempa, czasu, intensywności oraz sposobu prowadzenia dialogu leży zawsze po stronie publicznej. Brak kontynuacji dialogu w przedmiotowym przypadku wynikał m.in. z chęci zachowania założonego wcześniej przez stronę publiczną harmonogramu pracy. Zdaniem podmiotu publicznego, wszystkie kwestie zostały dokładnie przedyskutowane, jednakże potencjalni oferenci złożyli jeszcze szereg zapytań po otrzymaniu zaproszenia do składania ofert. Uwzględnienie terminowej realizacji określonych zadań w procesie przygotowania projektu inwestycyjnego jest bardzo istotne. Równocześnie charakter każdej transakcji ppp, w tym rola i znaczenie dialogu między stronami, wymaga dodatkowej analizy w zakresie potrzeb i możliwości jakie stwarzane są w projekcie dzięki doprowadzeniu do stanu, w którym jego uczestnicy nie zgłaszają nowych zagadnień celem ich przedyskutowania. Stan taki jest przesłanką do przyjęcia, iż zainteresowane podmioty zostały poinformowane wyczerpująco odnośnie oczekiwanych warunków transakcji. Tworzy to sprzyjającą sytuację dla przygotowania oferty, minimalizuje ilość zadawanych na tym etapie pytań oraz zwiększa pewność na zachowanie konkurencyjności postępowania poprzez uzyskanie kilku, spełniających założenia podmiotu publicznego, propozycji. W przypadku, gdy wykonawcy podczas dialogu nie uzyskali pewności co do poszczególnych aspektów projektu, ryzyko nie uzyskania ofert prowadzące do fiaska projektu ppp, jest bardzo wysokie.

Kolejnym elementem, który na podstawie przebiegu postępowania oraz uzyskanych od wykonawców ankiet można zaliczyć do grona czynników istotnie wpływających na powodzenie projektu ppp jest kwestia kompleksowego (prawnego, finansowego, technicznego) wsparcia i doradztwa dla strony publicznej. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że zaangażowanie doradców zewnętrznych po stronie publicznej w żadnym stopniu nie może być przesłanką dla stwierdzenia, iż podmiot ten nie jest w stanie samodzielnie realizować przypisanego sobie zadania. Konieczność zapewnienia kompleksowego doradztwa wynika ściśle z charakteru transakcji ppp. Projekty te, w porównaniu z klasycznymi zamówieniami publicznymi, są skomplikowanymi strukturami w których należy pogodzić szereg interesów zaangażowanych podmiotów. Dotyczy to nie tylko partnerów; publicznego oraz prywatnego, ale również w szczególności przedstawicieli sektora finansującego. Przystępując do planowania, a następnie wdrażania projektu ppp, zalecane jest by podmiot

publiczny na cały okres (tj. od przygotowania założeń do zapewnienia finansowania inwestycji) uzupełnił własne kompetencje wsparciem zewnętrznym, w sposób który umożliwi mu prowadzenie partnerskiego dialogu w zakresie najlepszych możliwych technologii wykonania projektu oraz najkorzystniejszych opcji zapewnienia jego finansowania. Jest to szczególnie istotne z uwagi na fakt, iż oferta sektora finansującego jest zróżnicowana i dla potrzeb konkretnego przypadku może być dostosowana poprzez łączenie z innymi usługami finansowymi, np. w zakresie ubezpieczenia inwestycji. Doradcy zewnętrzni wspierający podmiot publiczny, dzięki własnym doświadczeniom, wynikającym nierzadko z zaangażowania w przygotowania projektów ppp po stronie prywatnej, mogą wzbogacić podmiot publiczny o umiejętność spojrzenia na daną transakcję z punktu widzenia partnera prywatnego. Sprzyja to uzyskaniu konsensusu i zrozumienia co do możliwego poziomu kompromisu w zakresie poszczególnych aspektów projektu. Może przełożyć się to również korzystnie na sposób komunikacji między stronami w trakcie dialogu, a także na sposób przygotowania i przedstawienia dokumentacji wchodzącej w skład zaproszenia do składania ofert. Udział profesjonalnych doradców zewnętrznych kompleksowo wspierających podmiot publiczny na każdym z kluczowych etapów przygotowania projektu ppp zwiększa prawdopodobieństwo przygotowania założeń projektowych w taki sposób by inwestycja wykazała oczekiwaną wartość dodaną dla sektora publicznego, a jednocześnie była możliwa (akceptowalna) do realizacji i finansowania przez sektor prywatny.

Władze gminy Dąbrowa Górnicza podjęły się pionierskiego zadania realizacji inwestycji ppp. Ostatecznie zrealizowano przedsięwzięcie w formule tradycyjnej. Nie zmienia to jednak faktu, iż doświadczenia zebrane w niniejszym raporcie mają szansę przyczynić się do jak najlepszego przygotowywania podobnych projektów w Polsce poprzez zwrócenie uwagi na szereg problemów oraz możliwości, które mogą się pojawić przed wszystkimi uczestnikami podobnych przedsięwzięć.

Załączniki:

1. Informacja z publicznego otwarcia ofert w dniu 15 stycznia 2013 r.
2. Informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 25 stycznia 2013 r.
3. Ogłoszenie w DUUE o unieważnieniu postępowania z dnia 25 stycznia 2013 r.