

Społeczno-prawne aspekty funkcjonowania ustawy o PPP

Wstęp

O partnerstwie publiczno-prywatnym mówi się w Polsce od kilkunastu lat. Niestety, stosunkowo rzadko formuła ta jest przedmiotem pogłębionej analizy – dyskusje często ograniczają się do przedstawienia deklaracji, nierealnych oczekiwań oraz opartych na stereotypach zastrzeżeń i wątpliwości. Tym bardziej cieszy możliwość przedyskutowania problematyki PPP w trakcie dzisiejszej konferencji „Partnerstwo publiczno-prywatne”, z udziałem przedstawicieli samorządu, podmiotów prywatnych oraz nauki.

Celem niniejszego wystąpienia jest przedstawienie społeczno-prawnych aspektów partnerstwa publiczno-prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem genezy oraz skutków uchwalenia ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. Nr 169, poz. 1420). W podsumowaniu wskazano na możliwe przyszłe kierunki działań w tym obszarze, wraz z rekomendacjami dotyczącymi sposobu realizacji przedsięwzięć PPP.

1. Sytuacja przed uchwaleniem ustawy o PPP

Partnerstwo publiczno-prywatne doczekało się wielu, często odległych od siebie, definicji. Wynika to między innymi z faktu, że przez wiele lat projekty partnerstwa funkcjonowały na podstawie ogólnych przepisów prawa, nie było więc potrzeby ścisłego zdefiniowania zjawiska. Wydaje się, że precyzyjny i w miarę jednoznaczny opis – wraz z definicjami – partnerstwa publiczno-prywatnego pojawił się wraz z legislacją odnoszącą się ściśle do tej sfery.

Nie inaczej przedstawiał się status PPP w Polsce. Przez wiele lat umowy między sektorem publicznym i prywatnym zawierane były na podstawie ogólnych przepisów prawa cywilnego lub handlowego, nie było więc istotne z punktu widzenia prawa, czy dana umowa może być sklasyfikowana jako umowa partnerstwa publiczno-prywatnego, czy też nie. Dopiero ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, uchwalona 28 lipca 2005 roku (Dz.U. Nr 169, poz. 1420), wprowadziła umowę o PPP jako nowy, pozakodeksowy typ umowy nazwanej i tym samym wprowadziła samo pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego do polskiego ustawodawstwa¹. Oznacza to, że konstrukcja PPP wyprzedziła specyficzne rozwiązania prawne – tak na świecie, jak i w Polsce.

Przed wejściem w życie ustawy o PPP stosowano zróżnicowane rozwiązania: zlecanie zadań na podstawie umów cywilno-prawnych, umowy dzierżawy oraz użytkowania, a także tworzenie realizujących zadania publiczne podmiotów o kapitale mieszanym. W efekcie nastąpiło upowszechnienie modelu partnerstwa publiczno-prywatnego w niektórych branżach komunalnych, zwłaszcza w sektorze gospodarki odpadami oraz ciepłownictwie. Pojedyncze przypadki partnerstwa pojawiły się także w sektorze wodociągowo-kanalizacyjnym oraz komunikacji miejskiej².

W Unii Europejskiej przepisy odnoszące się wprost do partnerstwa publiczno-prywatnego pojawiły się na krótko przed uchwaleniem polskiej ustawy o PPP. Ich uchwalenie miało wpływ na proces tworzenia

¹ Por. M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2006, s. 22-23 oraz 150-151.

² Szczegółowe dane o stopniu upowszechnienia modelu PPP w poszczególnych sektorach usług komunalnych zamieszczono w: J. Zysnarski, Partnerstwo publiczno-prywatne w sferze usług komunalnych, ODDK, Gdańsk 2007. Opisano tam także wiele konkretnych przypadków przedsięwzięć PPP, między innymi tworzonych przy wsparciu firmy Doradca Consultants Ltd.

polskich przepisów, prawdopodobnie przyspieszając uchwalenie ustawy, a na pewno wpływając na szczegółowe rozwiązania dotyczące np. analiz ekonomiczno-finansowych oraz podziału ryzyka między partnerów. Dodajmy, że do najważniejszych dokumentów Unii Europejskiej, tworzących infrastrukturę prawną partnerstwa publiczno-prywatnego, należą „Wytyczne dla udanych projektów partnerstwa publiczno-prywatnego” oraz „Zielona księga dotycząca partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w sferze kontraktów publicznych i koncesji”³. Zostały one opublikowane odpowiednio w 2003 oraz 2004 roku; do momentu ich publikacji kwestie związane z PPP były regulowane selektywnie i w ograniczonym zakresie.

2. Geneza i przebieg prac legislacyjnych

O konieczności uchwalenia przepisów dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego mówiło się w naszym kraju praktycznie od początku pierwszej dekady obecnego stulecia. Ciąg wydarzeń był jednak dość symptomatyczny: za deklaracjami nie szły konkretne działania, a pojawiające się z dużymi oporami kolejne projekty aktów prawnych miały szanse raczej utrudniać pojawianie się nowych projektów PPP, niż im sprzyjać.

Łatwo zauważyć, że u podłoża zainteresowania polskich polityków modelem partnerstwa leżą kwestie finansowe i potrzeby inwestycyjne władz publicznych – dzisiaj w kontekście Euro 2012, a kilka lat temu w obliczu akcesji Polski do Unii Europejskiej. Pierwsze deklaracje polityczne dotyczące modelu PPP padały w kontekście budowy autostrad. Do pewnego stopnia zdeterminowało to kształt kolejnych projektów ustawy o PPP – wydaje się, że zwłaszcza początkowo zapisy ustawowe były zdecydowanie bardziej dopasowane do dużych przedsięwzięć współfinansowanych z budżetu państwa, typu rozwoju sieci autostrad czy budowy metra, niż do mniejszych zadań, które miałyby realizować gminy w dziedzinie usług komunalnych.

Projektodawcy wczesnej wersji ustawy podawali bardzo optymistyczne wyliczenia oszczędności, które pojawią się w wyniku obniżki kosztów inwestycyjnych i kosztów świadczenia usług użyteczności publicznej w modelu PPP. Pomimo tego tempo prac nad przepisami dotyczącymi PPP było powolne, a wiele z rozwiązań zawieranych w kolejnych wersjach przepisów prawnych środowiska przedsiębiorców oceniały zdecydowanie negatywnie. Pierwsze projekty miały w niektórych punktach charakter wręcz kuriozalny; planowano np. powołanie specjalnej agendy rządowej, opiniującej wszystkie projekty PPP, a analizy przedsięwzięć miały być obowiązkowo publikowane w dziennikach urzędowych. Trzeba jednak powiedzieć, że w ciągu trzech lat prac legislacyjnych nastąpił proces pewnego łagodzenia etatystycznego charakteru ustawy.

Jakie – oprócz finansowych – względy przemawiały za odrębną regulacją ustawową? Można powiedzieć, że bardziej natury społecznej, niż merytorycznej, gdyż przecież sporo (choć dalece zbyt mało) projektów typu PPP realizowano wcześniej na zasadach ogólnych, bez specyficznych przepisów odnoszących się do tego rodzaju umów. Po pierwsze, chodziło o zmianę atmosfery wokół przedsięwzięć publiczno-prywatnych. Jednym z celów ustawy było więc pokazanie, że projekty partnerstwa są wspierane przez ustawodawcę i rząd, co powinno obniżyć poziomu ryzyka z perspektywy osób podejmujących decyzje o współpracy. Po drugie, wiedza na temat możliwych do zastosowania formuł współpracy z sektorem prywatnym była (i nadal jest) niewystarczająca. Dlatego ustawa pomyślana była w pewnej mierze jako materiał instruktażowy, wyliczający możliwe opcje współpracy czy niezbędne elementy umowy partnerstwa.

³ Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, European Commission, Directorate-General Regional Policy, marzec 2003 r. oraz Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Commission of the European Communities, COM(2004) 327, kwiecień 2004 r.

Prace nad ustawą trwały trzy lata. Do tego należy doliczyć jeszcze prawie rok oczekiwania na rozporządzenia wykonawcze do ustawy. Dla przedsięwzięć w formule PPP, które miały opierać się na rozwiązaniach ustawowych, był to czas stracony.

3. Skutki uchwalenia ustawy o PPP

Nie jest zamierzeniem autora niniejszego opracowania przedstawienie zawartości ustawy o PPP – osoby zainteresowane tą problematyką powinny zapoznać się np. z cytowanym wcześniej komentarzem do ustawy, autorstwa M. Kuleszy, M. Bitnera i A. Kozłowskiej. Warto jednak podsumować najistotniejsze skutki uchwalenia ustawy.

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest z reguły krytykowana za nadmierną szczegółowość i narzucanie ograniczonego zestawu rozwiązań na obszarze, który wymaga dużej różnorodności wariantów i dopasowywania ich do konkretnych warunków współpracy.

Ustawa ta nie reguluje zasad współpracy w modelu PPP w ogóle, a jedynie w odniesieniu do przedsięwzięć, zdefiniowanych jako partnerstwo publiczno-prywatne w rozumieniu ustawy. To spowodowało powstanie pewnej dwoistości. Przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego dzielą się obecnie na PPP „w rozumieniu ustawy” oraz PPP „nie w rozumieniu ustawy”. Przy tym należy podkreślić, że w ciągu dwóch lat od momentu uchwalenia ustawy nie pojawiło się w Polsce ani jedno przedsięwzięcie partnerstwa „w rozumieniu ustawy”, co pozwala na jednoznaczną ocenę jakości i przydatności przepisów ustawy o PPP.

Pewnym ograniczeniem wynikającym z ustawy jest zamknięty katalog przedmiotowy ustawy. należy sądzić, że żadne oprócz wyliczonych enumeratywnie przedsięwzięcia nie mogą być przedmiotem umowy PPP „w rozumieniu ustawy”.

Ustawa określa też szczegółowo, kto może występować w roli podmiotu publicznego oraz partnera prywatnego. W praktyce wyliczenie to może budzić wątpliwości. Przykładowo spółka należąca w 100% do gminy może występować w przedsięwzięciu PPP jako partner prywatny – jest bowiem przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, nie może jednak występować w charakterze podmiotu publicznego. To może być ograniczeniem dla gmin, w których funkcjonują spółki o charakterze właścicielskim (będące właścicielem infrastruktury, która mogłaby być przedmiotem przedsięwzięcia PPP).

Najczęściej podnoszonym zarzutem jest konieczność przeprowadzenia kosztownych i czasochłonnych analiz. Niestety, trudno się z tym zarzutem nie zgodzić, chociaż w opinii autora większe przedsięwzięcia i tak – niezależnie od zapisów ustawowych – powinny być poprzedzane szczegółowymi analizami. Problem jednak polega na tym, że te same zasady przyjęto tak dla największych inwestycji centralnych, jak i dla umów dzierżawy w małej gminie. W każdym przypadku podmioty zamierzające wykorzystać formułę partnerstwa publiczno-prywatnego muszą liczyć się ze sporymi kosztami związanymi z przygotowaniem niezbędnych analiz ekonomiczno-finansowych, prawnych oraz dotyczących ryzyka. Dodatkowe koszty (wraz z mitręgą) generuje też niezbędna sprawozdawczość. Można mówić o ewidentnym niedopasowaniu ustawy do przedsięwzięć mniejszych i o zasięgu lokalnym.

W efekcie niedziałająca ustawa o PPP musi być przedmiotem nowelizacji, przy czym prace nad nowelizacją rozpoczęto jeszcze przed przyjęciem rozporządzeń wykonawczych do ustawy. Niektóre z sygnalizowanych zmian w ustawie są dość radykalne – może okazać się, że w przypadku przygotowywanych do realizacji przedsięwzięć prace trzeba będzie zaczynać prawie od nowa. Istnieje też obawa, że przyjdzie długo czekać na nowe rozporządzenia wykonawcze.

W ocenie autora negatywny wpływ ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym nie ogranicza się do planowanych przedsięwzięć „w rozumieniu ustawy”, które z uwagi na oczekiwanie na kolejne zmiany w przepisach pozostają w stanie zawieszenia. Wydaje się, że także liczba pojawiających się w ciągu ostatnich dwóch lat przedsięwzięć PPP „nie w rozumieniu ustawy” jest niższa, niż w okresie sprzed jej

uchwalenia. Wynika to z ostrożności władz publicznych, które otrzymały wyraźny sygnał, że opcja PPP wymaga skomplikowanych procedur oraz bardzo dużej ostrożności. Kilka lat prac nad ustawą, rok oczekiwania na rozporządzenia wykonawcze, kolejny rok prac nad nowelizacją wskazują jednoznacznie, że – pomimo deklaracji – nie jest to formuła preferowana przez władze.

Warto jeszcze dodać kilka słów w sprawie zarzutu nadmiernej regulacji i biurokratyzacji otoczenia partnerstwa publiczno-prywatnego, zawartych w ustawie o PPP. Istotna część regulacji ustawowej wynika z *Wytucznych* Komisji Europejskiej, daleko bardziej szczegółowych od polskiej ustawy. Istnieje jednak zasadnicza różnica między przepisami polskimi oraz unijnymi. Regulacje na poziomie Unii mają charakter wskazówek i zaleceń, a nie rygorystycznych nakazów. U nas pozostawiono przedsiębiorcom i podmiotom publicznym niewiele swobody, co może osłabić ich kreatywność oraz innowacyjność. Dlatego wydaje się, że w definiowaniu sfery partnerstwa publiczno-prywatnego poszliśmy daleko od Unii Europejskiej⁴.

Pojawiają się wątpliwości, czy ustawa – zwłaszcza w wersji bardzo rozbudowanej – jest w ogóle niezbędna. W Unii Europejskiej niewiele krajów posiada kompleksowe ustawodawstwo regulujące sferę partnerstwa, a tam, gdzie odpowiednie przepisy funkcjonują, ustawy wcale nie są przesadnie szczegółowe. Przykładowo irlandzka ustawa o PPP liczy sobie kilka stron i zawiera bardzo ogólny opis możliwych stron partnerstwa i ich zadań, jak również zakresu możliwych przedsięwzięć – wszystko w dziewięciu artykułach.

Według stanu z roku 2005, tylko w kilku krajach członkowskich Unii Europejskiej kwestie związane z PPP regulowane są na poziomie ustawowym. Dotyczy to – obok Polski – tylko Irlandii, Portugalii, Niemiec oraz Hiszpanii⁵. Wcale nie znaczy to, że te kraje są liderami we wdrażaniu partnerstwa. Liderem wśród krajów członkowskich jest bez wątpliwości Wielka Brytania, która nie posiada ustawodawstwa dotyczącego PPP – a dodajmy, że w tym kraju realizuje się około jednej czwartej wszystkich przedsięwzięć wdrażanych w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego w Unii Europejskiej, zaś wartość wszystkich projektów PPP przekroczyła w Wielkiej Brytanii 48 mld funtów.

Zakończenie

Czy jest szansa na pojawienie się w bliskiej przyszłości większej liczby przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego, niezależnie od zasygnalizowanych wyżej problemów i zastrzeżeń? Jeśli tak, to raczej w formule „nie w rozumieniu ustawy” (o ile nie nastąpi radykalna i rozsądna nowelizacja ustawy o PPP).

Nadal konieczne jest propagowanie dobrych wzorców współpracy między sektorem publicznym i prywatnym. Wydaje się, że społeczności lokalne wciąż nie do końca zdają sobie sprawę z nieefektywności tradycyjnych, publicznych metod zarządzania, nieskuteczności władz lokalnych w terminowej i zgodnej z kosztorysami realizacji inwestycji, oraz z niedostatecznej jakości świadczonych przez podmioty komunalne usług. Nie można też zapominać o ogromnych potrzebach inwestycyjnych. Dla projektów partnerstwa może nie być alternatywy – z wyjątkiem zaniechania lub odłożenia na wiele lat pożądanых inwestycji. Trzeba więc prowadzić pracę „u podstaw”, nie czekając na rozwiązania ustawowe.

Dla powodzenia przedsięwzięć partnerstwa (tworzonych tak na podstawie, jak i poza ustawą o PPP) ważna jest otwarta polityka informacyjna, odnosząca się do procesu tworzenia i wdrażania projektów współpracy między sektorem publicznym i prywatnym. W tak delikatnej sferze trzeba się liczyć z oporem społecznym – warto więc przewidywać i uprzedzać możliwe problemy. Kluczem do uzyskania spodziewanych korzyści jest przejrzysta i otwarta procedura wyboru prywatnego partnera. Wpływa to

⁴ Por.: K. Brzozowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Przesłanki, możliwości, bariery*, CeDeWu, Warszawa 2006, s. 178.

⁵ J. Zysnarski, op. cit., s. 253.

nie tylko na odbiór społeczny przekształceń, ale i na pojawienie się mechanizmów realnej konkurencji. Ograniczanie tego czynnika może spowodować, że planowane efekty przedsięwzięcia się nie pojawią. Jeśli gminy nie będą tworzyły warunków otwartej konkurencji, a liczba prywatnych oferentów będzie znikoma, trudno spodziewać się, by wdrożono najlepszy możliwy wariant przedsięwzięcia.

Nie ma wątpliwości, że ustawa o PPP nie była opracowywana pod kątem potrzeb i oczekiwań samorządów lokalnych. Dopasowywana była raczej do dużych projektów infrastrukturalnych, realizowanych we współpracy z administracją centralną. Zresztą nie ma pewności, że samo istnienie ustawy dotyczącej partnerstwa publiczno-prywatnego jest skorelowane z liczbą takich projektów. Być może należy odstąpić od nowelizacji ustawy i uchylić ją w całości, ograniczając się do wniesienia pewnych nowelizacji w innych przepisach, dotyczących zamówień publicznych, rachunkowości czy też finansów publicznych. Poprawianie aktu prawnego, który nie zdał do tej pory w praktyce egzaminu, może przedłużać jedynie okres niepewności i działać szkodliwie na pojawiające się inicjatywy PPP.

Bibliografia

K. Brzozowska, Partnerstwo publiczno-prywatne. Przesłanki, możliwości, bariery, CeDeWu, Warszawa 2006

Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (Zielona księga dotycząca partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w sferze kontraktów publicznych i koncesji), Commission of the European Communities, COM(2004) 327, kwiecień 2004 r.

Guidelines for Successful Public-Private Partnerships (Wytyczne dla udanych projektów partnerstwa publiczno-prywatnego), European Commission, Directorate-General Regional Policy, marzec 2003 r.

M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2006

Ustawa z dnia 28 lipca 2005 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. Nr 169, poz. 1420)

J. Zysnarski, Partnerstwo publiczno-prywatne w sferze usług komunalnych, ODDK, Gdańsk, 2007