



www.ppp.gov.pl

ppp@mrr.gov.pl

Projekt ppp od A do Z

Zbiór tekstów źródłowych
dotyczących partnerstwa
publiczno-privatnego

sierpień 2012 r.



POMOC TECHNICZNA
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



MINISTERSTWO
ROZWOJU
REGIONALNEGO

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Warunki korzystania z niniejszej 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.

Pierwotna wersja niniejszego materiału sporządzona została przez Europejskie centrum konsultacyjne w zakresie ppp (European PPP Expertise Centre — EPEC) - wspólną inicjatywę Europejskiego Banku Inwestycyjnego (EBI), Komisji Europejskiej, państw członkowskich Unii Europejskiej oraz kilku innych państw. Aktualne brzmienie jest wynikiem prac Platformy Partnerstwa Publiczno – Prywatnego powołanej z inicjatywy Ministra Rozwoju Regionalnego. EPEC nie dokonał przeglądu lub formalnego zatwierdzenia niniejszego materiału i nie ponosi odpowiedzialności za jego treść.

Obserwacje, analizy, interpretacje i wnioski zawarte w niniejszej publikacji nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa Regionalnego, a jedynie zbiór wniosków i opinii wypracowanych w toku działań Platformy Partnerstwa Publiczno – Prywatnego. Wszelkie ryzyko związane z wykorzystaniem powyższych informacji ponoszą użytkownicy.

Dokument zawiera również odesłania do serwisów internetowych osób trzecich. MRR nie ponosi odpowiedzialności za te serwisy, a korzystanie z nich może podlegać warunkom użytkowania określonym przez odpowiednich dostawców treści.

Praca zbiorowa powstała we współpracy: Grupa doradcza Sienna Sp. z o.o. Współpraca ze strony Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w Warszawie: Krzysztof Siwek, Marcin Jędrasik, Marta Woźniak.

Spis treści

Wykaz skrótów	1
Wprowadzenie	2
<i>Cel i kontekst</i>	2
<i>Korzystanie z Przewodnika</i>	3
<i>Odbiorcy Przewodnika</i>	4
<i>Struktura Przewodnika</i>	5
1 Identyfikacja projektu	7
1.1 <i>Wybór projektu</i>	7
1.2 <i>Ocena wariantu ppp</i>	8
2 Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)	20
3 Szczegółowe przygotowania projektu ppp	28
3.1 <i>Przygotowania organizacyjne</i>	29
3.2 <i>Przygotowania do wszczęcia postępowania</i>	34
4 Wybór Partnera Prywatnego	56
4.1 <i>Postępowanie</i>	57
4.2 <i>Sfinalizowanie umowy ppp i uzgodnień finansowych</i>	71
5 Realizacja projektu	80
5.1 <i>Zarządzanie umową</i>	81
5.2 <i>Ocena ex post</i>	102
Załącznik 1: Finansowanie typu „project finance”	106
Załącznik 2: Ramy prawne dla ppp	113

TABELE

Tabela 1. Cykl realizacji projektu ppp i struktura Przewodnika: fazy, etapy i czynności.....	5
Tabela 2. Traktowanie ppp z punktu widzenia rachunkowości zgodnie ze standardem ESA95.....	18
Tabela 3. Porównanie procedur zamówień publicznych.....	43

RAMKI

Ramka 1: Doradcy ds. ppp w fazie zamówienia	32
Ramka 2: Alokacja ryzyka związanego z przychodami zależnymi od ruchu	37
Ramka 3: Mechanizm płatności.....	53
Ramka 4: Ubezpieczenia	76
Ramka 5: Podział zysków z tytułu refinansowania.....	89

SCHEMATY

Schemat 1. Szczegółowe przygotowania	28
Schemat 2. Czynności organizacyjne.....	29
Schemat 3. Czynności przed postępowaniem.....	34
Schemat 4. Wybór partnera prywatnego	56
Schemat 5. Czynności związane z postępowaniem	57
Schemat 6. Czynności związane ze sfinalizowaniem umowy ppp i uzgodnień finansowych	71
Schemat 7. Realizacja projektu	80
Schemat 8. Czynności związane z zarządzaniem umową	81
Schemat 9. Czynności związane z oceną <i>ex post</i>.....	102

Wykaz skrótów

„ppp” – partnerstwo publiczno - prywatne

„PZP”- ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn.zm.)

„ustawa o koncesji” – ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101 z późn.zm.)

„ustawa o ppp” - ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19 poz. 100 z późn.zm.)

Jednostka – podmiot publiczny występujący jako zamawiający w postępowaniu na wybór partnera prywatnego

„wykonawca” – oznacza podmiot (osobę fizyczną, osobę prawną, jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej) uczestniczący w postępowaniu prowadzącym do wyboru partnera prywatnego, niezależnie od etapu tego postępowania, a więc również kandydata i oferenta w rozumieniu przepisów ustawy o koncesji.

Wprowadzenie

Cel i kontekst

Porozumienia dotyczące partnerstw publiczno-prywatnych (ppp) różnią się pod kilkoma względami od standardowych zamówień publicznych. W ramach tego rodzaju porozumień podmioty z sektora publicznego i sektora prywatnego wspólnie realizują projekty związane z budową infrastruktury publicznej (np. dróg, linii kolejowych, budynków oświatowych), przy czym projekty te mają zazwyczaj pewne wspólne cechy, takie jak:

- zawarcie przez publiczną jednostkę zamawiającą (zwaną dalej Jednostką) i przedsiębiorstwo z sektora prywatnego długoterminowej umowy ppp, której przedmiotem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia, które opiera się na świadczeniu usług, a nie dostarczaniu środków trwałych
- przeniesienie na sektor prywatny niektórych czynników ryzyka związanych z projektem (zwłaszcza w zakresie projektowania, budowy, eksploatacji i finansowania);
- położenie nacisku na sprecyzowanie rezultatów projektu, nie zaś jego parametrów wejściowych (z uwzględnieniem konsekwencji projektu w całym cyklu jego realizacji);
- zastosowanie finansowania ze środków prywatnych (co jest często określane jako finansowaniem typu „*project finance*”¹) w związku z przeniesieniem ryzyka na sektor prywatny;
- dokonywanie na rzecz sektora prywatnego płatności odzwierciedlających świadczone usługi — partner prywatny (lub spółka publiczno-prywatna) może otrzymywać płatności od użytkowników (np. opłaty za korzystanie z autostrady), od Jednostki (np. płatności za dostępność lub opłaty pośrednie) bądź w formie mieszanej (np. opłaty wnoszone przez użytkowników, płatność strony publicznej).

Stosowanie porozumień ppp zamiast tradycyjnych zamówień publicznych znajduje swoje uzasadnienie w założeniu, że optymalny podział ryzyka z partnerami prywatnymi jest bardziej *opłacalny*² dla sektora publicznego.

Należy jednak pamiętać, że porozumienia ppp są bardziej skomplikowane niż tradycyjne zamówienia publiczne. Wymagają szczegółowego przygotowania i zaplanowania projektu, właściwego zarządzania fazą zamówienia w celu pobudzenia konkurencji między oferentami, a także starannego

¹ Zasady „*project finance*” scharakteryzowano w Załączniku 1.

² Pojęcie opłacalności omówiono w punkcie 1.2.

przygotowania umowy, w której należy określić standard usług, odpowiednio alokować ryzyko oraz zapewnić właściwą równowagę między ryzykiem i korzyściami. Aby spełnić powyższe wymagania, przedstawiciele sektora publicznego muszą dysponować kwalifikacjami, które w przypadku tradycyjnych zamówień zazwyczaj nie są niezbędne.

Autorzy niniejszego Przewodnika starali się wskazać najlepsze materiały informacyjne, dostępne obecnie bezpłatnie w języku polskim oraz wybrane publikacje w języku angielskim. W ten sposób powstał zbiór tekstów źródłowych dotyczących dobrych praktyk w dziedzinie ppp, którego celem jest ułatwienie przedstawicielom sektora publicznego inicjowania i wdrażania projektów realizowanych na zasadach ppp oraz przybliżenie im najważniejszych zagadnień i procedur związanych z zamówieniami w ramach porozumień ppp.

Zapotrzebowanie na właściwie zorganizowane przedsięwzięcia ppp jeszcze nigdy nie było tak duże. W ramach strategii przeciwdziałania skutkom kryzysu gospodarczego państwa członkowskie UE i Komisja Europejska kładą duży nacisk na konieczność przyspieszania inwestycji w infrastrukturę poprzez mobilizowanie środków finansowych z sektorów publicznego i prywatnego za pośrednictwem porozumień ppp³.

Korzystanie z Przewodnika

Z Przewodnika można korzystać na kilka sposobów. Na przykład, jako:

- ogólny przewodnik po problematyce przeprowadzania zamówień i realizacji projektów w modelu ppp;
- wprowadzenie do informacji, jakie należy uzyskać od doradców w dziedzinie ppp;
- punkt wyjścia do lepszego poznania określonych aspektów struktury partnerstw publiczno-prywatnych.

Niniejszy Przewodnik został opracowany jako zbiór materiałów źródłowych dotyczących dobrych praktyk, w związku z czym jego wartość zależy ostatecznie od wartości informacji zawartych w tekstach źródłowych. Źródła wskazano w przypisach znajdujących się pod tekstem. Podano tytuł publikacji, jej autorów, datę publikacji oraz krótki opis tematów zawartego w danej pozycji.

Większość źródeł to istniejące publikacje w zakresie ppp oraz zamówień publicznych, które są dostępne w Internecie. W takich przypadkach notka bibliograficzna zawiera odsyłacz do strony internetowej.

³ Patrz Komunikat Komisji COM(2009) 615 z 19 listopada 2009 r.: *Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change developing Public Private Partnerships* <http://www.eib.org/epec/resources/commission-communication-on-ppp-en.pdf>

Zastrzeżenia

- Z uwagi na dynamicznie zmieniającą się sytuację m.in. w dziedzinie przedsięwzięć infrastrukturalnych realizowanych na całym świecie na zasadach ppp, stale powstają nowe procedury, a dotychczasowe ulegają dezaktualizacji. Autorzy Przewodnika dołożyli starań, aby zweryfikować i przedstawić najnowsze dostępne wytyczne i dokumenty dotyczące ppp.
- Przewodnik został pierwotnie opracowany w języku angielskim. Większość materiałów informacyjnych na temat ppp pochodzi z takich krajów, jak Australia czy Wielka Brytania, które mają duże doświadczenie w tej dziedzinie, lub od organizacji międzynarodowych, takich jak Bank Światowy, których mandat obejmuje gromadzenie najlepszych praktyk z całego świata. W tym drugim przypadku, chociaż materiały są dostępne w języku angielskim, ich treść odzwierciedla doświadczenia z krajów nieanglojęzycznych, w związku z czym źródła takie mają szersze zastosowanie.
- Przy określaniu struktury porozumienia ppp należy wziąć pod uwagę ramy prawne obowiązujące w danym kraju. Podstawowe zasady wynikające z ram prawnych dla ppp omówiono w Załączniku 2 do Przewodnika.
- Przewodnik został zweryfikowany oraz zmieniony w części dotyczącej prowadzenia procedur dla zawarcia umowy ppp pod kątem obowiązujących przepisów prawa polskiego.

Odbiorcy Przewodnika

Niniejszy Przewodnik jest przeznaczony głównie dla przedstawicieli sektora publicznego, którzy są odpowiedzialni za projekty publiczno-prywatne, dysponują wiedzą i doświadczeniem w dziedzinie tradycyjnych zamówień publicznych, nie są natomiast zaznajomieni z problematyką przedsięwzięć ppp. Odbiorcy mogą się przy tym znajdować na różnych etapach procesu podejmowania decyzji w ramach cyklu realizacji projektów ppp, co przedstawiono na przykładzie poniższych scenariuszy.

- **Scenariusz 1.** Zidentyfikowano proponowany projekt i zakończono wstępną analizę jego wykonalności. Jednostka rozważa zastosowanie modelu ppp, w związku z czym musi porównać ten wariant z innymi dostępnymi strategiami przeprowadzania zamówień, aby wybrać najbardziej odpowiednią opcję. W Przewodniku wskazano kilka źródeł informacji, które powinny ułatwić Jednostkom dokonanie niezbędnej analizy i stwierdzenie, czy partnerstwo publiczno-prywatne jest najwłaściwszym sposobem przeprowadzenia zamówienia.
- **Scenariusz 2.** Jednostka jest zdecydowana na realizację projektu w ramach porozumienia ppp, ale przedstawiciele sektora publicznego odpowiedzialni za określenie strategii projektu nie realizowali wcześniej zamówień w modelu ppp lub mają niewielkie doświadczenie w tym zakresie. Osoby te muszą między innymi poznać wymagania dotyczące zasięgania porad specjalistów, etapy cyklu realizacji projektu ppp oraz zasady współpracy z sektorem prywatnym. W Przewodniku

przedstawiono *mapę drogową* obejmującą wszystkie kroki, jakie należy podjąć w fazie zamówienia w ramach cyklu realizacji projektu ppp.

- **Scenariusz 3.** Projekt ppp jest już wdrażany, a partner prywatny proponuje zmiany w umowie ppp, które mogą wpłynąć na bilans finansowy i opłacalność dotychczasowego porozumienia ppp. Przedstawiciele sektora publicznego odpowiedzialni za projekt muszą zdawać sobie sprawę ze skutków proponowanych zmian oraz wiedzieć, jakie informacje należy uzyskać od doradców, aby wynegocjować z partnerem prywatnym warunki pozwalające na utrzymanie opłacalności zamówienia. W Przewodniku omówiono najważniejsze kwestie, jakie Jednostka musi wziąć pod uwagę przy renegotjowaniu umowy ppp.

Struktura Przewodnika

Struktura Przewodnika odzwierciedla cztery najważniejsze fazy cyklu realizacji projektu ppp, co przedstawiono poniżej w tabeli 1.

Tabela 1. Cykl realizacji projektu ppp i struktura Przewodnika: fazy, etapy i czynności		
Fazy	Etapy	Czynności
<i>Rozdział 1</i> Identyfikacja projektu	1.1. Wybór projektu 1.2. Analiza wariantu ppp	- Identyfikacja - Specyfikacja rezultatów - Możliwość sfinansowania - Alokacja ryzyka - Traktowanie przez Eurostat - Wiarygodność finansowa - Opłacalność
<i>Rozdział 2</i> Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)	2.1. Modele realizacji projektu hybrydowego 2.2. Najważniejsze kwestie	- Identyfikacja i specyfika
<i>Rozdział 3</i> Szczegółowe przygotowania	3.1. Przygotowania organizacyjne 3.2. Przygotowania do wszczęcia postępowania	- Zespół projektowy - Zespół doradczy - Plan i harmonogram - Dalsze analizy - Szczegółowa struktura ppp - Sposób wyboru partnera prywatnego - Przygotowanie postępowania
<i>Rozdział 4</i>	4.1. Postępowanie	- Ogłoszenie i wstępna kwalifikacja

Wybór partnera prywatnego	4.2. Sfinalizowanie umowy ppp i uzgodnień finansowych	<ul style="list-style-type: none"> - Kontakty z wykonawcami - Negocjacje - Udzielenie zamówienia - Ostateczna umowa ppp - Porozumienia finansowe - Sfinalizowanie uzgodnień finansowych
Rozdział 5 Realizacja projektu	5.1. Zarządzanie umową	<ul style="list-style-type: none"> - Obowiązki związane z zarządzaniem - Monitorowanie rezultatów świadczenia usług - Korekty umowy - Zmiany umowy - Umowy zawierane przez partnera prywatnego - Rozstrzyganie sporów - Utrzymanie środków trwałych - Rozwiązanie umowy - Ramy instytucjonalne - Ramy analityczne

Każdy *rozdział* Przewodnika dotyczy jednej fazy cyklu realizacji projektu ppp i dzieli się na dwa *etapy*. W odniesieniu do każdego z etapów ujętych w Przewodniku wskazano najważniejsze *czynności*, które Jednostka i jej doradcy muszą wykonać przed przejściem do następnego etapu. W omówieniu najważniejszych czynności podano uzasadnienie każdej z nich, opis najważniejszych zadań oraz odwołania do materiałów źródłowych zawierających dokładniejsze informacje na ich temat.

Dodatkowe informacje:

- Zagadnienia szczegółowe (dotyczące na przykład czynników ryzyka związanych z natężeniem ruchu, mechanizmów płatności bądź łączenia dotacji unijnych z finansowaniem prywatnym) omówiono bardziej szczegółowo w *ramkach* ze względu na ich zasadnicze znaczenie dla struktury porozumień ppp.
- Na końcu opisu każdej czynności umieszczono *listę kontrolną*, która przypomina czytelnikom o najważniejszych zadaniach, jakie należy wykonać przed przejściem do następnej czynności.

Treść Przewodnika uzupełniają dwa *załączniki*. W [Załączniku 1](#) omówiono podstawy finansowania na zasadach „*project finance*” dotyczące wszystkich projektów ppp, natomiast [Załącznik 2](#) zawiera uwagi na temat ram prawnych dla ppp.

1 Identyfikacja projektu

Rozdział 1 zawiera krótkie podsumowanie najważniejszych zagadnień związanych z fazą identyfikacji projektu, która poprzedza fazę przygotowania i fazę zamówienia. Faza identyfikacji jest istotna, ponieważ pozwala ustalić, czy wybrany projekt może (i powinien) zostać zrealizowany w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego zamiast tradycyjnego zamówienia publicznego.

1.1 Wybór projektu

Nadrzędnym celem procesu wyboru projektu jest potwierdzenie *opłacalności* przedsięwzięcia. Pojęcie „opłacalność” oznacza możliwość uzyskania jak najlepszych rezultatów z punktu widzenia społeczeństwa, przy czym pod uwagę brane są wszelkie korzyści, koszty i czynniki ryzyka występujące w całym okresie realizacji projektu. Aby projekt mógł zostać uznany za opłacalny (bez względu na wariant wybrany do przeprowadzenia zamówienia), wynikające z niego korzyści muszą przewyższać koszty. Spełnienie tego warunku potwierdza się zazwyczaj przez przeprowadzenie analizy kosztów i korzyści, która obejmuje projekt i związane z nim wymagania.

Cechą szczególną projektów ppp jest to, że związane z nimi wymagania definiuje się w kategoriach *rezultatów*, a nie *parametrów wejściowych*, podczas gdy w przypadku tradycyjnych zamówień największy nacisk kładzie się zwykle właśnie na parametry wejściowe. Z tego względu zastosowanie modelu partnerstwa publiczno-prywatnego wymaga zasadniczej zmiany sposobu przygotowywania projektów oraz zakresu informacji, jakich Jednostka musi udzielać potencjalnym inwestorom z sektora prywatnego. Typowe studia wykonalności przeprowadzane w przypadku zamówień publicznych związanych z projektami koncentrują się na parametrach wejściowych, natomiast w przypadku projektów ppp konieczne jest określenie jednoznacznego zbioru rezultatów i norm jakości, które następnie znajdują odzwierciedlenie w umowie ppp (patrz 3.2.4.4, *Sporządzenie projektu umowy ppp*). Z uwagi na charakter rezultatów przedsięwzięć w modelu ppp zdecydowaną większość prac związanych z przygotowaniem projektu technicznego⁴ inwestycji wykonuje partner prywatny⁵.

⁴ Wyrażenie „projekt techniczny” oznacza w tym przypadku opracowanie planów lub szkiców wykorzystywanych do przygotowania inwestycji.

⁵ Szerzej: *Client Guide, Achieving Well Designed Schools Through PFI* Commission for Architecture and Built Environment (CABE) (sierpień 2002 r.)
Komentarz: W punktach 2, 3 i 4 podkreślono, jak ważna jest rzetelna specyfikacja rezultatów, a także omówiono rolę sektora prywatnego na wczesnym etapie tworzenia struktury projektu.
<http://www.cabe.org.uk/publications/achieving-well-designed-schools-through-pfi>

Na etapie wyboru projektu Jednostka dokonuje przeglądu różnych modeli realizacji projektów w kontekście zasad dotyczących ppp.

Po wybraniu specyfikacji projektu Jednostka przystępuje do przeprowadzenia analiz wykonalności oraz do przygotowania projektu (działania te obejmują analizę podaży i popytu, analizę kosztów oraz wstępną analizę potencjalnego wpływu projektu na środowisko naturalne).

Rozpatrując wariant przeprowadzenia zamówienia w modelu ppp, Jednostka zamawiająca i jej doradcy muszą w fazie identyfikacji projektu odpowiedzieć sobie na kilka zasadniczych pytań:

- Czy projekt jest *możliwy do sfinansowania*? Kto pokryje koszty projektu: użytkownicy, strona publiczna czy obie strony? Jaką formę będzie miało wynagrodzenie partnera prywatnego (opłaty wnoszone przez użytkowników, opłata za dostępność) oraz inne aspekty finansowe w projekcie (dotacje unijne, gwarancje rządowe itd.)?
- Jakie są najważniejsze *źródła ryzyka* związane z proponowanym projektem? Jaka jest optymalna strategia alokacji ryzyka i zarządzania ryzykiem?
- Jakie są *źródła finansowania* proponowanego projektu? Czy projekt będzie wiarygodny finansowo (tj. czy pozwoli pozyskać finansowanie wierzycielskie)? Czy przyciągnie inwestorów? Czy spełni wymagania związane z uzyskaniem unijnego wsparcia finansowego?
- Nawet, jeśli projekt jest możliwy do sfinansowania i wiarygodny finansowo, to czy jest *opłacalny*?
- W wielu krajach istotne jest również to, w jaki sposób projekt zostanie potraktowany w bilansie (tj. czy zostanie uznany za inwestycję sektora publicznego z punktu widzenia długu publicznego i deficytu w rozumieniu Procedury Nadmiernego Deficytu przewidzianej w Traktacie z Maastricht).

1.2 Ocena wariantu ppp

Etap 1.2 wskazuje na szereg kwestii i uwarunkowań, które powinny zostać wzięte pod uwagę przez Jednostkę i ich doradców przy rozważaniu wariantu ppp. Nie przedstawia on jednak wyczerpującej listy zaleceń, ponieważ ocena wariantu ppp będzie uzależniona od konkretnej sytuacji panującej w danym kraju — zwłaszcza pod względem ram prawnych i instytucjonalnych.

Możliwość sfinansowania

Możliwość sfinansowania oznacza zdolność do pokrycia kosztów budowy, eksploatacji i utrzymania przedmiotu projektu. Koszty te mogą być pokrywane przez użytkowników usług bądź przez podmiot publiczny, który zlecił budowę środka trwałego.

Ocena możliwości sfinansowania wymaga starannego przeanalizowania przewidywanych kosztów eksploatacji i utrzymania przedmiotu projektu oraz

poziomu przepływu środków pieniężnych niezbędnego do zapewnienia spłaty kredytów i uzyskania zwrotu z inwestycji przez inwestorów. W tym celu należy opracować model finansowy, który umożliwia dokonanie oceny poszczególnych wariantów w różnych kategoriach, takich jak szacunkowe koszty inwestycji, eksploatacji i utrzymania, wskaźniki eskalacji kosztów, przyjęta struktura finansowania oraz wstępne warunki umowy ppp. Na etapie wstępnego studium wykonalności model finansowy jest opracowywany w sposób dosyć ogólny, a dopiero później — na etapie właściwego studium wykonalności i po szczegółowym określeniu struktury porozumienia ppp — następuje dalsze rozwinięcie i dopracowanie tego modelu (patrz [3.2.2 Opracowanie szczegółowej struktury porozumienia ppp](#))

Analiza kosztów pozwala następnie oszacować przychody niezbędne do ich pokrycia.

- W przypadku partnerstw publiczno-prywatnych, w ramach których za usługę płać bezpośrednio użytkownicy (tzw. „ppp ukierunkowanych na przychody”), Jednostka musi zbadać zdolność i gotowość użytkowników do uiszczania opłat — zwłaszcza jeśli osiągnięcie zakładanego przepływu środków pieniężnych wymaga podwyższenia bieżących taryf. Zapewnienie możliwości sfinansowania wielu przedsięwzięć realizowanych w modelu ppp wymaga dotowania usług przez sektor publiczny, a zastosowanie takich dotacji może wpłynąć na opłacalność porozumienia ppp, gdyż w takim przypadku oszczędności netto wynikające ze zwiększenia efektywności w całym cyklu realizacji projektu w wariantcie ppp muszą być wystarczająco duże, aby zrekompensować wykorzystanie środków publicznych.
- W przypadku partnerstw publiczno-prywatnych, w ramach których płatności dokonuje Jednostka („ppp ukierunkowanych na dostępność”), ocena możliwości sfinansowania jest kluczowym elementem tworzenia struktury transakcji. Jednostka przyjmuje zobowiązanie płatnicze na cały okres realizacji umowy ppp (tzw. „opłata za usługę”), co oznacza długofalowe zaangażowanie i może wpływać na strukturę i opłacalność transakcji. W niektórych sytuacjach może być konieczne zbadanie wariantów, w których przewidziane jest połączenie bezpośrednich opłat uiszczanych przez użytkowników z opłatami za usługi.

W związku z powyższym możliwość sfinansowania projektu ma związek nie tylko z bilansem finansowym porozumienia ppp, lecz także z ogólnymi wydatkami publicznymi. Projekt ppp jest uznawany za możliwy do sfinansowania, jeśli powiązane z nim wydatki publiczne mieszczą się w limicie budżetowym sektora publicznego na dany okres.

Alokacja ryzyka

Uzyskanie opłacalności na poziomie uzasadniającym wybór wariantu ppp zależy również od możliwości należytego rozpoznania, przeanalizowania i alokacji czynników ryzyka związanych z projektem. Niedopełnienie tego wymogu pociąga za sobą dodatkowe koszty, dlatego na etapie identyfikacji projektu Jednostka musi nie tylko oszacować źródła przychodów decydujące o możliwości sfinansowania projektu, lecz także przeprowadzić obszerną analizę czynników ryzyka wynikających z wymagań projektu (analiza taka jest

podstawą zarządzania ryzykiem). Zarządzanie ryzykiem to proces ciągły, który trwa przez cały okres realizacji projektu ppp. W ramach tego procesu wyróżnia się pięć etapów:

- **identyfikacja ryzyka** — rozpoznanie wszystkich czynników ryzyka, które są istotne z punktu widzenia projektu;
- **analiza ryzyka** — określenie prawdopodobieństwa wystąpienia zidentyfikowanych czynników ryzyka i rozmiaru ich potencjalnych konsekwencji;
- **alokacja ryzyka** — przypisanie stronom umowy odpowiedzialności za ponoszenie konsekwencji poszczególnych czynników ryzyka bądź uzgodnienie określonego mechanizmu obejmującego na przykład podział ryzyka;
- **minimalizowanie ryzyka** — podejmowanie działań mających na celu zmniejszenie prawdopodobieństwa wystąpienia danego czynnika ryzyka i ograniczenie jego konsekwencji dla strony ponoszącej ryzyko;
- **monitorowanie i przegląd** — monitorowanie i dokonywanie przeglądu wcześniej zidentyfikowanych i nowych czynników ryzyka w miarę realizacji projektu ppp oraz zmian jego warunków (w tym analiza, alokacja, minimalizowanie i monitorowanie nowych czynników ryzyka) przez cały okres obowiązywania umowy ppp.

Mówiąc najogólniej, czynniki ryzyka związane z projektami ppp można podzielić na handlowe oraz prawno-polityczne:

- **Ryzyko handlowe** można podzielić na ryzyko związane z popytą i ryzyko związane z podażą. Ryzyko związane z popytą dotyczy głównie zdolności partnera prywatnego do realizacji powierzonych mu zadań, przy czym w tej kategorii można jeszcze wyróżnić ryzyko związane z budową oraz ryzyko związane z eksploatacją od strony podaży (budowa i eksploatacja to dwie fazy realizacji projektu). Jednym z elementów ryzyka związanego z budową i ryzyka związanego z eksploatacją od strony podaży jest ryzyko dotyczące rynków finansowych, wynikające na przykład ze zmian kosztów kapitału, wahań kursów walut bądź z inflacji. Z kolei ryzyko związane z popytem dotyczy niedostatecznej ilości użytkowników w porównaniu z pierwotnymi założeniami;
- **Ryzyko prawno-polityczne** dotyczy między innymi ram prawnych, rozstrzygania sporów, ram ustawowych, polityki władz, opodatkowania oraz groźby wyłączenia bądź nacjonalizacji.

Sektor prywatny jest lepiej przygotowany do podjęcia ryzyka handlowego, natomiast sektor publiczny — ryzyka prawno-politycznego.

Jeśli przewidziano zastosowanie gwarancji publicznych, to przed ich udzieleniem Jednostka musi oszacować wpływ alokacji ryzyka na koszty

1. Identyfikacja projektu

gwarancji, a także przyszłe konsekwencje takiej alokacji z punktu widzenia finansów publicznych⁶.

Wiarygodność finansowa

Projekt ppp można uznać za wiarygodny finansowo, jeśli kredytodawcy są gotowi do jego sfinansowania (zazwyczaj na zasadach „*project finance*”).

Większość wsparcia finansowego ze strony instytucji finansowych na rzecz projektów ppp ma formę długoterminowego finansowania wierzycielskiego. Zazwyczaj wynosi ono od 70 do nawet 90% łącznej wymaganej sumy finansowania (na przykład w przypadku ppp ukierunkowanych na dostępność), w zależności od postrzeganego ryzyka związanego z projektem. Finansowanie wierzycielskie jest tańszym źródłem finansowania niż udział kapitałowy, ponieważ wiąże się ze stosunkowo mniejszym ryzykiem. W przypadku kredytów przeznaczonych na realizację projektów ppp (zwanymi zazwyczaj finansowaniem typu „*project finance*” lub „finansowaniem z ograniczonym regresem”) głównym źródłem zabezpieczeń są przepływy środków pieniężnych związane z projektem (podstawowe informacje na temat finansowania projektów w odniesieniu do projektów ppp znajdują się w [Załączniku 1](#)).

Jednostka musi starannie oszacować ryzyko finansowe. W przypadku projektów ppp ryzyko to jest zwykle związane z niektórymi lub wszystkimi wymienionymi poniżej czynnikami. Są to⁷:

- kierowanie się optymistycznymi założeniami co do przychodów oraz parametrami popytu uzyskanymi na podstawie niewłaściwie dobranych założeń;
- nieuwzględnienie w studium wykonalności projektu potrzeb związanych z finansowaniem, co prowadzi do wzrostu zadłużenia;
- finansowanie długofalowych projektów ppp poprzez zadłużenie krótkoterminowe oraz przyjmowanie nieuzasadnionego niekiedy założenia, że zadłużenie takie można przedłużać na kolejne okresy na tych samych, a nawet korzystniejszych warunkach refinansowania;

⁶ **Government Guarantees Allocating and Valuing Risks in privately Financed Infrastructure Projects**

Timothy Irwin, Bank Światowy, Waszyngton, ISBN-10: 0-8213-6859-1 (wersja elektroniczna)

Komentarz: Obszerne omówienie zastosowania gwarancji państwowych oraz alokacji kluczowych czynników ryzyka związanych z projektami w dziedzinie infrastruktury publicznej realizowanymi przy wykorzystaniu prywatnych środków finansowych.

http://siteresources.worldbank.org/INTSDNETWORK/Resources/Government_Guarantees.pdf

⁷ Szerzej: **Public-Private Partnerships in Transport**

A. Estache, E. Juan, L. Trujillo, *Policy Research Working Paper 4436*, Bank Światowy, Waszyngton. (2007)

Komentarz: W publikacji omówiono doświadczenia dotyczące ppp w dziedzinie transportu ze szczególnym uwzględnieniem czynników ryzyka o charakterze finansowym i niefinansowym.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1072402 (wymaga zarejestrowania się)

- korzystanie z instrumentów dłużnych o zmiennym oprocentowaniu, co stwarza dodatkowe ryzyko związane ze zmianą stóp procentowych;
- niedostateczne uwzględnienie przez władze kwestii alokacji ryzyka oraz bagatelizowanie czynników mogących zachęcić partnera prywatnego do renegocjowania warunków umowy na swoją korzyść;
- nieprzewidziane korzyści z tytułu refinansowania dla partnera prywatnego, w których władze mogą nie partycypować, jeśli nie zostało to wyraźnie przewidziane w umowie (patrz [ramka 5](#), *Podział zysków z tytułu refinansowania*, str. 88).

Analiza opłacalności

Projekt publiczno-prywatny jest opłacalny, jeśli przynosi społeczeństwu dodatnią korzyść netto większą niż korzyść, która zostałaby osiągnięta przy zastosowaniu innej formy przeprowadzenia zamówień. Dobrą praktyką jest przeprowadzenie analizy opłacalności (mającej w zasadzie charakter analizy kosztów i korzyści) w fazie wstępnych przygotowań do projektu — bez względu na to, czy projekt ten ma być realizowany w sposób tradycyjny czy na zasadach ppp.

W niektórych krajach — na przykład w Wielkiej Brytanii, gdzie istnieją rozbudowane programy ppp — projekt ppp jest uznawany za opłacalny, jeśli kosztuje mniej niż najlepszy realistyczny projekt realizowany przez sektor publiczny (często jest to projekt hipotetyczny), którego rezultatem byłyby takie same (lub bardzo zbliżone) usługi⁸. Alternatywa bazująca na sektorze publicznym jest często zwana *komparatorem sektora publicznego* (ang. *public sector comparator* — PSC)

Opracowanie wzorca PSC wchodzi w zakres analizy opłacalności inwestycji w projekt ppp. Aby dokonać szczegółowego porównania ilościowego projektu ppp ze wzorcem PSC, należy wprowadzić różnego rodzaju korekty kosztów (wynikające na przykład z różnic między systemami podatkowymi).

Na ogół przyjmuje się, że wariant ppp będzie bardziej efektywny z punktu widzenia kosztów inwestycji, eksploatacji i utrzymania niż wzorzec PSC. W związku z tym kluczową kwestią przy ocenie opłacalności jest to, czy większa efektywność projektu publiczno-prywatnego jest w stanie przeważać nad innymi czynnikami, które mogą sprawić, że wariant ppp okaże się bardziej kosztowny. Do czynników tych należą przede wszystkim *koszty transakcji i nadzoru nad umową* (tj. dodatkowe koszty przetargów, wykonawstwa i monitorowania w kontekście projektu ppp) oraz *koszty finansowania* (tj. potencjalne koszty dodatkowe wynikające z pozyskania

⁸ *Value for Money Assessment Guidance*, Ministerstwo Skarbu Wielkiej Brytanii (listopad 2006 r.)

Komentarz: W dokumencie opisano aktualnie stosowaną w Wielkiej Brytanii metodę oceny opłacalności projektów realizowanych w ramach inicjatyw finansowania prywatnego.

http://www.hm-treasury.gov.uk/d/vfm_assessmentguidance061006opt.pdf

środków z sektora prywatnego, zwłaszcza w formie zaangażowania kapitałowego)⁹.

Doświadczenie wskazuje, że aby zwiększyć prawdopodobieństwo uzyskania opłacalności projektu ppp, należy spełnić wszystkie poniższe warunki lub większość z nich.

- Musi istnieć szeroko zakrojony program inwestycyjny, który wymaga skutecznego zarządzania czynnikami ryzyka związanymi z budową i realizacją (może to być pojedynczy duży projekt lub szereg powtarzalnych mniejszych projektów).
- Podmioty z sektora prywatnego muszą dysponować wiedzą specjalistyczną, która umożliwi im opracowanie i realizację projektu.
- Podmioty z sektora publicznego muszą być w stanie zdefiniować swoje potrzeby w zakresie usług jako rezultaty projektu, które można będzie następnie zapisać w umowie ppp. Pozwala to zapewnić w dłuższym okresie sprawne świadczenie usług i egzekwowanie odpowiedzialności w tym zakresie.
- Musi istnieć możliwość jednoznacznego wskazania i wprowadzenia w życie alokacji ryzyka między podmioty z sektora publicznego i sektora prywatnego.
- Musi istnieć możliwość oszacowania kosztów długofalowych w całym okresie eksploatacji środków trwałych oraz świadczenia usług.
- Korzyści wynikające z projektu muszą być wystarczająco duże, aby można było uniknąć powstawania nieproporcjonalnie wysokich kosztów zamówień.
- Aspekty techniczne projektu muszą być stosunkowo stabilne i nie mogą ulegać doraźnym, nagłym zmianom.

W związku z powyższym faza identyfikacji projektu pozwala ocenić na wczesnym etapie, jaka struktura płatności będzie możliwa do uzyskania, ile (i kiedy) będzie w stanie zapłacić strona publiczna lub użytkownicy, w jaki sposób wpłynie to na zakres i strukturę projektu oraz poziom usług, a także jakie ryzyko związane z projektem będą gotowe wziąć na siebie podmioty

⁹ Szerzej: **Public Sector Comparator: Technical Note**

Departament Skarbu i Finansów stanu Victoria, Australia (Partnerships Victoria, czerwiec 2001 r.)

Komentarz: Dokument zawiera szczegółowe instrukcje dotyczące przygotowywania analiz z wykorzystaniem wzorca PSC. Patrz także dokument *Supplementary Technical Note* z lipca 2003 r.

<http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/0/E4C501A76F826D77CA2570C0001B45EA?OpenDocument> **Guidelines for Successful Public Private Partnerships**

Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Polityki Regionalnej (marzec 2003 r.)

Komentarz: W części 3 (strony 50-59) scharakteryzowano konsekwencje ekonomiczne i finansowe czynników ryzyka związanych z ppp oraz omówiono analizę opłacalności projektów ppp.

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

z sektora prywatnego. Powyższa analiza powinna ułatwić Jednostce wskazanie wszelkich długoterminowych zobowiązań fiskalnych (jawnych i ukrytych), jakie mogą wynikać z realizacji projektu ppp, jak również zarządzanie takimi zobowiązaniami.

Ujmowanie ppp przez Eurostat z punktu widzenia długu publicznego i deficytu budżetowego

W trudnym dla finansów publicznych okresie, sposób ujmowania ppp z punktu widzenia długu publicznego i deficytu budżetowego może mieć kluczowe znaczenie dla Jednostki planującej inwestycję w tej formule. Ze względu na kryteria konwergencji gospodarczej określone w *Pakcie stabilności i wzrostu*¹⁰ oraz obowiązkowe wymogi *Procedury nadmiernego deficytu* rządu państw UE obawiają się, że nie będą mogły realizować korzystnych ekonomicznie przedsięwzięć ppp właśnie z powodu sposobu, w jaki są one traktowane w kategoriach „długu i deficytu”.

Eurostat wymaga, aby traktowanie projektów z punktu widzenia długu i deficytu było zgodne z wymogami Europejskiego Systemu Rachunków („ESA95”), działającego zgodnie z rozporządzeniem Rady¹¹.

Eurostat wydał kilka interpretacji standardu ESA95, w tym dokument zatytułowany *Manual on Government Deficit and Debt (ostatnia aktualizacja z marca 2012 r.)*¹².

Kluczową kwestią statystyczną jest klasyfikacja aktywów, o których mowa w umowie ppp – jako aktywów sektora publicznego (instytucji rządowych i samorządowych) mających tym samym natychmiastowy wpływ na deficyt/nadwyżkę i dług sektora lub jako aktywów partnera prywatnego (co powoduje rozłożenie wpływu na deficyt sektora na czas obowiązywania umowy).¹³

Według Eurostat (Podręcznik MGDD, wersja z marca 2012 r.), o zaliczeniu zobowiązań z transakcji ppp do długu publicznego decydują trzy kategorie ryzyka: ryzyko budowy (ryzyko konstrukcyjne), ryzyko dostępności oraz ryzyko popytu. Należy zaznaczyć, że natura poszczególnych rodzajów ryzyk związana jest z typem sektora, w którym dana inwestycja jest realizowana. W

¹⁰ Deficyt budżetowy nie może przekraczać 3% produktu krajowego brutto, a dług publiczny nie może przekraczać 60% PKB. Patrz http://europa.eu/scadplus/glossary/convergence_criteria_en.htm.

¹¹ **The European system of national and regional accounts in the Community**
Rozporządzenie Rady (WE) nr 2223/96 z 25 czerwca 1996 r.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1996R2223:20071230:PL:PDF>

Standard ESA95 jest dostępny w serwisie Eurostat pod adresem:
<http://circa.europa.eu/irc/dsis/nfaccount/info/data/esa95/esa95-new.htm>

¹² **Manual on government deficit and debt, implementation of ESA95**

Europejskie (wydanie z 2012 r.)

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/methodology/ESA_95

¹³ Tłumaczenie robocze Podręcznika MGDD -

http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Documents/20120518_GUS_manual_rozdz_VI_5.pdf

rozumieniu Eurostat nie jest przy tym konieczne, aby cały zakres odnośnego ryzyka przesunięty był na daną stronę partnerstwa - należy przyjąć, że dane ryzyko ponosi ta ze stron, na którą przypada jego większa część.

W ocenie Eurostatu kluczowym kryterium jest możliwość zastosowania przez podmiot publiczny kar w przypadkach, gdy partner prywatny nienależycie wykonuje swoje zobowiązania wynikające z umowy o ppp. Stosowanie kar powinno przede wszystkim odbywać się automatycznie (tj. powinno być wyraźnie określone w kontrakcie), kary powinny mieć znaczący wpływ na przychody/zysk partnera, dlatego też nie mogą mieć wymiaru jedynie czysto symbolicznego.

Ryzyko budowy obejmuje zdarzenia związane ze statusem przedmiotowego środka materialnego w momencie rozpoczęcia świadczenia usług. W praktyce dotyczy ono zdarzeń związanych z opóźnioną dostawą, nieprzebrzeganiem określonych standardów, znaczącymi kosztami dodatkowymi, kwestiami prawnymi i związanymi ze środowiskiem naturalnym, wadami technicznymi oraz negatywnymi skutkami zewnętrznymi. Podmiot publiczny ponosi ryzyko budowlane zawsze w sytuacji, gdy zobowiązuje się do realizowania systematycznych opłat na rzecz partnera prywatnego niezależnie od stanu składnika majątkowego, poziomu czy zaawansowania jego budowy, przebudowy, modernizacji czy rewitalizacji. Istotną kwestią w zakresie ryzyka budowy jest – co podkreśla Eurostat – **oszacowanie ryzyka poprzez kwotę, którą każdy partner byłby zobligowany zapłacić, gdyby wystąpiła konkretna wada (lub brak)**. Oznacza to, że strony muszą dokonać swoistej wyceny ryzyk, na której podstawie będzie możliwe stwierdzenie, czy dana strona ponosi większą część ryzyka budowy.

Odnosząc się bliżej do kwestii ryzyka projektowego, nie da się jednoznacznie odpowiedzieć, czy nałożenie na podmiot publiczny obowiązku dostarczenia projektu będzie automatycznie wpływać na przypisanie ryzyka budowlanego podmiotowi publicznemu, w sytuacji, gdy pozostałe ryzyka składające się na ryzyko budowlane będą ponoszone przez partnera prywatnego. Należy podkreślić, że przedstawiony problem nie został również jednoznacznie rozstrzygnięty przez Eurostat. W naszej opinii **nie ma możliwości określenia z góry, czy jest to czynnik decydujący o ujmowaniu aktywa po stronie publicznej**. Ryzyko dostarczenia projektu budowlanego – podobnie jak inne komponenty – powinno zostać oszacowane kwotowo, a następnie odniesione do wartości pozostałych ryzyk.

Ryzyko dostępności obejmuje przypadki, w których w trakcie użytkowania aktywa partner został wezwany do poniesienia odpowiedzialności w związku z nienależytym zarządzaniem, skutkującym niższym wolumenem usług w porównaniu z uzgodnionym w umowie o ppp lub niespełnieniem określonych w umowie standardów jakości świadczonych usług. Podmiot publiczny będzie ponosił ryzyko dostępności, gdy będzie zobowiązany do dokonywania

1. Identyfikacja projektu

płatności na rzecz partnera prywatnego również w sytuacji zawinionej przez partnera prywatnego braku dostępu do usług bądź obniżonej dostępności.

Ryzyko popytu obejmuje zmienność popytu (popyt większy lub mniejszy niż przewidywano w momencie zawierania umowy), niezależnie od działań partnera prywatnego. Dotyczy ono sytuacji, gdy jest on zobowiązany do dokonywania płatności na poziomie określonym w umowie o ppp, niezależnie od rzeczywistego popytu zgłoszonego przez użytkowników. Należy podkreślić, że w przypadku wynagrodzenia w formie opłaty za dostępność, to z reguły podmiot publiczny ponosi ten rodzaj ryzyka.

W przypadkach, gdy analiza ryzyka oparta na powyżej powołanych kryteriach **nie prowadzi do jednoznacznych konkluzji**, Eurostat zaleca stosowanie **dotychczasowych kryteriów**, w szczególności znaczenia statusu partnera prywatnego, środków finansowych zapewnianych przez podmiot publiczny, zakresu gwarancji rządowych oraz statusu własnościowego aktywów po zakończeniu realizacji ppp. Przykładowo, jeśli aktywa związane z realizacją umowy ppp, których wartość ekonomiczna w czasie trwania umowy spadła jedynie w niewielkim stopniu pozostają własnością partnera prywatnego, to aktywa te nie powinny być klasyfikowane jako należące do sektora publicznego, nawet jeśli umowa ppp przewiduje prawo podmiotu publicznego do zakupu tych aktywów za cenę odpowiadającą ich bieżącej wartości rynkowej.

W ocenie autorów podręcznika, przy transakcjach ppp z jednej strony należy dążyć do tego, by dany rodzaj ryzyka został przeniesiony na tę stronę umowy, która jest lepiej przygotowana do zarządzania tego typu ryzykiem, a z drugiej należy mieć na uwadze, że rozkład ryzyka decyduje o zaliczeniu zobowiązań z danej umowy o ppp do długu JST. Całkowite przeniesienie ryzyka na stronę prywatną, bez zastosowania mechanizmów wspierających, może przyczynić się do braku skuteczności odnośnych zapisów umownych, a w rezultacie - do niepowodzenia całego przedsięwzięcia ppp. Ponadto, zwracamy uwagę, że musi istnieć równowaga między poziomem ryzyka ponoszonym przez partnera prywatnego a przysługującym mu wynagrodzeniem w formie opłaty za dostępność.

Podsumowując, należy wskazać, że Decyzja Eurostat wykazuje wysoki poziom ogólności ujętych w niej zaleceń odnośnie zaliczenia ppp do długu publicznego. W jej świetle decydującym czynnikiem klasyfikacji aktywów wykorzystywanych w ppp jest **właściwa alokacja ryzyk pomiędzy strony zaangażowane w projekt ppp**¹⁴. Odpowiedni balans pomiędzy ryzykiem

¹⁴ Szerzej: *Metodologia tworzenia analiz ryzyk w projektach ppp i ich podziału pomiędzy stroną publiczną i prywatną w kontekście ich wpływu na klasyfikację projektu pod kątem długu i deficytu sektora publicznego, Platforma ppp, marzec 2012*

ponoszonym przez podmiot publiczny a ryzykiem partnera prywatnego jest sprawą kluczową, a zarazem przysparzającą największą trudności przy konstruowaniu umów o ppp. W naszej opinii z indywidualną alokacją ryzyka dla każdego projektu winno iść **oszacowanie lub wycena ryzyk w ten sposób, aby w określonej jednostce wartości możliwe było wykazanie, czy większość ryzyk jest po stronie publicznej czy prywatnej.** Z powyżej wskazanych względów, jak również z uwagi na specyfikę konkretnych projektów i związanych z nimi ryzyk stworzenie uniwersalnego schematu ujmowania ppp w bilansie może okazać się niezwykle utrudnione.

Należy jednocześnie podkreślić, że na ujęcie danego aktywa w bilansie JST zgodnie z zaleceniami Eurostat **nie ma wpływu klasyfikacja wydatków związanych z ppp na wydatki bieżące i wydatki majątkowe.**

W tabeli 2 przedstawiono różne warianty alokacji ryzyka pomiędzy stronę publiczną i partnera prywatnego (lub spółkę ppp), które powodują zaliczenie lub niezaliczenie wyników ppp do długu publicznego.

Tabela 2. Ujmowanie ppp z punktu widzenia rachunkowości zgodnie ze standardem ESA95

	TYP RYZYKA			W bilansie państwa?
	Ryzyko związane z budową	Ryzyko związane z popytem	Dostępność	
	----->			
Strona ponosząca ryzyko	Sektor publiczny	Sektor publiczny	Sektor publiczny	TAK
			Sektor prywatny	TAK
		Sektor prywatny	Sektor publiczny	TAK
			Sektor prywatny	TAK
	Sektor prywatny	Sektor publiczny	Sektor publiczny	TAK
			Sektor prywatny	NIE
		Sektor prywatny	Sektor publiczny	NIE
			Sektor prywatny	NIE

Wnioski z tabeli 2 są następujące:

- Jeśli ryzyko związane z budową ponosi podmiot publiczny, wyniki uzyskiwane przez ppp są zawsze uwzględniane w zadłużeniu publicznym — niezależnie od alokacji ryzyka związanego z popytem i związanego z dostępnością.
- Jeśli ryzyko związane z budową ponosi partner prywatny, wyniki uzyskiwane przez ppp nie są uwzględniane dłu publicznym, o ile strona publiczna nie ponosi ryzyka związanego z popytem oraz ryzyka związanego z dostępnością.

Jednostka musi mieć świadomość, że alokacja ryzyka uzgodniona w umowie ppp może mieć bezpośredni wpływ na sposób ujmowania porozumienia publiczno-prywatnego z punktu widzenia długu publicznego i deficytu budżetowego.

Nowelizacja Podręcznika MGDD z marca 2012 r. wprowadziła w tym zakresie nową zasadę rządzącą wzajemnymi zależnościami pomiędzy trzema głównymi ryzykami. Otóż, wskazuje na możliwość połączenia (w niektórych projektach ppp) opłat związanych z dostępnością danego składnika majątkowego z płatnościami związanymi z ich używaniem. W przypadku, gdy

1. Identyfikacja projektu

żaden z powyższych rodzajów płatności, nie stanowi więcej niż 60% należności otrzymywanej przez partnera prywatnego z tytułu danej umowy o ppp, wówczas, zarówno ryzyko dostępności, jak i ryzyko popytu należy poddać odrębnej analizie. Z kolei w celu sklasyfikowania danego przedsięwzięcia poza bilansem podmiotu publicznego, oba te ryzyka (ryzyko dostępności i ryzyko popytu), łącznie z ryzykiem budowy, muszą być ponoszone przez partnera prywatnego. Jeżeli natomiast obliczenia wskazują, że przychód partnera prywatnego składa się w ponad 60% z jednego rodzaju płatności, analiza powinna koncentrować się na tym odpowiednim ryzyku, przy uwzględnieniu ewentualnego wpływu pozostałych ryzyk, odnoszących się do mniejszych komponentów wynagrodzenia partnera prywatnego.

Oprócz najważniejszych czynników związanych z alokacją ryzyk między partnerami wymienionymi w tabeli 2, Eurostat bierze również pod uwagę inne formy zaangażowania strony publicznej w porozumienia ppp. Jeśli wpływają one na alokację ryzyka, mogą także wpływać na sposób traktowania partnerstw publiczno-prywatnych z punktu widzenia długu i deficytu. Formy zaangażowania strony publicznej w porozumienia ppp są różne. Może tu chodzić o finansowanie ze strony podmiotu publicznego, gwarancje rządowe oraz klauzule dotyczące rozwiązania umowy ppp, które przewidują wypłatę odszkodowań finansowych przez organy administracji publicznej. Wpływ takiego zaangażowania finansowego władz na sposób traktowania partnerstw publiczno-prywatnych zależy od wnikliwej interpretacji kilku czynników, takich jak przeniesienie ryzyka i korzyści oraz stopień, w jakim władze kontrolują środki trwałe będące przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego¹⁵.

W razie wątpliwości dotyczących właściwego traktowania porozumienia ppp z punktu widzenia statystyki urząd statystyczny państwa członkowskiego może poprosić *Eurostat* o udzielenie porady dotyczącej wcześniejszego (*ex post*) lub przyszłego (*ex ante*) projektu ppp. Porady *ex ante* są udzielane zgodnie z określoną procedurą administracyjną.

Należy mieć również na uwadze, iż zawarcie nowej umowy o ppp z nowym partnerem bądź istotna zmiana umowy o ppp będzie pociągało za sobą konieczność przeprowadzenia nowej analizy ryzyk i tym samym klasyfikacji aktywów do lub poza bilansem strony publicznej.

¹⁵ **Accounting and Statistical Treatment of Public-Private: Partnerships Purposes, Methodology, and Recent Trends**, European ppp Expertise Centre (2010)
<http://www.eib.org/epec/resources/epec-eurostat-statistical-treatment-of-ppps.pdf>

2 Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)

Projekty realizowane w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, które oprócz finansowania prywatnego zakładają udział środków z funduszy europejskich, należą do trudnych, gdyż wymagają prowadzenia zarówno czynności związanych z pozyskaniem środków UE jak i starannego przygotowywania przedsięwzięcia ppp, w tym przede wszystkim prowadzenia procedury wyboru partnera prywatnego. Realizowanie projektu hybrydowego łączy się z obowiązkiem przestrzegania stosownych wytycznych dotyczących wydatkowania środków pochodzących z funduszy europejskich¹⁶. Projekty tego typu natrafiają także na pewne bariery systemowe związane z:

- brakiem uzgodnionych z KE procedur uzyskiwania dofinansowania UE dedykowanych dla projektów ppp,
- brak wytycznych dotyczących rozliczania dotacji UE i włączenia funduszy UE w przepływy finansowe w projekcie ppp¹⁷.

Z drugiej strony, środki z funduszy europejskich pozwalają na realizację publicznych projektów, które bez dotacji byłyby nierentowne i nie mogłyby zostać zrealizowane jako projekty ppp. Środki unijne ograniczają bowiem koszty finansowe obu stron - zarówno strony publicznej jak i partnera prywatnego, zmniejszając jego zapotrzebowanie na kredytowanie inwestycji. Udział finansowania unijnego stanowi też zawsze dodatkową zachętę dla zaangażowania się prywatnych inwestorów w dane przedsięwzięcie ppp oraz uwiarygodnia projekt wobec instytucji finansujących. Ponadto istnieje możliwość finansowania ze środków unijnych kosztów wstępnych przygotowania dokumentacji projektowej i wsparcie instytucjonalne tego etapu inwestycji. Stronom zaangażowanym w projekt ppp przyświecają z pewnością inne cele – z jednej strony podmiot publiczny dąży do zaspokojenia potrzeb społecznych podczas gdy naturalna dla prywatnego inwestora jest chęć maksymalizacji zysku. Wspieranie ppp środkami unijnymi

¹⁶ http://www.mrr.gov.pl/fundusze/wytyczne_mrr/obowiazujace/horyzontalne/strony/lista.aspx

¹⁷ Grupa robocza EPEC „Combining EU Funds and PPPs” planuje wypracowanie wytycznych dla realizacji projektów hybrydowych na nową perspektywę finansową. Zgodnie z harmonogramem zakończenie prac planowane jest na 2013 r.

może znaleźć zastosowanie przede wszystkim w sektorze usług użyteczności publicznej, w którym działają zarówno podmioty publiczne, jak też prywatne. przy jednoczesnym zapewnieniu realizacji potrzeb publicznych Przedsięwzięcia nie muszą charakteryzować się dochodowością dla realizacji w formule hybrydowej.

Głównym problemem napotykanym przy analizach wykonalności realizacji projektów hybrydowych jest trudność we wpasowaniu dotacji w model biznesowy, charakterystyczny dla projektów ppp. Dofinansowaniem z funduszy europejskich można objąć wyłącznie koszty inwestycyjne, natomiast przedsięwzięcie ppp opiera się na kosztach w całym cyklu życia projektu tj. także kosztów operacyjnych. W projekcie regulacji na nową perspektywę finansową na lata 2014 – 2020 uwzględniono zapisy dotyczące realizacji projektów hybrydowych, w tym ich specyfikę¹⁸, choć prace koncepcyjne dotyczące tego zagadnienia prowadzone były przez ekspertów JASPERS od 2007 r. Ich efektem jest podręcznik¹⁹ zawierający szczegółowy opis możliwych do zastosowania schematów:

- W pierwszym modelu etap budowy jest wyraźnie oddzielony od etapu eksploatacji i utrzymania. Pierwszy kontrakt dotyczy projektowania i budowy – dotacja UE obejmuje wyłącznie ten etap. W drugim etapie podmiotowi prywatnemu zleca się eksploatację i utrzymanie infrastruktury. W modelu tym wyraźnie wyodrębniona jest faza inwestycyjna, co ułatwia rozliczenia dotacji, a korzyści ekonomiczne uzyskiwane są dzięki wyższej efektywności zarządzania infrastrukturą przez partnera prywatnego. Z drugiej strony korzyści te są mniejsze, niż gdyby inwestycja była od początku prowadzona przez przyszłego operatora.
- Drugi model jest odmianą pierwszej opcji i zakłada równoległą realizację dwóch części inwestycji – w ramach pierwszego kontraktu podmiot publiczny zleca projektowanie i budowę pierwszego etapu infrastruktury, a w ramach drugiej umowy zaprojektowanie, budowę, finansowanie i zarządzanie drugim etapem infrastruktury oraz zarządzanie pierwszym etapem (wybudowanym wyłącznie dzięki środkom publicznym). Dotacja unijna jest wykorzystywana do finansowania wyłącznie pierwszego etapu.
- W trzecim modelu podmiot publiczny zleca projektowanie, budowę oraz eksploatację infrastruktury (DBO), natomiast finansowanie pochodzi wyłącznie ze środków publicznych. Partner prywatny projektuje bowiem infrastrukturę, której sam potem będzie operatorem i w związku z tym

¹⁸ Projektowane zapisy dotyczące ppp w formie odrębnego rozdziału w przyszłym Rozporządzeniu Ogólnym: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st11/st11027-ad03re01.en12.pdf>

¹⁹ „Połączenie finansowania za pomocą dotacji UE z partnerstwem publiczno-prywatnym (ppp) na rzecz infrastruktury. Modele koncepcyjne i indywidualne przykłady”, JASPERS, 2010, http://www.ppp.gov.pl/Dzialania_platfomy/Zagadnienia_horyzontalne/Laczenie_PPP_z_funduszami_UE/Aktualnosci/Strony/SprawozdaniahoryzontalneJASPERS_100311.aspx

2. Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)

zwykle staranniej wylicza koszty ponoszone w czasie całego życia projektu. Dotacja obejmuje wyłącznie fazę przygotowania i budowy i jest rozliczana po zakończeniu inwestycji.

- W czwartym modelu projektowanie, budowa, finansowanie i eksploatacja zlecane jest podmiotowi prywatnemu (umowa DBFO). Model może bazować na opłatach od użytkowników lub wykorzystywać opłaty za dostępność. W schemacie tym nakłady inwestycyjne są finansowane wspólnie ze środków unijnych oraz prywatnych. Model ten został zastosowany w spalarni odpadów w Poznaniu. Dotacja jest rozliczana na takich samych zasadach jak w poprzednim modelu.
- Dodatkowo autorzy podręcznika wyodrębniają jeszcze jeden, czysto teoretyczny model, w którym fundusze unijne wykorzystywane są do współfinansowania części opłat za dostępność w trakcie całego okresu eksploatacji projektu (w części dotyczącej nakładów inwestycyjnych). Na chwilę obecną podejście to jest jedynie teoretyczne, ponieważ zastosowanie funduszy unijnych po 2015 r. na mocy obowiązujących przepisów nie jest możliwe.

W odniesieniu do hybrydowych projektów ppp istnieje możliwość, aby wydatki kwalifikowane ponoszone były przez wyłonionego dla projektu partnera prywatnego. Rozwiązanie takie zostało dopuszczone przez MRR w przypadku Programu Infrastruktura i Środowisko. Zgodnie z *Wytycznymi w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko*²⁰ (Rozdział 5.6) w uzasadnionych przypadkach beneficjent może wskazać inny podmiot, który również będzie mógł ponosić wydatki kwalifikowane – musi to jednak znaleźć swoje odzwierciedlenie w umowie o dofinansowanie dla danego projektu. Obecnie MRR zaangażowany jest w prace mające na celu wyjaśnienie kwestii ponoszenia wydatków kwalifikowanych przez partnera prywatnego w kontekście konieczności stosowania przez niego ustawy prawo zamówień publicznych.

Aby wykorzystać w pełnym zakresie dotacje unijne, instytucje publiczne rozważające zastosowanie modelu ppp muszą znać warunki przyznawania tego rodzaju wsparcia²¹. Komisja Europejska opublikowała wskazówki dotyczące problemów prawnych i metodycznych związanych z łączeniem wsparcia z funduszy unijnych z modelem ppp (zwłaszcza w ramach inicjatywy JASPERS). Informacje te pozwolą partnerstwom publiczno-prywatnym

²⁰ Przykładowy projekt hybrydowy realizowany w ramach PO IiŚ: **Poznan Waste-to-Energy Project, Poland - Using EU Funds in PPPs Case Study**, EPEC (czerwiec 2012 r.),

http://www.eib.org/epec/resources/poznan_case_study_eu_funds_in_ppps_public.pdf

²¹ Szerzej: **Eu Funds in PPPs - Project Stocktake and Case Study**, EPEC (czerwiec 2012 r.)

http://www.eib.org/epec/resources/project_stocktake_eu_funds_in_ppps_public.pdf

2. Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)

w większym stopniu wykorzystywać środki dostępne w ramach projektów realizowanych z pomocą funduszy europejskich. Poniżej przedstawiono najważniejsze kwestie omówione w tym dokumencie

A) Znajomość wymagań w zakresie korzystania przez ppp z dotacji unijnych oraz sposobów określania maksymalnej dozwolonej kwoty dotacji przysługującej danemu ppp²²:

- Dotacja unijna może pokryć maksymalnie 85% kwalifikowanych wydatków, zatem w każdej sytuacji niezbędne jest współfinansowanie przez beneficjenta (w wysokości co najmniej 15%).
- Jeśli część przychodów generowanych przez ppp ma pochodzić z opłat uiszczanych przez użytkowników, kwota „kwalifikowanych wydatków” służąca do obliczenia wielkości dotacji unijnej ulega pomniejszeniu o udział netto (tj. po pokryciu kosztów eksploatacji i utrzymania) takich przychodów z opłat uiszczanych przez użytkowników w łącznych nakładach inwestycyjnych (określanych z uwzględnieniem dyskonta). Powyższa metoda jest znana pod nazwą „metody luki finansowej”²³.
- Bezpośrednim beneficjentem dotacji musi być instytucja publiczna odpowiedzialna za ppp. W związku z tym procedury są nieco bardziej skomplikowane niż w sytuacji, w której partner prywatny (lub powołana spółka ppp) otrzymywałaby dotację w sposób bezpośredni, ale wariant ten został sprawdzony w praktyce i jest możliwy do realizacji.

B) Znajomość procedur (w tym terminów) składania dokumentów i zatwierdzania wsparcia finansowego →

- Zatwierdzanie wsparcia finansowego przed rozpoczęciem postępowania dotyczącego ppp. Rozwiązanie takie jest pod wieloma względami najkorzystniejsze, ponieważ pozwala zawczasu starannie zweryfikować, zaplanować i określić warunki przyznania dotacji, a następnie na tej podstawie zaprosić wykonawców do udziału w postępowaniu. Wymaga to szczegółowego określenia struktury projektu ppp przed rozpoczęciem jego realizacji, ale (jak wskazano w innej części Przewodnika) rozwiązanie to pozostaje najlepsze bez

²² *Guide to Cost Benefit Analysis of Investment Projects* Komisja Europejska, Dykrecja Generalna ds. Polityki Regionalnej (lipiec 2008 r.)

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/cost/guide2008_en.pdf

²³ http://www.mrr.gov.pl/fundusze/wytyczne_mrr/obowiazujace/horyzontalne/Documents/wytyczne_w_zakre sie_wybranych_zagadnien_zwiazanych_z_przygotowaniem_projektow_inwestycyjnych.pdf

2. Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)

względu na to, czy faktycznie wykorzystywane jest finansowanie w formie dotacji.

- Zatwierdzanie wsparcia finansowego po wyborze najkorzystniejszej oferty. Przy zastosowaniu tego wariantu dotacja jest zatwierdzana dopiero po wyborze partnera prywatnego i zawarciu z nim umowy, mimo że wcześniej określa się jednoznacznie sposób jej wykorzystania w ramach ppp oraz sporządza umowę i przygotowuje postępowanie z uwzględnieniem tej formy wsparcia. Rozwiązanie to jest korzystne, jeśli przed uzupełnieniem istotnych elementów wniosku o dotację niezbędne jest rozstrzygnięcie postępowania związanego z ppp (np. jeśli istnieją znaczne wątpliwości co do wielkości wymaganej dotacji).

C) Znajomość procedur wydatkowania środków pochodzących z dotacji unijnych

Przyznanie dofinansowania ze środków unijnych wiąże się z obowiązkiem przestrzegania przy ich wydatkowaniu zasad wynikających ze swobodnego przepływu usług (przedsiębiorczości) dotyczących niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, równego traktowania wykonawców, jawności i przejrzystości²⁴. Przestrzeganie tych zasad obejmuje:

- przygotowywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewskazujący na rozwiązania dostępne wyłącznie dla jednego podmiotu, bez wskazywania na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie;
- ujawnienie woli udzielenia zamówienia szerokiemu kręgu wykonawców poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnych publikatorach i siedzibie Beneficjenta;
- zakaz stawiania wymogów powodujących dyskryminację ze względu na przynależność państwową np. poprzez wymaganie posiadania doświadczenia zdobytego w kraju lub posiadania uprawnień do wykonywania czynności zdobytych wyłącznie zgodnie z krajowymi przepisami;
- wyznaczania odpowiednich terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, gwarantujących możliwość wnikliwego zapoznania się

²⁴ **Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych**

Dokument opisuje zasady udzielania zamówień, do których nie mają zastosowania przepisy ustawy PZP (jako pochodnej dyrektyw 2004/18/WE i 2004/17/WE)

<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1586>

2. Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)

z wymogami realizacji zamówienia i przygotowania rzetelnej i prawidłowej oferty;

- bezstronność i obiektywizm u osób wykonujących czynności w postępowaniu prowadzący się do obowiązku wyłączenia się z prac w komisji przetargowej w przypadku wystąpienia okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę wykonawcy;
- zagwarantowanie środków ochrony prawnej służących kontroli decyzji podejmowanych w toku postępowania przez zamawiającego²⁵.

W zależności od statusu podmiotu (jednostka sektora finansów publicznych czy inny podmiot), do wydatkowania środków zastosowanie będą miały wprost przepisy ustawy PZP (tzn. zastosowanie procedury o udzielenie zamówienia) bądź przepisy regulujące aukcję lub przetarg cywilny, o którym mowa w art. 70¹ Kodeksu cywilnego^{26, 27}.

Uzyskanie dofinansowania ze środków europejskich wiąże się również z obowiązkiem prowadzenia rzetelnej dokumentacji finansowej, poddaniu się monitoringowi i kontroli ze strony właściwych służb, przestrzeganiu zasad związanych z działaniami informacyjnymi i promocyjnymi²⁸.

Niedotrzymanie postanowień umowy o dofinansowanie może skutkować dla beneficjenta odmową refundacji (lub nakazem zwrotu wypłaconych środków) z tytułu poniesionych wydatków²⁹.

²⁵ **Wytyczne w sprawie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko**

Wytyczne w sprawie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka

Zasady wydatkowania środków wspólnotowych przez beneficjentów zostały opisane w Wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach poszczególnych programów operacyjnych

<http://www.pois.gov.pl/Dokumenty/wso/Strony/wytyczne.aspx>

<http://www.poiq.gov.pl/Dokumenty/wso/Strony/wytyczne.aspx>

²⁶ **Przewodnik dla beneficjenta PO IŚ – Największe zagrożenia w procedurze udzielania zamówień publicznych**

http://www.pois.gov.pl/wiadomosci/Strony/Poradnik_dla_beneficjentow_POIS_280110.aspx

²⁷ **Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projektu indywidualne**

http://www.pois.gov.pl/AnalizyRaportyPodsumowania/Documents/20100720_Kryteria_wyboru_ofert_pozacenowe.pdf

²⁸ Obowiązki w powyższym zakresie szczegółowo opisuje umowa o dofinansowanie projektu

²⁹ **Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE**

<http://www.funduszeuropejskie.gov.pl/Wiadomosci/Strona+glowna/wymierzanie+korekt+finansowych.htm>

2. Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)

D) Tworzenie struktury ppp uwzględniającej finansowanie w formie dotacji unijnych bez ograniczania zachęt finansowych i zmniejszania opłacalności

- Dotacje unijne nie powinny zachęcać partnera prywatnego do przeznaczania zbyt dużej części środków na pokrycie nakładów inwestycyjnych zamiast na eksploatację i utrzymanie, ponieważ uniemożliwiłoby to skorzystanie z jednej z zalet ppp, jaką jest optymalne rozłożenie kosztów na cały okres realizacji przedsięwzięcia. Aby zachować zgodność z dobrymi praktykami, należy starannie sporządzić umowę ppp i przygotować postępowanie przetargowe. Sytuacja jest również prostsza, jeśli finansowanie w formie dotacji jest stosunkowo niewielkie, a kwota finansowania ze środków prywatnych pozostaje znacząca.

E) Określanie sposobu (lub sposobów) wykorzystania dotacji unijnych w ramach ppp^{30 31 32}

Niezależnie od sytuacji użytkownik niniejszego Przewodnika powinien bezwzględnie skorzystać z odpowiednich porad i przedyskutować projekt z właściwym organem Unii Europejskiej (np. Dyrekcją Generalną ds. Polityki Regionalnej), a także utrzymywać stały dialog z takim organem w trakcie opracowywania projektu i przeprowadzania zamówienia. Pozwoli to na zdefiniowanie struktury ppp i przeprowadzenie zamówienia w sposób gwarantujący w maksymalnym stopniu możliwość uzyskania odpowiedniej dotacji unijnej, a także na uniknięcie późniejszych komplikacji proceduralnych.

Na zakończenie warto również wspomnieć o innych uwarunkowaniach, które należy uwzględnić przy wykorzystywaniu dotacji unijnych w ramach ppp, takich jak: zadbanie o to, by dotacja nie została uznana za niezgodną

³⁰ **Hybrid PPPs: Leveraging EU Funds and Private Capital**, PricewaterhouseCoopers (styczeń 2006 r.)

http://www.irfnet.ch/files-upload/knowledges/PWC_HybridPPPs_2006.pdf

³¹ **Combining ppp with EU Grants**, Hugh Goldsmith, międzynarodowe seminarium pod hasłem „Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from PPPs”, Budapeszt, 8 marca 2007 r.

<http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2007/ppp/pdf/hg.pdf>

Combining EU Grant Funding with Public Private Partnership

Joachim Schneider, prezentacja, 9 października 2008 r.

http://ec.europa.eu/regional_policy/conferences/od2008/doc/presentation/09C50_SCHNEIDER.ppt

³² **Combining EU Grant Funding with PPP for Infrastructure: Guidelines for the use of DBO to procure Infrastructure projects using EU Structural Funds** JASPERS (grudzień 2010 r.)

http://www.jaspers-europa-info.org/attachments/129_JASPERS%20EU%20DBO-Grant%20Funding%20Working%20Paper%20Dec%202010.pdf

2. Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)

z prawem pomoc publiczną, zminimalizowanie ryzyka związanego z koniecznością zwrócenia uzyskanej dotacji z powodu naruszenia trwałości projektu (poprzez staranne przygotowanie wniosku o dofinansowanie i umowy) lub stopień, w jakim niepowodzenie realizacji projektu pociągałoby za sobą konieczność zwrotu dotacji.

2. Łączenie wsparcia z funduszy europejskich z modelem ppp (projekty hybrydowe)

3 Szczegółowe przygotowania projektu ppp

Kolejna faza cyklu realizacji projektu ppp — faza wyboru partnera prywatnego — rozpoczyna się po przyjęciu decyzji o realizacji projektu przez właściwą instytucję publiczną na podstawie szczegółowego raportu dotyczącego wykonalności lub analizy opłacalności inwestycji. Zatwierdzenie najważniejszych elementów projektu jest istotnym warunkiem rozpoczęcia fazy wyboru partnera prywatnego, ponieważ wykonywane w tej fazie szczegółowe przygotowania do realizacji projektu są bardzo pracochłonne.

Przed rozpoczęciem fazy formalnego wyboru partnera prywatnego konieczne jest wykonanie prac przygotowawczych na dwóch poziomach: (i) zakończenie przygotowań organizacyjnych oraz (ii) sfinalizowanie wszystkich przygotowań do wszczęcia postępowania. Schemat 1 przedstawia podsumowanie powyższych etapów i ich najważniejszych czynności składowych, które opisano szczegółowo w niniejszym rozdziale.

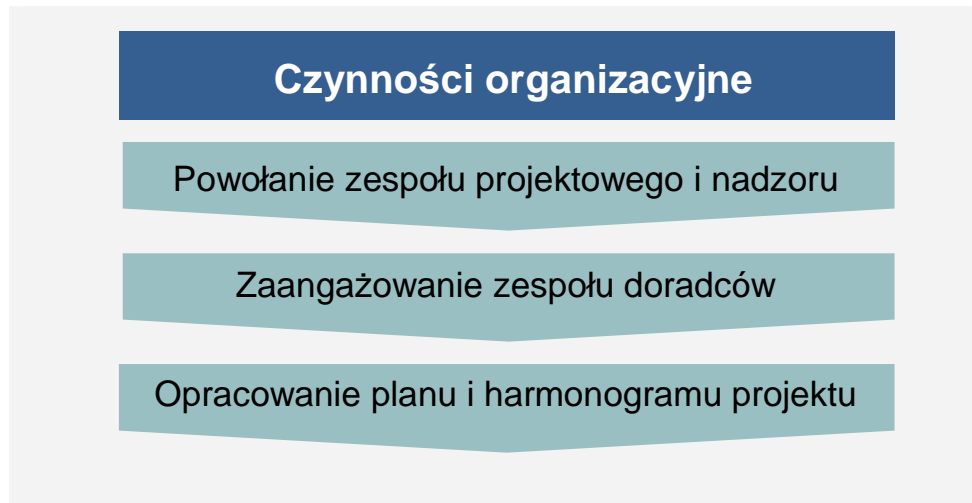
Schemat 1



3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

3.1 Przygotowania organizacyjne

Schemat 2



3.1.1 Powołanie zespołu projektowego i stworzenie struktury nadzoru

Z uwagi na złożoność i skalę większości projektów ppp zazwyczaj uzasadnione jest przyjęcie zespołowego modelu zarządzania. Takie rozwiązanie pozwala na skuteczne wykorzystanie wszystkich niezbędnych kwalifikacji.

Powszechnie stosowaną metodą wdrażania skutecznego mechanizmu nadzoru nad opracowaniem projektu ppp jest stworzenie systemu rad lub komisji. Można rozważyć różne warianty, ale zwykle system taki obejmuje:

radę projektu (*komitet sterujący*) złożoną z najważniejszych interesariuszy z sektora publicznego, na której czele stoi wysoki rangą urzędnik reprezentujący Jednostkę odpowiedzialną za realizację projektu;

- *zespół zarządzający projektem* (obejmujący także doradców ds. zarządzania), który odpowiada za zarządzanie projektem ppp i podlega komitetowi sterującemu (szczególnie istotne jest wyznaczenie *dyrektora projektu*, który w trakcie pracochłonnej fazy zamówienia wykonuje swoje obowiązki w pełnym wymiarze — osoba ta powinna znać specyfikę prywatnej działalności gospodarczej oraz funkcjonowania administracji publicznej).

3.1.2 Zaangażowanie zespołu doradców

Może się zdarzyć, że strona publiczna w trakcie przygotowań do realizacji projektu ppp zaplanuje zaangażowanie profesjonalnych doradców do pomocy w przeprowadzeniu procedury wyboru partnera prywatnego. W takim

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

wypadku na wczesnym etapie realizacji projektu należy uwzględnić w budżecie wystarczające środki, które pozwolą na zaangażowanie odpowiednich specjalistów ds. ppp, a także opracować plan korzystania z usług doradców.

- W fazie wyboru partnera prywatnego podstawowy zespół doradców składa się zwykle z doradców finansowych, technicznych i prawnych (przy czym w każdej z tych kategorii występuje po kilka osób). Ponadto może okazać się koniecznym zatrudnienie innych konsultantów do określenia konkretnych parametrów wejściowych, takich jak skutki ekologiczne i społeczne projektu, ryzyko prawne czy kwestie ubezpieczenia. Dokładny charakter szerokiego zespołu doradców zależy od specyfiki projektu oraz dostępności pracowników wewnętrznych (patrz [ramka 1](#), *Doradcy ds. ppp w fazie zamówienia*, str. 31).

Instytucje publiczne powinny zwracać szczególną uwagę na czynniki motywacyjne wynikające z różnych form zatrudniania i wynagradzania doradców. Na przykład jeśli konsultanci zaangażowani do przeprowadzenia studium wykonalności będą przekonani, że pozostaną w zespole także na czas transakcji, mogą nie być skłonni do ujawnienia poważnych problemów związanych z projektem z obawy przed wstrzymaniem dalszych prac. Z kolei jeśli doradcy ds. transakcji otrzymają pełną premię za pomyślną realizację zlecenia już w momencie podpisania umowy ppp, mogą pokusić się o przedstawienie projektu, który nie będzie jeszcze wiarygodny finansowo — w takim przypadku finalizacja uzgodnień finansowych może potrwać wiele miesięcy (a nawet lat).

3.1.3 Opracowanie planu i harmonogramu przygotowania projektu i przeprowadzenia zamówienia

Pierwszym kluczowym zadaniem dla zespołu lub zespołów zarządzających projektem jest opracowanie szczegółowego planu projektu, w tym harmonogramu przygotowania projektu i przeprowadzenia postępowania na wybór partnera prywatnego. W planie należy uwzględnić wszystkie najważniejsze czynności objęte tym procesem, w tym³³:

- opracowanie dokumentów;
- przeprowadzenie konsultacji z interesariuszami;
- przeprowadzenie postępowania
- zatwierdzenie projektu przez właściwy organ administracji publicznej.

³³ **National Public Private Partnership Guidelines, Volume 2: Practitioners' guide**

Rząd Australii — Infrastructure Australia (2011 r.)

Komentarz: Dokument zawiera krótki rozdział poświęcony opracowywaniu planu i harmonogramu projektu (str. 6-7).

http://www.infrastructureaustralia.gov.au/public_private/files/Vol_2_Practitioners_Guide_Mar_2011.pdf

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

Przygotowanie projektu ppp jest złożonym przedsięwzięciem, w ramach którego równolegle prowadzone są różne działania wpływające na realizację ścieżek krytycznych. W związku z tym ważne jest, aby działania znajdujące się na ścieżkach krytycznych rozpoczynały się w zaplanowanych terminach i były ściśle monitorowane tak, aby ich wykonanie przebiegało zgodnie z planem bez powodowania opóźnień w realizacji innych działań. Dobrym rozwiązaniem jest skorzystanie z oprogramowania do planowania projektów i utworzenie harmonogramu w formie wykresu Gantta, który można następnie bez trudu aktualizować.

LISTA KONTROLNA: Przygotowania organizacyjne

Przed przejściem do następnego etapu zespół zarządzający projektem (działający w ramach Jednostki i zaangażowanej przez nią grupy doradców) musi uzyskać odpowiedź na szereg pytań dotyczących spraw organizacyjnych, Przykład:

- Czy uzyskano wszelkie wymagane zezwolenia związane z projektem?
- Czy powołano wiarygodny i wyposażony w należyte środki zespół, który będzie zarządzał przygotowaniem projektu i przeprowadzeniem zamówienia?
- Czy Jednostka dysponuje środkami finansowymi wystarczającymi do pokrycia kosztów fazy przygotowań i fazy zamówienia?
- Czy ustanowiono struktury i procesy nadzoru nad projektem, które zapewnią sprawne podejmowanie decyzji?
- Czy wskazano wszystkich istotnych interesariuszy oraz skonsultowano się z nimi w celu potwierdzenia ich zaangażowania w projekt?
- Czy stworzono realistyczny harmonogram fazy przeprowadzenia zamówienia?
- Czy poświęcono należytą uwagę skutkom określonych problemów, takich jak konieczność koordynowania procesów zatwierdzania w przypadku projektu podlegającego kompetencjom różnych organów?

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

Ramka 1: Doradcy ds. ppp w fazie zamówienia

Doradcy uczestniczą zwykle we wszystkich etapach cyklu życia projektu ppp, tj. w początkowym studium wykonalności, przygotowaniu projektu, przeprowadzeniu zamówienia oraz realizacji projektu. Poniżej znajduje się lista przykładowych form pomocy w sprawach prawnych, finansowych, technicznych i środowiskowych, udzielanej standardowo przez doradców ds. ppp, zwłaszcza w fazie zamówienia (lista nie jest wyczerpująca)³⁴.

Doradca prawny

- Doradza przedstawicielom sektora publicznego w sprawie pełnomocnictw (*kompetencji*) niezbędnych do zawarcia umów związanych z projektem oraz w sprawie wykonalności projektu od strony prawnej.
- Pomaga w ocenie wykonalności projektu od strony prawnej (np. w zakresie problemów związanych z obowiązywaniem różnych systemów prawa).
- Doradza przy wyborze odpowiedniego trybu przeprowadzenia postępowania.
- Doradza w sprawie wstępnego ogłoszenia o zamówieniu lub sporządza takie ogłoszenie.
- Doradza w sprawie dokumentacji związanej z postępowaniem na wybór partnera prywatnego (tj. SIWZ) , w tym ustalenia warunków udziału w postępowaniu, kryteriów wyboru partnera) lub sporządza taką dokumentację.
- Opracowuje umowy ppp i dokumenty przetargowe związane z projektem.
- Dbą o zgodność składanych ofert z wymaganiami prawnymi i umownymi.
- Ocenia wszystkie procesy oraz rozwiązania prawne i umowne w całej fazie wyboru partnera prywatnego (w tym na etapie negocjowania umowy), a także doradza w tym zakresie.
- Udziela pomocy przy wyjaśnianiu i dopracowywaniu aspektów prawnych.

Doradca techniczny

- Sporządza wymagania i specyfikacje dotyczące rezultatów projektu ppp.
- Opracowuje mechanizmy płatności uwzględnione w umowie ppp

³⁴ Szerzej: **PPP in Infrastructure Resource Center (pppIRC)**

Komentarz: Zawiera wskazówki (poparte przykładami) dotyczące *warunków odniesienia* przeznaczone dla doradców ds. transakcji.

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTINFRANLAW/0,,contentMDK:21759232~menuPK:5672950~pagePK:4710368~piPK:64860384~theSitePK:4817374,00.html>

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

(w porozumieniu z doradcami finansowymi).

- Ocenia wszelkie rozwiązania techniczne w fazie zamówienia
- Przeprowadza analizę techniczną rozwiązań proponowanych przez wykonawców.
- Wykonuje wszelkie prace związane z oceną warunków w miejscu realizacji projektu, planowaniem i projektowaniem technicznym.

Doradca finansowy

- Pomaga w opracowaniu wszelkich aspektów finansowych projektu.
- Wskazuje sposoby pozyskiwania ewentualnych środków publicznych na potrzeby projektu.
- Doradza w sprawie możliwości skorzystania z określonych źródeł finansowania oraz sposobów ich optymalizacji w ramach struktury finansowania.
- Dbą o zgodność wszelkich aspektów finansowych rozwiązań proponowanych przez wykonawców z wymaganiami dotyczącymi składania oferty finansowej.
- Optymalizuje, wnikliwie analizuje i ewentualnie kontroluje modele finansowe proponowane przez wykonawców.
- Ocenia oferty finansowe w całej fazie zamówienia i doradza w tym zakresie.
- Udziela porad dotyczących problemów związanych z wiarygodnością finansową wynikających z umowy ppp.
- Przeprowadza wnikliwą analizę finansową składanych ofert.
- Pomaga w prowadzeniu negocjacji z kredytodawcami.
- Pomaga w opracowaniu strategii zabezpieczającej przed skutkami zmian stóp procentowych i podjęciu stosownych działań na etapie finalizowania uzgodnień finansowych.

Doradca ds. ochrony środowiska

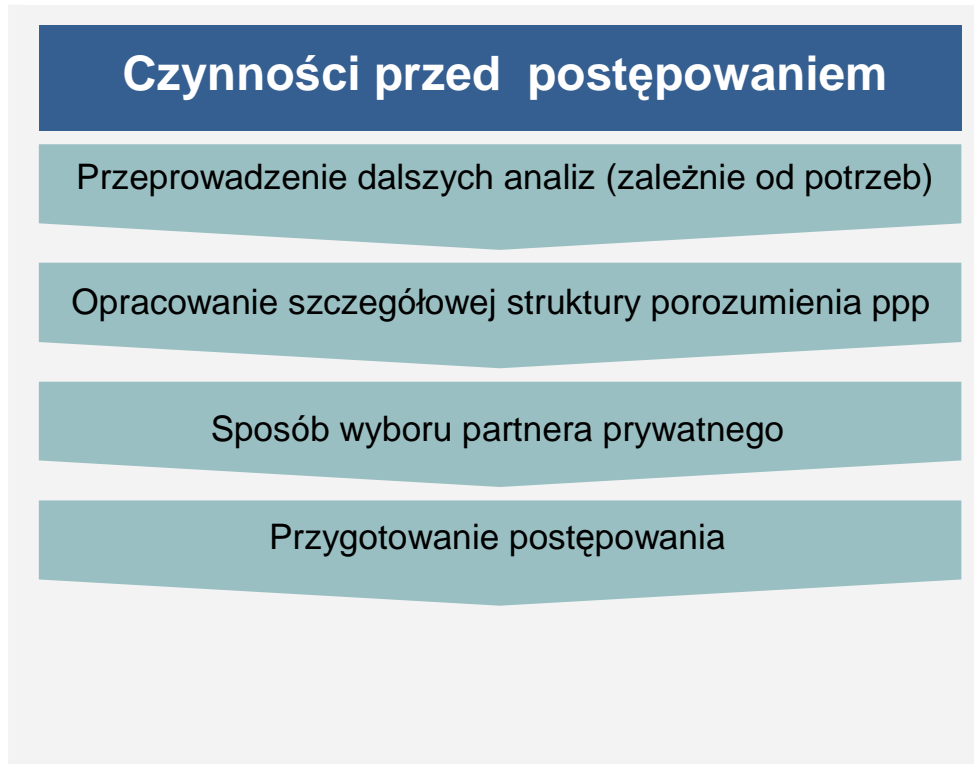
- Bada potencjalny wpływ projektu na środowisko naturalne.
- Pomaga w przeprowadzaniu wnikliwej analizy środowiskowej, w tym pozyskania wymaganych zezwoleń i zaświadczeń.
- Wskazuje potencjalne czynniki ryzyka o charakterze ekologicznym i bada, w jaki sposób są one uwzględniane w składanych ofertach.

Rozważa możliwości minimalizowania powyższych czynników ryzyka oraz ich wpływu na zakres przedsięwzięcia i jego projekt techniczny

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

Przygotowania do wszczęcia postępowania

Schemat 1



Etap 3.2 ma dwa główne cele:

- dalsze rozwijanie — w sposób postępujący— wszystkich aspektów struktury ppp (w tym obowiązków, alokacji ryzyka, mechanizmu płatności itd.) w celu sporządzenia pełnego projektu umowy ppp;
- sposób wyboru partnera prywatnego oraz sporządzenie pełnej dokumentacji umożliwiającej wszczęcie postępowania.

Niektóre etapy cyklu realizacji projektu ppp mogą nie przebiegać w ścisłym porządku chronologicznym przedstawionym na schemacie 1, ponieważ wykonywane działania często na siebie zachodzą. Na przykład końcowe zadania związane z opracowaniem szczegółowej struktury ppp mogą być kontynuowane w trakcie postępowania.

3.2.1 Przeprowadzenie dalszych analiz (zależnie od potrzeb)

Chociaż podstawowe analizy techniczne, finansowe i ekonomiczne zostaną zakończone w fazie studium wykonalności, w fazie wyboru partnera

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

prywatnego może być konieczne przeprowadzenie dalszych, ściślej ukierunkowanych badań³⁵.

Podczas przygotowywania analizy opłacalności inwestycji i dokonywania oceny projektu mogą wyjść na jaw problemy wymagające dokładniejszego zbadania.

- Głównym celem analiz wykonywanych w fazie studium wykonalności będzie pomoc Jednostce lub innym instytucjom w podjęciu decyzji o realizacji przedsięwzięcia lub odstąpieniu od niego oraz w wyborze jednego z głównych wariantów projektu (prace na tym etapie nie muszą wcale dotyczyć dopracowywania struktury ppp w ramach przygotowań do sporządzenia projektu umowy).
- W miarę dopracowywania struktury ppp podejmowane są decyzje dotyczące alokacji ryzyka, które mogą wymagać dalszych analiz. W przypadku niektórych projektów (dotyczących na przykład tuneli) Jednostka może przeprowadzić wstępne badania gruntu i udostępnić je wykonawcom w toku postępowania.

3.2.2 Opracowanie szczegółowej struktury porozumienia ppp

Wszystkie aspekty porozumienia ppp (np. obowiązki, alokacja ryzyka lub mechanizm płatności) wymagają dalszego doprecyzowania, którego ostatecznym celem jest sporządzenie projektu umowy ppp³⁶. Zaleca się przy tym prowadzenie prac mniejszymi podetapami (tworząc poszczególne istotne postanowienia przyszłej umowy), ponieważ upraszcza to wewnętrzny proces przeglądu: — początkowe rozmowy wewnętrzne i procedury zatwierdzania powinny być ukierunkowane na ogólne aspekty handlowe struktury projektu, a nie na szczegółowe warunki prawne.

- Pierwszym podetapem może być przygotowanie dokumentu zawierającego zarys najważniejszych warunków handlowych³⁷. Po

³⁵ Szerzej: **Toolkit for Public-Private Partnerships in Roads and Highways**

PPIAF/Bank Światowy (wersja z marca 2009 r.)

Komentarz : W module 5, rozdziale 3 opisano szczegółowe analizy wstępne i studia wykonalności niezbędne do pełnego rozpoznania cech projektu, które następnie posłużą do opracowania dokumentacji przetargowej i umowy ppp.

<http://www.ppiaf.org/documents/toolkits/highwaystoolkit/5/5-3.html>

³⁶ Szerzej: **Guidelines for Successful Public Private Partnerships**

Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Polityki Regionalnej (marzec 2003 r.)

Komentarz: Rozdział 2, cz. 3 (str. 50-55) zawiera krótki opis głównych źródeł ryzyka dotyczących projektu ppp i ich konsekwencji finansowych. Z kolei w rozdziale 5 (str. 82-89) znajduje się krótki przegląd problemów związanych z opracowywaniem projektów ppp z punktu widzenia Komisji Europejskiej.

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

³⁷ **Guide for the Implementation of Public-Private Partnerships in Greece**, Sekretariat ds. partnerstw publiczno-prywatnych, Ministerstwo Gospodarki i Finansów (Ateny, 2006), **Komentarz** : Na stronach 6-8 znajduje się zestawienie minimalnych zapisów umowy ppp.

http://www.sdit.mnec.gr/export/sites/sdit/en/infopoint/implementation/ppp_guide_en_final.pdf

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

wewnętrznym zatwierdzeniu takich warunków Jednostka powinna stopniowo dopracować i doprecyzować poszczególne zagadnienia³⁸. Uzgodnienie niektórych kwestii (np. mechanizmu płatności) może wymagać wcześniejszego sporządzenia przez doradców notatek z dyskusji, w trakcie których zostały zaprezentowane i ocenione różne warianty.

- Dalsze prace nad alokacją ryzyka w ramach porozumienia ppp: wstępne matryce lub rejestry ryzyka, które były pierwotnie wykorzystywane w fazie studium wykonalności, są nadal dopracowywane
- W przypadku projektów ppp niezbędna jest ocena ryzyka związanego z popytem. Alokacja ryzyka związanego z popytem odbywa się zazwyczaj za pośrednictwem mechanizmu płatności określonego w umowie ppp. Mechanizm ten może przewidywać przeniesienie części lub całości ryzyka związanego z popytem na sektor prywatny, ale ryzyko to może również nie zostać przeniesione (przykłady można znaleźć w [ramce 3 Alokacja ryzyka związanego z przychodami zależnymi od ruchu](#) oraz [ramce 4 Mechanizm płatności](#)).
- Model finansowy przewidywanego ppp³⁹, który został początkowo opracowany przez Jednostkę i jej doradców na potrzeby studium wykonalności, w tej fazie należy rozwinąć i dopracować tak, aby mógł on posłużyć do zbadania innych wariantów alokacji ryzyka i mechanizmów płatności.

³⁸ **An Introductory Guide to Public Private Partnerships (PPPs)**, Rząd Hongkongu, wydanie drugie (marzec 2008 r.)

Komentarz: Załącznik F zawiera 5-stronicową charakterystykę najważniejszych warunków typowej umowy ppp.
http://www.eu.gov.hk/english/psi/psi_guides/psi_guides_ppgpop/psi_guides_ppgpop.html#3

³⁹ Należy przy tym pamiętać, że nie jest to ten sam model finansowy, który sporządzi oferent i dołączy do swojej oferty.

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

Ramka 2: Alokacja ryzyka związanego z przychodami zależnymi od ruchu

Prognozowanie popytu związanego z ruchem ma kluczowe znaczenie dla wszystkich partnerstw publiczno-prywatnych w dziedzinie transportu, ponieważ natężenie ruchu wpływa zarówno na koszty projektu (tj. nakłady inwestycyjne i koszty utrzymania), jak i na uzyskiwane przychody, zwłaszcza gdy głównym źródłem przepływu środków pieniężnych są dla partnera prywatnego (lub spółki ppp) bezpośrednie opłaty uiszczane przez użytkowników, takie jak opłaty za przejazd. Trafne oszacowanie przyszłego natężenia i struktury ruchu jest jednak trudnym zadaniem, ponieważ:

- prognozy dotyczące ruchu zawierają często zawyżone wartości (są zbyt „optymistyczne”);
- zawyżenie prognozowanego natężenia ruchu może wynikać nie tylko z niedociągnięć przyjętego modelu ruchu, lecz także ze strategicznych decyzji podjętych przez konsorcja ppp przy składaniu ofert (problem nadmiernego optymizmu występuje na przykład rządziej w prognozach ruchu tworzonych na zlecenie banków udzielających kredytów).

Z uwagi na powyższe niewiadome alokacja ryzyka związanego z przychodami zależnymi od ruchu jest kluczowym aspektem umowy ppp dotyczącej projektu transportowego, a także ma ścisły związek z wyborem mechanizmu płatności (patrz [ramka 3](#), *Mechanizm płatności*, str. 52). Istnieje kilka wariantów alokacji ryzyka związanego z przychodami zależnymi od ruchu⁴⁰. Poniżej przedstawiono przykład partnerstwa publiczno-prywatnego, którego celem jest budowa autostrady

- Z jednej strony mamy do czynienia z wariantem tradycyjnej drogi płatnej, w którym źródłem przychodów są opłaty za przejazd. W takiej sytuacji partner prywatny (lub spółka ppp i kredytodawcy) ponoszą pełne ryzyko związane z przychodami zależnymi od ruchu.
- Z drugiej strony jest wariant oparty na „dostępności” — w tym przypadku partner prywatny (lub spółka ppp) otrzymuje stałe opłaty okresowe z budżetu państwa przez cały okres, w którym droga jest udostępniona do użytku. W tej sytuacji partner prywatny (lub spółka ppp) ponosi niewielkie ryzyko związane z przychodami zależnymi od ruchu lub nie ponosi go wcale.
- Między tymi wariantami występuje kilka opcji podziału ryzyka związanego z przychodami zależnymi od ruchu, takich jak na przykład:

a) *poziomy podziału przychodów* — w tym przypadku określane

⁴⁰ Szerzej: **Toolkit for Public-Private Partnerships in Roads and Highways**, PPIAF/Bank Światowy (wersja z marca 2009 r.) *Komentarz*: Moduł 2 zawiera informacje dotyczące mechanizmów płatności i ich wpływu na alokację ryzyka.

http://www.ppiaf.org/ppiaf/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/6/toolkit_files/index.html

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

są dolne i górne wartości progowe, po których przekroczeniu ryzyko związane z przychodami zależnymi od ruchu jest dzielone między partnera prywatnego (spółkę ppp) a sektor publiczny;

b) umowy o elastycznym terminie obowiązywania — w tym przypadku umowa ppp ulega rozwiązaniu po uzyskaniu przez partnera prywatnego (spółkę ppp) określonych przychodów z opłat uiszczanych przez użytkowników (np. model „minimalnej bieżącej wartości przychodów” stosowany głównie w Chile);
→

c) *zmiana bilansu finansowego* — ten wariant przewiduje zmianę bilansu ekonomicznego umowy, jeśli natężenie ruchu będzie znacznie niższe lub znacznie wyższe od planowanego, bądź zmiany w ustalonych, regularnych odstępach czasu.

Ostatnio w ramach projektów transportowych wykorzystywane jest rozwiązanie polegające na zastosowaniu mieszanego mechanizmu płatności, który przewiduje opłatę za dostępność (mającą pokryć koszty eksploatacji i obsługi zadłużenia) oraz bezpośrednie opłaty za użytkowanie (np. opłaty za przejazd), które zapewniają zwrot z kapitału.

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

3.2.3 Sposób wyboru partnera prywatnego

Przed rozpoczęciem formalnego postępowania zespół Jednostki musi podjąć decyzję, w jakiej procedurze nastąpi wybór partnera prywatnego. Ustawodawstwo unijne i przenoszące je prawo krajowe przewiduje kilka takich procedur, jednak żadna z nich nie została opracowana wyłącznie z myślą o modelu ppp — wszystkie mają zastosowanie do ogółu zamówień na dostawę, usługi i roboty budowlane⁴¹.

Na gruncie prawa krajowego możliwe zasadniczo są dwa rozwiązania (art. 4 ustawy o ppp):

- wykorzystanie formuły koncesji na roboty budowlane lub koncesji na usługi, zgodnie z ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- wykorzystanie modelu zamówienia publicznego, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Wybór rozwiązania zależy od planowanego sposobu rozliczenia się z partnerem prywatnym, mianowicie w sytuacji gdy wynagrodzeniem partnera jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu ppp, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, wówczas należy wybrać model koncesyjny. Sformułowanie „prezde wszystkim” zakłada, iż przeważająca część wynagrodzenia partnera prywatnego pochodziła będzie z pożytków jakie generuje przedmiot partnerstwa, co oznacza, iż udział z tego tytułu nie może być mniejszy niż 50 %⁴². Pożytki te mogą być pożytkami naturalnymi lub pożytkami cywilnymi przez które rozumie się dochody przynoszone przez rzecz na podstawie stosunków cywilnoprawnych (np. czynsze, opłaty użytkowników). Aby jednak można było mówić o modelu koncesyjnym, udział podmiotu publicznego musi być znacząco niższy niż zaangażowanie podmiotu prywatnego, który bierze na siebie ryzyko ekonomiczne związane z realizacją przedsięwzięcia. W pozostałych sytuacjach wykorzystywany powinien być model zgodny z Prawem zamówień publicznych. Nawet gdy partner prywatny otrzyma całość wynagrodzenia w formie zapłaty sumy pieniężnej od podmiotu publicznego, ale inwestycja była finansowana przez partnera prywatnego wówczas mamy do czynienia z ppp, w którym partner publiczny wybierany jest zgodnie z ustawą o ppp. Jeśli natomiast projekt nie jest choćby częściowo finansowany przez partnera prywatnego wówczas nie mamy do czynienia z ppp w rozumieniu prawa polskiego (zgodnie z ustawą o ppp).

⁴¹ Zob. **Interpretative Communication of the European Commission on Concessions under Community Law**

Komisja Europejska (2000/C 121/02)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:EN:PDF>

⁴² **Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Poradnik UZP.**

Autorzy Poradnika w pkt 2.6 omawiają możliwe formy wynagradzania partnera prywatnego i wynikające z tego konsekwencje związane z sposobem wyboru partnera prywatnego. Na szczególną uwagę zasługuje w tym względzie pkt 2.6.2. <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1687>

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

Złożoność przedsięwzięć ppp

Z uwagi na złożoność przedsięwzięć w modelu ppp Jednostka musi dobrze znać obowiązujące ustawodawstwo krajowe i wspólnotowe z zakresu partnerstwa jeszcze przed wszczęciem postępowania⁴³.

Koncesje na roboty budowlane i usługi

Koncesje na roboty budowlane to umowy, na mocy których *koncesjonariusz* zobowiązuje się do wykonania obiektu budowlanego za wynagrodzeniem, które stanowi prawo do eksploatacji tego obiektu (w tym pobieranie pożytków), albo prawo do eksploatacji obiektu budowlanego wraz z płatnością ze strony podmiotu publicznego (koncesjonodawcy).

Koncesja na usługi to umowa, na mocy której *koncesjonariusz* zobowiązuje się do wykonania obiektu budowlanego za wynagrodzeniem, które stanowi prawo do wykonywania usług (w tym pobieranie pożytków) albo prawo do wykonywania usług wraz z płatnością ze strony podmiotu publicznego (koncesjonodawcy). Koncesje muszą być zgodne z podstawowymi zasadami określonymi w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (tj. zasadami przejrzystości, równego traktowania, proporcjonalności i wzajemnego uznawania)⁴⁴.

Wybór partnera prywatnego w formule koncesji nie powoduje, iż mamy do czynienia z udzieleniem koncesji odpowiednio na roboty budowlane lub usługi. Między klasyczną koncesją a ustanowieniem ppp w formule koncesji występuje szereg różnic, z których najważniejsze to:

- przedmiot obydwu instytucji: w przypadku koncesji mamy do czynienia z wykonaniem określonych robót budowlanych lub usług, podczas gdy w ppp – przedsięwzięcie rozumiane jako szereg działań związanych nie tylko z wykonaniem, ale również zarządzaniem czy eksploataowaniem przedmiotu ppp;
- wynagrodzenie, które w przypadku umowy ppp, którego trzon stanowi prawo do pobierania pożytków albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej;
- kryteria wyboru partnera prywatnego i koncesjonariusza, wśród których w przypadku ppp występują obligatoryjne ustawowe kryteria wyboru.

Natomiast sama procedura wyboru partnera prywatnego przebiegała będzie w sposób podobny jak wybór koncesjonariusza, tj. w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji, oferenci złożą wnioski o zawarcie umowy koncesji, a następnie wezmą udział w negocjacjach, po których następuje moment złożenia ofert. Spośród złożonych ofert zostaje wybrana oferta najkorzystniejsza na podstawie wcześniej podanych do wiadomości kryteriów oceny.

⁴³ Szerzej: Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Rynku Wewnętrznego i Usług – serwis internetowy zamówień publicznych http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_en.htm

⁴⁴ **Communication on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions**, Komunikat Komisji Europejskiej: COM(2005) 569, wersja ostateczna (listopad 2005 r.) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0569:FIN:EN:PDF>

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

Spółka celowa

Spółka celowa na gruncie wspólnotowym odpowiada konstrukcji zinstytucjonalizowanego partnerstwa publiczno-prywatnego, będącego szczególną formą realizacji ppp, w której przedstawiciele sektora publicznego i sektora prywatnego tworzą podmiot (spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, spółkę akcyjną, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną) z kapitałem mieszanym, a partner prywatny aktywnie uczestniczy w realizacji zamówień udzielonych takiemu podmiotowi. Komisja Europejska wydała szczegółowy komunikat wyjaśniający w sprawie stosowania unijnego prawa zamówień publicznych w takich przypadkach⁴⁵.

Powołanie takiej spółki musi być przewidziane już na etapie umowy ppp, która regulowała będzie kwestie wewnętrzne między wspólnikami. Powołana w ten sposób spółka ma do zrealizowania wskazany w umowie cel, który co do zasady nie powinien ulegać zmianom przez cały okres wykonywania powierzonych jej zadań. Powyższemu nie stoi na przeszkodzie, dostosowywanie jej funkcjonowania do postępu w danej dziedzinie, w której operuje, pod warunkiem jednak, iż nie ulegną istotnej zmianie warunki udzielenia zamówienia, w oparciu o które dokonano wyboru partnera prywatnego będącego wspólnikiem spółki^{46, 47}.

Jeżeli umowa ppp nie przewidywała powołania spółki celowej, wówczas przedsięwzięcie będące przedmiotem partnerstwa realizowane będzie przez partnera prywatnego. Nie jest możliwym następnie utworzenie spółki celowej przez takiego partnera, na którą przeniesione zostałyby prawa i obowiązki wynikające z zawartej umowy ppp. Wynika to z zakazu dokonywania zmian podmiotowych po stronie wykonawcy (art. 7 ust. 3 PZP). Oczywiście, partner prywatny realizując przedsięwzięcie w formule ppp uprawniony jest do zawiązania spółki, przy pomocy której wykonywał będzie swoje zobowiązania, jednak taka spółka traktowana będzie jako podwykonawca partnera prywatnego. Zlecenie wykonania określonych robót czy usług takiej spółce będzie podlegało rygorom wynikającym z trybu, w którym dokonano wyboru partnera prywatnego (patrz 4.1.5).

Cztery procedury

W przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie zamówienia publicznego, obowiązujące ustawodawstwo krajowe (ale również unijne) z zakresu zamówień publicznych nie wyłącza *ipso iure* żadnego z trybów udzielania zamówień publicznych, trzeba jednak zaznaczyć, iż faktycznie do wyboru Jednostki pozostają cztery procedury: przetarg nieograniczony, przetarg

⁴⁵ Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:091:0004:0009:PL:PDF>

⁴⁶ Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Poradnik UZP.

<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1687>

⁴⁷ Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych

Dokument przybliży tematykę powoływania spółek celowych.

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/mi0001_pl.htm

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem (procedura konkurencyjna dla zamawiających sektorowych, dla pozostałych zamawiających jej zastosowanie podlega określonym warunkom) oraz dialog konkurencyjny (jego zastosowanie również podlega określonym warunkom)^{48, 49}. Ze względu na złożony charakter przedsięwzięć ppp rekomenduje się wykorzystanie procedur negocjacyjnych (negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny)⁵⁰. Zastosowanie procedur standardowych sprawdzi się w projektach mniej skomplikowanych i złożonych, wówczas gdy Jednostka nie tylko ma jasno sprecyzowane oczekiwania co do przedmiotu partnerstwa, ale również pomysł co do sposobu osiągnięcia tego celu, brakuje jej jednak wystarczających środków na realizację. W poniższej [tabeli 3](#) porównano najważniejsze cechy czterech trybów stosowanych w celu wyłonienia partnera z sektora prywatnego.^{51, 52}

⁴⁸ **Dialog konkurencyjny jako jeden z trybów wyboru partnera prywatnego**, Platforma PPP, http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/20120206_opinia_DK_11_MRR.pdf

⁴⁹ **Explanatory note – Competitive Dialogue – Classic Directive**, Komisja Europejska http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf

⁵⁰ Poradnik dla zamawiających „Dialog konkurencyjny krok po kroku”, Platforma PPP http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/20120706_Poradnik_dialog_konk.pdf

⁵¹ Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz zapytania o cenę. Opracowanie omawia poszczególne przesłanki zastosowania trybów niekonkurencyjnych, w tym negocjacji z ogłoszeniem (str. 10-14) oraz dialogu konkurencyjnego (str. 14-15). <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1687>

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

Tabela 3. Porównanie procedur zamówień publicznych				
	Przetarg nieograniczony	Przetarg ograniczony	negocjacje z ogłoszeniem	Dialog konkurencyjny
Możliwość ograniczenia liczby wykonawców	Niedozwolone jest przeprowadzanie wstępnej kwalifikacji lub selekcji. Ofertę może złożyć każdy zainteresowany wykonawca .	Liczbę wykonawców można ograniczyć do nie mniej niż pięciu zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu (dozwolone jest przeprowadzanie wstępnej kwalifikacji wykonawców składających oferty).	Liczbę wykonawców można ograniczyć do nie mniej niż trzech (lub pięciu w zależności od wartości zamówienia) zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu (dozwolone jest przeprowadzanie wstępnej kwalifikacji wykonawców składających oferty).	Liczbę wykonawców można ograniczyć do nie mniej niż trzech (lub pięciu w zależności od wartości zamówienia) zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu (dozwolone jest przeprowadzanie wstępnej kwalifikacji wykonawców składających oferty).
Rozmowy w trakcie postępowania	W trakcie postępowania niedozwolone jest modyfikowanie SIWZ po terminie składania ofert oraz prowadzenie negocjacji i rozmów z wykonawcami, dopuszczalne jest natomiast udzielanie wyjaśnień SIWZ i jej zmiana przed terminem składania ofert z obowiązkowym informowaniem o tych zmianach.	W trakcie postępowania niedozwolone jest modyfikowanie SIWZ po terminie składania ofert oraz prowadzenie negocjacji i rozmów z wykonawcami, dopuszczalne jest natomiast udzielanie wyjaśnień SIWZ i jej zmiana przed terminem składania ofert z obowiązkowym informowaniem o tych zmianach.	Negocjacje prowadzone są po złożeniu ofert wstępnych przez wykonawców zaproszonych do ich złożenia, wyłonionych spośród wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Dopuszczalne jest żądanie wyjaśnień treści złożonych ofert, które jednak nie mogą prowadzić do zmiany lub uzupełnienia oferty	Dialog prowadzony jest z wykonawcami, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu i zostali do dialogu zaproszeni. Dialog może dotyczyć wszystkich aspektów zamówienia Po zakończeniu dialogu, wykonawcy składają oferty odzwierciedlające rozwiązania przedstawione podczas dialogu.
Rozmowy po złożeniu ostatecznej oferty	Po złożeniu ofert nie ma możliwości prowadzenia negocjacji z wykonawcami. Dopuszczalne są wyjaśnienia treści złożonych ofert, które jednak nie mogą prowadzić do zmiany lub uzupełnienia oferty.	Po złożeniu ofert nie ma możliwości prowadzenia negocjacji z wykonawcami. Dopuszczalne są wyjaśnienia treści złożonych ofert, które jednak nie mogą prowadzić do zmiany lub uzupełnienia oferty.	Po złożeniu oferty ostatecznej nie ma możliwości prowadzenia negocjacji z wykonawcami. Dopuszczalne są wyjaśnienia treści złożonych ofert, które jednak nie mogą prowadzić do zmiany lub uzupełnienia oferty.	Dozwolone jest wyjaśnianie, dopracowywanie i doprecyzowywanie ofert, nie można natomiast dokonywać istotnych zmian w treści ofert ani zmian wymagań zawartych w SIWZ.
Podstawa do udzielenia	Najniższa cena lub	Najniższa cena lub najkorzystniejsza	Najniższa cena lub najkorzystniejsza	Najkorzystniejsza

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

zamówienia	najkorzystniejsza ekonomicznie oferta.	ekonomicznie oferta.	ekonomicznie oferta.	ekonomicznie oferta.
-------------------	--	----------------------	----------------------	----------------------

3.2.4 Przygotowanie postępowania

Zasady obowiązujące w postępowaniu

- Jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych jest *zasada jawności*. Przejawem zasady jawności jest w szczególności:
 - obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu/koncesji;
 - obowiązek informowania wykonawców o podjętych w postępowaniu czynnościach;
 - obowiązek udostępniania protokołu postępowania na każdym jego etapie.

Zamawiający obowiązany jest do rzetelnego i dokładnego dokumentowania wszystkich czynności w postępowaniu. Dokonane przez Zamawiającego czynności znajdują odzwierciedlenie w protokole postępowania oraz załącznikach do protokołu, który jest jawny. Zasada jawności dokumentacji doznaje jednak pewnych ograniczeń. Ustawodawca określił ograniczenia czasowe udostępniania poszczególnych dokumentów. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że dokumenty te stają się jawne najpóźniej tym czasie, przy czym brak jest przeszkód formalnych by udostępnić je wcześniej.

- Obowiązek należytego prowadzenia dokumentacji i udostępniania jej na każdym etapie postępowania implikuje konieczność prowadzenia dokumentacji w formie pisemnej. Zgodnie z art. 9 ust 1 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej w języku polskim. Zasada pisemności przejawia się w:
 - złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty w formie pisemnej;
 - kontaktowaniu się z wykonawcami z dochowaniem tej formy (wyjaśnienia, zawiadomienia, wezwania, itp), przy czym zrównane z nią zostały kontakty drogą elektroniczną i faksową;

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

- kontakty wykonawców z Jednostką również dokonują się z zachowaniem tej formy (zakazuje się porozumiewania telefonicznego);
- prowadzeniu protokołu postępowania w formie pisemnej

Komisja Przetargowa

Na tym etapie, a najpóźniej na początku fazy postępowania należy powołać *Komisję przetargową*, której skład wynika z regulacji wewnętrznych Jednostki. Rola Komisji przetargowej polega najczęściej na prowadzeniu postępowania zmierzającego do wyboru partnera prywatnego oraz na rekomendowaniu decyzji dotyczących wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Komisja może korzystać z porad i pomocy doświadczonych, wyspecjalizowanych konsultantów/biegłych (nierzadko są to członkowie zespołu doradzającego przy transakcji).

Biegli

Udział biegłych może mieć miejsce zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania. Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik Jednostki (z własnej inicjatywy lub na wniosek Komisji Przetargowej), może powołać biegłych. Kierownikiem Jednostki jest osoba lub organ, który - zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową - jest uprawniony do zarządzania Jednostką.

Przepisy ustawy PZP nie regulują szczegółowo wymagań co do osoby biegłego; nie musi to być biegły znajdujący się na liście biegłych sądowych. Biegłym w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego może być każda osoba posiadająca wiadomości specjalistyczne w danej dziedzinie. O tym czy osoba ta posiada wymaganą wiedzę decyduje kierownik Jednostki⁵³.

⁵³ **orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej związane z problematyką powołania biegłych w postępowaniu**, np.: KIO/UZP 593/08, KIO/UZP 2298/10.

KIO/UZP 2298/10: „Zamawiający musi brać pod uwagę swoje wiadomości nabyte nie tylko w trakcie badania ofert w konkretnym postępowaniu. Dopiero, gdy dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego może powołać biegłych, co wynika z art. 21 ust. 4 PZP”

KIO/UZP 593/08: „Ustawodawca nie określił żadnych szczegółowych wymagań, co do tego w jaki sposób powołanie biegłego ma nastąpić, ani także nie określił minimalnych wymagań co do poziomu wiedzy lub doświadczenia osób powoływanych na biegłych. Nie została także określona ustawowa lista instytucji, z których biegli mogą być powoływani. Prawo pozostawia te kwestie swobodzie wyboru zamawiającego. Ustawodawca nie uzależnia prawa do powołania biegłych od uprzedniego zawiadomienia o tym fakcie np. w ogłoszeniu czy SIWZ. Również nie ma wymogu powołania ich na konkretnym etapie postępowania czy też uzyskania zgody wykonawców na powołanie konkretnych osób na biegłych.” Pełna treść orzeczeń dostępna na stronie www.uzp.gov.pl w zakładce KIO/orzecznictwo KIO (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:388>)

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego można powołać dowolną liczbę biegłych z jednej bądź wielu dziedzin. W przypadku postępowań mających na celu wyłonienie partnera prywatnego mogą to być biegli posiadający wiedzę z zakresu zagadnień dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego oraz biegli legitymujący się znajomością zagadnień związanych z aspektami finansowymi czy technicznymi.

3.2.4.1 Wspólne przedsięwzięcie

Przedmiotem ppp jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym (art.1 ust.2 ustawy o ppp).

Przez przedsięwzięcie rozumie się:

- budowę lub remont obiektu budowlanego;
- świadczenie usług;
- wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub
- inne świadczenie,

- połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany.

3.2.4.2 Warunki udziału w postępowaniu

Przystępując do wyboru partnera prywatnego Jednostka (a właściwie działająca w jej imieniu Komisja przetargowa) zobowiązana jest dokonać weryfikacji wykonawców ubiegających się o ten status w oparciu o warunki podmiotowe. Warunki te odnoszą się będą bezpośrednio do osoby wykonawcy, w odróżnieniu od warunków przedmiotowych dotyczących samego przedsięwzięcia. Dokonując opisu spełniania warunków Jednostka zobowiązana jest kierować się następującymi zasadami:

- proporcjonalności warunku rozumianego jako „mniej więcej taki sam” jak przedmiot zamówienia, jednocześnie „nie nadmierny”,
- związania z przedmiotem przedsięwzięcia, czyli powinien być dokonany z punktu widzenia celu jakemu ma służyć, a mianowicie

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

wyłonienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.^{54 55},

Warunki podmiotowe odnosić się będą do: posiadania określonych uprawnień do wykonywania działalności (czynności) oraz wiedzy i doświadczenia, dysponowania określonym potencjałem technicznym i osobowym oraz znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wymagania te stawiane są przez Jednostkę i dobierane każdorazowo pod konkretny projekt ppp, a służyć mają ograniczeniu kręgu potencjalnych partnerów do tych, którzy dają gwarancje należytego wykonania przedmiotu ppp. Warunek posiadania określonych uprawnień do wykonywania działalności Jednostka zobowiązana jest postawić zawsze wtedy, gdy podjęcie określonej działalności jest możliwe po spełnieniu wymogów stawianych i weryfikowanych przez państwo przed zezwoleniem na prowadzenie danej działalności (działalność koncesjonowana, działalność regulowana). Wymogi odnoszące się do posiadania wiedzy i doświadczenia

⁵⁴ **Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego**

Opinia Prezesa UZP <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1541>

⁵⁵ **orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące pojęcia proporcjonalności i związku z przedmiotem zamówienia:**

Uchwała KIO KIO/KU 34/10: „*Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznaczałoby "mniej więcej taki sam" jak przedmiot zamówienia, jednocześnie "nie za duży, ale i nie za mały". Samo badanie prawidłowości postawionego warunku odnosi się do konkretnych okoliczności i w nawet wydawałoby się identycznych okolicznościach, może okazać się, że taki sam warunek może w jednym przypadku zostać uznany za nadmierny, a w innym za prawidłowy, jeśli zamawiający potrafi w logiczny i akceptowalny sposób wyjaśnić przyczynę takiego właśnie jego określenia. Brak wniesienia środków ochrony prawnej nie przesądza jeszcze o poprawności postawionego warunku.*

Wyrok KIO/UZP 1116/10: *Proporcjonalność przejawiać się powinna w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie powinien być dokonywany automatycznie przez Zamawiającego, zaś w każdym przypadku powinien być przemyślany, a następnie kreowany i oceniany indywidualnie przez przyzmat przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest związany warunkami oraz opisem sposobu dokonania oceny ich spełnienia, stawianymi przez innych Zamawiających w stosunku do ich przedmiotu zamówienia.*

Wyrok KIO/UZP 844/10: „*Proporcjonalność opisu oceny spełnienia warunku do przedmiotu zamówienia może być rozważna w aspekcie rodzaju i ilości elementów objętych opisem oceny spełnienia warunku do rodzaju i ilości elementów opisu przedmiotu zamówienia oraz w aspekcie relacji (stosunku), w jakim pozostają poszczególne wielkości parametrów zawartych w opisie oceny oraz w opisie przedmiotu zamówienia. P.z.p. nie zabrania zamawiającemu badania różnych aspektów doświadczenia wykonawców i stawiania względem nich wymagań o zróżnicowanym poziomie "trudności". Na gruncie aktualnych przepisów PZP brak jest możliwości stosowania jakichkolwiek preferencji dla podmiotów krajowych.*”

Inne wyroki w tym zakresie, np.: KIO/UZP 160/08, KIO/UZP 428/08, KIO/UZP 235/09, KIO/UZP 299/10, KIO/UZP 339/10

Pełna treść orzeczeń dostępna na stronie www.uzp.gov.pl w zakładce KIO/orzecznictwo KIO (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:388>)

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do realizacji zamówienia służą zweryfikowaniu posiadania praktycznych umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień, w tym również organizacji sposobu ich realizacji (dysponowanie osobami z określonym doświadczeniem, sprzęte i urządzeniami). Nieuprawnionym jest ograniczanie posiadanego doświadczenia wyłącznie do doświadczenia zdobytego na danym terytorium, albo przy wykonywaniu prac na rzecz konkretnego odbiorcy (np. sektora publicznego) czy też przy wykonywaniu projektów współfinansowanych ze środków wspólnotowych.

Weryfikacja znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej stawiany jest w celu uzyskania potwierdzenia zdolności wykonawcy do zrealizowania przedsięwzięcia w wyznaczonym terminie i sfinansowania go do czasu otrzymania wynagrodzenia czy to za pomocą środków własnych czy pochodzących z innych źródeł. Wśród najczęściej weryfikowanych wskaźników o charakterze ekonomicznym znajduje się wielkość obrotów, płynność finansowa.

Druga grupa wymogów, którym musi sprostać przedsiębiorca, określona jest sztywno przez przepisy obowiązującego prawa, a obowiązkiem Jednostki jest ich zweryfikowanie w toku prowadzonego postępowania. Wśród tych wymogów znajdują się: prawidłowe wywiązywanie się z zobowiązań umownych (brak wyrządzenia szkody Zamawiającemu lub nienależytego wykonania zamówienia, które doprowadziło do rozwiązania stosunku umownego), niepozostawanie w likwidacji ani upadłości, niezaleganie z opłacaniem podatków i składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne czy niekaralność za określone przestępstwa zarówno samego wykonawcy, jak i osób uprawnionych do jego reprezentacji (będą to odpowiednio wspólnicy, partnerzy, komplementariusze, członkowie Zarządu).

Ocena spełnienia postawionych warunków podmiotowych odbywa się na podstawie oświadczeń i dokumentów przedkładanych przez wykonawców. W postępowaniach o niższej wartości Zamawiający może poprzestać na żądaniu oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. W postępowaniach, których wartość przedmiotu ppp jest równa lub wyższa od progu unijnego, Jednostka ma obowiązek żądać dodatkowo dokumentów potwierdzających spełnienie postawionych wymogów.

Lista tych oświadczeń i dokumentów wskazana jest w ogłoszeniu o zamówieniu/koncesji (a w przypadku wykorzystania trybu przetargu nieograniczonego również w SIWZ). Jednostka uprawniona jest wyłącznie do żądania dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, tj. takich, które odpowiadają postawionym warunkom udziału lub potwierdzają brak okoliczności skutkujących wykluczeniem z postępowania. W sytuacji, gdy Jednostka odstępuje od weryfikowania danej okoliczności, np. sytuacji finansowej wykonawców, nieuprawnionym jest żądanie przedłożenia dokumentu obrazującego tą sytuację. Dokumenty, które w postępowaniu mogą być przedkładane (a tym samym żądane przez Jednostkę), jak również

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

forma tych dokumentów (oryginały lub kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem, tłumaczenia, itp.) określone zostały w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane*. Jednostka może dokonać wyboru wyłącznie spośród dokumentów wskazanych w tym rozporządzeniu⁵⁶.

Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu.

3.2.4.3 Kryteria oceny ofert^{57, 58}

Obowiązujący system zamówień publicznych pozostawia nieco swobody w zakresie kryteriów oceny ofert i wyboru preferowanego wykonawcy. Ogólnym celem jest wskazanie „najkorzystniejszej ekonomicznie oferty”.

Wybór kryteriów oceny i punktacji konkurencyjnych ofert jest jedną z najważniejszych decyzji związanych z wyłanianiem w postępowaniu partnera prywatnego. Kryteria udzielenia zamówienia należy dopasować do specyfiki danego projektu i warunków umowy, tak aby uzyskać jak najlepsze rezultaty (czyli jak największą opłacalność)⁵⁹.

Niewłaściwy dobór kryteriów wyboru partnera prywatnego może negatywnie wpłynąć na wynik postępowania, w związku z czym przed ostatecznym określeniem zasad oceny ofert Jednostka powinna zasięgać stosownych porad, a co najmniej przeprowadzić symulację oceny ofert.

Kryteria udzielenia zamówienia (i wagę każdego z nich) należy z zasady określać z góry, co może stanowić problem w przypadku skomplikowanych przedsięwzięć ppp. W każdym przypadku kryteria udzielenia zamówienia muszą być zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu (koncesji) i nie mogą ulegać zmianie po upływie terminu składania ofert.

Polski ustawodawca przyjął koncepcje kryteriów obligatoryjnych, wymienionych enumeratywnie w ustawie oraz fakultatywnych, będących katalogiem otwartym, pozostawiając Jednostce swobodę w ich kształtowaniu.

⁵⁶ [Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego](#)

W opinii Prezesa UZP wskazano na sposób doboru dokumentów w zależności od postawionych warunków udziału w postępowaniu i dokonanego opisu ich spełnienia

<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1542>

⁵⁷ **Rynek PPP w Polsce 2011**

Analiza przedstawia ranking najczęściej stosowanych kryteriów wyboru partnera prywatnego w zależności od trybu jego wyboru, str. 22 i nast.

http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/24022012_Raport_Rynek_ppp_w_Polsce_2011.pdf

⁵⁸ **Pozacenowe kryteria oceny ofert**

http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/Kryteria_wyboru_ofert_pozacenowe_310111.pdf

⁵⁹ **National Public Private Partnership Guidelines, Volume 2: Practitioners' Guide** Infrastructure Australia (grudzień 2008 r.), *Komentarz*: W części II („Detailed Technical and Process Issues”) omówiono kryteria oceny ofert z handlowego, technicznego i jakościowego punktu widzenia.

http://www.infrastructureaustralia.gov.au/public_private/files/Vol_2_Practitioners_Guide_Mar_2011.pdf

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

Obligatoryjnymi kryteriami oceny ofert wskazanymi w ustawie o ppp są:

- wynagrodzenie partnera prywatnego,
- podział zadań i ryzyk między podmiot publiczny i partnera prywatnego,
- terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeśli są planowane.

Wśród przykładowych fakultatywnych kryteriów oprócz tych wskazanych bezpośrednio w przepisach ustawy o ppp i ustawy o koncesji można wymienić:

- najniższe taryfy lub opłaty za usługi bądź najniższy poziom dotacji lub subwencji;
- największe płatności na rzecz Jednostki (dokonywane z góry lub okresowo);
- najkrótszy czas trwania ppp (przed przekazaniem środków trwałych Jednostki);
- najwyższa proponowana jakość usług, określona przy użyciu kluczowych, obiektywnych wskaźników w poszczególnych latach.

W modelu zamówieniowym, kryteria wyboru oferty nie mogą odnosić się do właściwości wykonawcy, a więc tych elementów, które weryfikowane są na podstawie postawionych warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie zakaz ten nie obowiązuje w modelu koncesyjnym.

Mimo braku popularności wśród zamawiających wyboru innych niż cena (w przypadku projektów ppp odpowiednikiem ceny jest wynagrodzenie) kryteriów oceny ofert⁶⁰ należy wskazać, iż określenie pozacenowych kryteriów oceny ofert daje szansę uzyskania zamówienia, które zaspokoi potrzeby zamawiającego w najwyższym stopniu. Wśród takich kryteriów najczęściej spotyka się: jakość, funkcjonalność, wartość (parametry) techniczne, dodatkowe wyposażenie, serwis oraz zastosowanie najlepszych dostępnych technologii. Kryterium funkcjonalności choć trudne do zmierzenia i skonkretyzowania powinno być tak opisane, by wskazywało zakres funkcji, jakie będą przydatne dla Jednostki. Przy kryterium jakości również należy precyzyjnie określić na czym będzie polegała ocena spełniania kryterium i jakie elementy będą brane pod uwagę, przy przyznawaniu odpowiedniej oceny w tym zakresie. Kryterium wartości technicznej choć mierzalne wymaga precyzyjnego zdefiniowania, podobnie jak oceniane warunki serwisu

⁶⁰ Sprawozdanie Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych wskazuje na to, że zamawiający najchętniej wybierają cenę jako jedyne kryterium oceny ofert.

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

(np. koszt/roboczogodziny, częstotliwość, ceny wymienianych części). Każdorazowo Jednostka zobowiązana jest zdefiniować co rozumie pod pojęciem jakości, funkcjonalności czy parametrów technicznych wraz z przypisaniem dla poszczególnych kryteriów wag odpowiadających istotności kryterium przez pryzmat etapu realizacyjnego przedsięwzięcia.

Określając fakultatywne kryteria oceny ofert należy ostrożnie i dokładnie zdefiniować potrzeby Jednostki, a samo określanie kryteriów oceny ofert powinno być precyzyjne i rozważne.⁶¹

Istnieje wiele przykładów pomysłowego wykorzystania kryteriów udzielania zamówień do osiągnięcia określonych celów. Na przykład w Chile przy budowie płatnych autostrad stosuje się kryterium „minimalnej bieżącej wartości przychodów”. W tym przypadku koncesja wygasa w momencie osiągnięcia przez spółkę ppp przychodów, których łączna bieżąca wartość netto jest równa kwocie zaproponowanej w ofercie. Pozwala to połączyć kryterium najniższego wynagrodzenia z mechanizmem umożliwiającym przypisanie ryzyka związanego z natężeniem ruchu do sektora publicznego.

Projekt umowy ppp⁶²

Dokumentacja postępowania regulująca sposób jego prowadzenia zawiera również projekt (wzór) umowy ppp, a co najmniej jej istotne postanowienia, które powinny zostać uwzględnione w treści przyszłej umowy⁶³.

Umowa ppp zawierana w postępowaniu prowadzonym w modelu zamówieniowym będzie zbliżona do typowej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc powinna być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności, i co do zasady na czas oznaczony.

⁶¹ „Kryterium czasu reakcji serwisu zastosowane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnosi się do najdłuższego czasu reakcji serwisu, podczas gdy powinno odnosić się do najkrótszego czasu reakcji serwisu. Dokonując oceny ofert przy zastosowaniu kryterium ustalonego przez zamawiającego, najwięcej punktów dostała oferta wykonawcy, w której czas reakcji na zgłoszenie był najdłuższy. Tymczasem, biorąc pod uwagę przeznaczenie sprzętu medycznego w funkcjonowaniu szpitala, nie można uznać, aby zamawiający oczekiwał od wykonawców świadczących usługę naprawy i konserwacji sprzętu medycznego w najdłuższym czasie od zgłoszenia konieczności dokonania tego typu usług. Korzystniejszym rozwiązaniem dla zamawiającego jest skonstruowanie wzoru opierającego się na najkrótszym czasie reakcji serwisu. W związku z powyższym należy stwierdzić, że zastosowany wzór jest nieprawidłowy z punktu widzenia ekonomicznego i stoi w sprzeczności z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Powyższe działanie zamawiającego stoi w sprzeczności z przepisami ustawy PZP”. (Informacja z dnia 24 września 2010 r. o wyniku kontroli doraźnej zamówienia na „NAPRAWĘ I KONSERWACJĘ SPRZĘTU MEDYCZNEGO”, udzielonego przez Szpital Wojewódzki we Włocławku).

⁶² **Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym – ramy określając standardową zawartość**

Dokument zawiera propozycje klauzul umownych wraz ze wskazaniem zasadności ich zawarcia w przyszłej umowie

<http://bazappp.gov.pl/static/uploads/umowa.pdf>

⁶³ Szerzej o dokumentacji przetargowej: „Opinia w przedmiocie rozkładu ryzyka i odpowiedzialności za błędy dokumentacji przetargowej w formule „wybuduj” oraz „zaprojektuj i wybuduj”, Platforma PPP, http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Documents/20120206_opinia_DP_10_MRR.pdf

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

Znacznie więcej wymogów zawiera ustawa o koncesji, określająca w 14 punktach najważniejsze zapisy (*essentialia negotii*) przyszłej umowy.

Zestawiając wymagania pochodzące z obydwu źródeł, otrzymujemy następujące kategorie zagadnień, które powinny się odnaleźć w umowie ppp:

- 1) określenie przedmiotu umowy (opis przedsięwzięcia) wraz z określeniem ram czasowych;
- 2) sposób wynagrodzenia partnera prywatnego, w tym wskazanie ewentualnych płatności na jego rzecz od Jednostki;
- 3) podział zadań i ryzyk między partnera prywatnego i Jednostkę;
- 4) zasady wnoszenia i rozliczania wkładów własnych, wraz z przysługującymi uprawnieniami każdej ze stron (np. prawo pierwokupu);
- 5) standardy i założenia dotyczące realizacji przedsięwzięcia;
- 6) uprawnienia Jednostki w zakresie kontroli realizacji przedsięwzięcia przez koncesjonariusza;
- 7) warunki i zakres odpowiedzialności stron z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy;
- 8) zabezpieczenia należytego wykonania, ubezpieczenia;
- 9) warunki i sposób rozwiązania umowy;
- 10) procedury wprowadzania dozwolonych modyfikacji;
- 11) tryb i warunki rozwiązywania sporów związanych z realizacją umowy ppp.

Wzór umowy może również przewidywać powołanie spółki celowej o mieszanym kapitale, która uczestniczyła będzie w realizacji przedsięwzięcia.

W przypadku procedur negocjacyjnych, możliwym jest doprecyzowanie lub uzupełnienie istotnych postanowień umowy po przeprowadzonych negocjacjach.

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

Ramka 3: Mechanizm płatności⁶⁴

U podstaw umowy ppp leży mechanizm płatności, którego głównym celem jest zapewnienie partnerowi prywatnemu wystarczającego wynagrodzenia, które zachęci go do zawarcia umowy i świadczenia usługi. Mechanizm płatności jest również najważniejszym dostępnym w umowie ppp środkiem alokacji ryzyka i oferowania zachęt finansowych.

Przy opracowywaniu mechanizmu płatności warto na początek przyjąć wariant uznawany przez Jednostkę za podstawowy/idealny. *Idealne rozwiązanie* to takie, w którym Jednostka uiszcza na rzecz spółki ppp, z dołu, ustaloną opłatę za każdą usługę zrealizowaną zgodnie z wymaganiami jakościowymi (i tylko za taką usługę). Model ten odzwierciedla najważniejsze zasady ppp, zgodnie z którymi płatności powinny być dokonywane wyłącznie za faktycznie udostępnianą i świadczoną usługę, a ponadto nie powinny być uzależnione od rzeczywistych kosztów poniesionych przez partnera prywatnego (umowa ppp nie przewiduje rozliczania na zasadzie marży). Tego rodzaju podstawowy/idealny mechanizm silnie motywuje partnera prywatnego do należytego wykonania przedmiotu umowy, ale też wymaga od niego ponoszenia nadmiernego ryzyka. „Nadmierne ryzyko” oznacza w tym kontekście sytuację, w której dodatkowe opłaty wymagane przez spółkę ppp w związku z podjęciem ryzyka byłyby zbyt wysokie w porównaniu z zyskami wynikającymi z potencjalnego wzrostu efektywności, lub w której istniałoby zbyt duże prawdopodobieństwo uzyskania przez tę spółkę niewspółmiernie wysokich zysków bądź poniesienia znacznych strat — w takim przypadku zasadność porozumienia ppp stanęłaby pod znakiem zapytania. W związku z tym szczegółową strukturę mechanizmu płatności można określić poprzez odejście od podstawowego/idealnego modelu w taki sposób, który zapewni należyłą równowagę między ryzykiem ponoszonym przez spółkę ppp a uzyskiwanymi przez nią korzyściami. W szczególności w żadnym razie nie należy obciążać partnera prywatnego czynnikami ryzyka, które są od niej w dużej mierze niezależne.

Ponadto należy rozważyć dalsze modyfikacje podstawowego/idealnego mechanizmu zgodnie z poniższymi zaleceniami:

- Płatności na rzecz partnera prywatnego muszą być na ogół *indeksowane* w celu zrekompensowania wzrostu kosztów w wyniku inflacji (indeksacja powinna się odbywać na podstawie uzgodnionego zbioru publikowanych wskaźników).
- Koszty, na które partner prywatny nie ma wpływu, mogą zostać

⁶⁴ Szerzej: **Public Private Partnerships in Central and Eastern Europe: Structuring Concession Agreements**, Christopher Clement-Davies, Law in Transition 2007 (EBRD, Londyn), *Komentarz*: W dokumencie tym omówiono strukturę umów koncesyjnych, przy czym najwięcej uwagi poświęcono najważniejszym kwestiom decydującym o powodzeniu (lub niepowodzeniu) przedsięwzięcia.
<http://www.ebrd.com/downloads/research/law/lit071.pdf>

3. Szczegóły przygotowania projektu ppp

przerzucone na użytkownika (w takim przypadku Jednostka zwraca koszty faktycznie poniesione przez spółkę ppp). Jeśli rozważane jest zastosowanie tej techniki, Jednostka powinna zadbać o ograniczenie i szczegółowe określenie przeliczanych kosztów.

- Potrącenia z opłaty za usługę wynikające z niskiej jakości powinny być uzależnione od *stopnia* niedotrzymania uzgodnionych norm jakościowych (przy czym pomiar jakości usług musi się odbywać w sposób weryfikowalny i obiektywny). Zasadniczo kwoty potrąceń powinny być współmierne do strat, jakie zostałyby poniesione → przez Jednostkę lub użytkowników w związku ze spadkiem jakości i dostępności usług.
- Ryzyko związane z *popytem* jest często uznawane za co najmniej częściowo niezależne od partnera prywatnego. Dostępnych jest wiele różnych mechanizmów pozwalających częściowo lub całkowicie zdjąć ze spółki ppp ryzyko związane z popytem, na przykład poprzez stopniowe zwiększanie opłaty za usługę lub opłaty uiszczanej przez użytkownika w miarę spadku popytu. Ponadto można zastosować gwarancję minimalnej płatności, w przypadku której spółka ppp otrzymuje określoną kwotę, nawet jeśli rzeczywisty popyt spadnie poniżej uzgodnionego minimum.

Na kształt ostatecznego mechanizmu płatności wpływ mogą mieć również instytucje finansujące, którym zależy na zapewnieniu dla partnera prywatnego odpowiedniego strumienia płatności zapewniającego spłatę zobowiązań Jednostki, tak aby projekt ppp był "bankowalny".

Przy projektowaniu mechanizmu płatności Jednostka i jej doradcy powinni się wystrzegać rozwiązań, które mogłyby skłonić partnera prywatnego do podjęcia niewłaściwych działań bądź doprowadzić do sporów na późniejszym etapie (ze względu na komplikację i niejasności). Jako punkt odniesienia można również wykorzystać mechanizmy płatności stosowane w podobnych projektach lub sektorach (o ile są dostępne).

Strona publiczna powinna sprawdzać poszczególne warianty mechanizmu płatności przy użyciu modelu finansowego „oferty wzorcowej”. W związku z tym należy przeprowadzić analizę scenariuszy w celu *skalibrowania* parametrów mechanizmu płatności w taki sposób, aby działał on należycie w kilku różnych, prawdopodobnych wariantach jakości usług. O ile niska jakość usług powinna w znacznym stopniu wpływać na zwrot z kapitału osiąganego przez spółkę ppp, o tyle należy również unikać sytuacji, w których wpływ ten mógłby zbyt łatwo zagrozić spłacie zadłużenia, ponieważ mogłoby to wywołać skutki przeciwne do zamierzonych i doprowadzić do bankructwa spółki ppp bądź trudności w sfinansowaniu umowy ppp.

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

LISTA KONTROLNA: Przygotowania do wszczęcia postępowania

Przed rozpisaniem przetargu Jednostka musi mieć pewność, że uzyskała satysfakcjonujące odpowiedzi na szereg kluczowych pytań. Na przykład:

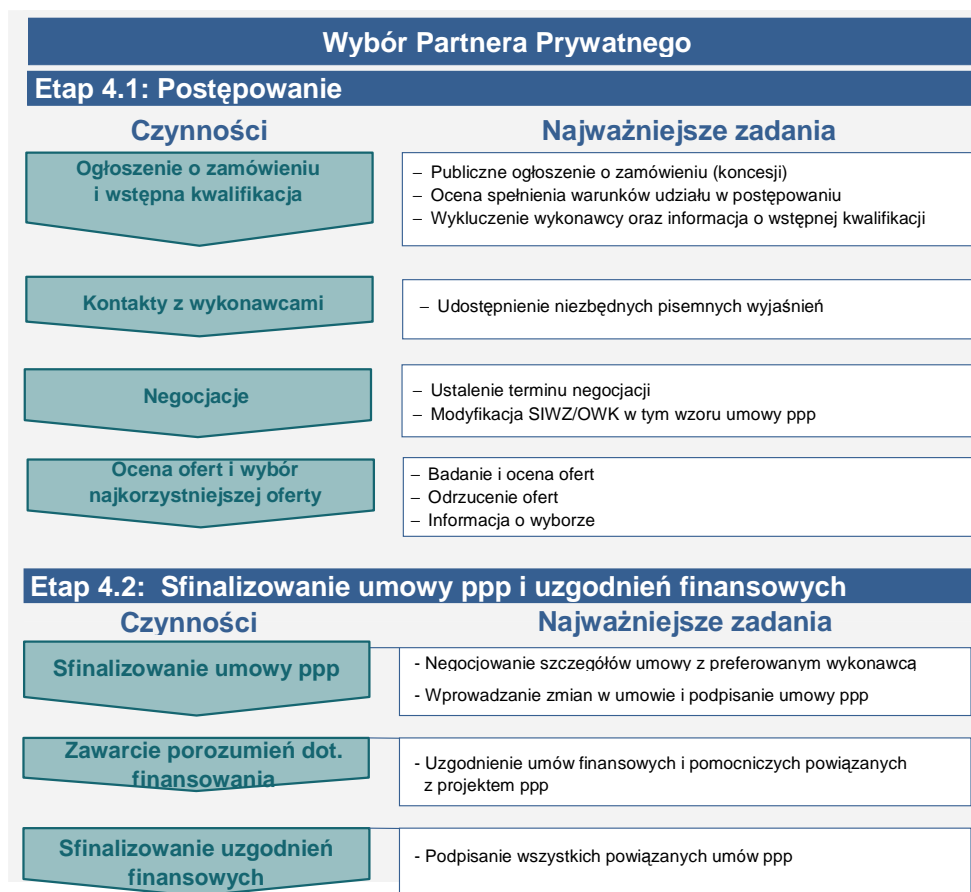
- Czy jednoznacznie i ostatecznie ustalono wymagania i zakres projektu ppp?
- Czy wskazano i uzyskano wszystkie wymagane zezwolenia środowiskowe i budowlane?
- Czy pozostały nierozwiązane problemy dotyczące miejsca realizacji projektu i wykupu gruntów?
- Czy Jednostka jest umocowana do udzielenia zamówienia w modelu ppp i zawarcia długoterminowej umowy?
- Czy przeprowadzono ocenę opłacalności proponowanej inwestycji w modelu ppp?
- Czy zakres projektu ppp jest możliwy do sfinansowania z punktu widzenia wymaganych płatności okresowych dokonywanych przez sektor publiczny (ppp ukierunkowane na dostępność) lub czy poziomy taryf są realistyczne i przystępne dla użytkowników (ppp ukierunkowane na przychody)?
- Czy w przypadku ppp ukierunkowanego na dostępność uzyskano przydział środków z budżetu oraz zgodę właściwego organu na pokrycie wszelkich zobowiązań płatniczych sektora publicznego?
- Czy należyście potwierdzono zainteresowanie finansowe wykonawców, operatorów, kredytodawców i inwestorów w stopniu uzasadniającym rozpoznanie przetargu?
- Czy zidentyfikowano czynniki ryzyka związane z projektem oraz przeanalizowano potencjalną alokację ryzyka?
- Czy uzgodniono i sfinalizowano plany dotyczące podania do wiadomości publicznej informacji o rozpoczęciu projektu?
- Czy sporządzono memorandum informacyjne dotyczące projektu?
- Czy dokonano opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert?
- Czy sporządzono projekt umowy ppp, w tym określono specyfikację projektu, standardy usług, mechanizm płatności i proponowaną alokację ryzyka?
- Czy ustalono możliwy do zrealizowania harmonogram negocjacji?

3. Szczegółwe przygotowania projektu ppp

4 Wybór Partnera Prywatnego

Zgodnie z definicją przyjętą w niniejszym Przewodniku faza wyboru partnera prywatnego rozpoczyna się z chwilą opublikowania ogłoszenia o zamówieniu (ogłoszenia o koncesji), a kończy z chwilą sfinalizowania uzgodnień finansowych — czyli w momencie, w którym można rozpocząć prace związane z projektem (w pierwszej kolejności prace budowlane). Dla ułatwienia faza ta została podzielona na dwa etapy: (i) postępowanie w sprawie wyboru partnera oraz (ii) okres od momentu uprawomocnienia się decyzji o wyborze partnera do momentu sfinalizowania uzgodnień finansowych. Na schemacie 4 przedstawiono główne etapy i czynności związane z fazą wyboru partnera.

Schemat 4

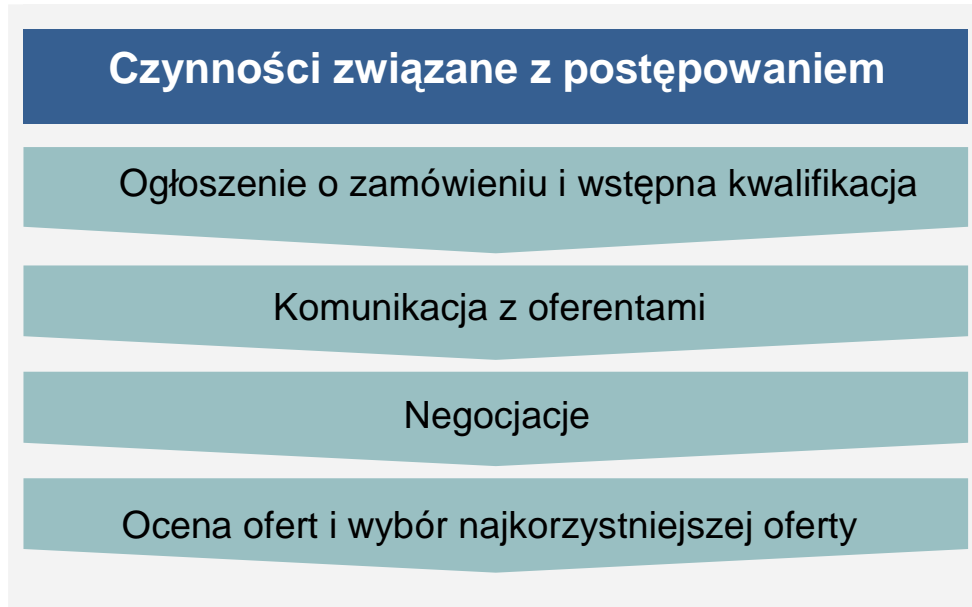


4. Wybór partnera prywatnego

4.1 Postępowanie

Postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego składa się z szeregu czynności wskazanych na schemacie 5 poniżej. Celem tego postępowania jest zapewnienie maksymalnej opłacalności przedsięwzięcia poprzez stworzenie właściwych czynników motywacyjnych w ramach konkurencyjnego postępowania o udzielenie długoterminowego zamówienia (koncesji) w modelu ppp.

Schemat 5



W trakcie postępowania należy zadbać w wystarczającym stopniu o przestrzeganie najważniejszych zasad należytego przeprowadzania zamówień publicznych, jak również udzielania koncesji czyli zasad *przejrzystości* i *równego niedyskryminacyjnego traktowania*. Pozwoli to uniknąć ewentualnych zastrzeżeń natury prawnej dotyczących danego ppp oraz zwiększyć jego akceptację wśród interesariuszy.

Powyższe zasady należytego postępowania muszą być przestrzegane od momentu rozpoczęcia formalnego postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego. Na etapie poprzedzającym wszczęcie danego postępowania, Jednostka może na przykład organizować dni otwarte i spotkania techniczne, podawać wcześniej do wiadomości publicznej dokumenty techniczne itd. (przy czym przez cały czas musi mieć na uwadze ostateczny cel, jakim jest zachowanie odpowiedniej równowagi między potencjalnymi wykonawcami). Od momentu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu (koncesji) wszyscy potencjalni wykonawcy muszą być objęci zasadą *równego traktowania*, a wszelkie kontakty z nimi muszą być należycie odnotowywane (*zasada jawności i pisemności*).

W niniejszym podrozdziale Przewodnika skoncentrowano się głównie na kolejnych etapach postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, nie zaś na omówieniu szczegółowych uwarunkowań prawnych (choć

4. Wybór partnera prywatnego

w niektórych przypadkach pojawiają się odwołania do określonych wymogów prawa krajowego, jak i wspólnotowego). Celem jest zapoznanie czytelników z logiką i uzasadnieniem poszczególnych czynności i uwarunkowań, a nie przedstawienie wykonywanych działań jedynie w kategoriach wymaganych prawem procedur (w związku z tym nie omówiono na przykład przesłanek zastosowania poszczególnych trybów czy obowiązujących terminów).

4.1.1 Ogłoszenie o zamówieniu i wstępna kwalifikacja

Formalne postępowanie o udzielenie zamówienia rozpoczyna się w momencie publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym (koncesji). W zależności od wartości przedmiotu partnerstwa, takie ogłoszenie zamieszczone powinno zostać albo w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁶⁵. Dodatkowo, Jednostka zobowiązana jest zamieścić ogłoszenie o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym w Biuletynie Informacji Publicznej.

Niezależnie od wybranego modelu zawarcia umowy ppp (zamówieniowy albo koncesyjny), jak również niezależnie od decyzji w przedmiocie zastosowanego trybu w modelu zamówieniowym, ogłoszenie o zamówieniu zawierało będzie informacje co najmniej na temat:

- przedmiotu partnerstwa,
- terminu na jaki zawarta będzie umowa ppp,
- krótkiego opisu projektu,
- warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny ich spełniania,
- dokumentów, jakie należy przedłożyć wraz z ofertą lub wnioskiem,
- kryteriów oceny ofert.

Zawartość ogłoszenia co do innych jego elementów może się różnić w zależności od wybranego rozwiązania. Krótki opis projektu ppp zawarty w ogłoszeniu opublikowanym w BZP albo Dz. Urz. UE powinien być sformułowany na tyle ogólnie, aby nie było potrzeby wprowadzania w nim późniejszych zmian (co mogłoby spowodować konieczność ponownej publikacji ogłoszenia). Ustawodawca w żaden sposób nie ograniczył możliwości wprowadzania zmian, zatem należy uznać, iż dopuszczalna jest zmiana każdego z elementów projektu za wyjątkiem zmian, które powodowałyby dalsze prowadzenie postępowania w zupełnie innym przedmiocie (zamiana budowy parkingu podziemnego na szpital). Należy jednak podkreślić, iż modyfikacja każdej informacji ujawnionej w ogłoszeniu,

⁶⁵ Wskazanie kwot, od których uzależniony jest obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej

http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:257:aktualne_progi_unijne.html

4. Wybór partnera prywatnego

jak również podanie nieujawnionej dotychczas informacji wymaganej ogłoszeniem powoduje konieczność zmiany ogłoszenia i jego ponownej publikacji. Możliwe jest zatem wprowadzenie uzupełnień dotychczasowej treści ogłoszenia, jak i zamiany dotychczasowej treści na nową. Celem tym służy *ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowanie*. W zależności od charakteru dokonywanych zmian może się okazać konieczne przedłużenie ustalonego pierwotnie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert, a obowiązek przedłużenia tego terminu powstanie za każdym razem gdy zmianie ulegnie przedmiot, wielkość lub zakres zamówienia, kryteria oceny ofert, warunki udziału w postępowaniu lub sposób oceny ich spełniania.

Obowiązujące ustawodawstwo nie przewiduje możliwości składania przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu zapytań do ogłoszenia o zamówieniu (koncesji), tak jak ma to miejsce w przypadku postanowień SIWZ. Tym samym, zapytania kierowane na tym etapie do Jednostki powinny pozostać bez odpowiedzi w aktach postępowania. Powyższe nie oznacza jednak, iż w przypadku naruszenia przez Jednostkę przepisów obowiązującego prawa przy kształtowaniu postanowień ogłoszenia, potencjalnym wykonawcom nie przysługuje prawo kontroli czynności Jednostki. Potencjalni wykonawcy uprawnieni są do korzystania ze środków ochrony prawnej również w zakresie czynności związanych z ogłoszeniem postępowania.

W odpowiedzi na opublikowane ogłoszenie o zamówieniu (koncesji), podmioty zainteresowane zawarciem umowy ppp składają bądź oferty bądź wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wnioski o zawarcie koncesji). Złożenie wniosków służy dokonaniu przez Jednostkę wstępnej kwalifikacji wykonawców. Jej celem jest uwzględnienie w postępowaniu tylko tych wykonawców, którzy sprawiają wrażenie zdolnych do należytej realizacji projektu ppp.

Wstępna kwalifikacja

Celem wstępnej kwalifikacji kandydatów jest zmniejszenie liczby wykonawców (zwykle do trzech lub pięciu). Złożenie oferty w postępowaniu dotyczącym utworzenia ppp — zwłaszcza w przypadku skomplikowanego przedsięwzięcia tego rodzaju — jest dla wykonawcy bardzo kosztowne, a celem postępowania jest zmaksymalizowanie konkurencji, nie zaś liczby wykonawców. W związku z tym umieszczenie na zawężonej liście zbyt wielu wykonawców mogłoby zniechęcić niektórych z nich do udziału w postępowaniu, a w rezultacie spowodować wycofanie się potencjalnie dobrych partnerów.

Oceniając wnioski o dopuszczenie (wnioski o zawarcie koncesji), Jednostka powinna skoncentrować się na *wiedzy i doświadczeniu* wykonawców, ich *potencjale technicznym i osobowym* oraz *sytuacji finansowej* wykonawców. Dopuszczalne jest złożenie jednego wniosku przez kilku wykonawców występujących wspólnie (tzw. konsorcjum), wówczas traktuje się ich analogicznie jak pojedynczego wykonawcę, a spełnienie postawionych warunków udziału ocenia się w takim przypadku łącznie.

4. Wybór partnera prywatnego

Zazwyczaj wymaga się, aby do wniosku o dopuszczenie zostały dołączone dokumenty na potwierdzenie spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. Wśród nich znajdują się:

- informacje na temat posiadanych uprawnień, jeżeli istnieje wymóg ich posiadania;
- informacja na temat dotychczasowego doświadczenia wykonawcy (np. liczba należycie zdefiniowanych projektów o podobnym charakterze zrealizowanych we wskazanym okresie);
- informacje o kwalifikacjach osób, które mają wziąć udział w projekcie,
- informacje o dysponowaniu określonym sprzętem, niezbędnym do realizacji projektu,
- informacje ekonomiczne i finansowe (np. informacje o zdolności kredytowej, o osiągniętych w ubiegłych latach przychodach)

W modelu koncesyjnym, wraz z wnioskiem o zawarcie koncesji, wykonawca składa wyłącznie oświadczenia o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu warunków udziału, zaś same dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków zobowiązany będzie przedstawić wyłącznie wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Pierwszym etapem wstępnej kwalifikacji i zawężania listy kandydatów jest ustalenie, którzy wykonawcy przekroczyli wymagane wartości progowe we wszystkich kategoriach (na zasadzie spełnienia/niespełnienia wymogów). Jeśli po wykonaniu tej czynności liczba wykonawców będzie większa niż ustalony wcześniej limit zawężonej listy kandydatów, to należy kontynuować zawężanie listy przy użyciu wcześniej ustalonego, systematycznego procesu oceny lub punktacji.

Na tym etapie postępowania zostanie również podjęta decyzja o wykonawcach wykluczonych z postępowania, czyli najczęściej wykonawcach, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zanim jednak Komisja przetargowa zarekomenduje decyzję o wykluczeniu wykonawcy z ww. przesłanki, zobowiązana jest wezwać go do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie postawionych wymagań. W przypadku ich nieuzupełnienia lub uzupełnienia w sposób nieprawidłowy, tj. nie pozwalający na uznanie, iż wymagania te zostały spełnione, taki wykonawca zostanie wykluczony⁶⁶.

⁶⁶ orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie wykluczenia wykonawców z powodu nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu:

- dokumenty zawierające błędy:
- wyrok KIO/UZP 1070/08: *Przepis art. 26 ust. 3 odnosi się obecnie nie tylko do formalnej zawartości dokumentu czy oświadczenia ale także do jego merytorycznej treści, ustawodawca bowiem w drugiej części tego przepisu po średniku zawarł dyrektywę interpretacyjną przepisu stanowiącą (...); oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez*

4. Wybór partnera prywatnego

Do następnego etapu postępowania zostaną zaproszeni ci wykonawcy, którzy najlepiej spełnili postawione warunki udziału w postępowaniu (uzyskali największą liczbę punktów) spośród wykonawców nie podlegających wykluczeniu. O zakończonym procesie oceny spełniania warunków Jednostka zobowiązana jest poinformować wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie, jak również wskazać na liczbę punktów uzyskanych przez każdego wykonawcę.

zamawiającego, (...)"*. Z tego zapisu wynika, że dokument nie potwierdzający warunków jest dokumentem błędnym.*;

- *wyrok KIO/UZP 1439/10: „Wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP jest obligatoryjne w razie niezłożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów albo złożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów zawierających błędy, przy czym błędy nie mogą dotyczyć treści merytorycznej dokumentu lub oświadczenia. Oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu. ;*
- *wyrok KIO/UZP 604/10: „Przepis art. 26 ust. 3 P.z.p. obliguje zamawiającego do jego zastosowanie - w przypadku dokumentu złożonego - wyłącznie w sytuacji, gdy dokument ten zawiera błędy. Wyjątkowy charakter tego przepisu nie pozwala na jego rozszerzającą wykładnię. Aby można było uznać należyte wykonanie usługi niezbędne jest stwierdzenie, że dokument rzeczywiście odnosi się do usługi wskazanej w wykazie, a nie innej usługi realizowanej przez wykonawcę na rzecz tego samego odbiorcy i zakończonej w tym samym czasie. Informacje w tym zakresie, zawarte w tych dwóch dokumentach powinny sobie odpowiadać (być zgodne). Gdy dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi opisuje jej zakres, pomimo braku wymogu, aby opis taki zawierał, to nie sposób opis ten pominąć, tj. nie skonfrontować go z opisem usługi zawartym w wykazie.; inne orzecznictwo: KIO/UZP 183/2011; KIO/UZP 191/2011; KIO/UZP 190/11*
- data złożenia dokumentów:
- *wyrok KIO/UZP 1197/11: „Przepis art. 26 ust. 3 PZP określa jednoznacznie termin, do którego wykonawcy mogą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przesłankę „nie później niż w dniu (...)” spełnia każdy termin wcześniejszy od terminu składania ofert, mieszczący się zarazem w okresie 3 miesięcy przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo terminem składania ofert.”;*
- *wyrok KIO/UZP 2585/11: „Złożenie do zamawiającego dokumentów (oświadczeń) z datami późniejszymi niż upływ terminu składania ofert nie dyskredytuje tych dokumentów, jeżeli tylko z ich treści wynika (...), że wykonawca spełniał warunki na dzień składania ofert.”; inne orzecznictwo: KIO/UZP 1997/11; KIO /UZP 1941/11; KIO/UZP 1886/11; KIO/UZP 1623/11; KIO/UZP 1031/11; KIO/UZP 2009/10*
- *wyrok KIO/UZP 2018/11: „Brak złożenia wymaganego dokumentu w określonym w wezwaniu terminie wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, niezależnie od faktycznych przyczyn, które leżały wyraźnie po stronie wykonawcy. Zamawiający nie może w toku oceny składanych dokumentów domniemywać jakichkolwiek okoliczności. Termin do uzupełnienia dokumentów nie podlega przywróceniu.*
- *wyrok KIO/UZP 1415/11: „Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, nie stanowi bezwzględnej konsekwencji niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bądź też wystąpienia w takich dokumentach błędów. Złożenie dokumentu, z treści którego wynika niespełnianie warunków udziału w postępowaniu zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 PZP Art. 26 ust. 3 PZP wskazuje tylko na dwa wyjątki od nałożonego obliwu wezwania do uzupełnienia, tj. wyjątek dotyczący unieważnienia postępowania lub jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, przy czym w tym ostatnim wypadku chodzi o samodzielną podstawę odrzucenia, a nie odrzucenie w trybie art. 24 ust. 4 PZP, będące skutkiem wykluczenia.*

Pełna treść orzeczeń dostępna na stronie www.uzp.gov.pl w zakładce KIO/orzecznictwo KIO (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:388>)

4. Wybór partnera prywatnego

Powyżej przedstawiony schemat postępowania nie znajdzie zastosowania w przypadku postępowania prowadzonego w toku przetargu nieograniczonego, będącego procedurą jednoetapową, w której nie jest tworzona „krótka lista”. W tym trybie, wykonawcy będą weryfikowani w zakresie spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu w tym samym momencie, w którym badana będzie złożona przez nich oferta pod kątem zgodności z postawionymi wymogami co do realizacji przedsięwzięcia. Decyzje w przedmiocie wykluczenia wykonawców, jak i odrzucenia ich ofert zapadną w tym samym czasie, i o obydwu tych czynnościach będą oni powiadomieni równocześnie.

4.1.2 Kontakty z wykonawcami

Zgodnie z obowiązującym prawem charakter i zakres dozwolonych kontaktów z wykonawcami w toku postępowania zależy od wybranej procedury zamówienia (patrz [3.2.3](#), *Wybór sposobu przeprowadzenia zamówienia*).

Właściwe zarządzanie postępowaniem ma kluczowe znaczenie dla maksymalnego wykorzystania potencjału partnerstwa publiczno-prywatnego oraz uzyskania jak największej opłacalności przedsięwzięcia.

W postępowaniach standardowych, jako niezawierających elementu negocjacji z wykonawcami, dopuszczalne jest zorganizowanie spotkania z wszystkimi wykonawcami zainteresowanymi udziałem w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ppp. Celem takiego spotkania, nazywanego zebraniem wykonawców, jest wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości oraz zapoznanie się z pytaniami uczestników postępowania (pisemne wyjaśnienia powinny być udostępniane wszystkim wykonawcom).

W związku ze złożonością dużych projektów ppp zespół zarządzający takim projektem ze strony Jednostki musi zwykle utrzymywać intensywne kontakty z wykonawcami.

Warunki takich kontaktów — w tym ustalenie sposobu porozumiewania się — powinny zostać szczegółowo opisane w dokumentacji postępowania i być przestrzegane w toku postępowania w relacjach z każdym z wykonawców. Natomiast wykonawcy powinni się do tych zasad stosować pod rygorem odmowy przekazania informacji lub nieuwzględnienia złożonych przez nich oświadczeń.

4. Wybór partnera prywatnego

4.1.3 Negocjacje

Zazwyczaj po dokonanej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wniosków o zawarcie koncesji) i zakwalifikowaniu do dalszego etapu wykonawców najlepiej spełniających wymagania postawione przez Jednostkę, następują negocjacje. Do negocjacji zaproszeni powinni zostać wszyscy wykonawcy dopuszczeni do dalszego etapu postępowania. Negocjacje służyć mają doprecyzowaniu lub uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia, warunków jego realizacji, podziału nakładów i ryzyka, jak również warunków umowy ppp, a także uzyskaniu przez wykonawców wszelkich niezbędnych informacji, które następnie wykorzystane będą do przygotowania ostatecznej oferty. W toku negocjacji Jednostka ma możliwość uzyskania informacji na temat oceny sposobu realizacji przedsięwzięcia przez wykonawców, zazwyczaj dysponujących większą wiedzą i doświadczeniem w realizacji podobnych projektów; istnienia rozwiązań alternatywnych być może lepiej odpowiadających celowi, który chce osiągnąć; uzgodnienia warunków technicznych, finansowych i prawnych przedsięwzięcia. Przedmiotem negocjacji mogą być wszelkie aspekty związane z realizacją wspólnego przedsięwzięcia.⁶⁷

Negocjacje mają charakter poufny, dlatego też zespół zarządzający projektem ze strony Jednostki musi dołożyć szczególnych starań, aby zapewnić ochronę tajemnic handlowych i własności intelektualnej poszczególnych wykonawców. Ponadto wszelkie kontakty wzajemne powinny się odbywać w sposób zgodny z zasadami uczciwości i równego traktowania. Oznacza to, iż tożsame informacje przekazywane przez Jednostkę powinny być udostępnione wszystkim wykonawcom uczestniczącym w negocjacjach. To samo dotyczy okazywanych dokumentów (np. opisów, rysunków, raportów, analiz ekonomicznych).

O zakończonych negocjacjach, Jednostka informuje wszystkich wykonawców w nich uczestniczących. Przepisy obowiązującego prawa nie nakładają obowiązku sporządzenia protokołu z negocjacji, jednak mając na uwadze zasadę przejrzystości, zalecanym jest udokumentowanie przebiegu negocjacji w formie protokołu zawierającego co najmniej informacje dotyczące:

- daty i miejsca odbycia negocjacji;
- osób uczestniczących w negocjacjach;

⁶⁷ **Analiza prawna dotycząca poprawności przeprowadzenia procedury wyboru partnera prywatnego oraz analiza projektów umów**

Autorzy Analizy na stronach 46-48 opisują przykładowy przebieg spotkania negocjacyjnego, należy jednak pamiętać, iż nie jest to jedyny model.

http://www.ppp.gov.pl/Poradnik_inwestora/Dokumenty_horyzontalne/Documents/Analiza_wyboru_partnera_prywatnego_180111.pdf

- zagadnień poruszanych w toku negocjacji.

Sporządzony protokół z negocjacji stanowi załącznik do protokołu postępowaniu, mając jednak na względzie regulację szczególną wskazującą na poufny charakter negocjacji, wydaje się, że stanowił będzie ograniczenie zasady jawności dokumentacji postępowania odnośnie wszystkich kwestii będących przedmiotem negocjacji, a nie tylko informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Uzyskane w wyniku negocjacji informacje, jeżeli są pożyteczne dla przyszłej realizacji projektu, powinny znaleźć odzwierciedlenie w zmodyfikowanej SIWZ lub opisie warunków koncesji, przekazanymi następnie wykonawcom celem złożenia ostatecznych ofert.

4.1.4 Ocena ofert i wybór najkorzystniejszej oferty

Złożone oferty muszą zostać poddane ocenie, której celem jest wyłonienie najkorzystniejszej oferty.

Przed podjęciem decyzji o wyborze oferty konkretnego wykonawcy oferty są zwykle analizowane pod kątem spełnienia (lub niespełnienia) całego szeregu wymogów dotyczących przedmiotu, okresu realizacji, warunków wykonania, sposobu rozliczeń, itp.

- Nawet jeśli ocena nie jest oparta na analizie technicznej, trzeba ustalić, czy rozwiązanie techniczne zaproponowane przez danego wykonawcę jest wykonalne, możliwe do realizacji i solidne, czy wykorzystuje niezawodne technologie i spełnia wszystkie minimalne wymagania techniczne, a także czy przedstawione koszty i struktura finansowa są zgodne z takim rozwiązaniem.
- Ważne jest również przyjrzenie się proponowanym mechanizmom zarządzania projektem — konsorcjum składające ofertę musi sprawiać wrażenie spójnego podmiotu, a nie luźnego zbioru przedsiębiorstw, które występują razem wyłącznie w celu wzięcia udziału w przetargu.

W sporadycznych przypadkach — mimo skierowania przez Jednostkę zaproszeń do złożenia ofert do kilku wykonawców uczestniczących w negocjacjach — ofertę składa tylko jeden podmiot. Powyższe automatycznie nie dyskwalifikuje złożonej przez niego oferty, jeśli jest ona prawidłowa, nie ma przeszkód by została przez Jednostkę uznana za najkorzystniejszą. W toku badania ofert, Jednostka może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, które jednak nie mogą prowadzić do uzupełnienia i modyfikacji złożonej oferty. Wyjątek w tym zakresie odnosi się do trybu dialogu konkurencyjnego, w którym wykonawca może doprecyzować ofertę, a nawet przedstawić informacje dodatkowe. W odróżnieniu do procedury wzywania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu, Jednostka uprawniona jest do wielokrotnego wzywania wykonawców do składania wyjaśnień co do treści ich oferty. Orzecznictwo przyjmuje w tym zakresie, iż Jednostka uprawniona jest do żądania wyjaśnień

4. Wybór partnera prywatnego

do momentu, aż wszystkie wątpliwości związane z proponowaną realizacją zamówienia zostaną wyjaśnione.⁶⁸

Zasada niezmienności treści ofert po upływie terminu ich składania doznaje ograniczenia poprzez możliwość poprawiania przez Jednostkę oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, a także innych omyłek niepowodujących istotnej zmiany w treści ofert⁶⁹. Przez omyłki pisarskie rozumie się np. mylną pisownię wyrazu, błąd gramatyczny, opuszczenie wyrazu lub jego części pod warunkiem, że nie dotyczy to spraw istotnych dla treści oferty.

Poprawieniu podlega również omyłka rachunkowa przez którą rozumie się błąd w zakresie działań, który prowadzi do uzyskania błędnego wyniku obliczeń⁷⁰. Poprawieniu przez Zamawiającego w ofercie podlegają wyłącznie

⁶⁸ **orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie żądania wyjaśnień treści oferty:**

- wyrok KIO/UZP 2674/11: „Brak jest możliwości zmiany treści oferty na podstawie złożonych wyjaśnień, chyba że zachodzą przesłanki wskazane w przepisie art. 87 ust. 1a i ust. 2 PZP Sąd w ofercie musi znajdować się jakikolwiek punkt zaczepienia, który pozwoli uznać, że oferta zawiera wyjaśniane treści. (...) Wyjaśnieniu podlegać może treść oferty - istniejące w niej informacje i w ramach tej treści wyjaśnienia powinny się zamykać. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 PZP nastąpi zmiana treści oferty”
- wyrok KIO/UZP 2629/11: Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 PZP powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty.(...) Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste "narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). (...) Wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień (...) dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty).
- wyrok KIO/UZP 2493/11: „Przepis art. 87 ust. 1 PZP dopuszcza możliwość żądania od wykonawcy jedynie wyjaśnienia niejasnych elementów oferty (...). Instytucja wyjaśnień nie może prowadzić do usunięcia wad oferty, stanowiących o jej niezgodności z PZP”
- wyrok KIO/UZP 2226/11: „Niedopuszczalne było również jego ustalenie jego treści w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 PZP (co prowadziłyby do niedozwolonego ustalania treści oferty po jej otwarciu) i wprowadzenie zmian na podstawie art. 87 ust. 2 PZP (braki w ofercie nie miały charakteru omyłki, ale były efektem zamierzonego działania wykonawcy, nieprawidłowo interpretującego postanowienia SIWZ). Doprecyzowanie oferty w tym zakresie dopiero na obecnym etapie postępowania, kiedy znane są już ceny pozostałych ofert, stwarza ryzyko manipulacji treścią oferty, poprzez wskazanie najtańszego z możliwych rozwiązań, które wcześniej nie zostały skonkretyzowane, mimo że obowiązek taki wynikał z SIWZ”.

⁶⁹ **Poprawianie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy prawo zamówień publicznych w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej z uwzględnieniem problematyki omyłek i błędów dotyczących podatku od towarów i usług (VAT)**

Opinia Prezesa UZP,

[http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:697:poprawianie_omylek_na_podstawie_art_87_ust_2_pkt_1_%E2%80%93_3_ustawy_prawo_zamowien_publicznych_w_swietle_orzecznictwa_krajowej_izby_odwolawczej_z_uwzlednieniem_problematyki_omylek_i_bledow_dotyczacych_podatku_od_towarow_i_uslug_\(vat\).html](http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:697:poprawianie_omylek_na_podstawie_art_87_ust_2_pkt_1_%E2%80%93_3_ustawy_prawo_zamowien_publicznych_w_swietle_orzecznictwa_krajowej_izby_odwolawczej_z_uwzlednieniem_problematyki_omylek_i_bledow_dotyczacych_podatku_od_towarow_i_uslug_(vat).html)

- ⁷⁰ Wyrok KIO/UZP 1149/08; KIO/UZP 1150/08 zawiera definicję omyłki rachunkowej: „ (...)omyłką rachunkową jest błędne zsumowanie, mnożenie, zaokrąglenie, przestawienie cyfr niewynikające z dokonanych działań arytmetycznych, nie jest natomiast omyłką rachunkową zastosowanie innego materiału niż określony przez zamawiającego” .

4. Wybór partnera prywatnego

oczywiste omyłki rachunkowe. Oczywistość omyłki rachunkowej powinna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty bez uczestnictwa wykonawcy w toku dokonywania tej czynności⁷¹. Omyłką rachunkową nie będzie natomiast zmiana jednostki, która nie polega na wpisaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Warto pamiętać, iż przy poprawianiu omyłek rachunkowych można posiłkować się zasadami nieobowiązującego już art. 88 ustawy PZP.

Obowiązkiem Jednostki jest również poprawa omyłek innych niż oczywiste omyłki pisarskie lub rachunkowe, które spełniają łącznie dwa warunki: polegają na niezgodności oferty z SIWZ oraz nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność z SIWZ oznacza niezgodność z każdym elementem specyfikacji wymienianym w art. 36 ustawy PZP. W szczególności będą to niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia, ze wzorem umowy (istotnymi postanowieniami umowy), wymaganiami co do terminów. Poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Należy pamiętać, że o istotności zmian decyduje konkretny stan faktyczny. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09 kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”.

Kwalifikacja „istotności zmiany treści oferty” odbywać się zawsze będzie w kontekście pojedynczego stanu faktycznego, sytuacji wykonawców w postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę wymogi SIWZ co do treści oferty i wynikające z nich skutki dla oceny ofert. Może się zatem zdarzyć, iż w jednej sprawie ta sama rzecz zostanie zakwalifikowana jako istotna omyłka niepodlegająca poprawieniu, natomiast w innej sprawie zostanie potraktowana jako omyłka nieistotna podlegająca poprawieniu. Sam fakt,

Podobnie KIO w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 1886/09: „Aby móc stwierdzić, iż zaistniała omyłka jest omyłką rachunkową musi ona wystąpić w przeprowadzonym przez wykonawcę działaniu matematycznym (dodawaniu, mnożeniu itp.), ale nie może polegać na nieuwzględnieniu któregokolwiek ze składników mających charakter cenotwórczy. Poprawienie omyłki rachunkowej przez dodanie do ceny oferty wynagrodzenia wykonawcy z tytułu wykonania nieuwzględnionej przez wykonawcę czynności jest niedopuszczalne.”

⁷¹

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: KIO/UZP 1444/09, KIO/UZP 1978/10
Pełna treść orzeczeń dostępna na stronie www.uzp.gov.pl w zakładce KIO/orzecznictwo KIO (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:388>)

4. Wybór partnera prywatnego

iż omyłka dotyczy ceny (istotnego elementu oferty) nie powoduje, że ma ona charakter istotny w stosunku do całej oferty⁷².

O poprawieniu innych omyłek wskazywanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 zamawiający informuje niezwłocznie po dokonaniu takiej czynności wykonawcę, którego oferta ulegała poprawieniu. Nie ma przy tym obowiązku informowania pozostałych wykonawców, którzy o tym fakcie dowiedzą się dopiero wskutek uzyskania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdzie oferty, w których możliwe było poprawienie omyłek, zostaną przedstawione jako niepodlegające odrzuceniu. Zawiadomienie wykonawcy o poprawieniu omyłek innych niż oczywiste ma istotne znaczenie. Wykonawca, którego oferta podlegała w tym zakresie zmianom, może bowiem nie zgodzić się na jej dalsze rozpatrywanie. Ustawa PZP w art. 89 ust. 1 pkt 7 wymaga, aby oświadczenie woli wykonawcy o barku zgodny na poprawienie omyłki nastąpiło w terminie 3 dni od otrzymania zawiadomienia. Jak wskazują liczne orzeczenia KIO zgoda taka może być również domniemana (milcząca)⁷³. Mimo braku obowiązku, za właściwe należałoby więc uznać poinformowanie wykonawcy o skutkach odmowy wyrażania zgody na poprawienie omyłek wskazywanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w określonym przez ustawodawcę terminie.

Oferty nie spełniające wymogów SIWZ, jak również ustawy PZP, zostaną odrzucone⁷⁴. Katalog przesłanek odrzucenia ofert ma charakter zamknięty.

⁷² Tak, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 34/09.

⁷³ Tak np. KIO w wyroku z dnia 25 marca 2009 r., sygn. akt KIO 293/09; KIO 294/09 oraz KIO w wyroku z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt 2152/11.

⁷⁴ **Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie odrzucenia ofert z powodu:**

- **niezgodności z ustawą PZP:** wyrok KIO/UZP 2476/10: *Oferta złożona w postępowaniu będzie niezgodna z ustawą w szczególności, gdy będzie np.: złożona w obcym języku; gdy oferta będzie złożona w innej formie niż dopuszczona np. elektronicznie, gdy dopuszczona była forma pisemna; gdy wykonawca w postępowaniu złoży dwie oferty. Powołanie się na art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP w przypadku, gdy złożona w postępowaniu oferta będzie naruszać zasady ustawowe, rodzi niezbędność odniesienia się do poszczególnych przepisów ustawy regulujących określone zasady, a także może powodować konieczność odniesienia się również do innych przepisów z uwagi na konieczność skonkretyzowania danego naruszenia i wykazania wyczerpania przesłanek go potwierdzających; inne orzecznictwo: uchwała KIO/KD 93/10, wyrok KIO/UZP 895/08, wyrok KIO/UZP 156/11.*
- **sprzeczności z treścią SIWZ:** wyrok KIO 2529/11: *Oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia s.i.w.z. Odmiennosc ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Ponadto niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w s.i.w.z., co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Wykonawcy nie mogą samodzielnie zmieniać sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, nawet jeżeli uważają, że wymagania w zakresie tego wykonania są nieadekwatne do samego przedmiotu zamówienia bądź też z innych względów nieuzasadnione. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień s.i.w.z.*

4. Wybór partnera prywatnego

Niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii ustawowej definicji oferty określonej w art. 66 k.c. rozumianej, jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia; inne orzecznictwo: wyrok KIO 2584/11; KIO 2555/11; KIO 1768/11; KIO 664/11; KIO 218/11; KIO 2317/10; KIO/UZP 397/10; KIO/UZP 899/09; KIO/UZP 1326/08.

- **rażąco niskiej ceny:** wyrok KIO 2771/11: „Ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - art. 90 ustawy”; inne orzecznictwo: KIO/UZP 228/11, KIO/UZP 2737/11; KIO/UZP 2658/11; KIO/UZP 2662/11; KIO/UZP 1868/11; KIO/UZP 1210/11; KIO/UZP 1225/11.
- **złożenia jej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania lub niezaproszonego do składnia ofert:** wyrok KIO 2096/11: „Rozdzielenie etapu wykluczenia z postępowania i odrzucenia ofert występuje jako zasada w postępowaniach dwuetapowych, jednak w przypadku takich trybów co do zasady nie dochodzi do złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego (w przeciwnym razie, znajdzie zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP), a jedynie wyjątkowo może dojść do wykluczenia wykonawcy na etapie badania i oceny ofert”; wyrok KIO/UZP 250/08: „Ofertę wykonawcy, który został wykluczony z postępowania uznaje się za odrzuconą z mocy prawa na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy PZP Zamawiający zatem nie ma obowiązku dodatkowego odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Przepis ten powinien mieć zastosowanie wówczas, gdy ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi osobny etap w procedurze udzielenia zamówienia. W praktyce często jednak przepis ten jest stosowany dla potwierdzenia, iż Zamawiający w pierwszej czynności wykluczył wykonawcę, a następnie odrzucił jego ofertę.”; inne orzecznictwo: KIO/UZP 1912/11; KIO/UZP 1685/10; KIO/UZP 420/09
- **błędów w obliczeniu ceny:** uchwała SN III CZP 52/11: „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.)”; wyrok KIO/UZP 1593/10 „Oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny - stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP - powinna być bezwzględnie odrzucona. Tym samym (...) Izba ma prawo i obowiązek, przy rozstrzygnięciu zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP podejmować rozstrzygnięcia w przedmiocie właściwego obliczenia ceny przez wykonawców, również w zakresie zastosowania stawki VAT, jeśli wymóg wskazania takiej stawki wynikał z zapisów Siwz. Pod pojęciem obliczeń nie należy rozumieć wyłącznie operacji wykonywanych na liczbach, ale także ustalenie wielkości - w tym przypadku wysokości stawki podatku VAT przy obliczaniu ceny oferty (ceny brutto). Art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP nie zawiera żadnych wyjątków w szczególności nie zwalnia zamawiającego z obowiązku badania, czy oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdy oferta zawiera cenę - wynagrodzenia ryczałtowe.; inne orzecznictwo: KIO 2138/11; KIO/UZP 2182/10; KIO/UZP 918/09.
- **niewyrażenia zgody na poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 PZP:** wyrok KIO 2152/11: „Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie wynika, iż poprawienie omyłki przez zamawiającego dla odniesienia skutku w postaci zmiany treści oferty, wymaga złożenia przez wykonawcę odrębnego oświadczenia akceptującego czynność zamawiającego. Skutek w postaci zmiany treści oferty następuje z mocy prawa w razie upływu 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki, także w razie milczenia wykonawcy”; inne orzecznictwo: KIO/UZP 2642/11; KIO/UZP 1841/10, KIO/UZP 2035/11.
- **nieważności na podstawie odrębnych przepisów:** wyrok KIO/UZP 88/08: „Przesłanka nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów wystąpi np. w sytuacji gdy oferta została podpisana przez osoby nieumocowane do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu ją składającego”; inne orzecznictwo: wyrok KIO/UZP 156/11, KIO/UZP 212/11; KIO/UZP 1850/11; KIO/UZP 474/08

Pełna treść orzeczeń dostępna na stronie: <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:388>

4. Wybór partnera prywatnego

Spośród ofert prawidłowych zostanie dokonany wybór oferty najkorzystniejszej, w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia partnera prywatnego oraz innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. O dokonany wybór Jednostka zobowiązana jest poinformować wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Dokonany wybór oferty najkorzystniejszej podlega kontroli ze strony wykonawców ubiegających się o zawarcie umowy ppp. Kontrola ta przejawia się w możliwości zaskarżenia decyzji o wyborze zgodnie z przepisami Działu VI ustawy PZP do Krajowej Izby Odwoławczej, a w przypadku modelu koncesyjnego – zaskarżenia decyzji do sądu administracyjnego.

Obowiązujące przepisy prawa nakazują Jednostce odczekanie co najmniej 10 dni od przekazania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej do momentu podpisania umowy ppp. Czas ten został zastrzeżony właśnie na rzecz wykonawców, którzy nie zgadzają się z decyzją podjętą przez Jednostkę w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty, i którzy w tym czasie zobowiązani są do wniesienia środków ochrony prawnej właśnie na tę decyzję⁷⁵.

Co ważniejsze, wykonawca, który uważa się za pokrzywdzonego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania, może podjąć działania mające na celu uznanie umowy za nieważną, jeśli Jednostka naruszyła w toku procedury przepisy udzielania zamówień publicznych, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. W wyniku uwzględnienia takiego powództwa, umowa może zostać uznana za nieważną, a więc za niewywołującą skutków prawnych, a ponadto na Jednostkę może zostać nałożona kara pieniężna⁷⁶.

⁷⁵ **Środki ochrony prawnej**
Opinia Prezesa UZP opisująca termin, sposób i zasady wnoszenia środków ochrony prawnej
<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1544>

⁷⁶ **Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego**
Opinia Prezesa UZP, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1545>

4. Wybór partnera prywatnego

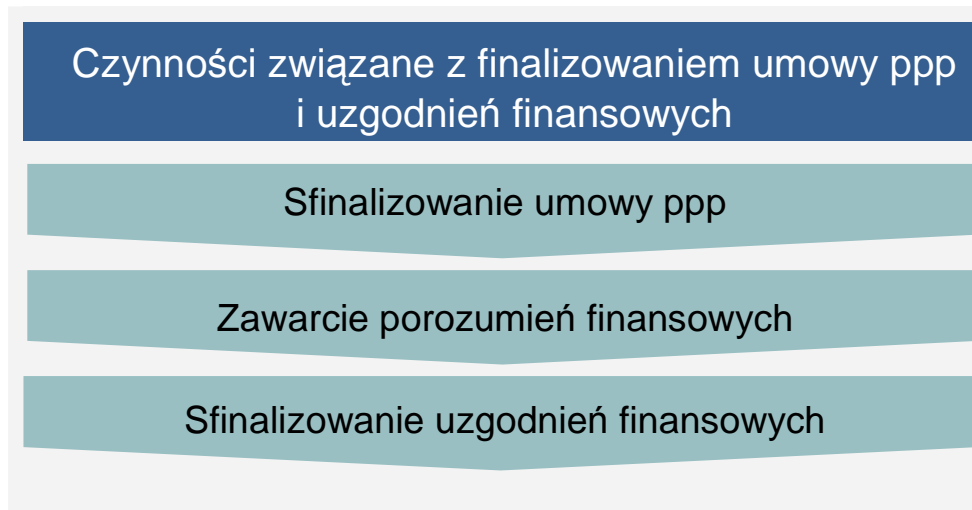
LISTA KONTROLNA: Postępowanie

Aby pomyślnie przeprowadzić postępowanie, Jednostka i jej doradcy muszą uzyskać odpowiedzi na wszystkie najważniejsze pytania związane z tym postępowaniem, na przykład:

- Czy jednoznacznie określono instytucję odpowiedzialną za udzielenie zamówienia i zarządzanie postępowaniem przetargowym?
- Czy dokumenty służące do wstępnej kwalifikacji mają format umożliwiający wykonawcom przedstawienie informacji na swój temat oraz czy zawierają jednoznaczne określenie kryteriów oceny i procesów wstępnej kwalifikacji zgodnie z zasadami otwartości i przejrzystości wymaganymi przez ustawodawstwo?
- Czy kryteria oceny służące do wstępnej kwalifikacji obejmują wszystkie istotne cechy związane z jakością i potencjałem wykonawców, pozwalające ocenić ich zdolność do realizacji projektu ppp i znajomość jego wymagań?
- Czy uwzględniono i wdrożono wszystkie istotne procedury niezbędne do zarządzania kontaktami z wykonawcami w trakcie postępowania przetargowego (w tym zasady komunikowania się z wykonawcami, prowadzenia zapisów przebiegu zdarzeń i spotkań, zmian konsorcjów i analizy finansowej wykonawców)?
- Czy przed złożeniem ofert określono kryteria oceny oraz powołano zespoły i Komisję Przetargową?

4.2 Sfinalizowanie umowy ppp i uzgodnień finansowych

Schemat 6



Ostateczne zatwierdzenie warunków porozumienia ppp, prowadzące do sfinalizowania uzgodnień handlowych i finansowych, wymaga wykonania szeregu czynności, które podsumowano na schemacie 6. Często jest to związane z ustalaniem szczegółów i dopracowywaniem, dlatego konieczna jest ścisła współpraca między Jednostką, partnerem prywatnym i instytucjami finansowymi. Staranne przygotowanie organizacyjne i zarządzanie są szczególnie ważne z punktu widzenia sprawnej realizacji tego etapu, w związku z czym należy właściwie zaplanować prace w porozumieniu z doświadczonymi doradcami. W przypadku wielu projektów ppp brak należytego planowania lub pomocy specjalistów spowodował długotrwałe zakłócenia.

4.2.1 Sfinalizowanie umowy ppp

Jak wskazano w punkcie [3.2.3](#) *Sposób wyboru partnera prywatnego*, co do zasady poszczególne procedury zamówień publicznych nie przewidują możliwości prowadzenia rozmów po wybraniu preferowanego wykonawcy⁷⁷.

⁷⁷ Szerzej: *Practitioners Guide*, Partnerships Victoria (czerwiec 2001 r.), Komentarz: W rozdziale 12 (str. 46-48) opisano czynności wykonywane w ramach końcowych negocjacji dotyczących umowy ppp. <http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/0/6223D96175BAEF08CA2570C0001966C3?OpenDocument>

Ustawodawstwo krajowe przejęło obowiązującą na gruncie wspólnotowym, a wypracowaną przez orzecznictwo, zasadę stanowiącą, że wszelkie zmiany umowy ppp uzgadniane z wybranym wykonawcą w trakcie końcowych negocjacji nie mogą mieć *zasadniczego znaczenia* dla zamówienia. Inaczej mówiąc, nie mogą to być zmiany, których wprowadzenie w dokumentacji postępowania mogłoby skutkować wyborem innego wykonawcy. Na przykład zmiana zasadniczego aspektu alokacji ryzyka byłaby zdecydowanie niezgodna z dobrymi praktykami w dziedzinie zamówień publicznych oraz obowiązującymi przepisami.

Końcowe rozmowy z preferowanym wykonawcą są często określane jako „końcowe negocjacje”, nawet jeśli nie stanowią *negocjacji* w ścisłym tego słowa znaczeniu, w rozumieniu pewnych systemów zamówień publicznych. Na początku tej fazy zespół negocjacyjny Jednostki będzie musiał wypracować wspólnie z preferowanym wykonawcą ramy końcowych rozmów i negocjacji, które obejmują zwykle takie kwestie, jak:

- harmonogram rozmów;
- określenie nierozstrzygniętych problemów;
- opracowanie wykazu uzgodnionych spraw.

Pomimo braku wyłączenia przepisów ustawy PZP mówiących o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy, wydaje się, że niezasadnym byłoby nałożenie na podmiot prywatny dodatkowego obowiązku w postaci wniesienia takiego zabezpieczenia. Przejęcie na siebie ryzyka związanego z powodzeniem wspólnego przedsięwzięcia wydaje się dostatecznym ciężarem.

Gdyby jednak Jednostka zdecydowała się na taki krok, wysokość zabezpieczenia nie powinna być większa niż 10 % wartości złożonej oferty. Uchylenie się od obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy może zostać uznane za odmowę zawarcia umowy ppp z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, i doprowadzić do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę sklasyfikowaną na kolejnej pozycji.

Mając na uwadze, iż umowy ppp są kontraktami długoterminowymi, może okazać się utrudnionym wniesienie zabezpieczenia w takiej wysokości, na tak długi czas, w szczególności „zamrożenie” środków finansowych byłoby bardzo niekorzystnym rozwiązaniem. Dlatego też wykształciła się praktyka polegająca na ustanawianiu gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych na okresy krótsze, i przedkładania kolejnych gwarancji (aneksów) przed upływem terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia.

4.2.2 Zawarcie porozumień dotyczących finansowania

Projekty ppp są zwykle finansowane całkowicie lub częściowo przy użyciu mechanizmów „*project finance*” (patrz [Załącznik 1](#)). O ile jest to możliwe, Jednostka powinna zobowiązać wykonawców do przedstawienia wraz z ofertami prezentującymi planowane finansowania. Niekorzystne warunki panujące na rynkach finansowych (takie jak zmniejszona płynność) mogą utrudnić uzyskanie pełnej gwarancji finansowania już w chwili składania

4. Wybór partnera prywatnego

oferty, a tym samym uniemożliwić zawarcie porozumień dotyczących finansowania natychmiast po podpisaniu umowy ppp. Niekiedy w projektach przewiduje się możliwość zawarcia umowy warunkowej, która ulega rozwiązaniu w przypadku nie pozyskania planowanego źródła finansowania w oznaczonym przez strony czasie.

To, jak duże zobowiązania dotyczące finansowania projektu ppp można uzyskać od instytucji finansowych jest niekiedy nie do ustalenia na etapie składania oferty. Zależy od specyfiki danego projektu oraz sytuacji na rynku. Jednostka powinna zobowiązać wykonawców do przedstawienia w ofertach co najmniej możliwego do realizacji planu finansowania. Oferenci powinni wykazać, że podmioty zapewniające finansowanie wierzycielskie, finansowanie kapitałem własnym oraz ewentualnie finansowanie w postaci dotacji zweryfikowały i zatwierdziły ogólną strukturę ppp wraz z najważniejszymi postanowieniami umownymi (takimi jak na przykład proponowana alokacja ryzyka). Zobowiązanie finansowe kredytodawców bywa często warunkowe, ponieważ podmioty takie zwykle nie mają możliwości przeprowadzenia *szczegółowej analizy finansowej przedsięwzięcia* i zakończenia procesu zatwierdzania wcześniej niż na kilka tygodni przed sfinalizowaniem uzgodnień finansowych.

Po dokonaniu szczegółowego przeglądu dokumentacji projektu i przeprowadzeniu szczegółowej analizy finansowej przedsięwzięcia, kredytodawcy mogą też niekiedy nalegać na wprowadzenie zmian w umowie ppp. W takiej sytuacji możliwość przyjęcia przez Jednostkę żądań kredytodawców jest ograniczona, ponieważ zmiany w umowie ppp są dozwolone w określonych okolicznościach przewidzianych w treści samej umowy ppp (lub postanowieniach SIWZ)⁷⁸. Może się okazać, iż okoliczności i charakter zmian proponowanych przez instytucje kredytujące nie spełnia żadnej z przesłanek umożliwiających wprowadzenie zmiany w umowie. Należy jednak zaznaczyć, iż jeżeli zmiana mieści się w katalogu dopuszczalnych zmian, to okoliczność, iż umowa jeszcze nie została podpisana nie stanowi przeszkody we wprowadzeniu zapisu (zmianie postanowienia umownego) na etapie przed podpisaniem umowy, a tym samym uniknięcia sporządzania aneksu do umowy zaraz po jej podpisaniu. Powyższe wynika z faktu dopuszczalności zmian w umowie po jej podpisaniu, a zatem – interpretując „z większego na mniejsze” (*ad maiori ad maius*) – dopuszczalne jest wprowadzenie takiej zmiany również przed czynnością podpisania umowy. W takiej jednak sytuacji koniecznym jest sporządzenie odpowiedniej notatki w dokumentacji postępowania informującej o wprowadzeniu zmiany w stosunku do wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ (OWK), by służby kontrolne posiadały informację o zmianie i podstawie jej dokonania. Ponadto przed podpisaniem porozumień

⁷⁸ **Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku VAT – opinia UZP**
Opinia koncentruje się co prawda na zmianie umowy w związku ze zmianą VAT, jednak omawia warunki wprowadzania zmian na poziomie generalnym
www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?PDF:1555

4. Wybór partnera prywatnego

dotyczących finansowania kredytodawcy będą również musieli dokonać przeglądu wszystkich umów dotyczących projektu zawieranych przez spółkę ppp (np. umów dotyczących prac budowlanych oraz eksploatacji i utrzymania) i uznać powyższe umowy za satysfakcjonujące.

Realizacja przedsięwzięcia ppp z wykorzystaniem metody project finance wymaga zawarcia dużej liczby porozumień dotyczących finansowania, które służą trzem zasadniczym celom:

- Zawierane porozumienia mają na celu zapewnienie ochrony interesów kredytodawców nadrzędnych w relacjach z innymi podmiotami udzielającymi wsparcia finansowego (np. inwestorami kapitałowymi) oraz podwykonawcami spółki ppp. W szczególności dla kredytodawców nadrzędnych ważne jest zminimalizowanie w zadowalającym stopniu ryzyka ponoszonego przez kredytobiorcę (czyli spółkę ppp). W praktyce oznacza to, że ryzyko podejmowane przez spółkę publiczno-prywatną w ramach umowy ppp jest przerzucane w jak największym stopniu na podwykonawców.
- Porozumienia muszą jednoznacznie wskazywać, że obsługa długu nadrzędnego ma pierwszeństwo przed wynagrodzeniami z tytułu wszelkich pozostałych form finansowania (właśnie dlatego zadłużenie takie jest nazywane „nadrzędnym”).
- Cały pakiet porozumień finansowych ma na celu zapewnienie kredytodawcom możliwości podejmowania działań uznawanych przez nich za niezbędne do ochrony wiarytelności w przypadku problemów związanych z projektem, które zagrażałyby obsłudze zadłużenia.

Ostatni z powyższych punktów ma zasadnicze znaczenie, ponieważ dotyczy najważniejszych korzyści, jakie może przynieść Jednostce zastosowanie modelu ppp. Właściwa struktura partnerstwa publiczno-prywatnego zapewnia zbieżność interesów kredytodawców i Jednostki, ponieważ obie strony dążą do pomyślnej realizacji projektu. W takiej sytuacji kredytodawcy są zmotywowani (i należycie umocowani) do natychmiastowego reagowania na ewentualne problemy związane z projektem oraz zabezpieczania swoich wiarytelności. W związku z powyższym Jednostka powinna mieć możliwość zdania się na inicjatywę kredytodawców w zakresie skutecznego rozwiązywania problemów (występujących zarówno podczas budowy, jak i eksploatacji), które mogłyby zagrozić realizacji projektu — przekazanie inicjatywy kredytodawcom jest kluczowym elementem przeniesienia ryzyka z sektora publicznego na sektor prywatny (patrz [Załącznik 1](#)).

Pakiet sporządzanych i zawieranych porozumień dotyczących finansowania powinien obejmować:

- porozumienia dotyczące kredytów nadrzędnych: porozumienia między kredytodawcami a spółką ppp określające prawa i obowiązki każdej ze stron w odniesieniu do długu nadrzędnego;
- porozumienie dotyczące warunków wspólnych: porozumienie między podmiotami finansującymi a spółką ppp określające warunki wspólne dla wszystkich instrumentów finansowania oraz relacje między nimi — w tym definicje, warunki, kolejność spłat, zasady prowadzenia rozrachunków związanych z projektem, prawa do głosowania w sprawie zrzekania się

4. Wybór partnera prywatnego

praw i wprowadzania poprawek); porozumienie takie zdecydowanie upraszcza pozyskiwanie środków na realizację ppp z wielu źródeł;

- porozumienia dotyczące kredytów podporządkowanych (w przypadku korzystania z długu podporządkowanego lub finansowania antresolowego w ramach struktury finansowania); są udostępniane przez sponsorów projektu i/lub inwestorów zewnętrznych;
- porozumienie akcjonariuszy (będące jednym z dokumentów założycielskich spółki ppp);
- porozumienie bezpośrednie między kredytodawcami a Jednostką (umożliwiające kredytodawcom nadrzędnym przejęcie kontroli nad projektem w określonych okolicznościach wskazanych w umowie ppp);
- porozumienie dotyczące rozrachunków (pozwalające włączyć bank w nadzorowanie przepływu środków pieniężnych do i ze spółki ppp zgodnie z zasadami określonymi w umowie);
- porozumienie między kredytodawcami spółki ppp (określające różne aspekty wzajemnej współpracy między kredytodawcami oraz współpracy ze spółką ppp, a tym samym wyznaczające podstawowe zasady na wypadek wystąpienia problemu);
- porozumienie dotyczące ochrony przed skutkami zmian stóp procentowych (umożliwiające spółce ppp określenie stałego oprocentowania całości lub części zadłużenia);
- porozumienia dotyczące zabezpieczeń (np. zastawu na akcjach, obciążenia kont, zastawu na ruchomościach czy zastawu na należnościach);
- gwarancje spółek macierzystych i inne formy zabezpieczenia kredytu (jeśli sponsorzy spółki ppp lub jej podwykonawcy nie dysponują wystarczającym potencjałem finansowym);
- opinie doradców prawnych kredytodawcy na temat wykonalności umów (wykonalność porozumień jest dla kredytodawców niezwykle istotnym elementem analiz finansowych przedsięwzięcia, a jej określenie wymaga między innymi zweryfikowania pełnomocnictw (*kompetencji*) Jednostki do zawierania transakcji).

Porozumienia dotyczące finansowania są często ściśle ze sobą powiązane, w związku z czym sporządza się je w ramach jednolitego pakietu.

4. Wybór partnera prywatnego

Ramka 4: Ubezpieczenia

Jednym z najbardziej skutecznych działań minimalizujących ryzyko w obszarze potencjalnych konsekwencji jest aranżacja dopasowanego programu ubezpieczenia, którego zakres uzależniony jest od poziomu istotności ryzyka oraz fazy każdego projektu. Przy określaniu zakresu programu uwzględniona powinna być perspektywa i potencjalne wymagania instytucji finansujących względem zabezpieczenia ryzyka projektu.

Jednak nie wszystkie ryzyka są ryzykami podlegającymi ubezpieczeniu. W celu określenia możliwości ubezpieczenia każdego z ryzyk należy ustalić między innymi czy:

- _ jest to ryzyko czyste - generujące stratę;
- _ jest niepewne co do możliwości wystąpienia – nagłe i niespodziewane;
- _ jest akceptowane przez rynek ubezpieczeniowy.

Pierwszym krokiem w kierunku zaprojektowania optymalnego programu ochrony ubezpieczeniowej dla projektu jest określenie poziomu istotności/tolerancji ryzyka projektu co oznacza możliwość absorpcji dużych strat i maksymalny poziom niepewności w ramach projektu jaki jest do zaakceptowania⁷⁹.

Należyta ochrona ubezpieczeniowa obejmująca szeroki zakres zdarzeń jest istotna w przypadku projektu ppp, ponieważ spółka publiczno-prywatna — powołana w ściśle określonym celu i słabo dokapitalizowana — najprawdopodobniej nie będzie w stanie samodzielnie ubezpieczyć się w znacznym zakresie.

W kwestii ubezpieczenia interesy Jednostki i kredytodawców nadrzędnych są w znacznym stopniu zbieżne. Jednostka mogłaby więc pozostawić kredytodawcom nałożenie na spółkę ppp odpowiednich wymagań w zakresie ubezpieczeń. Rozwaga nakazuje jednak zawarcie przez Jednostkę w umowie ppp określonych wymagań minimalnych w tej dziedzinie (które nie powinny wykraczać poza wymagania, jakie najprawdopodobniej wprowadzą kredytodawcy). Powyższe wymagania powinny być opracowywane i negocjowane z pomocą fachowych doradców ubezpieczeniowych, ponieważ ubezpieczenia związane z finansowaniem projektu są bardzo specjalistyczną dziedziną.

Główne kategorie ochrony ubezpieczeniowej, jakiej powinna standardowo wymagać Jednostka, obejmują:

- w fazie budowy:
 - ubezpieczenie wykonawców od wszystkich czynników ryzyka

⁷⁹ Zob.

http://www.ppp.gov.pl/Poradnik_inwestora/Sektory/Gospodarka_odpadami/Documents/Podrecznik_analiza_ryzyka_180111.pdf

(obejmujące fizyczną utratę lub uszkodzenie wszelkich rezultatów prac i urządzeń na placu budowy);

- ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej;
- ewentualne ubezpieczenie od skutków „opóźnienia w uruchomieniu” (obejmujące utratę przychodów lub zysków w związku z opóźnieniem realizacji projektu);
- w fazie eksploatacji:
 - ubezpieczenie majątkowe od wszystkich czynników ryzyka;
 - ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej;
 - ubezpieczenie od skutków przerw w działalności gospodarczej.

W przypadku niektórych projektów może być również wymagane specjalne ubezpieczenie środowiskowe.

W odniesieniu do poszczególnych rodzajów ochrony ubezpieczeniowej w umowie ppp należy określić podstawowe cechy polisy, takie jak minimalny poziom ochrony, najważniejsze wykluczenia oraz maksymalne kwoty udziału własnego (tj. kwoty, poniżej których towarzystwo ubezpieczeniowe nie dokona wypłaty odszkodowania).

W umowie ppp należy również uregulować inne istotne kwestie związane z ubezpieczeniem:

- W interesie Jednostki może leżeć zabezpieczenie spółki ppp na wypadek braku możliwości uzyskania ubezpieczenia dotyczącego określonego czynnika ryzyka (bądź zaporowych cen takiego ubezpieczenia).
- Jednostka (podobnie jak kredytodawcy) musi ustanowić wymóg zawierania umów ubezpieczenia wyłącznie z towarzystwami ubezpieczeniowymi, które spełniają minimalne wymagania dotyczące sytuacji finansowej.

4. Wybór partnera prywatnego

4.2.3 Sfinalizowanie uzgodnień finansowych

Uzgodnienia finansowe uznaje się za sfinalizowane z chwilą podpisania wszystkich porozumień dotyczących projektu i jego finansowania oraz spełnienia wszystkich zawartych w nich warunków. Umożliwia to uruchomienie przepływu środków (pochodzących z kredytów, udziałów kapitałowych i dotacji), a tym samym faktyczne rozpoczęcie realizacji projektu.

Przed przystąpieniem do wydatkowania środków muszą zostać spełnione wszystkie pozostałe *warunki zawieszające* zawarte w umowach dotyczących finansowania, na ogół:

- uzyskanie wymaganych zezwoleń na budowę;
- zakończenie najważniejszych etapów procesu wykupu gruntów;
- wyjaśnienie pozostałych wątpliwości dotyczących projektu technicznego;
- sfinalizowanie i podpisanie wszelkich pozostałych istotnych dokumentów dotyczących projektu i finansowania;
- zatwierdzenie wszelkiego wsparcia finansowego (np. spełnienie wszelkich pozostałych wymagań dotyczących wypłaty dotacji przez donatora).

Jednostka musi potwierdzić spełnienie wymagań związanych z uzyskaniem wszelkich zatwierdzeń wewnętrznych, które mogą obejmować:

- potwierdzenie zgodności zamówienia z prawem;
- uzyskanie zgody na odstąpienie od wszelkich standardowych warunków udzielania zamówień;
- zweryfikowanie opłacalności przedsięwzięcia;
- zweryfikowanie możliwości sfinansowania przedsięwzięcia.

Sfinalizowanie uzgodnień finansowych często wymaga od partnera prywatnego (lub spółki ppp) i Jednostki dopracowania licznych szczegółów. Nie należy lekceważyć związanych z tym nakładów pracy, a Jednostka musi sprawnie zarządzać realizowanymi zadaniami.

4. Wybór partnera prywatnego

LISTA KONTROLNA: Sfinalizowanie umowy ppp i uzgodnień finansowych

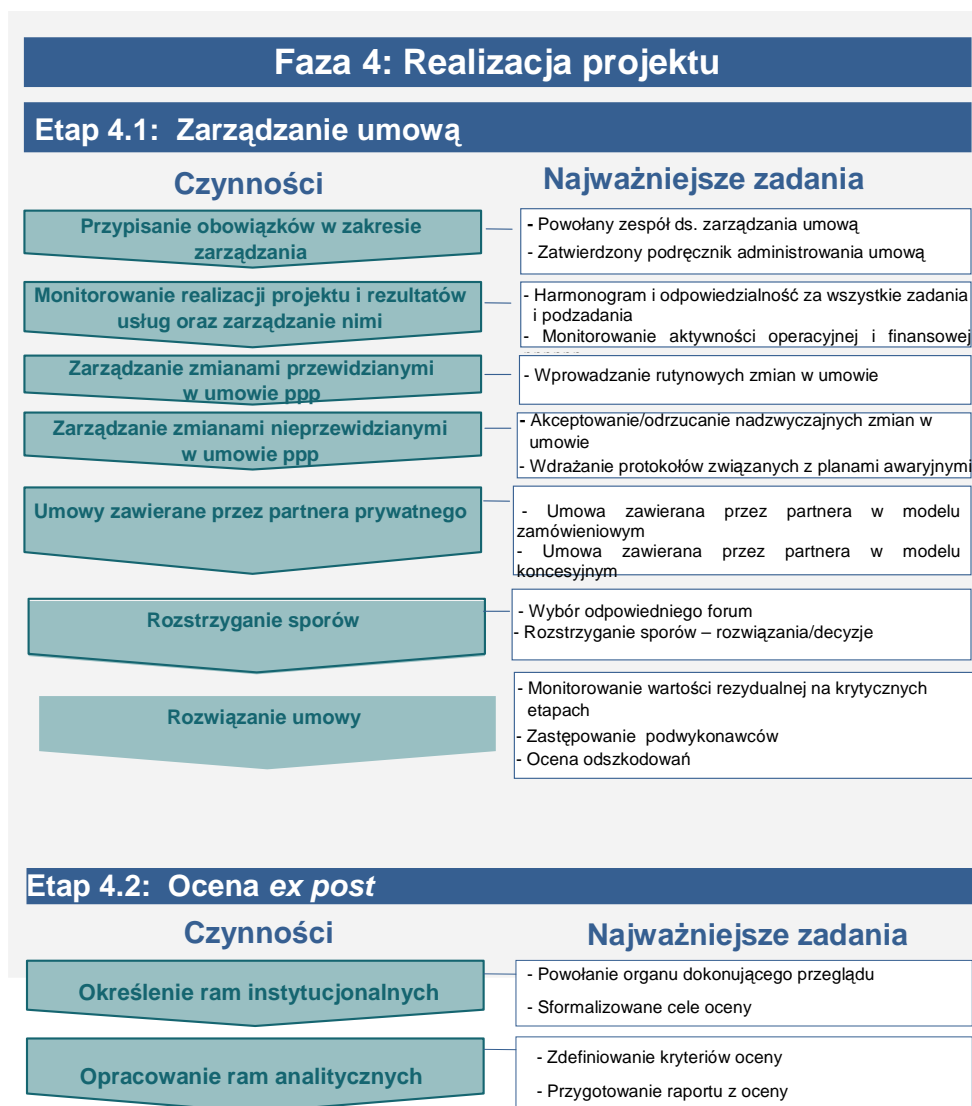
Aby wynegocjować umowę ppp i sfinalizować uzgodnienia finansowe, Jednostka i jej doradcy muszą uzyskać odpowiedzi na wszystkie najważniejsze pytania związane z tą umową oraz umowami dotyczącymi finansowania i innymi umowami pomocniczymi, na przykład:

- Czy powołano zespół negocjacyjny i udzielono mu pełnomocnictw do podejmowania decyzji w większości spraw dotyczących umowy ppp?
- Czy Jednostka i zespół negocjacyjny uzgodniły strategię negocjacji, w tym (i) przeanalizowały stanowisko Jednostki w najważniejszych sprawach oraz (ii) uzgodniły strategię zarządzania ryzykiem?
- Czy doradcy prawni ocenili wstępną umowę ppp opatrzoną adnotacjami wykonawców oraz czy przeanalizowali jej wpływ na alokację ryzyka i opłacalność przedsięwzięcia?
- Czy doradcy finansowi przeanalizowali możliwość sfinansowania i koszty projektu, źródła i koszty finansowania oraz *wiarygodność finansową* przedsięwzięcia (w tym skład i strukturę konsorcjum prywatnego oraz podział ryzyka i plan finansowania)?
- Czy w wyniku negocjacji określono warunki, które różnią się zasadniczo od oferty złożonej w postępowaniu, a tym samym mogą zostać zaskarżone (ponieważ są mniej korzystne) lub mogłyby doprowadzić do wyboru innego wykonawcy?
- Czy spełniono wszelkie wymagania prawne i administracyjne związane z udzieleniem zamówienia?
- Czy przedsięwzięcie będące przedmiotem ostatecznej umowy ppp jest nadal możliwe do sfinansowania i opłacalne?

5 Realizacja projektu

Niniejszy rozdział dotyczy okresu realizacji projektu publiczno-prywatnego (od momentu sfinalizowania uzgodnień finansowych do momentu wygaśnięcia umowy ppp). Omówiono w nim najczęstsze problemy, z jakimi przedstawiciele Jednostki mogą mieć do czynienia przez cały okres realizacji projektu. Projekt ppp wymaga regularnego monitorowania uzyskiwanych rezultatów i podejmowania odpowiednich działań zgodnie z warunkami umowy ppp, a w pewnych okolicznościach również wprowadzania zmian w tej umowie (na przykład modyfikowania parametrów usług lub zakresu projektu). Na schemacie 7 przedstawiono podsumowanie głównych etapów i czynności związanych z fazą realizacji projektu ppp.

Schemat 7

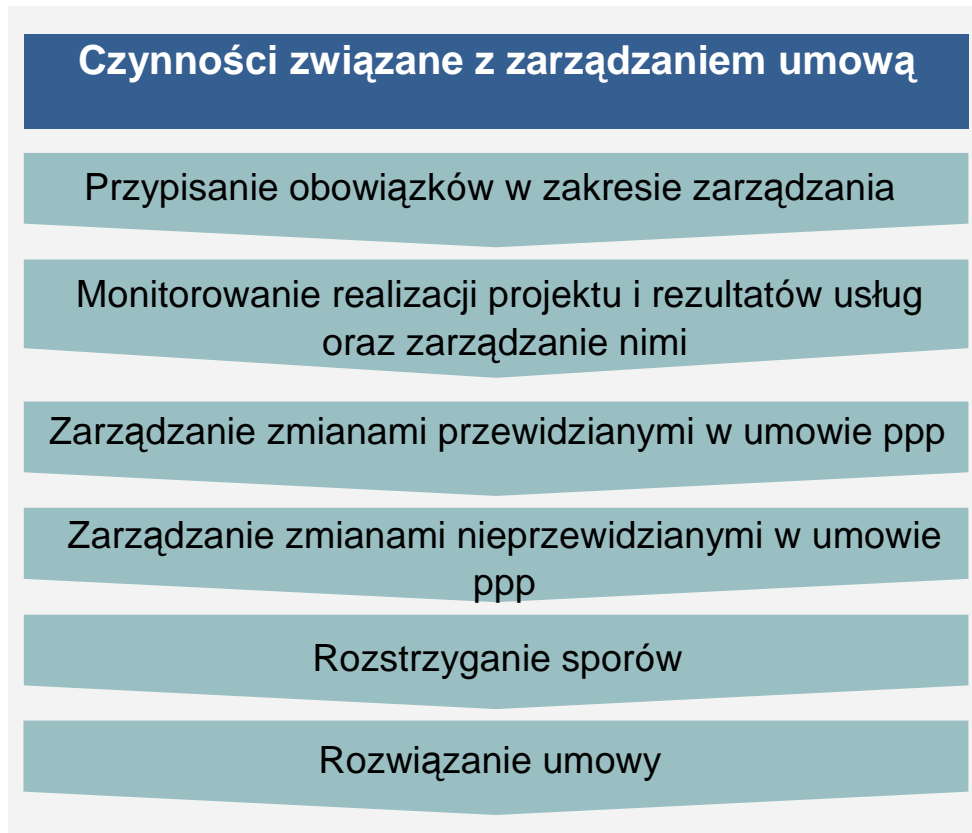


5. Realizacja projektu

Należy podkreślić, że obowiązki Jednostki związane z zarządzaniem projektem i zarządzaniem umową mogą się znacznie różnić w fazie budowy i w fazie eksploatacji.

5.1 Zarządzanie umową

Schemat 8



Etap zarządzania umową składa się z szeregu czynności wskazanych na schemacie 8. Podczas realizacji projektu ppp Jednostka powinna zadbać o:

- rozdzielenie obowiązków związanych z zarządzaniem projektem i zarządzaniem umową w taki sposób, aby ewentualne problemy pojawiające się po podpisaniu umowy ppp i umów pomocniczych rozwiązywał zespół inny niż zespół zarządzający projektem;
- powołanie zespołu ds. zarządzania umową o jednoznacznie określonych obowiązkach i odpowiednich środkach;
- opracowanie zasad zarządzania umożliwiających monitorowanie umowy ppp, korygowanie jej postanowień oraz rozstrzygnięcie związanych z nią sporów w sposób zapewniający utrzymanie jej integralności.

5. Realizacja projektu

Chociaż bardzo istotne jest właściwe przygotowanie projektu ppp i przeprowadzenie związanego z nim postępowania, to kluczem do powodzenia lub niepowodzenia takiego przedsięwzięcia (i do jego opłacalności) jest sposób nadzoru nad umową ppp i zarządzania nią w fazie realizacji.

5.1.1 Przypisanie obowiązków w zakresie zarządzania

Po podpisaniu umowy ppp obowiązki związane z zarządzaniem nią przechodzą zwykle na zespół ds. zarządzania umową powołany przez Jednostkę. Jeśli dany podmiot — na przykład agencja budowy i eksploatacji dróg — zawarł kilka umów ppp, to najbardziej efektywnym rozwiązaniem jest administrowanie przez jeden zespół wszystkimi aktualnie obowiązującymi porozumieniami.

Zespół ten, podlegający dyrektorowi ds. umów, wykonuje wiele czynności związanych z rutynowym zarządzaniem umowami. W związku z tym osobę proponowaną na stanowisko dyrektora ds. umów powinno się już na wczesnym etapie postępowania włączyć do zespołu zarządzającego projektem ze strony Jednostki (a przynajmniej umożliwić jej śledzenie takiego postępowania i zapewnić dostęp do członków zespołu przeprowadzającego zamówienie). Dobra znajomość specyfiki projektu i związanego z nim nieodłącznie ryzyka umożliwi dyrektorowi opracowanie właściwej strategii zarządzania umową.

Przed przekazaniem obowiązków Jednostka musi zadbać o⁸⁰:

- jednoznaczne określenie zakresów obowiązków poprzez powołanie zespołu odpowiedzialnego za zarządzanie umową, który funkcjonuje niezależnie od zespołu zarządzającego projektem;
- wprowadzenie zasad dotyczących postępowania w przypadku zmian w umowie i niedotrzymania zobowiązań przez spółkę ppp;
- wprowadzenie systemu ciągłej weryfikacji zarządzania umową;
- zapewnienie środków budżetowych i kadrowych wystarczających do realizacji obowiązków związanych z zarządzaniem umową.

W praktyce oferenci muszą uwzględnić w składanych ofertach koszty monitorowania i przestrzegania umowy, dlatego należy jednoznacznie wskazać, jakich informacji będą musieli udzielać i jak często.

⁸⁰ Szerzej: **Partnership Victoria Guidance Material: Contract Management Guide**, Infrastructure Australia (grudzień 2008 r.), Komentarz: W rozdziale 1 (str. 3-6) i rozdziale 4 (str. 23-25) wskazano najważniejsze etapy opracowywania strategii zarządzania umową.
[http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/ContractManagementGuide2-PartOne/\\$File/Contract%20ManagementGuide2%20-%20Part%20One.pdf](http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/ContractManagementGuide2-PartOne/$File/Contract%20ManagementGuide2%20-%20Part%20One.pdf)

5.1.2 Monitorowanie realizacji projektu i rezultatów usług oraz zarządzanie nimi

W umowie należy jednoznacznie określić zobowiązania partnera prywatnego (jeśli umowa ppp przewiduje powołanie spółki ppp, wówczas tej spółki) oraz zdefiniować oczekiwane parametry usług, rezultaty i standardy jakości.

- Podstawą skutecznego zarządzania umową ppp jest jej właściwe przygotowanie. Oznacza to konieczność ustanowienia procedur gwarantujących ściśle monitorowanie wyników osiąganych przez spółkę ppp i ogólnego przestrzegania przez nią przyjętych zobowiązań.
- Zespół ds. zarządzania umową rozpoczyna zwykle pracę od uzgodnienia ze partnerem prywatnym wszystkich zadań głównych i podrzędnych, jakie musi wykonać każda ze stron (w tym terminów ich wykonania). Szczegółowe ustalenia operacyjne należy na początku fazy realizacji projektu umieścić w podręczniku administrowania umową (w sposób zgodny z postanowieniami powyższych umów)⁸¹.
- Skuteczne mechanizmy zarządzania umową pozwolą na określenie i monitorowanie wyników partnerstwa na etapie budowy i eksploatacji, a tym samym umożliwią Jednostce zarządzanie czynnikami ryzyka związanymi z projektem przez cały okres obowiązywania umowy.

Regularne monitorowanie

Aby zapewnić skuteczne monitorowanie realizacji projektu, partner prywatny musi na bieżąco udostępniać zespołowi ds. zarządzania umową dane operacyjne i finansowe. Umowa ppp powinna już zawierać podstawowe wymagania dotyczące zakresu i częstotliwości przekazywania informacji. ale na początku fazy realizacji często określa się również bardziej szczegółowe wymagania. Należy przy tym pamiętać, że zespół ds. zarządzania umową powinien żądać wyłącznie danych niezbędnych do skutecznego monitorowania projektu i przeprowadzania oceny *ex post*, ponieważ gromadzenie nadmiaru danych niepotrzebnie obciąży partnera prywatnego i publiczną jednostkę zamawiającą.

Zespół ds. Zarządzania umową będzie na przykład realizować następujące zadania⁸²:

- monitorowanie osiągnięcia kluczowych wskaźników jakości;

⁸¹ Zob. *Partnership Victoria Guidance Material: Contract Management Guide*, Infrastructure Australia (grudzień 2008 r.),

[http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/ContractManagementGuide2-PartOne/\\$File/Contract%20ManagementGuide2%20-%20Part%20One.pdf](http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/ContractManagementGuide2-PartOne/$File/Contract%20ManagementGuide2%20-%20Part%20One.pdf)

⁸² *Guidelines for Successful Public Private Partnerships*, Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Polityki Regionalnej (marzec 2003 r.) *Komentarz*: W rozdziale 6 (str. 90-92) znajduje się krótki przegląd procesu monitorowania umowy z punktu widzenia Komisji Europejskiej (z podaniem dodatkowych przykładów).

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

- weryfikowanie procedur kontroli i zapewnienia jakości w celu potwierdzenia skuteczności działania systemów;
- utrzymywanie codziennych kontaktów z partnerem prywatnym i zarządzanie nimi;
- przedstawianie interesariuszom regularnych sprawozdań.

Zarządzanie ryzykiem

Czynniki ryzyka, za które odpowiada zespół ds. zarządzania umową, można sklasyfikować następująco:

- czynniki ryzyka związane z projektem, które zostały alokowane do każdej ze stron zgodnie z umową;
- wewnętrzne czynniki ryzyka ponoszone przez Jednostkę;
- czynniki ryzyka związane z projektem, które nie zostały alokowane na mocy umowy;
- czynniki ryzyka związane ze zmianami w umowie.

Zespół ds. zarządzania umową musi mieć pełną orientację w zakresie wymagań umowy oraz ich uzasadnienia, przy czym jego faktyczna rola może być uzależniona od tego, czy w umowie wskazano omówione powyżej czynniki ryzyka oraz ustanowiono odpowiednie plany awaryjne.

Ewentualne problemy należy identyfikować i rozwiązywać na wczesnym etapie. Jeśli okażą się one uporczywe, a podstawowa osoba kontaktowa w spółce ppp lub wyznaczona przez partnera prywatnego nie będzie w stanie ich rozwiązać, sprawę należy przekazać na wyższy szczebel kompetencji (takie procedury określa się zazwyczaj w podręczniku administrowania umową).

5.1.3 Zarządzanie zmianami dozwolonymi w umowie ppp

Umowa ppp zawiera postanowienia określające, kiedy i w jaki sposób można uzgadniać i wprowadzać w niej zmiany.

Zakres i warunki wprowadzenia zmian do umowy ppp zostały ukształtowane różnie w zależności od zastosowanego modelu wyboru wykonawcy, tj. zmiana umowy zawartej w wyniku zastosowania przepisów ustawy o koncesji jest bardziej dostępna niż w przypadku umowy zawartej w trybie zamówień

publicznych. Zgodnie bowiem z art. 23 ustawy o koncesji, zmiana umowy ppp jest dopuszczalna pod następującymi warunkami:

- zmiana nie odnosi się do treści oferty złożonej przez wykonawcę, z którym zawarto umowę;
- zmiana (niezależnie od jej oceny jako niekorzystnej, neutralnej lub korzystnej dla Jednostki), jeśli konieczność jej wprowadzenia wynika z okoliczności niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy.

Każda inna zmiana umowy powoduje jej nieważność, ale wyłącznie w zakresie postanowień zmienionych z naruszeniem przywołanej regulacji.

Przez treść oferty należy uznać całokształt zobowiązań partnera prywatnego wynikających z zawartej umowy ppp. Postanowienia nie odnoszące się do zatem do treści oferty mogą być zmieniane w dowolny sposób. Nieprzewidywalność okoliczności powodujących konieczność wprowadzenia zmian dotyczy takich sytuacji faktycznych, których wystąpienie w normalnych warunkach było mało prawdopodobne. Oceniając prawdopodobieństwo możliwości przewidzenia okoliczności postuluje się należałoby się kryteriami obiektywnej staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, tj. należytej staranności, z tym, że uwzględnić należy również zawodowy charakter działalności. W doktrynie podaje się jako przykłady okoliczności niemożliwych do przewidzenia zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne (gwałtowna dekonstrukcja, ograniczenie dostępności surowców, globalny wzrost cen materiałów) lub zmiany stanu prawnego. Charakteru takiego odmawia się okolicznościom związanym ze zwykłym ryzykiem, zarówno po stronie podmiotu publicznego, jak i prywatnego.

Odmienne przedstawia się sytuacja ze zmianami umowy zawartej w trybie zamówień publicznych. Dla dokonania zmian takich umów niezbędne jest przewidzenie możliwości ich dokonania już na etapie wszczynania postępowania (ogłoszenie o zamówieniu, dokumentacja postępowania), oraz określenie warunków dokonania tych zmian. Przez warunki, o których mowa w komentowanym przepisie, należy rozumieć wskazanie okoliczności, w przypadku zaistnienia których, dopuszczalne będzie wprowadzenie konkretnych zmian; jak również wskazanie jakie zmiany będą wprowadzone, co sprowadza się do wskazania skutku wystąpienia wskazanych okoliczności. Na tym gruncie powstaje pytanie jak dokładnie powinny zostać zasygnalizowane przedmiotowe okoliczności. Wydaje się, że zbyt kazuistyczna nie będzie w tym przypadku najlepszym rozwiązaniem, nie sposób bowiem przewidzieć wszystkich przypadków, które mogą wystąpić w trakcie realizowania umowy, a których następstwem mogłaby być zmiana postanowień zawartej umowy. Komentowany przepis jest w tym miejscu dość

5. Realizacja projektu

bezwzględny – niewskazanie warunków wprowadzanych zmian uniemożliwia późniejsze modyfikacje umowy w nieprzewidzianym zakresie. Dlatego też dobrym wyjściem wydaje się być posłużenie klauzulami generalnymi dla opisu tych okoliczności, z jednoczesnym dość jednoznacznym zakreśleniem skutku wystąpienia wskazanych okoliczności, tj. zmiana terminu realizacji umowy czy też przysługującego wykonawcy wynagrodzenia na skutek konkretnych zdarzeń. Wskazując warunki zmiany umowy nie można jednak tracić z pola widzenia, iż zmiana postanowień zawartej umowy nie może w istocie prowadzić do udzielenia nowego zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem ETS „(...) zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50 jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.” Jednocześnie ETS wskazał jak należy interpretować pojęcie „istotnej zmiany”, a mianowicie:

- zmiana może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona;
- zmiana może być uznana za istotną, jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane;
- zmiana może być uznana za istotną, gdy modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia⁸⁴, ⁸⁵.

Powyższe ograniczenia (tzn. przewidzenie ich na etapie wszczynania postępowania i opisanie warunków wprowadzenia) nie odnosi się do zmian

⁸⁴ **Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund) C-454/06**
<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62006CJ0454&lang1=en&lang2=PL&type=NOT&ancre=>

⁸⁵ Trybunał Sprawiedliwości uznaje postanowienia umowy za istotne wówczas, gdy ich uwzględnienie w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji (SIWZ – przyp. aut.) pozwoliłoby przedstawić wykonawcom znacząco odmienną ofertę. Do takich postanowień zalicza: zakres robot budowlanych lub usług świadczonych przez wykonawcę, opłaty pobierane przez użytkowników usług świadczonych przez wykonawcę (wyrok C- 496/99 Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, motyw 116 i nast.) wyrok niedostępny w polskiej wersji językowej

nie mających przymiotu istotności rozumianego ww. sposób, których wprowadzenie jest zawsze możliwe.

Postanowienia umowne rzadko kiedy regulują kwestie związane z działaniami logistycznymi i administracyjnymi, które należy podjąć w celu uzgodnienia lub wprowadzenia w życie dozwolonych modyfikacji.

W związku z powyższym, podręcznik administrowania umową powinien zawierać szczegółowe postanowienia dotyczące kwestii logistycznych i administracyjnych. Należy w nim wskazać między innymi:

- osobę, do której należy przesyłać wnioski o wprowadzenie zmian;
- osobę odpowiedzialną za analizowanie skutków wprowadzenia proponowanych zmian;/
- osoby upoważnione do uzgadniania zmian w imieniu Jednostki i w imieniu partnera prywatnego;
- osoby odpowiedzialne za nadzorowanie i weryfikowanie wprowadzanych zmian.

Zmiany dozwolone zgodnie z umową ppp są często skomplikowane, a tym samym wymagają podjęcia decyzji na wyższym poziomie kompetencji — typowymi przykładami są zasadnicze zmiany w specyfikacjach rezultatów projektu bądź zmiany wynikające z refinansowania transakcji lub dostosowania umowy do zmian w prawie. Ponadto wiele umów ppp zawiera postanowienia dotyczące ewentualnego refinansowania projektów, a w szczególności podziału zysków z tytułu takiego refinansowania (patrz [ramka 5](#), *Podział zysków z tytułu refinansowania*, str. 88). Należy również pamiętać, że wprowadzenie w umowie ppp niektórych zmian wynikających z wystąpienia nadzwyczajnych zdarzeń może wymagać uzyskania zgody kredytodawców.

Zbiór zasad zgodny z obowiązkami, wprowadzony w umowie ppp w związku z możliwością wystąpienia nieplanowanych lub nieprzewidzianych zdarzeń zagrażających ciągłości świadczenia usług, może obejmować następujące scenariusze:

5. Realizacja projektu

- tworzenie planów dotyczących ciągłości biznesowej i usuwania skutków awarii;
- tworzenie planów dotyczących przejęcia inwestycji przez sektor publiczny;
- tworzenie planów na wypadek naruszenia warunków umowy.

We wszystkich powyższych przypadkach Jednostka musi przestrzegać warunków umowy ppp, a w razie potrzeby korzystać z odpowiednich porad⁸⁷.

⁸⁷ Szerzej: **Sample Clauses**, Centrum informacyjne dotyczące ppp w dziedzinie infrastruktury, Bank Światowy, **Komentarz:** W dokumencie tym przedstawiono w zarysie kilka klauzul dotyczących kwestii (takich jak zmiana prawa, rozstrzyganie sporów, działanie siły wyższej czy warunki ubezpieczeń), które — jeśli nie zostaną należycie rozważone — mogą powodować niejasności w ramach projektów infrastrukturalnych.
<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTINFRANLAW/0,contentMDK:21759221~menuPK:4704603~pagePK:4710368~piPK:64860384~theSitePK:4817374~isCURL:Y,00.html>

5. Realizacja projektu

Ramka 5: Podział zysków z tytułu refinansowania

Podział zysków wynikających z refinansowania jest ważnym aspektem przygotowania i realizacji umowy ppp (kwestia ta nabrała szczególnego znaczenia w ostatnim dziesięcioleciu). Refinansowanie oznacza zastąpienie pierwotnego kredytu udzielonego spółce ppp przez bank (lub kapitału właścicielskiego) nowym kredytem bądź renegotjowanie warunków pierwotnego kredytu w celu uzyskania korzystniejszych warunków. Jest to atrakcyjne rozwiązanie w przypadku obniżenia stóp procentowych (o ile spółka ppp może skorzystać z takiego obniżenia zgodnie ze strategią ochrony przed skutkami zmian stóp procentowych) bądź w przypadku zmniejszenia ryzyka obciążającego spółkę ppp (np. z tytułu zakończenia prac budowlanych i oddania infrastruktury do użytku). Refinansowanie może przy tym przybierać różne postaci, takie jak:

- obniżenie marży odsetkowej;
- przesunięcie terminu zapadalności kredytu;
- zwiększenie *wskaźnika zadłużenia* (tj. kwoty zadłużenia w stosunku do kapitału własnego) w sytuacji, w której kredytodawcy są gotowi zrezygnować z pewnych mechanizmów ochrony zapisanych w umowie w związku ze zmniejszeniem postrzeganego ryzyka związanego z projektem;
- zmniejszenie wymagań dotyczących rachunku rezerwy;
- zwolnienie gwarancji wniesionych przez akcjonariuszy lub sponsorów spółki ppp bądź osoby trzecie.

Refinansowanie często przynosi akcjonariuszom spółki ppp wymierne zyski finansowe. Mogą one być po części uzasadnione dobrymi rezultatami osiąganymi przez spółkę, ale mogą również wynikać z przyczyn od niej niezależnych, takich jak działanie czynników makroekonomicznych czy wzrost zaufania kredytodawców do określonego rynku ppp. W takiej sytuacji zyski finansowe osiągnięte przez akcjonariuszy mogą zostać uznane za niezасłużone i mogą się stać przyczyną problemów natury politycznej. W związku z powyższym za właściwe rozwiązanie uznaje się często podział zysków finansowych wynikających z refinansowania między akcjonariuszy spółki ppp a Jednostkę.

Obecna praktyka przewiduje umieszczenie w umowie ppp szczegółowych postanowień, które określają mechanizm ustalania i podziału zysków wynikających z przyszłego refinansowania (nie zaleca się korzystania z zasad ogólnych i doraźnego renegotjowania umowy w momencie zmiany warunków finansowania). Model ten został po raz pierwszy zastosowany w Wielkiej Brytanii, gdzie w 2002 roku wprowadzono ustandaryzowane postanowienia dotyczące refinansowania. Podobne rozwiązania pojawiły się następnie w innych krajach.

Mechanizmy refinansowania są skomplikowane, a ich ocena wymaga

wsparcia ze strony doradców finansowych i prawnych. Tworzenie odpowiednich zapisów w umowie ppp to wyspecjalizowany proces, który dzieli się na kilka etapów⁸⁸:

- obliczenie spodziewanych zysków dla akcjonariuszy spółki ppp z tytułu refinansowania (np. metodą wartości bieżącej netto); →
- określenie części zysków, która powinna przypadać na każdą ze stron umowy (np. zastosowanie podziału typu 50:50 lub stopniowe zwiększanie udziału Jednostki z chwilą spełnienia określonych kryteriów — rozwiązanie to jest stosowane w Wielkiej Brytanii, gdzie krańcowa stawka sięga 70%);
- określenie sposobu dokonywania podziału (np. płatność jednorazowa na rzecz Jednostki lub obniżenie opłaty za usługi na rzecz spółki ppp).

Aby uniknąć późniejszych dyskusji i sporów, w umowie ppp należy uwzględnić wiele szczegółów (takich jak stawki upustów i stopy procentowe stosowane do obliczeń czy sposób potraktowania ewentualnego wpływu refinansowania na opłatę z tytułu rozwiązania umowy, do której uiszczenia może być w przyszłości zobowiązana Jednostka). Podobnie jak w przypadku wielu innych aspektów modelu ppp, ważną kwestią jest przewidzenie w jak największym stopniu ewentualnych problemów i umieszczenie w umowie ppp szczegółowych postanowień w tym zakresie.

5.1.4 Zarządzanie zmianami, które nie zostały przewidziane w umowie ppp

Z uwagi na długi okres obowiązywania umów ppp nieprzewidziane zmiany zawartych w nich specyfikacji (zarówno podczas budowy, jak i eksploatacji) nie są niczym niezwykłym. Rozpatrując tego rodzaju zmiany, zespół ds. zarządzania umową musi jednak we właściwy sposób pogodzić dwa założenia:

- motywowanie partnera prywatnego (lub spółki ppp) do samodzielnego zarządzania ryzykiem;
- zapobieganie sytuacjom, w których nienależyte wykonywanie zobowiązań przez partnera prywatnego (lub spółki ppp) mogłoby zagrozić realizacji umowy ppp.

Chociaż renegecjonowanie warunków umów ppp z powodu zmian, które nie zostały w tych umowach przewidziane, może być w niektórych krajach częstym elementem funkcjonowania partnerstw publiczno-prywatnych, należy zdawać sobie sprawę ze związanego z tym ryzyka i dążyć do jego

⁸⁸ Zob. *Standardisation of PFI Contracts*, Ministerstwo Skarbu Wielkiej Brytanii, wersja 4 (marzec 2007 r.)
Komentarz: W podrozdziale 34.8 znajduje się wzorcowa klauzula umowna dotycząca podziału zysków z tytułu refinansowania.
http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_standardised_contracts.htm

ograniczania — na przykład poprzez sporządzanie umów w taki sposób, który zminimalizuje możliwość poważnych renegocjacji na późniejszym etapie. Istotnym elementem renegocjowania umowy jest przeprowadzenie szczegółowych analiz i nawiązanie dialogu między stronami przed uzgodnieniem i wprowadzeniem w życie ewentualnych zmian. W tej sytuacji może być korzystne zaangażowanie doświadczonego, godnego zaufania i neutralnego koordynatora. Chociaż niekiedy renegocjacje przynoszą pożądane rezultaty, to w wielu przypadkach bywają podyktowane oportunistycznym, w związku z czym należy zniechęcać partnerów do ich podejmowania.

Renegocjacje dotyczące istotnych aspektów umowy mają daleko idące konsekwencje dla stron i są zasadniczo sprzeczne z prawem unijnym. Renegocjacje takie są powszechnie uznawane za niepożądane, ponieważ:

- mogą wypaczać przebieg postępowania ofertowego: promują najrzęczniejszych negocjatorów, nie zaś najefektywniej działających przedsiębiorców;
- są prowadzone w relacji dwustronnej, w której nie występuje pozytywne oddziaływanie presji konkurencji;
- często prowadzą do zmniejszenia ogólnych korzyści ekonomicznych wynikających z porozumień ppp i mogą mieć negatywne skutki fiskalne.

Należy pamiętać, że kredytodawcy mają również nierzadko uprawnienia do blokowania zmian w umowie ppp, które ich zdaniem powodowałyby zmianę sytuacji kredytowej lub profilu ryzyka partnera prywatnego (lub spółki ppp) (będącej ich kredytobiorcą).

5.1.5 Umowy zawierane przez partnera prywatnego⁸⁹

Umowy zawierane w modelu zamówieniowym

Zawieranie umów przez partnera prywatnego lub spółkę celową w celu wykonywania umowy ppp, podlegało będzie w określonych sytuacjach reżimowi zamówień publicznych. Co do zasady, partner prywatny lub spółka celowa nie będą zobowiązane do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do wyboru swojego podwykonawcy. Obowiązek ten powstanie w sytuacji spełniającej wszystkie niżej wymienione przesłanki:

- wkładem własnym Jednostki będzie określona suma pieniężna oddana do dyspozycji partnerowi prywatnemu z przeznaczeniem na poniesienie części wydatków związanych z realizacją wspólnego przedsięwzięcia;

⁸⁹ Stosowanie przepisów ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym – wybrane zagadnienia
W pkt IV i V opisano procedurę wyboru podwykonawcy
http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:530:partnerstwo_publiczno-prywatne.html

- środki pieniężne pochodzące z wkładu zostałyby przeznaczone na sfinansowanie robót budowlanych z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów rekreacyjnych, sportowych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych (w tym szkół wyższych) lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną, lub usługi związane z takimi robotami, przy czym środki te stanowiłyby co najmniej 50 % wartości tych robót;
- wartość zamówienia na ww. roboty budowlane byłaby równa lub przekraczała progi unijne, przy czym wartość tych robót uwzględniałaby sytuację, o której mowa w art. 32 ust. 4 PZP.

A zatem, nawet jeśli wkład własny Jednostki stanowiłaby określona suma pieniężna, która przeznaczona zostałaby na sfinansowanie wydatków nie spełniających tiret dwa i trzy powyżej, przepisy z zakresu zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do zawarcia umowy obejmującej taki przedmiot.

Umowy zawierane w modelu koncesyjnym

Partner prywatny wybrany przy zastosowaniu przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, zawierając umowy z podwykonawcami w celu wykonania przedsięwzięcia opisanego w umowie ppp, zobowiązany jest do stosowania przepisów PZP. Zakres stosowania regulacji zamówieniowych do udzielanych im zamówień wynika ze statusu podmiotu prywatnego.

Jeżeli podmiotem prywatnym będzie jednostka sektora finansów publicznych lub podmiot od niej zależny (np. spółka komunalna), wówczas zawierając umowę z podwykonawcą zobowiązany on będzie stosować przepisy PZP w pełnym zakresie. Oznacza to obowiązek właściwego oszacowania i opisanie przedmiotu zamówienia, właściwego upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu, zastosowania odpowiedniego trybu postępowania, wstrzymania się z podpisaniem umowy przez okres co najmniej 10 dni od dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odmiennie przedstawia się sytuacja, w której partner publiczny nie będzie przedsiębiorcą podmiotowo zobowiązanym do stosowania PZP, wówczas regulacje z zakresu zamówień publicznych znajdują wybiórcze zastosowanie przy zawieraniu przez niego umów z podwykonawcami. Mianowicie, jeżeli przedmiotem podwykonawstwa będzie świadczenie usług lub dostawa towarów niezależnie od ich wartości, takie umowy nie będą poddane reżimowi zamówień publicznych.

Jeżeli przedmiotem podwykonawstwa będzie wykonanie robót budowlanych o znacznej wartości (tj. powyżej progu unijnego), to zawierając umowy zobowiązany będzie do przestrzegania reguł związanych z właściwym ogłaszaniem postępowań, szacowaniem wartości tych robót, ustalaniem terminów składania wniosków o dopuszczenie lub ofert oraz prowadzeniem postępowań z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego

5. Realizacja projektu

traktowania. *A contrario*, w przypadku robót budowlanych o mniejszej wartości, nie będzie miał on obowiązku stosowania PZP⁹⁰.

Podobnie, nie znajdują zastosowania przepisy PZP, jeżeli podwykonawcą będzie:

- a) podmiot dominujący lub zależny w stosunku do partnera prywatnego, w rozumieniu ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych;
- b) podmiotom z którymi podmiot prywatny zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o zawarcie umowy ppp.

5.1.6 Rozstrzygnięcie sporów

W ramach partnerstw publiczno-prywatnych nierzadko dochodzi do sporów dotyczących umów. Dzieje się tak między innymi dlatego, że:

- umowy ppp są zawierane na długi okres, w związku z czym niespodziewane zdarzenia są nieuniknione;
- porozumienia ppp są zwykle dość złożone.

Dlatego dla inwestorów prywatnych uczestniczących w projektach ppp ocena dostępnych mechanizmów rozstrzygnięcia kwestii spornych jest istotnym elementem analizy ryzyka związanego z umową. Typowe mechanizmy rozstrzygnięcia sporów to:

- krajowy system sądownictwa (postępowania sądowe);
- arbitraż (na szczeblu krajowym lub międzynarodowym);
- rozstrzygnięcia dokonywane przez biegłych (często stosowane w przypadku zagadnień szczegółowych, np. kwestii o charakterze technicznym lub finansowym, bądź w celu podjęcia tymczasowej decyzji, od której można się następnie odwołać w ramach postępowania sądowego lub arbitrażowego);
- mediacja lub postępowanie rozjemcze (gdzie osoba trzecia nie podejmuje wiążącej decyzji, lecz umożliwia stronom osiągnięcie porozumienia);
- decyzja wyspecjalizowanego organu nadzoru.

⁹⁰

Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Poradnik.

W pkt 4.7.4. przybliżono procedurę wyboru podwykonawcy w modelu koncesyjnym

<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1687>

Pierwsze trzy mechanizmy przewidują zasadniczo podejmowanie decyzji w sposób ściśle zgodny z postanowieniami umowy ppp. Funkcjonowanie ostatniego mechanizmu (tj. decyzji organu nadzoru) może również opierać się na umowie ppp, ale organy nadzoru mają skłonność do odbiegania od postanowień takich umów i podejmowania decyzji zgodnie z posiadanymi kompetencjami (co oznacza, że decyzje takie mogą być podejmowane przez organ według własnego uznania). W przypadku braku zaufania do stabilności ram prawnych bądź decyzji organu nadzoru może to być dla inwestorów istotnym czynnikiem ryzyka.

Sprawne zarządzanie relacjami w ramach projektu ppp ułatwia rozwiązywanie przyszłych sporów, natomiast korzystanie przez jedną ze stron z niewłaściwych procedur w tym zakresie może zniszczyć wzajemne relacje⁹¹.

W związku z powyższym należy bezwzględnie określić w umowie ppp właściwą procedurę rozstrzygnięcia sporów, korzystając z pomocy doświadczonych doradców prawnych.

W polskich realiach zapisy na sąd polubowny (klauzula prorogacyjna) wykorzystywane są niezmiernie rzadko, wiąże się to bowiem z niewystarczającą znajomością tego tematu oraz kosztami. Taką sytuację należy jednak ocenić negatywnie, bowiem poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego doprowadziłoby często do znacznie szybszego jego rozstrzygnięcia niż w postępowaniu przed sądem powszechnym, w którym spory ciągną się przez długi czas.

5.1.7 Rozwiązanie umowy

Umowa ppp powinna zawierać szczegółowe postanowienia dotyczące jej rozwiązania. Najważniejsze kwestie, jakie należy uwzględnić, to:

- okoliczności, w których jedna ze stron może rozwiązać umowę przed zaplanowanym terminem wygaśnięcia;
- ewentualna płatność, której Jednostka musi dokonać na rzecz spółki ppp z chwilą rozwiązania umowy (zależnie od okoliczności);
- stan środków trwałych w momencie ich „przekazania” Jednostce po rozwiązaniu umowy.

a) Podstawa rozwiązania umowy

Podstawą do rozwiązania umowy może być zwykle:

- upływanie okresu obowiązywania umowy ppp;

⁹¹ Zob. **Guidelines for Successful Public Private Partnerships**, Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Polityki Regionalnej (marzec 2003 r.) **Komentarz**: W rozdziale 6 (str. 93-94) omówiono kwestie związane z zarządzaniem relacją.

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

- niedotrzymanie zobowiązań przez partnera prywatnego lub spółkę ppp;
- niedotrzymanie zobowiązań przez Jednostkę;
- dobrowolna decyzja Jednostki;
- długotrwałe działanie siły wyższej.

W umowie ppp należy szczegółowo opisać okoliczności uprawniające każdą ze stron do jej rozwiązania — w szczególności z powodu niedotrzymania przez drugą stronę przyjętych zobowiązań. Naruszenie warunków umowy prowadzące do jej rozwiązania musi mieć przy tym charakter zasadniczy, a rozwiązanie powinno być poprzedzone wyznaczeniem (w miarę możliwości) odpowiedniego okresu na usunięcie skutków takiego naruszenia. Na przykład Jednostka jest zwykle uprawniona do rozwiązania umowy ppp w przypadku poważnego niedotrzymania przez nią postanowień dotyczących usług (powodującego np. zagrożenie dla bezpieczeństwa lub higieny), którego skutki nie zostały niezwłocznie usunięte. W umowie ppp powinna się znaleźć szczegółowa lista wszystkich naruszeń uprawniających strony do rozwiązania umowy.

Szczególną uwagę należy poświęcić kwestii *uporczywego naruszenia* warunków umowy (czyli nagromadzenia kilku naruszeń, które z osobna nie uzasadniałyby rozwiązania umowy, natomiast łącznie stanowią istotne odstępstwo od przyjętych zobowiązań). Kryterium pozwalające ocenić, czy doszło do uporczywego naruszenia warunków umowy, powinno być jak najbardziej obiektywne. W tym przypadku można na przykład odwołać się do łącznej wartości skumulowanych kar, potrąceń, punktów za wyniki lub ostrzeżeń w określonym przedziale czasu — po przekroczeniu określonego progu Jednostka powinna mieć prawo do rozwiązania umowy ppp.

Typowym przykładem niedotrzymania zobowiązań przez Jednostkę jest nieuiszczenie opłat należnych partnerowi prywatnemu lub spółce ppp (np. opłaty za usługi), w tym nieskorygowanie przez Jednostkę w należyty sposób wynagrodzenia należnego partnerowi prywatnemu lub spółce ppp zgodnie z warunkami umowy.

b) Opłaty z tytułu rozwiązania umowy

Umowy ppp na ogół zobowiązują Jednostkę do uiszczenia na rzecz partnera prywatnego lub spółki ppp określonych opłat z tytułu rozwiązania umowy. Postanowienia takie są zwykle skomplikowane, w związku z czym należy je starannie opracowywać z pomocą wyspecjalizowanych doradców i z uwzględnieniem wielu czynników, m.in.:

- poczucia sprawiedliwości;
- czynników motywacyjnych dla spółki ppp i jej kredytodawców;
- wiarygodności finansowej.

Określenie opłat z tytułu rozwiązania umowy może być istotne, nawet jeśli nigdy nie dojdzie do takiego rozwiązania. Na przykład przy renegocjowaniu umowy przez strony Jednostka nie powinna akceptować rezultatu, który byłby dla niej mniej korzystny niż rozwiązanie umowy i dokonanie wymaganej

5. Realizacja projektu

płatności. W takiej sytuacji opłata z tytułu rozwiązania umowy może być z punktu widzenia renegocjacji ceną odniesienia.

Poniżej podsumowano metody stosowane przy obliczaniu płatności z tytułu rozwiązania umowy w różnych okolicznościach⁹².

Wygaśnięcie umowy

Partnerstwa publiczno-prywatne są zwykle organizowane w taki sposób, aby Jednostka nie musiała uiszczać na rzecz partnera prywatnego lub spółki ppp żadnych opłat po wygaśnięciu umowy ppp z końcem zaplanowanego okresu obowiązywania. Istnieją jednak pewne okoliczności, w których dokonywanie płatności z chwilą wygaśnięcia umowy jest przewidziane — na przykład jeśli w trakcie realizacji umowy ppp wytworzono w związku z nadzwyczajnym wydarzeniem nowe środki trwałe (w takiej sytuacji Jednostka może być zobowiązana do uiszczenia jednorazowej opłaty z tytułu rozwiązania umowy). Na podobnej zasadzie można również rozważyć pokrycie wartości rezydualnej środków trwałych będących przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego z chwilą wygaśnięcia umowy ppp, jeśli cykl ich eksploatacji jest szczególnie długi w porównaniu z okresem obowiązywania umowy.

Rozwiązanie z powodu niedotrzymania zobowiązań przez partnera prywatnego lub spółkę ppp

Rozwiązanie umowy z powodu niedotrzymania zobowiązań przez partnera prywatnego lub spółkę ppp jest ostatnim etapem procesu, który rozpoczyna się w momencie uznania, że projekt nie spełnia wymagań określonych w umowie ppp. W umowie tej powinny zostać uwzględnione różne okoliczności, w których może nastąpić jej rozwiązanie, takie jak nieukończenie prac budowlanych, uporczywe niedotrzymywanie standardów wykonania czy niewypłacalność spółki ppp. Należy zauważyć, że w umowie ppp powinny być również określone okoliczności, w których niedotrzymanie zobowiązań nie stanowi podstawy do jej rozwiązania (tak zwane „okoliczności zwalniające z odpowiedzialności”).

Jeśli naruszenie przez partnera prywatnego warunków umowy wynika z niedotrzymania zobowiązań przez jednego z jej podwykonawców (spowodowanego np. niewypłacalnością, nienależytym wykonaniem umowy bądź korupcją), powinien on mieć zapisaną w umowach o podwykonawstwo możliwość zastąpienia podwykonawcy, który nie dotrzymuje zobowiązań, oraz dochodzenia od niego odszkodowań z tytułu rozwiązania umowy. Odszkodowania takie powinny być zabezpieczone (przynajmniej częściowo) gwarancjami należytego wykonania umowy, a ich wysokość powinna umożliwiać partnerowi prywatnemu pokrycie wszelkich dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem podwykonawcy zastępczego.

⁹² Zob. *Standardisation of PFI Contracts*, Ministerstwo Skarbu Wielkiej Brytanii, wersja 4 (marzec 2007 r.), *Komentarz*: Rozdział 21 zawiera obszernie i szczegółowe zalecenia dotyczące tworzenia postanowień umowy ppp regulujących warianty jej rozwiązania oraz opłaty z tego tytułu. Omówiono również zasadność stosowania poszczególnych zapisów.

http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf

Istotną przyczyną niedotrzymania zobowiązań jest niewypłacalność spółki ppp. Do takiej niewypłacalności może dojść, gdy spółka nie będzie w stanie spłacać zadłużenia zgodnie z ustalonym harmonogramem. Kredytodawcy mogą wówczas „przyspieszyć” spłatę kredytu (tzn. postawić cały kredyt w stan natychmiastowej wymagalności), zmuszając tym samym partnera prywatnego lub spółkę ppp do ogłoszenia niewypłacalności.

Gdy umowa ppp ulega rozwiązaniu należy przyjąć, że kapitał spółki ppp powinien ulec przepadkowi, a tym samym spółce nie powinno przysługiwać odszkodowanie. Jednocześnie jednak odszkodowanie jest standardowo należne kredytodawcom spółki ppp (bezpośrednio lub za pośrednictwem tej spółki) — wynika to z faktu, że środki trwałe związane z projektem ppp (lub prawa do nich) są po rozwiązaniu umowy przekazywane sektorowi publicznemu. Prawo do takiego odszkodowania wynika z postanowień umowy ppp, obowiązujących przepisów prawa lub innych umów (np. udzielonej przez sektor publiczny gwarancji obejmującej dług związany z projektem).

Opłaty należne w przypadku rozwiązania umowy ppp z powodu niedotrzymania zobowiązań przez spółkę ppp są kluczowym elementem takich umów, ponieważ mają zasadnicze znaczenie dla ich wiarygodności finansowej. Odszkodowanie, które Jednostka ma obowiązek wypłacić spółce ppp lub jej kredytodawcom, można obliczyć na kilka sposobów, na przykład jako:

- kwotę potrzebną do spłaty całości lub ustalonej z góry części zaległego kredytu (o ile został prawidłowo wykorzystany do sfinansowania środków trwałych związanych z projektem);
- wartość księgową środków trwałych związanych z projektem z uwzględnieniem amortyzacji (przy czym istnieje kilka wariantów tej metody);
- wartość bieżącą netto spodziewanych wpływów środków pieniężnych netto, które byłyby należne ze strony Jednostki, gdyby umowa nie została rozwiązana (tj. spodziewaną opłatę za usługi pomniejszoną o koszty, które Jednostka będzie musiała ponieść w wyniku rozwiązania umowy);
- kwotę uzyskaną ze sprzedaży na wolnym rynku (w takim przypadku Jednostka ponownie ogłasza przetarg na realizację umowy ppp, wybiera nową spółkę ppp do dalszej realizacji tej umowy, a następnie przekazuje pierwotnej spółce ppp lub jej kredytodawcom wpływy ze sprzedaży).

Każda z powyższych metod ma wady i zalety — często pojawiają się na przykład opinie, że kredytodawcom nie należy gwarantować pełnego odzyskania wierzytelności z chwilą rozwiązania umowy, ponieważ tracą oni wówczas motywację do przeprowadzania rzetelnych analiz finansowych i starannego monitorowania projektów. Z kolei metoda sprzedaży na wolnym rynku nie sprawdza się, jeśli nie istnieje płynny rynek dla umów ppp, a metoda polegająca na obliczeniu wartości bieżącej netto (choć atrakcyjna z punktu widzenia koncepcji) może prowadzić do sporów, ponieważ prognozowanie przyszłych przychodów i kosztów bywa trudne. W związku z tym strony często stosują proste rozwiązania, które dają pewność osiągnięcia zamierzonych rezultatów.

5. Realizacja projektu

Zasadniczo należy zadbać o to, aby przyjęte warunki nie skłaniały przedstawicieli sektora publicznego do przedterminowego rozwiązania umowy, ale jednocześnie kredytodawcy nie powinni liczyć na uniknięcie strat kosztem sektora publicznego. Dobrym przykładem mechanizmu przynoszącego zrównoważone rezultaty jest model brytyjski:

- Jeśli istnieje płynny rynek dla podobnych umów ppp, to z chwilą rozwiązania umowy z powodu niedotrzymania zobowiązań przez spółkę publiczno-prywatną Jednostka może „sprzedać” pozostałą część okresu obowiązywania umowy. Kwota uiszczona przez zwycięzcę przetargu w wyniku takiej „sprzedaży” jest następnie wykorzystywana do zapłaty odszkodowania na rzecz kredytodawców pierwotnej spółki publiczno-prywatnej („odszkodowanie ustalone na podstawie wartości rynkowej”).
- Jeśli brakuje płynnego rynku dla podobnych umów ppp, to wysokość odszkodowania dla kredytodawców jest zwykle określana na podstawie bieżącej wartości netto przyszłych przepływów środków pieniężnych w ramach umowy ppp do końca okresu jej obowiązywania, pomniejszonej o tzw. „koszty działań naprawczych” („odszkodowanie ustalone na podstawie wartości godziwej”).

Rozwiązanie z powodu niedotrzymania zobowiązań przez Jednostkę lub rozwiązanie bez podania przyczyny

Uwarunkowania dotyczące poczucia sprawiedliwości, motywowania sektora prywatnego oraz zapewnienia wiarygodności finansowej nakazują, aby umowa ppp zabezpieczała spółkę ppp przed stratami finansowymi spowodowanymi rozwiązaniem umowy z winy Jednostki lub na jej wniosek. W takim przypadku konieczne jest zapewnienie kredytodawcom i inwestorom kapitałowym pełnego zwrotu poniesionych nakładów. O ile jednak obliczenie odszkodowań należnych kredytodawcom jest stosunkowo proste (odpowiednie kwoty można wskazać na przykład na podstawie pozostającego do spłacenia kredytu, nie uiszczonych odsetek i opłat oraz kosztów ponoszonych w celu zamknięcia umowy dotyczącej ochrony przed skutkami zmian stóp procentowych), o tyle określenie odszkodowań należnych inwestorom kapitałowym może być procesem skomplikowanym. W tym zakresie stosowane są następujące mechanizmy:

- Pierwszy wariant przewiduje obliczenie wartości bieżącej netto przyszłego wynagrodzenia, jakie inwestorzy kapitałowi otrzymaliby, gdyby umowa nie została rozwiązana. Przy tego rodzaju kalkulacji uwzględnia się przewidywane przepływy środków pieniężnych do inwestorów od momentu rozwiązania umowy ppp do pierwotnie przewidzianej daty jej wygaśnięcia. Z koncepcyjnego punktu widzenia metoda ta jest najbardziej poprawna, ale element niepewności wynikający z korzystania z prognoz zdecydowanie komplikuje jej stosowanie.
- Drugi model jest zbliżony do powyższego, ale obliczenia wykonuje się z uwzględnieniem przepływów środków pieniężnych przewidywanych w dniu sfinalizowania uzgodnień finansowych. Metoda ta jest pewniejsza od powyższej.

5. Realizacja projektu

- Trzecim rozwiązaniem jest dokonanie płatności zapewniającej inwestorom kapitałowym oczekiwaną wewnętrzną stopę wzrostu (ustaloną na dzień sfinalizowania uzgodnień finansowych), obliczoną na podstawie wszystkich przepływów środków pieniężnych otrzymanych przez inwestorów od momentu zawarcia umowy do momentu jej rozwiązania włącznie.

Rozwiązanie z powodu długotrwałego działania siły wyższej

Umowy ppp zawierają zwykle zapisy umożliwiające ich rozwiązanie przez każdą ze stron w sytuacji, w której działanie siły wyższej uniemożliwia przez dłuższy czas wykonywanie zobowiązań. W tym przypadku podstawowa zasada stanowi, że skoro żadna ze stron nie ponosi winy za zaistniałą sytuację, należy odpowiednio podzielić ciężar odpowiedzialności z tytułu rozwiązania umowy. W związku z tym wysokość odszkodowania należnego ze strony Jednostki jest zwykle (i) wyższa niż kwota przewidziana na wypadek niedotrzymania zobowiązań przez spółkę ppp, ale (ii) niższa niż kwota obowiązująca w przypadku niedotrzymania zobowiązań przez Jednostkę. Odszkodowanie obejmuje też standardowo niespłaconą część zadłużenia (wraz z kosztami zamknięcia umowy dotyczącej ochrony przed skutkami zmian stóp procentowych), a niekiedy również wartość kapitału własnego wniesionego do projektu (z wyłączeniem zwrotu z takiego kapitału).

Inne kwestie

Przy określaniu odszkodowań należnych z tytułu rozwiązania umowy ppp należy również wziąć pod uwagę kilka innych kwestii, takich jak:

- sposób traktowania kosztów ponoszonych przez podwykonawców oraz zysków traconych w związku z rozwiązaniem umowy;
- sposób traktowania finansowania antresolowego i innego długu podporządkowanego (tj. określenie, czy powinny one być traktowane jako dług nadrzędny, czy też jako kapitał własny);
- sposób traktowania środków pieniężnych znajdujących się na rachunkach rezerw;
- sposób traktowania wpływów z ubezpieczeń;
- sposób wyboru stopy dyskontowej stosowanej do obliczania wartości bieżącej (nominalna lub rzeczywista, przed opodatkowaniem lub po opodatkowaniu, zgodnie ze średnią ważoną kosztów kapitału lub na innych zasadach itd.).

c) *Stan środków trwałych w momencie wygaśnięcia umowy ppp*

Umowa ppp powinna zawierać postanowienia gwarantujące dobry stan środków trwałych przekazywanych⁹³ Jednostce. Odpowiednie zapisy umowy mogą na przykład obejmować⁹⁴:

- wskaźniki określające stan, w jakim muszą się znajdować środki trwałe w momencie wygaśnięcia umowy (np. pozostały okres użyteczności poszczególnych typów środków trwałych lub zdolność do spełnienia określonych kryteriów jakościowych);
- możliwość dokonania przez niezależny podmiot oceny stanu środków trwałych i oszacowania prac niezbędnych do spełnienia wymaganych norm (przy czym ocena taka powinna zostać przeprowadzona przez niezależnego specjalistę z należyтым wyprzedzeniem przed datą wygaśnięcia umowy);
- ewentualne potrącenia z opłaty za usługę dokonywane w określonym przedziale czasu przed wygaśnięciem umowy (wpływy z tego tytułu powinny być przechowywane jako gwarancja na rachunku rezerwy);
- możliwość potwierdzenia przez niezależnego specjalistę należytego wykonania prac niezbędnych do spełnienia warunków zwrotu (wykonanie tej czynności powinno automatycznie powodować zwrot potrąconych opłat spółce ppp).

⁹³ Jeśli prawnym właścicielem środków trwałych pozostaje przez cały okres obowiązywania umowy ppp przedstawiciel sektora publicznego, zwracane są jedynie prawa do korzystania z takich środków.

⁹⁴ Zob. *Toolkit for Public-Private Partnerships in Roads and Highways*, PPIAF/Bank Światowy (wersja z marca 2009 r.) *Komentarz*: Moduł 5, rozdział 5 (str. 126-132) zawiera omówienie wymagań związanych z przekazaniem środków trwałych oraz znaczenia, jakie ma utrzymanie wartości rezydualnej takich środków.
<http://www.ppiaf.org/documents/toolkits/highwaystoolkit/4/4-3.html>

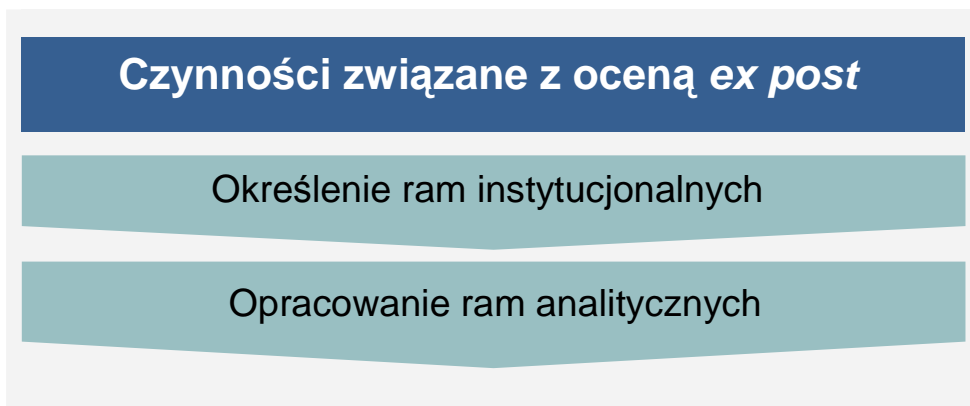
LISTA KONTROLNA: Zarządzanie umową

W fazie funkcjonowania projektu ppp Jednostka koncentruje się na zarządzaniu umową, a jednocześnie dba o utrzymanie wysokiej jakości prowadzonych prac. Aby osiągnąć wymagane rezultaty, Jednostka i jej doradcy muszą uzyskać odpowiedzi na poniższe pytania.

- Czy rozważono możliwość zatrudnienia tych samych doradców, co w fazie zamówienia (z uwzględnieniem dostępności i potencjalnych zobowiązań takich doradców, wymagań budżetowych oraz konfliktów interesów)?
- Czy zespół ds. zarządzania umową skonsultował się z doświadczonymi doradcami w sprawie wrażliwych zmian w umowie (dotyczących między innymi refinansowania)?
- Czy opracowano podręcznik administrowania umową ułatwiający koordynowanie informacji o warunkach umowy z procedurami zarządzania umową (z uwzględnieniem przydziału obowiązków i harmonogramu)?
- Czy opracowano wytyczne dla użytkowników podręcznika administrowania umową, ułatwiające monitorowanie realizacji umowy (o ile przewidziano taką możliwość)?
- Czy płatności na rzecz spółki ppp są przetwarzane właściwie i zgodnie z umową ppp (w przypadku ppp ukierunkowanych na dostępność)?
- Czy podjęto wszelkie niezbędne działania mające na celu zapewnienie ciągłej weryfikacji i monitorowania czynników ryzyka związanych z projektem (na przykład przy użyciu rejestru ryzyka opracowanego w fazie szczegółowych przygotowań)?
- Jakie środki przewidziano na wypadek zmian w umowie ppp, aby zapewnić dalsze ukierunkowanie działań na monitorowanie jakości realizacji usług, a nie tylko na monitorowanie procesu zarządzania zmianami w umowie? W szczególności: jaki mechanizm opracowano, aby zapewnić utrzymanie opłacalności przedsięwzięcia po wprowadzeniu zmian w przypadku przeniesienia ryzyka ze spółki ppp z powrotem na Jednostkę?
- Czy uzgodniono kryteria i procedury monitorowania wartości rezydualnej środków trwałych w taki sposób, aby mechanizmy zarządzania środkami trwałymi i ich utrzymania przyczyniały się do realizacji celów projektu ppp i zwiększania jego opłacalności?
- Czy opracowano strategię wymiany informacji ze spółką ppp, użytkownikami i innymi istotnymi interesariuszami oraz czy przewidziano jej regularne przeglądy i aktualizacje?

5.2 Ocena ex post

Schemat 9



Ocena *ex post* dotycząca partnerstwa publiczno-prywatnego obejmuje dwie czynności, które wskazano na schemacie 9. Dokonanie rzetelnej oceny projektu ppp wymaga od sektora publicznego:

- wskazania organu publicznego, który dokona przeglądu danego projektu ppp;
- zapewnienia niezależności powyższego organu od zespołów odpowiedzialnych za realizację umowy ppp i zarządzanie nią;
- określenia pytań, na które należy uzyskać odpowiedź w ramach procesu oceny.

Dalsza część niniejszego podrozdziału zawiera bardziej szczegółowy opis i uzasadnienie powyższych działań, a także przykłady oceny *ex post* do dalszej analizy.

5.2.1 Określenie ram instytucjonalnych

Ocena *ex post* zrealizowanych projektów ppp (zarówno udanych, jak i nieudanych) pozwala wykorzystać zdobyte doświadczenia do sformułowania określonych wniosków. Na tej podstawie można następnie podejmować trafniejsze decyzje co do zastosowania modelu ppp, sposobu tworzenia umów ppp, a ostatecznie — optymalnego przygotowywania i realizacji projektów ppp.

Zakres informacji niezbędnych do dokonania oceny *ex post* należy zawczasu starannie przemyśleć i wskazać w umowie ppp, co pozwoli na gromadzenie właściwych danych w trakcie realizacji projektu przy wsparciu ze strony Jednostki i zespołu projektowego.

5. Realizacja projektu

Wybór terminu oceny funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego jest kwestią otwartą, ale należy odpowiednio pogodzić chęć szybkiego uzyskania informacji przydatnych do realizacji bieżących procesów z koniecznością zgromadzenia danych właściwie odzwierciedlających osiągnięte rezultaty. Ocena dokonana po upływie około 12–18 miesięcy od momentu rozpoczęcia działalności pozwoli uzyskać informacje na temat postępowania przetargowego, realizacji środka trwałego związanego z projektem oraz początkowych parametrów funkcjonowania przedsięwzięcia, natomiast dalsze oceny dostarczą bardziej wiarygodnych informacji o rezultatach działalności operacyjnej.

Ocena *ex post* ma dwa cele:

- określenie zasadności stosowania modelu ppp w przypadku określonego typu projektów;
- wskazanie potencjalnych problemów związanych z realizacją określonych umów ppp lub zarządzaniem nimi (np. w przypadku ppp ukierunkowanych na dostępność).

Dokonanie oceny wymaga określenia właściwych kryteriów i metod, a także zapewnienia w ramach Jednostki zasobów niezbędnych do realizacji całego procesu. Aby proces ten zakończył się sukcesem, instytucja publiczna musi:

- określić zbiór pytań, na które chce uzyskać odpowiedzi;
- wskazać, kto jest najlepiej przygotowany do udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania.

Wybór najwłaściwszego organu do przeprowadzenia oceny *ex post* przedsięwzięcia w modelu ppp zależy od celów takiej oceny. Zdarza się na przykład, że takie analizy są przeprowadzane przez państwowe organy kontroli. W niektórych sytuacjach dokonanie oceny *ex post* można także zlecić firmie konsultingowej — zwłaszcza gdy instytucja publiczna nie dysponuje odpowiednimi kompetencjami.

Bez względu na charakter oceny, Jednostka musi jednak zadbać o to, aby przeprowadzający ją organ działał niezależnie od zespołów odpowiedzialnych za przygotowanie i realizację badanego projektu ppp.

5.2.2 Opracowanie ram analitycznych

Po określeniu celów oceny *ex post* i przydzieleniu związanych z nią obowiązków należy wskazać najodpowiedniejsze ramy analityczne, które umożliwią realizację przyjętych założeń. W tym celu należy zdefiniować:

- kryteria oceny i spodziewane rezultaty projektu;
- odpowiednie alternatywy (tj. hipotetyczne scenariusze dotyczące realizacji projektu w modelu innym niż ppp).

Właściwie sporządzona umowa ppp powinna przewidywać zgromadzenie w fazie monitorowania informacji wystarczających do dokonania opisywanej oceny.

5. Realizacja projektu

Projekty ppp definiuje się zwykle w kategoriach opłacalności, co oznacza konieczność wskazania zarówno korzyści wynikających z rezultatów projektu, jak i kosztów poniesionych w celu ich uzyskania (przy czym i korzyści, i koszty obejmują nakłady finansowe i czasowe). W ocenie należy jednak również uwzględnić koszty i korzyści o charakterze bardziej jakościowym, związane z jakością usług, strukturą umowy czy alokacją ryzyka.

Oprócz badania korzyści i kosztów ocena powinna też obejmować wskazanie alternatywnych rozwiązań, które należało uwzględnić, takich jak inne modele przeprowadzania zamówień bądź odmienne procedury przygotowania i realizacji projektu. Jako jedną z alternatyw wykorzystuje się zwykle wzorzec porównawczy z sektora publicznego, ale — zależnie od celów analizy — można także rozważyć zastosowanie innych wzorców, takich jak przewidywana opłacalność w chwili rozpoczęcia projektu⁹⁵.

⁹⁵ **Resource Book on PPP Case Studies**, Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Polityki Regionalnej (czerwiec 2004 r.) *Komentarz*: Dokument zawiera przykładowy przegląd projektu ppp realizowanego w UE (z wykorzystaniem studiów przypadku).
http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/pppguide.htm

5. Realizacja projektu

LISTA KONTROLNA: Ocena ex post

Ocena *ex post* dotycząca projektu ppp może się koncentrować na wielu aspektach, na przykład na strukturze i realizacji umowy ppp bądź na prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia. Poniżej przedstawiono przykładowe pytania, na które należy uzyskać odpowiedź przy definiowaniu i dokonywaniu oceny *ex post*.

- Czy osiągnięto porozumienie w sprawie podstawowego zakresu oceny *ex post*? Czy ocena dotyczy sposobu postępowania i skuteczności działania Jednostki, skuteczności wybranej procedury zamówienia (z uwzględnieniem negocjacji i udzielenia zamówienia), skuteczności realizacji umowy ppp i zarządzania nią, czy też wszystkich powyższych elementów?
- Czy wskazano i uwzględniono w umowie ppp zakres informacji niezbędnych do przeprowadzenia oceny *ex post*, tak aby w fazie realizacji były gromadzone właściwe dane?
- Czy wydano niezbędne polecenia, udostępniono potrzebne zasoby oraz uzyskano wsparcie ze strony kierownictwa wyższego szczebla w zakresie niezbędnym do tego, aby zmotywować zespół zarządzający umową i Jednostkę do uzyskania informacji niezbędnych do dokonania oceny *ex post*?
- Czy określono i zatwierdzono harmonogram przeprowadzenia oceny *ex post*, który pozwala odpowiednio pogodzić chęć szybkiego uzyskania informacji przydatnych do realizacji bieżących procesów z koniecznością zgromadzenia danych właściwie odzwierciedlających osiągnięte rezultaty?

Załącznik 1: Finansowanie typu „project finance”

Wprowadzenie

W niniejszym załączniku przedstawiono niektóre podstawowe pojęcia związane z finansowaniem na zasadach „project finance” oraz wskazano, w jaki sposób odnoszą się one do struktury finansowej projektów ppp. Projekty ppp są zwykle finansowane przy użyciu mechanizmów „*project finance*”. W ramach tych mechanizmów spłata kredytów oraz zwrot z inwestycji uzyskiwany przez kredytodawców i inwestorów zależą całkowicie (w przypadku finansowania *bez prawa regresu*) lub głównie (w przypadku finansowania z *ograniczonym prawem regresu*) od przepływów środków pieniężnych generowanych przez projekt. Model ten różni się więc znacznie od standardowych metod kredytowania przedsiębiorstw, w których kredytodawcy przy udzielaniu kredytów opierają się na sytuacji finansowej kredytobiorcy.

Należy podkreślić, że struktura „project finance” powinna przyczyniać się do optymalizacji kosztów finansowania danego projektu, a także stanowić fundament alokacji ryzyka pomiędzy sektor publiczny a sektor prywatny (uzgodnionej w umowie ppp). Finansowanie projektu powinno w szczególności gwarantować właściwe zarządzanie ryzykiem finansowym i innymi czynnikami ryzyka w ramach spółki ppp oraz w relacjach między tą spółką a instytucjami finansowymi. Dzięki temu Jednostka zyskuje pewność, że partner prywatny i instytucje wspierające go finansowo mają właściwą motywację oraz środki do natychmiastowego rozwiązywania problemów, które mogą wyniknąć w trakcie realizacji projektu. W istocie struktura finansowania projektu powinna w dużej mierze zapewniać zbieżność interesów głównych kredytodawców projektu oraz Jednostki, ponieważ osiągnięcie celów przyjętych przez obie strony wymaga pomyślniej realizacji projektu. Jednostka może być wówczas pewna, że kredytodawcy wezmą na siebie dużą część obciążeń związanych z dbałością o właściwe funkcjonowanie przedsięwzięcia, co jest kluczowym elementem przeniesienia ryzyka z sektora publicznego na sektor prywatny w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

Zasady „project finance”

W ramach transakcji objętej „project finance” sponsorzy powołują zwykle spółkę ppp, której celem jest wyłącznie realizacja przedsięwzięcia w modelu ppp. Spółka ta pełni rolę kredytobiorcy w porozumieniach dotyczących finansowania, a także jest stroną kilku innych umów związanych z projektem.

Finansowanie oferowane przez kredytodawców lub inwestorów na rynku kapitałowym zwane zwykle „długiem nadrzędnym” jest w większości przypadków największym, ale nie jedynym źródłem finansowania spółki ppp. Pozostałą część wymaganego finansowania zapewniają sponsorzy w formie kapitału własnego i długu podporządkowanego, a ponadto w skład pakietu finansowania mogą też wchodzić dotacje (które często w praktyce są formą wkładu kapitałowego sektora publicznego nieprzynoszącego zwrotu).

Ponieważ w ramach transakcji objętych „project finance” kredytodawcy nadrzędni nie mają dostępu do bilansów sponsorów, muszą sami zadbać o to, aby projekt generował przepływy środków pieniężnych wystarczające do

obsługi zadłużenia, a także o to, aby struktura prawna projektu zapewniała im pierwszeństwo w dostępie do środków pieniężnych przed wierzycielami podporządkowanymi. Ponadto kredytodawcy często starają się pozyskać dodatkowe wsparcie kredytowe ze strony sponsorów i/lub osób trzecich, aby zabezpieczyć się przed ryzykiem dotyczącym niewygenerowania przez projekt wystarczających przepływów środków pieniężnych. Ostatnim istotnym rozwiązaniem wymaganym przez kredytodawców jest mechanizm, który sprawia, że ewentualne niedobory środków pieniężnych w ramach projektu wynikające z niedopełnienia obowiązków przez jednego lub kilku podwykonawców spółki ppp wpływają na płatności dokonywane na rzecz takich podwykonawców, natomiast nie ograniczają zdolności spółki realizującej projekt do spłaty zadłużenia.

Chociaż odpowiedzialność za zorganizowanie finansowania partnerstwa publiczno-prywatnego spoczywa na sektorze prywatnym (spółka ppp jest kredytobiorcą), przedstawiciele sektora publicznego i ich doradcy powinni znać przyjęte uzgodnienia finansowe oraz ich konsekwencje.

- Oceniając ofertę złożoną przez danego wykonawcę, Jednostka musi być w stanie stwierdzić, czy proponowana umowa ppp jest *wiarygodna finansowo*, a proponowany model finansowania — *możliwy do realizacji*. Udzielenie zamówienia w modelu ppp przedsiębiorstwu, które następnie okazałoby się niezdolne do sfinansowania projektu, oznaczałoby marnotrawstwo czasu i środków.
- Alokacja ryzyk wynikająca z umowy ppp może wpłynąć na możliwość zastosowania poszczególnych pakietów finansowania oraz na ogólne koszty finansowania.
- Finansowanie może mieć wpływ na długoterminową stabilność porozumienia ppp. Na przykład im wyższy jest wskaźnik zadłużenia do kapitału własnego, tym większe jest ryzyko naruszenia warunków spłaty kredytu w trudnym dla spółki ppp okresie, a w rezultacie — przerwania realizacji projektu. Z drugiej strony większy udział długu w finansowaniu projektu motywuje kredytodawców do sprawnego rozwiązywania problemów związanych z takim projektem w celu zapewnienia ochrony inwestycji.
- Jeśli w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego przewidziano udzielenie gwarancji publicznych (w tym państwowych) bądź wykorzystanie dotacji ze skarbu państwa, Jednostka odgrywa bezpośrednią rolę w zapewnieniu części pakietu finansowania.
- Kwoty i szczegółowe warunki finansowania mogą bezpośrednio wpływać na zobowiązania warunkowe Jednostki (na przykład na płatności dokonywane przez sektor publiczny w przypadku rozwiązania umowy z różnych przyczyn).
- Doradcy finansowi Jednostki powinni wnikliwie zapoznać się z wymaganiami dotyczącymi zapewnienia wiarygodności finansowej projektu ppp, a także z aktualną sytuacją na rynku i stosowanymi praktykami. Sondowanie rynku na różnych etapach przygotowania projektu zdecydowanie ułatwia należyte rozpoznanie postaw inwestorów i kredytodawców. Ponadto — aby zaoszczędzić czas — należy

uwzględnić wszelkie zabezpieczenia kredytów udzielane przez sektor publiczny⁹⁶.

Struktura finansowania

Jak wskazano powyżej, finansowanie ppp składa się głównie z długu nadrzędnego oraz kapitału własnego (który może niekiedy mieć postać kredytów podporządkowanych przez akcjonariuszy). Ponadto struktura finansowania może obejmować inne formy długu podporządkowanego (takie jak dług związany z finansowaniem *antresolowym*, który klasyfikuje się między długiem nadrzędnym a czystym kapitałem własnym) oraz — w niektórych przypadkach — przyznane z góry dotacje.

W ramach projektów ppp należy dążyć do optymalnego (nie zaś maksymalnego) przeniesienia ryzyk z sektora publicznego na sektor prywatny, ale istotna jest również alokacja ryzyk między podmiotami z sektora prywatnego. Tworzenie struktury finansowej projektu wymaga wnikliwego przeanalizowania czynników ryzyk związanych z budową, eksploatacją i przychodami, a także uzyskania optymalnej alokacji ryzyk między partnerami prywatnymi uczestniczącymi w transakcji. W praktyce oznacza to ograniczenie ryzyk ponoszonych przez kredytodawców nadrzędnych i przeniesienie ich na inwestorów kapitałowych, podwykonawców, gwarantów oraz inne podmioty poprzez umieszczenie odpowiednich zapisów w umowach.

Zgodnie z ogólną zasadą im wyższy jest wskaźnik zadłużenia projektu, tym większe jest prawdopodobieństwo, że sektor publiczny będzie w stanie sfinansować dane przedsięwzięcie⁹⁷. Wynika to z faktu, że dług nadrzędny jest tańszy niż inne formy finansowania (z wyjątkiem dotacji). Jeśli pominiemy wszystkie inne czynniki, o wskaźniku zadłużenia projektu (tj. poziomie finansowania wierzycielskiego zapewnianego przez kredytodawców nadrzędnych w stosunku do poziomu kapitału własnego) decyduje zmienność przepływów środków pieniężnych związanych z projektem. Im większe jest ryzyko związane z takimi przepływami, tym większy „margines bezpieczeństwa” (ponad kwotę niezbędną do obsługi zadłużenia) muszą pozostawić sobie kredytodawcy w prognozach dotyczących dostępnych środków pieniężnych, aby zagwarantować spłatę zadłużenia nawet w trudnych sytuacjach. Kredytodawcy określają swoje wymagania w kategoriach przewidywanego *rocznego wskaźnika pokrycia obsługi długu* (ang. *Annual Debt Service Cover Ratio — ADSCR*)⁹⁸, który musi przekraczać określony poziom minimalny, przy czym wymagana wartość wskaźnika

⁹⁶ Szerzej: *Toolkit for Public-Private Partnerships in Roads and Highways*

PPIAF/Bank Światowy (wersja z marca 2009 r.)

Komentarz: Moduł 6 zawiera graficzne i numeryczne modele finansowe opracowane na podstawie projektu ppp związanego z budową autostrady, które ilustrują kompromisy niezbędne w przypadku poszczególnych struktur finansowania. W dokumencie przedstawiono symulacje z wykorzystaniem modeli.

http://www.ppiaf.org/documents/toolkits/highwaystoolkit/6/financial_models/index.html

⁹⁷ W przypadku typowego projektu ppp związanego nawet 70–80% finansowania może mieć postać długu nadrzędnego, natomiast udział kapitału własnego nie przekracza zwykle 20–30%.

⁹⁸ Wskaźnik ADSCR definiuje się jako stosunek wolnych środków pieniężnych (tj. środków pieniężnych pozostałych w ramach projektu po pokryciu kosztów operacyjnych i najważniejszych kosztów kapitałowych) do kwoty niezbędnej do pokrycia rocznych zobowiązań w zakresie spłaty odsetek i kapitału.

ADSCR zależy w dużej mierze od ryzyka związanego z projektem, a tym samym od zmienności przepływów środków pieniężnych⁹⁹.

Docelowy wskaźnik ADSCR pozwala ustalić wysokość opłaty za usługi uiszczanej przez Jednostkę przy danym wskaźniku zadłużenia (oznaczającym udział długu w wartości projektu). Z kolei przy określonym poziomie opłat za usługi (który może wyznaczać limit możliwości finansowania) docelowy wskaźnik ADSCR decyduje o stopniu zadłużenia projektu. Inaczej mówiąc, im niższy jest wskaźnik zadłużenia projektu (czyli im większy jest udział kapitału w stosunku do długu), tym wyższy jest wskaźnik pokrycia w przypadku danej opłaty za usługi.

Doradcy finansowi Jednostki muszą znać wymagania kredytodawców w tym zakresie. Struktura przygotowywanego i wprowadzanego w życie projektu powinna umożliwiać kredytodawcy przeprowadzenie analizy ryzyka przy użyciu wskaźników pokrycia, które są typowe dla danego sektora i typu projektu, ponieważ zdecydowanie ułatwi to sfinansowanie projektu. Kolejną zaletą takiego rozwiązania jest możliwość uzyskania najniższych możliwych kosztów finansowania, co z kolei oznacza bezpośrednie korzyści dla sektora publicznego, który zwykle ostatecznie pokrywa koszty realizacji przedsięwzięcia w modelu ppp.

W związku z powyższym jednym z najważniejszych aspektów organizowania partnerstw publiczno-prywatnych jest właściwe zrównoważenie alokacji ryzyka między sektorem publicznym a sektorem prywatnym, alokacji ryzyka wewnątrz konsorcjum reprezentującego sektor prywatny oraz kosztów finansowania spółki ppp.

Dług

Splata długu nadrzędnego ma priorytet przed spłatą wszystkich pozostałych form finansowania, natomiast splata długu z tytułu finansowania antresolowego jest podporządkowana spłacie długu nadrzędnego, ale ma pierwszeństwo przed kapitałem własnym — zarówno w przypadku podziału wolnych środków pieniężnych zgodnie z mechanizmem określającym priorytet wpływów i wypływów środków pieniężnych w ramach projektu, jak i w przypadku likwidacji spółki ppp. Zwrot z finansowania antresolowego jest zwykle większy niż w przypadku długu nadrzędnego, ponieważ na spłatę takiego długu mogą mieć wpływ słabe wyniki spółki ppp, a ponadto jest on podporządkowany pod względem pierwszeństwa spłaty długowi nadrzédnemu.

Kredyty na realizację projektu ppp są zwykle wyceniane na podstawie bazowego kosztu pozyskania środków finansowych ponoszonego przez kredytodawcę, powiększonego o stały składnik (*marżę*) — wyrażony liczbą

⁹⁹ Na przykład jeśli mechanizm płatności zaprojektowano w taki sposób, aby spółka ppp nie ponosiła ryzyka związanego z popytem, to kredytodawcom może wystarczyć przewidywany roczny wskaźnik pokrycia obsługi długu (ADSCR) w wysokości 1,3x, natomiast jeśli spółka ppp ponosi znaczne ryzyko związane z natężeniem ruchu, to wymagany minimalny wskaźnik ADSCR może wynosić aż 2,0x. Kredytodawcy szacują przyszłe przepływy środków pieniężnych i wskaźniki pokrycia przy użyciu szczegółowych modeli finansowych umożliwiających prognozowanie.

punktów bazowych — na pokrycie ryzyka związanego z ewentualnym brakiem spłaty oraz innych kosztów ponoszonych przez kredytodawcę (tj. kosztów operacyjnych, kosztów utraconych możliwości w zakresie alokacji kapitału, zysku itd.).

Należy przy tym pamiętać, że koszt bazowy pozyskania środków jest zwykle ustalany na podstawie zmiennych stóp procentowych, czyli stóp, które ulegają wahaniom zależnie od sytuacji na rynku (zwykle są to stopy oprocentowania kredytów na rynku międzybankowym, takie jak WIBOR na rynku krajowym, EURIBOR na rynku euro czy LIBOR na rynku funtów szterlingów). W odróżnieniu od powyższych środków o zmiennym oprocentowaniu przychody uzyskiwane przez spółkę ppp nie są zasadniczo uzależnione od stóp procentowych, w związku z czym dla zniwelowania różnic często stosuje się tzw. swap stopy procentowej (IRS), dzięki któremu spółka ppp ostatecznie płaci *stałe* odsetki (tzw. *ochrona przed zmianą stóp procentowych*). Uwzględnienie powyższych instrumentów w strukturze finansowania należy pozostawić spółce ppp, ponieważ to ona ma największą motywację do podjęcia stosownych działań. Koszty swapów są jednak istotne również dla sektora publicznego, ponieważ mogą w pewnych okolicznościach wpływać na opłaty z tytułu rozwiązania umowy, w związku z czym powinny być analizowane przez doradcę finansowego Jednostki.

Finansowanie wierzycielskie dużych projektów ppp może pochodzić od banków komercyjnych i międzynarodowych instytucji finansowych (takich jak Europejski Bank Inwestycyjny), jak również bezpośrednio z rynków kapitałowych. W tym ostatnim przypadku spółki realizujące projekty emitują obligacje, nabywane następnie przez instytucje finansowe, na przykład przez fundusze emerytalne i towarzystwa ubezpieczeniowe poszukujące długoterminowych inwestycji. Umieszczone poniżej odsyłacze pozwalają uzyskać więcej informacji na temat finansowania inwestycji w modelu ppp w oparciu o rynek kapitałowy¹⁰⁰.

Doradcy finansowi mogą udzielić informacji na temat prawdopodobnych źródeł finansowania danego projektu, a także przeprowadzić analizę przewidywanych kosztów i korzyści wynikających z poszczególnych opcji finansowania. Analiza taka obejmuje między innymi zbadanie terminów zapadalności (spłaty) kredytów oferowanych przez poszczególne źródła, co ma szczególne znaczenie wówczas, gdy w przypadku danego projektu nie jest dostępne finansowanie długoterminowe, w związku z czym sektor publiczny może zostać obciążony ryzykiem związanym z koniecznością refinansowania kredytów krótkoterminowych (tzw. struktur „mini-perm”).

¹⁰⁰ Szerzej: *Capital Markets in PPP Financing – Where Were We and Where Are We Going?*, European ppp Expertise Centre – EPEC (luty 2010 r.)

Komentarz : Dokument zawiera skróconą wersję analizy, w której przedstawiono podstawowe informacje na temat roli rynków kapitałowych w finansowaniu ppp, a także wskazano powody wycofania się (w dużej mierze) rynków kapitałowych z tego rodzaju działań. Jednocześnie zaproponowano potencjalne rozwiązania i wskazano istotną rolę, jaką może odegrać w tym zakresie EPEC. <http://www.eib.org/epec/resources/epec-capital-markets.pdf>

Kapitał własny

Kapitał własny zapewniają zwykle sponsorzy projektu, ale może on także pochodzić od wykonawców, którzy budują i eksploatują przedmiot projektu, oraz od instytucji finansowych. Dużą część *kapitału własnego* (zwaną często *quasi-kapitałem własnym*) może stanowić w rzeczywistości dług podporządkowany akcjonariuszy (z uwagi na korzyści związane z opodatkowaniem i rachunkowością). Posiadacze kapitału ponoszą w ramach projektu ppp największe ryzyko, dlatego dążą do uzyskania większego zwrotu z oferowanego przez siebie finansowania.

Zabezpieczenia kredytów

Wsparcie kredytowe ze strony sponsorów i podwykonawców. Kredytodawcy nadrzędni często wymagają od sponsorów ustanowienia określonych zabezpieczeń kredytów, które pozwalają częściowo zmniejszyć ryzyko ponoszone przez takich kredytodawców (a w niektórych przypadkach — także przez posiadaczy udziałów kapitałowych). Zabezpieczenia mogą przyjmować różne formy, takie jak:

- *gwarancje* udzielane przez sponsorów i osoby trzecie, dotyczące wypełniania przez spółkę ppp¹⁰¹ lub innych uczestników projektu¹⁰² zobowiązań wynikających z dokumentacji projektowej;
- *mechanizmy finansowania* zapewniające tymczasową płynność w przypadku wystąpienia określonych czynników ryzyka (np. dużej deprecjacji waluty krajowej);
- *ubezpieczenia* od określonych czynników ryzyka związanych z projektem (np. od czynników ryzyka związanych z budową, utraty przychodów, odpowiedzialności cywilnej i środowiskowej).

Wsparcie ze strony sektora publicznego. Istnieje również możliwość zastosowania instrumentów wsparcia oferowanych przez sektor publiczny, takich jak:

- *bezpośrednie finansowanie* w postaci wkładu kapitałowego sektora publicznego pochodzącego z funduszy społecznych, regionalnych lub celowych, którego celem może być zapewnienie wiarygodności finansowej lub możliwości sfinansowania projektu¹⁰³;
- *wsparcie warunkowe lub gwarancje* ze strony sektora publicznego na rzecz spółki ppp lub innych uczestników projektu z sektora prywatnego, obejmujące niektóre typy ryzyka, którymi podmioty takie nie mogą

¹⁰¹ Mogą to być na przykład akredytywy zabezpieczające lub gwarancyjne, które zapewniają ochronę na wypadek niedotrzymania przez spółkę ppp zobowiązań płatniczych i innych zobowiązań wynikających z umów związanych z projektem.

¹⁰² Mogą to być na przykład gwarancje należytego wykonania umowy realizowane w przypadku niespełnienia przez wykonawcę warunków zamówienia na budowę. W przypadku przedsiębiorstw budowlanych i innych podwykonawców usług mogą być również wymagane gwarancje udzielane przez spółki macierzyste.

¹⁰³ Zob. *Hybrid PPPs: Levering EU Funds and Private Capital*, PPIAF i PricewaterhouseCoopers (styczeń 2006 r.)

http://www.irfnet.ch/files-upload/knowledges/PWC_HybridPPPs_2006.pdf

skutecznie zarządzać bądź których nie mogą skutecznie minimalizować (np. gwarancje dotyczące minimalnych przychodów w przypadku drogi płatnej).

Gwarancje kredytowe dla projektów sieci TEN-T. Gwarancje kredytowe dla projektów sieci TEN-T (ang. Loan Guarantee for TEN-Transport — LGTT) to wyjątkowy instrument zabezpieczenia kredytów, stosowany wyłącznie w przypadku projektów związanych z siecią TEN-T, w ramach których sektor prywatny ponosi ryzyko związane z natężeniem ruchu (więcej informacji można uzyskać w serwisach [EPEC](#) i [TEN-T EA](#))¹⁰⁴.

Struktura zabezpieczeń

Jak już wcześniej wspomniano, kredytodawcy zapewniający finansowanie projektów są całkowicie lub w dużej mierze uzależnieni od przepływów środków pieniężnych związanych z projektem. Znajduje to odzwierciedlenie w stosowanych przez nich zabezpieczeniach, które obejmują głównie:

- Zabezpieczone prawa do wszystkich środków trwałych związanych z projektem (a w szczególności do przedmiotów wszelkich zamówień), co umożliwi kredytodawcy *przejęcie kontroli* nad projektem w przypadku nieprawidłowości w jego funkcjonowaniu, tymczasowe przyjęcie roli spółki ppp oraz doprowadzenie do wyznaczenia wykonawcy zastępczego.
- Mechanizmy kontroli obejmujące wszystkie przepływy środków pieniężnych do i ze spółki ppp. Jak już wspomniano, na mocy umów kredytowych i innych dokumentów związanych z projektem tworzony jest mechanizm określający kolejność korzystania ze środków pieniężnych trafiających do spółki ppp. Daje on w każdej sytuacji pierwszeństwo obsłudze długu nadrzędnego, a także pozwala określić okoliczności, w których kredytodawcy nadrzędni mogą blokować podział kapitału własnego. Zwykle w tym celu wykorzystuje się wyniki projektu mierzone przy użyciu takich wskaźników finansowych, jak roczny wskaźnik pokrycia obsługi długu (ADSCR) oraz *wskaźnik pokrycia w całym okresie kredytowania* (ang. *Loan Life Cover Ratio — LLCR*)¹⁰⁵.
- Mechanizmy kontroli przepływów środków pieniężnych w formie funduszy rezerw (rachunek rezerw na obsługę zadłużenia, rachunek rezerw na utrzymanie).

¹⁰⁴ Szerzej: *Issues Paper on facilitating additional TEN-T investment*, Komisja Europejska, Europejski Bank Inwestycyjny (październik 2009 r.) <http://www.eib.org/projects/documents/issues-paper-on-facilitating-additional-ten-t-investment.htm?lang=en>

¹⁰⁵ Wskaźnik LLCR definiuje się jako stosunek wartości bieżącej netto przepływów środków pieniężnych dostępnych na cele obsługi długu przez pozostały okres jego spłaty do kwoty niespłaconego długu.

Załącznik 2: Ramy prawne dla ppp

Unijne źródła prawa:

Pomimo iż w prawie wspólnotowym nie ma definicji legalnej partnerstwa publiczno – prywatnego¹⁰⁶ instytucje unijne przedstawiają liczne publikacje charakteryzując ww. zjawisko. Jednym z ważniejszych dokumentów unijnych poświęconych ppp jest Zielona Księga, która *omawia zjawisko ppp z perspektywy ustawodawstwa Wspólnoty dotyczącego zamówień publicznych i koncesji. Prawo Wspólnoty nie posiada specjalnych zasad dotyczących zjawiska ppp. Jednakże prawdą jest, iż każdy akt, kontraktowy lub jednostronny, na mocy którego podmiot publiczny powierza świadczenie działań ekonomicznych osobie trzeciej, musi być przeanalizowany pod kątem reguł i zasad wynikających z Traktatu*¹⁰⁷. Szczególne znaczenie mają zasady traktatowe określone w art. 49 i 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 49 Traktatu ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego Państwa Członkowskiego na terytorium innego Państwa Członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień. Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego Państwa Członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego Państwa Członkowskiego. Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego kapitału, swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 54 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo Państwa przyjmującego dla własnych obywateli. Ponadto, zgodnie z art. 56 Traktatu w ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą rozszerzyć korzyści wynikające z postanowień niniejszego rozdziału na obywateli państwa trzeciego świadczących usługi i mających swe przedsiębiorstwa wewnątrz Unii.

¹⁰⁶ W projekcie Rozporządzenia Ogólnego Rady zaproponowano definicję: „Partnerstwa publiczno-prywatne” (PPP) są formami współpracy między organami publicznymi a sektorem prywatnym, których celem jest poprawa realizacji inwestycji w projekty infrastrukturalne lub inne rodzaje operacji realizujących usługi publiczne, poprzez dzielenie ryzyka, łączenie fachowości sektora prywatnego lub dodatkowe źródła kapitału”. Więcej informacji: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st11/st11027-ad03re01.en12.pdf>

¹⁰⁷ **Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji**, COM (2004) 327, Bruksela 2004, str.9
http://www.ppp.gov.pl/Poradnik_inwestora/Documents/ZK_PPP_zamowienia_koncesje_240111.pdf

Powyższa Zielona Księga skupia się na ppp jako zjawisku współpracy między instytucjami publicznymi a prywatnymi, przedstawia etapy wyboru partnera prywatnego oraz etapy następujące po wyborze takiego partnera, a także wskazuje na wykreowanie podmiotu o mieszanym kapitale. Następnym dokumentem mającym fundamentalne znaczenie stanowią Wytyczne dotyczące udanego ppp¹⁰⁸, które koncentrują się na ogólnych regułach, mających na celu zapewnienie uczciwej konkurencji, ochronę interesu publicznego oraz poszanowanie swobód traktatowych. Zgodnie ze wstępem do ww. wytycznych, składają się one z *pięciu tematycznych części, które dotyczą odpowiednio: struktur ppp, ich odpowiedniości i czynników gwarantujących powodzenie; struktur prawnych i regulacyjnych; finansowych i gospodarczych następstw ppp; integracji finansowania dotacyjnego z celami ppp oraz koncepcji, planowania i wdrożenia ppp.*¹⁰⁹

Na uwagę zasługują również Komunikaty; pierwszy to Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego ppp (ZPPP), który określa współpracę partnerów publicznych i prywatnych tworzących wspólnie podmiot z kapitałem mieszanym w celu wykonywania koncesji lub zamówień publicznych. Z kolei drugi z Komunikatów to *Commission interpretative communication on concessions under Community Law*.

Omawiając ramy prawne dla ppp nie sposób nie wspomnieć o samej instytucji koncesji, dość szeroko uregulowanej w dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Zgodnie z art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy koncesja na roboty budowlane oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z płatnością, natomiast koncesja na usługi oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług obejmuje wyłącznie prawo do korzystania z usług, albo takie prawo wraz z płatnością.

Należy także podkreślić, iż regulacją ppp oraz kwestiami dotyczącymi koncesji w sposób bezpośredni lub pośredni zajmował się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoich licznych orzeczeniach, jak choćby w następujących sprawach: C-107/98 *Teckal* z dnia 18 listopada 1999 r., C-337/98, *Komisja przeciwko Francji* z dnia

¹⁰⁸ **Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego**, Komisja Europejska, Bruksela 2003, (EC (2003).

http://www.ppp.gov.pl/Poradnik_inwestora/AktyPrawne/Documents/Wytyczne_Komisji_PPP_190111.pdf

¹⁰⁹ **Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego**, Komisja Europejska, Bruksela 2003, (EC (2003), str. 5

http://www.ppp.gov.pl/Poradnik_inwestora/AktyPrawne/Documents/Wytyczne_Komisji_PPP_190111.pdf

5 października 2000 r., C-324/98 *Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG*, z dnia 7 grudnia 2000 r., C-358/00 *Buchhändler-Vereinigung GmbH v. Saur GmbH & Co. KG, Die Deutsche Bibliothek* z dnia 30 maja 2002 r., C-247/02 *Sintesi SpA v. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici* z dnia 7 października 2004 r., C-26/03 *Stadt Halle and RPL Lochau* z dnia 11 stycznia 2005 r., C-84/03 *Komisja v. Hiszpania* z dnia 13 stycznia 2005 r., C-458/08 *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG* z dnia 1 marca 2005 r., C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti* z dnia 21 lipca 2005 r., C-323/03 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii* z dnia 9 marca 2006 r., C-382/05 *Komisja WE v. Rep. Włoska* z dnia 18 lipca 2007 r.

Przepisy szczegółowe dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego

W krajach, w których obowiązuje prawo stanowione, często wprowadzane są przepisy koncesyjne umożliwiające realizację projektów ppp i określające rodzaje usług, jakie mogą być nabywane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego — takie uregulowania wprowadzono między innymi w Belgii, Hiszpanii, Polsce, Portugalii i Włoszech. Powyższe przepisy mogą koncentrować się na określonych sektorach (np. na autostradach) bądź mieć zastosowanie do porozumień ppp obejmujących różne sektory. Uchwalenie w danym kraju przepisów dotyczących ppp wymaga zazwyczaj wprowadzenia zmian w innych obowiązujących ustawach i przepisach oraz odniesienia się do takich uregulowań.

Szczegółowe przepisy dotyczące ppp nie są nieodzownym warunkiem rozwoju tej formy współpracy, ponieważ odpowiednie ramy prawne można także tworzyć poprzez zmianę dotychczasowych zapisów prawa mogących wpływać na projekt ppp. Przykładem może być Wielka Brytania, gdzie pionierski model inicjatyw finansowania prywatnego powstał pomimo braku przepisów dotyczących ppp (choć należy przy tym zaznaczyć, że z uwagi na obawy wyrażane głównie w imieniu podmiotów finansujących wprowadzono specjalne ustawodawstwo potwierdzające prawo placówek opieki zdrowotnej i lokalnych władz samorządowych do zawierania umów ppp). Niemniej jednak przepisy dotyczące ppp pozwalają wyznaczyć podstawowe zasady, zgodnie z którymi powinny być zawierane porozumienia publiczno-prywatne (na przykład wymóg przeprowadzenia oceny opłacalności), a także zapewniają przejrzystość i odpowiedzialność w procesie udostępniania infrastruktury.

Przepisy prawa krajowego:

Podstawowym aktem prawnym określającym zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego jest ustawa o ppp. Jednakże kwestie proceduralne wyboru partnera prywatnego nie są szczegółowo uregulowane, istnieją jedynie odesłania do innych ustaw. Zgodnie z art. 4 ustawy o ppp wyróżniamy trzy sytuacje.

I

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o ppp jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy o koncesji, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie.

Do fundamentalnych zasad w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy o koncesji należą: zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania, przejrzystość oraz zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Postępowanie to rozpoczyna się poprzez publikację ogłoszenia o koncesji. Koncesjodawca zamieszcza ogłoszenie o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych, udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych lub przesyła ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po zamieszczeniu ogłoszenia o koncesji na usługi lub po przesłaniu ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane, koncesjodawca zamieszcza także odpowiednie ogłoszenie o koncesji w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej, o ile taką posiada. W przypadku zamieszczenia ogłoszenia w BZP należy stosować rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 marca 2009 r. w sprawie wzoru ogłoszenia o koncesji na usługi zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 39 poz. 311). Ogłoszenie o koncesji powinno zawierać elementy określone w art. 11 ustawy o koncesji, w tym określenie przedmiotu koncesji. Opisu przedmiotu koncesji dokonuje się przez: odniesienie do specyfikacji technicznej, charakterystykę lub wymagania w zakresie funkcjonalności, pod warunkiem, że opis taki umożliwia zainteresowanym podmiotom ustalenie przedmiotu koncesji albo częściowe odniesienie się do specyfikacji technicznej oraz częściowe odniesienie się do charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności. Co do zasady opis przedmiotu koncesji nie może zawierać znaków towarowych, patentów, oznaczenia typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania zainteresowanego podmiotu z postępowania. Opisu przedmiotu koncesji powinien umożliwić zainteresowanym podmiotom jednakowy dostęp do wykonywania koncesji oraz w sposób, który nie stwarza ograniczeń konkurencji w dostępie do wykonywania koncesji. W przypadku sporządzania opisu przedmiotu zamówienia należy także wziąć pod uwagę w szczególności następujące rozporządzenia:

1. rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 16 sierpnia 1999 r. w sprawie warunków technicznych użytkowania budynków mieszkalnych (Dz. U. z 1999 r. Nr 74, poz. 836),
2. rozporządzenie Ministra transportu i gospodarki wodnej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 r. Nr 63, poz. 735),
3. rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 26 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać telekomunikacyjne obiekty budowlane i ich usytuowanie (Dz. U. z 2005 r. Nr 219, poz. 1864),

4. rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690),
5. rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 16 stycznia 2002 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczące autostrad płatnych (Dz. U. z 2002 r. Nr 12, poz. 116).
6. rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2.9.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm.)

Zainteresowany podmiot składa wniosek o zawarcie umowy koncesji zawierający oświadczenie o zgłoszeniu udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu o koncesji warunków udziału. Koncesjodawca zaprasza do udziału w negocjacjach kandydatów, którzy złożyli wnioski, a następnie zaprasza do złożenia ofert kandydatów, z którymi prowadził negocjacje przesyłając im opis warunków koncesji wyznaczając termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Koncesjodawca wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w tym opisie. Koncesjodawca informuje wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej podając uzasadnienie. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej zawiera również powody niedopuszczenia ofert do oceny i porównania.

Należy podkreślić, iż procedura wyboru partnera prywatnego na podstawie ustawy o koncesji została zmodyfikowana przez art. 5 i 6 ustawy o ppp.

II

W przypadkach innych niż określone w art. 4 ust. 1 ustawy o ppp, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy PZP, w zakresie nieregulowanym w niniejszej ustawie.

Ustawa PZP określa tryb i zasady udzielania zamówień publicznych, które są umowami odpłatnymi, zgodnie z definicją ustawową, zawieranymi między wykonawcą a zamawiającym, gdzie przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane. W przypadku stosowania ustawy PZP należy mieć na uwadze wydane na jej podstawie liczne rozporządzenia wykonawcze, a w szczególności:

1. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68);*

Na podstawie art. 2 a ustawy PZP określono wykaz usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym. Do usług o charakterze niepriorytetowym zalicza się w szczególności usługi hotelarskie i restauracyjne, transportu kolejowego, transportu wodnego, dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe, usługi prawnicze, rekrutacji i pozyskiwania personelu, edukacyjne i szkoleniowe, społeczne i zdrowotne, rekreacyjne, kulturalne i sportowe, detektywistyczne i bezpieczeństwa z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych oraz inne usługi.

2. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649)*

Określając kwoty wartości zamówień i konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, a co za tym idzie stosowania przepisów ustawy zgodnych z dyrektywami o zamówieniach publicznych, Rada Ministrów jest obowiązana uwzględnić przepisy prawa europejskiego w tym zakresie. Artykułu 7 dyrektywy 2004/18/WE określa wartość zamówień, dla których istnieje obowiązek stosowania jej przepisów, uzależniając wartość dla dostaw i usług od statusu zamawiającego. W dyrektywie sektorowej 2004/17/WE wartości powodujące powstanie obowiązku stosowania przepisów dyrektywy zostały określone w art. 16. Dla dostaw i usług obowiązek powstanie, gdy wartość zamówienia:

- jest równa lub przekracza równowartość w złotych 130.000 euro, w przypadku zamówień udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej,
- jest równa lub przekracza równowartość w złotych 200.000 euro dla pozostałych zamawiających (z wyjątkiem udzielania zamówień sektorowych),
- jest równa lub przekracza równowartość w złotych 400.000 euro dla zamówień sektorowych.

Dla robót budowlanych próg nie jest uzależniony od statusu zamawiającego i wynosi równowartość 5.000.000 euro.

3. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69)*

Zgodnie z art. 11 ust. 6 ustawy PZP Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie rodzaje ogłoszeń oraz wartość zamówienia albo konkursu.

4. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)*

W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do

przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, potwierdzające przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Ww. rozporządzenie określa rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną.

5. *Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz. 2072)*

Ww. rozporządzenie określa zakres i formę dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, które są odrębnymi opracowaniami, w których wydziela się tomy zgodnie z przyjętą systematyką podziału robót budowlanych.

6. *Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130 poz. 1389)*

Rozporządzenie określa metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane oraz metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych.

7. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 282 poz. 1650)*

Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli

przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia. Ww. rozporządzenie określa średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień (4,0196 zł), z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień.

8. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223 poz. 1458)*

W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia. Ww. rozporządzenie określa wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zakres dodatkowych informacji zawartych w protokole, a także sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami.

9. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280)*

Rozporządzenie określa regulamin postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, określający w szczególności wymagania formalne odwołania, sposób wnoszenia odwołania w formie elektronicznej, a także postępowanie z wniesionym odwołaniem.

10. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238)*

Ww. rozporządzenie określa wysokość i sposób pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaje kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposób ich rozliczania, mając na względzie zróżnicowaną wysokość wpisu, zależną od wartości i rodzaju zamówienia, a także zasadność zwrotu stronie kosztów koniecznych do celowego dochodzenia praw lub do celowej obrony.

W przypadku zastosowania ustawy PZP przy wyborze partnera należy pamiętać, iż podstawowymi zasadami przeprowadzenia postępowania są zasada równego traktowania wykonawców i zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji. Mimo iż ustawa PZP przewiduje kilka trybów, w tym przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, negocjacje bez ogłoszenia to według doktryny najlepszym trybem na przeprowadzenie wyboru partnera jest dialog konkurencyjny. *Trudno sobie*

wyobrazić, i w praktyce takie przypadki właściwie nie występują, aby partner prywatny wybierany był w trybie przetargowym. Poza wprost wskazanym w PartPublPrywU przypadkiem (wybór partnera tymczasowego), nie znajdują zastosowania tryby niekonkurencyjne: tryb zamówienie z wolnej ręki lub zapytania o cenę. Specyfika kontraktów ppp wskazuje, że najbardziej odpowiednie do wyboru partnera są procedury negocjacyjne, w szczególności dialog konkurencyjny, rekomendowany przez Komisję Europejską^{110, 111}. Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności: nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy PZP lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia oraz cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu przepisy art. 49 ust. 1 i 2 oraz art. 50 ustawy PZP stosuje się odpowiednio. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. Prowadzony dialog ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców. Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu. Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

¹¹⁰ **Komunikat Komisji Europejskiej nr CC/2005/04 z dnia 5 października 2005 r.** (dokument nie jest dostępny w polskiej wersji językowej)

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf

¹¹¹ **Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Poradnik UZP, str. 93**

<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1687>

Należy wskazać, iż procedura wyboru partnera prywatnego na podstawie ustawy PZP została zmodyfikowana przez art. 5 i 6 ustawy o ppp. W związku z powyższym zamawiający zobowiązany jest, po zamieszczeniu ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamieścić w Biuletynie Informacji Publicznej informację o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym. Ponadto, w przypadku przeprowadzenia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego innymi kryteriami oceny ofert, prócz wynagrodzenia (będącego odpowiednikiem ceny), będą obligatoryjnie: podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym oraz terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane. Zamawiający może również skorzystać z dodatkowych kryteriów oceny ofert podanych przykładowo w art. 6 ust. 3 ustawy o ppp. Różnicą w stosunku do ustawy PZP jest możliwość wyboru partnera tymczasowego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 10 ustawy o ppp podmiot publiczny niezwłocznie po rozwiązaniu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym dokona wyboru nowego partnera prywatnego, chyba że przedsięwzięcie ma być realizowane w inny sposób. Jeżeli przed wyborem nowego partnera prywatnego podmiot publiczny zlecił wykonywanie zadań z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego w trybie art. 67 ust. 1 ustawy PZP, umowa ta obowiązuje do czasu rozpoczęcia wykonywania umowy o ppp.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zarówno w przypadku wyboru partnera w trybie ustawy o koncesji, jak i w trybie ustawy PZP „pomocniczą” rolę odgrywają przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeksu cywilnego (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.). Zgodnie z art. 5 ustawy o koncesji do czynności podejmowanych przez koncesjodawcę i zainteresowane podmioty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 14 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. W zakresie odrębnie nieuregulowanym w przepisach prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy stosować wprost przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 stycznia 2004 r., sygn. akt V CA 2344/03 *nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym (proceduralnym) nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować*. Strony w toku postępowania dokonują czynności, które należy zakwalifikować do czynności prawnych lub działań prawnych. Do tych czynności ustawa nakazuje stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego. Wszelkie więc wątpliwości, np. dotyczące reprezentacji podmiotów składających oświadczenia woli czy też terminów

w postępowaniu, należy rozstrzygać na podstawie odpowiednich regulacji Kodeksu cywilnego.

III

W przypadkach, w których nie ma zastosowania ustawa o koncesji ani ustawa PZP, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 i Nr 106, poz. 675).

Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, iż wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej może prowadzić do zastosowania ustawy o ppp. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, który wskazuje, iż jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.), w trybie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 oraz z 2010 r. Nr 106, poz. 675), przepisów ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536) i ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13) albo na zasadach ogólnych.