

Czego unikać przy zlecaniu umów koncesji na roboty budowlane lub usługi – najczęściej popełniane błędy



Konferencja UZP – Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi – regulacje i praktyka

Agata Kozłowska

Ekspert Instytutu Sobieskiego,

Doradca, Investment Support

Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, Warszawa, 24 września 2019 r.

System PPP w Polsce

Bazowe modele PPP w Polsce wynikają z 2 ustaw:

Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym,

Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Kontraktualne:

- Koncesja na roboty budowlane;
- Koncesja na usługi;
- PPP – z wyborem partnera prywatnego w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych;
- PPP – z wyborem partnera prywatnego w oparciu o przepisy ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;

Instytucjonalne:

- PPP – z wyborem partnera prywatnego w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych z powołaniem spółki PPP;
- PPP – z wyborem partnera prywatnego w oparciu o przepisy ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z powołaniem spółki PPP;

Wariant PPP, w którym ma być realizowane przedsięwzięcie powinien wynikać z przeprowadzonych prac przygotowawczych ujętych zwyczajowo w tzw. „ścieżkach dojścia podmiotu publicznego” oraz z Oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia (art. 3a i nast. Ustawy o PPP). Wybrany wariant przede wszystkim musi być efektywny dla podmiotu publicznego.

Przygotowanie projektów PPP

- Postępowanie zgodnie ze „ścieżką dojścia” przynosi korzyści:
 - Minimalizujemy ryzyko popełnienia błędów;
 - Minimalizuje się ryzyko zawarcia umowy, w wyniku której nie realizuje się założonych celów;
 - Minimalizuje się ryzyko negatywnych skutków kontroli;
- Patrzenie na projekt przez „okulary kontrolera NIK”, dzięki czemu:
 - Najpierw formułujemy cele, zadania;
 - Dostosowujemy mierniki efektu realizacji założonych celów – budujemy kryteria wyboru ofert – procesowo;
 - Formułujemy pytania, na które musimy poznać odpowiedź na poszczególnych etapach przygotowania projektu:
 - Czy koncesja lub PPP będą korzystniejsze i efektywniejsze niż tradycyjne zamówienie publiczne?
 - Czy tradycyjne zamówienie publiczne jest w ogóle dostępne?
 - Czy dany projekt można zrealizować nie sięgając po PPP i czy będzie to efektywniejsze niż PPP?
 - Czy przeanalizowaliśmy główne dostępne i możliwe do wdrożenia (wykonywalne) modele realizacji, czy nie zarzuci się nam zaniechania modelu zastosowanego gdzie indziej?

System PPP w Polsce

Co wpływa na kształt zastosowanego modelu?

- DEFINICJA PRZEDSIĘWZIĘCIA,
- Wynagrodzenie: kto płaci, ile, za co i kiedy,
- Podział ryzyka – odpowiedzialności i podział zadań,
- Struktura organizacyjna przedsięwzięcia,

Formalnie, możemy zatem mieć do czynienia:

- Z umową o PPP zawartą w trybie PZP,
- Z umową o PPP zawartą w trybie koncesji,
- Z umową o PPP zawartą w trybie art. 4 ust. 3 ustawy o PPP,

Wszystkie powyższe ale dodatkowo ze spółką PPP oraz:

- Z umową koncesji na roboty budowlane,
- Z umową koncesji na usługi.

A w ich ramach, możemy mieć znaczne różnice modelowe!

Wybór modelu realizacji

- Decyzje o formułach realizacji planowanych przedsięwzięć i postępowań były do tej pory w Polsce przede wszystkim podyktowane wymiarem politycznym projektów. Na to wskazują fiaska większości ogłoszonych dotąd postępowań.
- Decyzje te powinny wynikać z przeprowadzonych działań przygotowawczych – z analiz oraz konsultacji z rynkiem i instytucjami finansowymi. W większości ogłoszonych dotąd postępowań w Polsce zabrakło dobrego przygotowania.
- Dzięki przejściu „ścieżki dojścia” podmiot publiczny zyskuje argumenty na wypadek, kiedy instytucje kontrolne kwestionowałyby zasadność na podjętych decyzji. Każdy projekt będzie oceniany – przez społeczność, użytkowników, kontrolerów, inne podmioty publiczne, potencjalnych przyszłych partnerów prywatnych. Warto dobrze i w sposób partnerski przygotowywać projekty.

PPP – najważniejsze pojęcia, od których należy koncepcja przedsięwzięcia

Podział zadań w PPP

- Jest to jedna z głównych różnic pomiędzy PPP a zamówieniem publicznym;
- Podział zadań oznacza zaangażowanie partnera prywatnego w większą liczbę działań niż tylko samo przeprowadzenie robót budowlanych czy świadczenie usługi lub samą dostawę (**zwykle jest to łącznie: zaprojektowanie, budowę, eksploatację i zarządzanie**) i jednoczesne podzielenie odpowiedzialności za wykonanie poszczególnych zadań pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego.
- Podstawowym „zadaniem” podmiotu publicznego będzie wniesienie wkładu własnego.
- Nigdy nie jest, tak, że wszystkie zadania przejmuje jedna strona.

PPP – najważniejsze pojęcia, od których należy koncepcja przedsięwzięcia

- **Koncesja**

- Prawo do realizacji przedmiotu koncesji

- „**Koncesja na roboty budowlane**” oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, **stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością** (art. 3 ust.2 pkt 1 ustawy o umowie koncesji).

- „**Koncesja na usługi**” oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie **prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością** (art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy o umowie koncesji).

- **Przedmiot koncesji**

- Przedmiotem koncesji jest wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem (art. 3 ust.1 ustawy o umowie koncesji)

Zasady finansowania PPP – podział ryzyka w Ustawie o PPP i w ustawie o umowie koncesji (1)

- **W przypadku Ustawy o PPP:**
 - Podział zadań i ryzyk jest cechą charakterystyczną współpracy na zasadach PPP (wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk – art. 1 ust. 2 Ustawy o PPP)
 - **Ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia** uwzględnia w szczególności zakładany **podział zadań i ryzyk** pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego, szacowane koszty cyklu życia przedsięwzięcia i czas niezbędny do jego realizacji oraz wysokość opłat pobieranych od użytkowników, jeżeli takie opłaty są planowane, oraz warunki ich zmiany (nowy art. 3a ust. 2 Ustawy o PPP).
 - Podział zadań i ryzyk może być jednym z kryteriów (art. 6 ust. 3 pkt 5 Ustawy o PPP)
 - Zobowiązania wynikające z umów o partnerstwie publiczno-prywatnym **nie wpływają na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych** w sytuacji, gdy partner prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka dostępności lub ryzyka popytu - z uwzględnieniem wpływu na wymienione ryzyka czynników takich jak gwarancje i finansowanie przez partnera publicznego oraz alokacja aktywów po zakończeniu trwania umowy (art.18a ust. 1 Ustawy o PPP)

Zasady finansowania PPP – podział ryzyka w Ustawie o PPP i w ustawie o umowie koncesji (2)

- W przypadku Ustawy o umowie koncesji (art. 3 ust. 3-5 ustawy o umowie koncesji):
 - Koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą.
 - **Przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne.**
 - Oceniając ryzyko ekonomiczne, uwzględnia się w spójny i jednolity sposób wartość bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza.

Zamknięcie finansowe projektu – jaka oferta banku na etapie składania ofert przez partnerów prywatnych, etapy zamknięcia finansowego

Kiedy z ofertą?

Kiedy po ofercie?

Ile czasu?

Warunki?

Program naprawczy?

Step-in rights?

Bankowość

Bankowość – oznacza takie ustrukturyzowanie projektu, w wyniku którego będzie możliwe uzyskanie kredytów na finansowanie przedsięwzięcia PPP, przy zapewnieniu wsparcia finansowego ze strony podmiotu publicznego na minimalnym niezbędnym poziomie

Konsultacje z bankami przed przystąpieniem do wyboru partnera prywatnego (1)

Zebrane przez IS doświadczenia w zakresie pozyskiwania finansowania przedsięwzięć PPP:

- Powszechne wśród podmiotów publicznych utożsamianie zdolności finansowej podmiotów dopuszczonych do postępowania na wybór partnera z gotowością zaangażowania własnych środków lub udzielenia gwarancji i poręczeń na sfinansowanie całości nakładów własnych.
- Powszechne wśród podmiotów prywatnych oczekiwanie zabezpieczenia przez podmioty publiczne całości lub części kredytów zaciąganych na finansowanie inwestycji (poręczenia i gwarancje lub instrumenty pozabudżetowe takie, jak np. forfaiting, umowa wsparcia, zobowiązanie do podwyższenia kapitału, opłata za dostępność pokrywająca spłaty kredytu, itp.) np. uzasadniane obniżenia kosztów finansowych.

Konsultacje z bankami przed przystąpieniem do wyboru partnera prywatnego (2)

- Banki z zagranicznym kapitałem wykazują awersję do zaangażowania w projekty o podwyższonym ryzyku, do jakich zaliczają projekty PPP. Dotyczy to także finansowania zagranicznych partnerów przez banki pochodzące z tych samych krajów.
- Banki krajowe z reguły wyrażają zainteresowanie finansowaniem przedsięwzięć PPP, stawiając jednak wobec nich wymagania identyczne jak dla typowych komercyjnych projektów inwestycyjnych, tzn. oczekiwanie zabezpieczenia kredytu w postaci hipoteki na nieruchomości oraz poręczeń i gwarancji ze strony podmiotu publicznego. Brak wypracowanych modeli finansowania przystosowanych do specyfiki przedsięwzięć PPP.
- Banki postrzegają projekty PPP jako niekomercyjne, niedochodowe, co uniemożliwia pozyskanie kredytu na zasadach „project finance”.
- Potencjalni partnerzy prywatni wykazują dużą awersję do przejęcia ryzyka popytu na usługi o charakterze publicznym.

Preferują ograniczenie ryzyka wyłącznie do ryzyka budowy i ryzyka dostępności (utrzymania) oraz finansowanie przedsięwzięcia głównie w oparciu o opłaty za dostępność.

Nowe przepisy w zakresie step-in (nowy art. 10a Ustawy o PPP)

- 1. Podmiot publiczny może zawrzeć umowę z osobą trzecią finansującą przedsięwzięcie w całości lub w części, na mocy której, w przypadku poważnego zagrożenia realizacji przedsięwzięcia, będzie mógł przenieść na tę osobę trzecią całość lub część obowiązków partnera prywatnego, wraz ze związanymi z nimi prawami.
- 2. Osoba trzecia, o której mowa w ust. 1, może powierzyć realizację przedsięwzięcia innemu podmiotowi lub podmiotom tylko za zgodą podmiotu publicznego.
- 3. Ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, dokumenty koncesji lub inna dokumentacja postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego zawiera warunki stosowania ust. 1 i 2. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może uszczegóławiać te warunki.
- 4. Postanowienia umów zawartych z osobą trzecią finansującą przedsięwzięcie w całości lub części, przez podmiot publiczny, partnera prywatnego lub spółkę, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a, sprzeczne z umową o partnerstwie publiczno-prywatnym są nieważne.

Dziękuję za uwagę !

KONTAKT

Agata Kozłowska
INVESTMENT SUPPORT

ul. Srebrna 16 lok 202
00-810 Warszawa
Tel. kom. 604 141 510
Tel. 22 699 70 01
Email: kozlowska@inves.pl

www.inves.pl