



Chambre de Commerce
et d'Industrie Française en Pologne
Francuska Izba
Przemysłowo - Handlowa w Polsce

Propozycje Francuskiej Izby Przemysłowo-Handlowej w Polsce dotyczące ułatwień w stosowaniu formuły Partnerstwa Publiczno-Prywatnego

Francuska Izba Przemysłowo-Handlowa w Polsce (CCIFP) od lat działa na rzecz rozwoju Partnerstwa - Publiczno - Prywatnego w Polsce. Specjalnie utworzona Komisja przedkłada propozycje, które w swoim założeniu mają przyczynić się do częstszego korzystania z formuły PPP przez partnerów publicznych i prywatnych.

Spółka projektowa

W wielu krajach europejskich przyjęta jest praktyka zgodnie, z którą do każdego przedsięwzięcia PPP powoływana jest przez sektor prywatny spółka projektowa (SPV). Spółkę powołuje jednak tylko podmiot, którego oferta okazała się najkorzystniejsza, lub też podmiot który zaproszony został do ostatniego etapu dialogu (możliwość eliminacji uczestników dialogu patrz pkt 3 poniżej). Nie jest bowiem uzasadnione aby wszyscy oferenci ponieśli koszty związane z założeniem takich spółek w sytuacji kiedy nie wiadomo komu udzielone zostanie zamówienie. W konsekwencji o udzielenie zamówienia ubiega się istniejąca spółka grupy i dopiero w sytuacji gdy jej oferta uznana zostanie za najkorzystniejszą, powoływana jest spółka córka, która zawiera umowę o PPP.

Na gruncie polskiego prawa sytuacja taka jest niemożliwa. Zdarza się, iż przedsiębiorcy zagraniczni przyzwyczajeni do odmiennych rozwiązań prawnych, przystępują do przetargu poprzez spółkę matkę, zakładając utworzenie spółki na etapie postępowania. Niestety, zgodnie z polskim Prawem zamówień publicznych („PZP”) na założenie takiej spółki jest już za późno.

Wynika to z jednej z podstawowych zasad PZP wyrażonej w art. 7 ust. 3, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP. Doktryna i orzecznictwo zgodnie przyjmują zakaz dokonywania zmian podmiotowych po stronie wykonawców. SN w wyroku (V CK 97/03) uznał "Zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego przez podmiot nieuprawniony, jest nieważną czynnością prawną".

W konsekwencji zgodnie z regulacjami PZP, które znajdują zastosowanie do większości projektów PPP, niezbędna jest tożsamość podmiotu, który wygrał przetarg i podmiotu, który podpisał umowę z zamawiającym. Wykluczona jest zmiana podmiotowa w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego, jak również po zawarciu umowy o PPP. Podmiot, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu uczestniczy w nim aż do podpisania umowy o PPP. Nie jest możliwe zawarcie takiej umowy przez utworzoną przez ten podmiot spółkę córkę.

Jeżeli partner prywatny zamierza realizować przedsięwzięcie poprzez SPV, niezbędne jest jej powołanie przed przystąpieniem do przetargu. Tu z kolei pojawia się problem wymaganego przez zamawiającego potencjału, którego taka spółka posiadać nie będzie. Problem ten rozwiązują co prawda zapisy PZP (art. 26b), zezwalające na posłużenie się doświadczeniem osób trzecich, niemniej jednak z rozwiązaniem takim wiążą się niepotrzebne problemy praktyczne. Po pierwsze wszyscy oferenci muszą założyć spółki co wymaga czasu i wiąże się z poniesieniem pewnych kosztów. Spółki te mogą nigdy później nie zostać wykorzystane. Po drugie zamawiający muszą uwzględniać czas niezbędny na utworzenie i zarejestrowanie spółek w KRS. Po trzecie konieczne jest przekazanie SPV przez spółkę matkę wymaganego potencjału. Dotyczy to referencji, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz potencjału technicznego i ekonomicznego. Na potrzeby przetargu co prawda wystarczające jest samo oświadczenie o udostępnieniu potencjału, niemniej jednak w relacjach wewnętrznych takich podmiotów zasady współpracy powinny zostać uregulowane w umowach, a umowy te powinny być odpłatne (nieodpłatne świadczenie, podmioty powiązane - konsekwencje podatkowe). Pojawiają się także wątpliwości prawne np. co do możliwości skorzystania z potencjału ekonomicznego (pozytywny wyrok KIO 269/11), zasad udziału w postępowaniu podmiotów przekazujących referencje (UZP - konieczny udział jako podwykonawców, KIO - wystarczy umowa o świadczenie usług). Wszystkie te problemy nie powstawałyby gdyby w przetargu startowała spółka matka, która zazwyczaj posiada wymagany potencjał, a umowę o zamówienie (PPP) podpisywała jej 100% SPV.

Warto przytoczyć korzystny dla partnerów Wyrok ETS - C-454/06:

„Pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, takiej jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, w której usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego usługodawcę zostają przeniesione na innego usługodawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny usługodawca jest jedynym akcjonariuszem, posiadającym kontrolę nad nowym usługodawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny usługodawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych.”

Wstąpienie podmiotów finansujących w miejsce partnera prywatnego.

Z wyżej opisaną zasadą wynikającą z art. 7 ust. 3 PZP a polegającą na braku możliwości zmian podmiotowych po stronie partnera prywatnego wiąże się także problem braku możliwości „przejęcia” projektu PPP przez bank. W sytuacji gdy partner prywatny nie wywiązuje się ze swoich obowiązków, co uprawnia podmiot publiczny do wstrzymania wypłaty wynagrodzenia, obniżenia jego wysokości lub też w skrajnych sytuacjach wypowiedzenia umowy o PPP banki mogą nie mieć wystarczającego zabezpieczenia spłaty kredytu.

Z uwagi na specyfikę przedsięwzięć PPP, podmiot finansujący ma stosunkowo niewielką możliwość zaspokojenia się z ustanowionych na jego rzecz zabezpieczeń. Partner prywatny będzie prawdopodobnie spółką projektową, zawiązaną przez wspólników dla realizacji przedsięwzięcia, która w konsekwencji nie będzie dysponować majątkiem innym niż wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia. W konsekwencji finansowanie przedsięwzięcia opierać się będzie na dokładnej analizie przepływów pieniężnych, które wygenerowane zostaną przez wybudowaną infrastrukturę i które powinny umożliwić spłatę kredytu. Dodatkowo zobowiązania partnera prywatnego wobec podmiotu finansującego mogą zostać zabezpieczone umowami cesji praw z umów zawartych w ramach przedsięwzięcia oraz polis ubezpieczeniowych, zabezpieczeniami na rachunkach bankowych oraz jeśli to możliwe na składnikach majątkowych wykorzystywanych do realizacji przedsięwzięcia. Wobec powyższego w praktyce zagranicznej zawierane są zazwyczaj umowy trójstronne, pomiędzy podmiotem publicznym, partnerem prywatnym oraz podmiotem finansującym realizację przedsięwzięcia. Podstawowym celem umowy jest określenie praw i obowiązków stron w sytuacji zagrożenia projektu w związku z zaistnieniem okoliczności uzasadniających wypowiedzenie umowy przez podmiot publiczny. Umowa umożliwić ma podmiotowi finansującemu „uratowanie” przedsięwzięcia. W tym celu podmiot publiczny zobowiązuje się niewypowiadać umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w danym okresie, pomimo zaistnienia określonych w umowie przesłanek wypowiedzenia. Okres ten niezbędny jest dla wdrożenia programu naprawczego przez partnera prywatnego. Podmiot publiczny zobowiązuje się także do zawiadomienia podmiotu finansującego o wystąpieniu okoliczności uprawniających do rozwiązania umowy w tym o wysokości wymagalnych zobowiązań partnera prywatnego (np. z tytułu naliczonych kar umownych).

W praktyce zagranicznej, w skrajnych sytuacjach, podmiot finansujący uprawniony jest także do „przejęcia” przedsięwzięcia. Bank w takiej sytuacji powołuje spółkę celową, która wstępuje w prawa dotychczasowego partnera prywatnego. Polska Ustawa o PPP nie przewiduje takiej możliwości. Z uwagi na konieczność dokonywania wyboru partnera prywatnego w trybie PZP oraz braku możliwości przeniesienia praw z umowy o zamówienie publiczne, rozwiązanie takie nie jest dopuszczalne na gruncie polskiego prawa.

Dialog konkurencyjny

Na gruncie PZP dialog konkurencyjny składa się z trzech etapów tj. prekwalfikacja formalna (wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), dialog z zaproszonymi wykonawcami, opracowanie SIWZ i złożenie ofert. Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia dialogu ze wszystkimi wykonawcami, którzy zostali do dialogu zaproszeni. Musi także wszystkich zaprosić do złożenia ofert. Nie jest to rozwiązanie praktyczne. W jurysdykcjach zagranicznych funkcjonują rozwiązania polegające na możliwości eliminacji z postępowania



Chambre de Commerce
et d'Industrie Française en Pologne
Francuska Izba
Przemysłowo - Handlowa w Polsce

wykonawców, którzy nie uczestniczą w dialogu, nie przedstawiają rozwiązań lub też proponowane przez nich rozwiązania nie są dla zamawiającego interesujące. Zazwyczaj ostatni etap negocjacji prowadzony jest tylko z dwoma uczestnikami „preferred bidder”. W przypadku gdy zamawiający zaprosił do dialogu kilkunastu wykonawców, konieczność prowadzenia dialogu ze wszystkimi i przekazywania wszystkim informacji na równych zasadach może prowadzić do niepotrzebnego przedłużania procedury. W konsekwencji zachodzi konieczność ograniczania liczby wykonawców już na etapie prekwalfikacji (min 5). W przypadku gdy eliminacja dopuszczona byłaby w trakcie dialogu zamawiający miałby możliwość poznania większej liczby rozwiązań i podejmowania decyzji o eliminacji podwykonawców dopiero po ich przeanalizowaniu.