

# Na styku trzech ustaw: wynagrodzenie partnera prywatnego

Andrzej Nowaczek , Tomasz Sawicki 20-07-2009, ostatnia aktualizacja 20-07-2009 06:28

Planując inwestycję publiczno-prywatną, podmiot publiczny powinien głęboko przeanalizować kwestię wynagradzania partnera prywatnego – piszą Tomasz Sawicki i Andrzej Nowaczek, doradcy z Investment Support

Jest to jeden z głównych czynników decydujących o celowości i sposobie zastosowania albo ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym ([ustawa o PPP](#)), albo ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi ([ustawa o koncesji](#)).

W tej pierwszej kryterium decydującym o tym, w jakim trybie wybrać partnera prywatnego, jest jego wynagrodzenie. Jeśli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, to wyboru partnera prywatnego dokonuje się, stosując przepisy ustawy o koncesji z uwzględnieniem przepisów ustawy o PPP. W pozostałych wypadkach wyboru partnera prywatnego dokonuje się, stosując przepisy ustawy PZP (prawo zamówień publicznych) z uwzględnieniem przepisów ustawy o PPP.

W ustawie o koncesji podkreślono, że współpraca charakteryzuje się przyznaniem koncesjonariuszowi wyłącznie prawa do korzystania z obiektu budowlanego albo usługi lub takiego prawa wraz z płatnością koncesjodawcy.

W ustawach użyto niejednoznacznych, nigdzie niezdefiniowanych określeń, takich jak „w zasadniczej części” (ustawa o koncesji) oraz „przede wszystkim” (ustawa o PPP). Można je interpretować jako równoznaczne z określeniem „w większości” lub „w więcej niż 50 proc.”.

## W ustawie o koncesji

Zgodnie z art. 1 ust. 3 tej ustawy płatność koncesjodawcy „nie może prowadzić do odzyskania całości nakładów związanych z wykonywaniem koncesji”. W związku z tym przepisem pojawiają się rozbieżne interpretacje dopuszczalnego poziomu płatności podmiotu publicznego na rzecz koncesjonariusza. Z jednej strony uważa się, że płatność nie może przekroczyć 50 proc. wartości przedmiotu koncesji, a z drugiej rozszerza się definicję nakładów jako całokształt kosztów ponoszonych w całym okresie wykonywania koncesji łącznie z etapem eksploatacji. Wydaje się, że taka interpretacja nie ma szans obrony na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS).

Naszym zdaniem strona publiczna może zapłacić w formie określonych płatności sumę stanowiącą ponad 50 proc. nakładów, ale rozumianych jako wartość koncesji zdefiniowana w ustawie, jeśli jest to mniej niż 100 proc. wartości tych nakładów. Aby móc porównywać określone wielkości, należy dokładnie zdefiniować i wyrazić w jednostkach pieniężnych „nakłady na wykonywanie koncesji”, „prawo do korzystania” oraz „ryzyko ekonomiczne”.

Wartość prawa do korzystania można definiować jako różnicę między wartością przedmiotu koncesji a sumą (odpowiednio zdyskontowanych) płatności.

Ryzyko ekonomiczne wiąże się przede wszystkim z wartością prawa do korzystania, tzn. koncesjonariusz ponosi ryzyko, czy korzyści, jakie faktycznie uzyska z przedmiotu koncesji, pokryją wartość prawa do eksploatacji. W tym zakresie nie istnieje wymóg, aby to ryzyko w 100 proc. ponosił partner prywatny, lecz aby ponosił je „przede wszystkim”, czyli w ponad 50 proc.

Możliwe jest, aby strona publiczna ponosiła inne opłaty niż płatności określone w art. 1 ustawy o koncesji. Wynagrodzenie koncesjonariusza może nie pochodzić od osób trzecich, ale bezpośrednio od koncesjodawcy, jeżeli jego wysokość jest uzależniona od liczby użytkowników (tzw. shadow tolls). Konstrukcje tego typu znajdują najczęściej zastosowanie w projektach koncesyjnych na budowę dróg. Jeżeli jednak w umowie tego typu wyeliminowany zostanie element ryzyka, np. gdy podmiot publiczny zagwarantuje wykonawcy minimalne wynagrodzenie odpowiadające poniesionym na realizację przedsięwzięcia nakładom, to będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym, a nie koncesją.

## **W ustawie o PPP**

W umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności przez wniesienie wkładu własnego. Wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego.

Partner prywatny otrzymuje zatem wynagrodzenie, nie jak w koncesji – za realizację przedmiotu koncesji (robót budowlanych lub usług), lecz za realizację przedsięwzięcia, które jest pojęciem szerszym i zawsze obejmującym „utrzymanie lub zarządzanie składnikiem majątkowym”. Co więcej, w PPP podział ryzyka jest bardziej elastyczny, obejmuje wykonanie przedmiotu umowy, eksploatację i zarządzanie, a sposób dysponowania i transferowania składników majątkowych jest bardziej złożony niż w koncesji. Ustawa nie określa, po czyjej stronie ma leżeć większość ryzyka ani w jakim stopniu koncesjonariusz ma pokryć nakłady ponoszone na przedsięwzięcie. Możliwy jest też podział korzyści między partnerów.

## **Odpowiedni tryb wyboru**

Jeżeli w umowie o PPP przewidywane jest wynagrodzenie w formie zapłaty sumy pieniężnej, to konieczna się staje wycena wartości prawa do pobierania korzyści partnera prywatnego. Pod tym pojęciem rozumiemy wartość bieżącą przewidywanych przepływów pieniężnych przynależnych partnerowi prywatnemu. Należy podkreślić, że mowa jest tu nie o wycenie samych korzyści, lecz o wycenie prawa do tych korzyści (korzyści możliwych do uzyskania z przedmiotu przedsięwzięcia). Jeżeli wartość prawa do pobierania korzyści będzie stanowiła „przede wszystkim” wynagrodzenie (w rozumieniu więcej niż 50 proc. wynagrodzenia), to wyboru partnera należy dokonać w procedurze koncesji. Jeżeli zaś zapłata sumy pieniężnej będzie większa lub równa wartości prawa do pobierania korzyści, to przy wyborze partnera obowiązuje procedura określona w ustawie PZP.

Przedstawiony schemat (patrz ilustracja) ukazuje logikę weryfikacji procedury wyboru partnera prywatnego ze względu na strukturę wynagrodzenia i podział ryzyka ekonomicznego.

## **Jakie konsekwencje**

Sposób wynagrodzenia decyduje jedynie o wyborze dwóch możliwych procedur (w trybie koncesji albo zamówień publicznych), natomiast koncesja na roboty budowlane lub usługi jest możliwa do zastosowania wyłącznie w sytuacji, gdy ryzyko ekonomiczne jest w większości po stronie prywatnej,

