

# **UMOWA**

**o partnerstwie publiczno-prywatnym  
- ramy określające  
standardową zawartość**

**MINISTERSTWO GOSPODARKI**  
**Departament Instrumentów Wsparcia**

---

**WARSZAWA 2007**

**Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym – ramy określające standardową zawartość**

Opracowanie przygotowane na zlecenie Ministerstwa Gospodarki przez  
General Consulting Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu  
Autor: Witold Grzybowski

© Copyright by: Ministerstwo Gospodarki, Departament Instrumentów Wsparcia,  
Warszawa 2007

ISBN 978-83-7204-579-9

Współpraca wydawnicza: Instytut Technologii Eksploatacji – PIB w Radomiu

Opracowanie wydawnicze: Bożena Mazur, Marta Poberezsko, Danuta Woźniak,  
Joanna Iwanowska

Projekt okładki: Janusz Popławski



1650

Wydawnictwo Instytutu Technologii Eksploatacji – PIB  
ul. K. Pułaskiego 6/10, 26-600 Radom, tel. 36-442-41, fax 36-447-65  
e-mail: [instytut@itee.radom.pl](mailto:instytut@itee.radom.pl) <http://www.itee.radom.pl>

## SPIS TREŚCI

<b>Wprowadzenie</b> .....	5
I. Zalety i niebezpieczeństwa standaryzacji umów. Doświadczenie międzynarodowe. ....	7
II. Omówienie podstawowych cech i funkcji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym z uwzględnieniem podstawowych modeli prawnych i ich zastosowania w warunkach krajowych ...	17
III. Uwagi metodologiczne, dotyczące sposobu sporządzania umów PPP .....	27
IV. Spis rozdziałów, jakie znajdują się w typowej umowie zawieranej pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym na wykonanie usługi publicznej .....	33
V. Objaśnienia dotyczące celowości poszczególnych rozdziałów ..	38
VI. Szczegółowe zapisy ilustrujące mechanizmy zabezpieczające strony dla wybranych rozdziałów. ....	77
VII. Uwagi dla rozważenia przy wdrożeniu strategii legislacyjnej rządu dla poszczególnych sektorów gospodarki korzystających z rozwiązań partnerstwa publiczno-prywatnego. ....	86
VIII. Podsumowanie.....	95
IX. Bibliografia .....	96
X. Aneksy .....	98



## WPROWADZENIE

Przedstawione opracowanie pt: „Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym – ramy określające standardową zawartość” powstało na zamówienie Ministerstwa Gospodarki i jest wynikiem działań wspierających obowiązki Ministra Gospodarki, wynikające z postanowień ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 28 lipca 2005 roku. Art. 28 ust. 2.

Celem opracowania jest dostarczenie informacji, która będzie służyć procesowi wspierania i promocji partnerstwa publiczno-prywatnego, jako formy wdrażania przedsięwzięć, polegających na dostarczaniu usług publicznych przez podmioty prywatne na podstawie wieloletnich umów.

Zawartość opracowania koncentruje się na wybranym pojedynczym instrumencie wsparcia dla procesu wdrażania partnerstwa publiczno-prywatnego, mianowicie pierwszej w kraju standaryzacji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Niniejsze opracowanie stanowi również rozpoczęcie procesu standaryzacji dokumentacji, co w dalszej perspektywie zaowocuje prawdopodobnie podjęciem niezbędnych działań dla standaryzacji całego procesu przetargowego oraz procesu przygotowania przedsięwzięć z wykorzystaniem trybu partnerstwa publiczno-prywatnego.

Obecny pierwszy etap standaryzacji odbywa się bez formalnego wsparcia instytucjonalnego, które pozwala na kontynuowanie procesu poprzez nieustanne doskonalenie i adaptację przyjętych wzorców z pomocą wyspecjalizowanej grupy ekspertów, reprezentujących założenia polityki rządu w stosunku do partnerstwa publiczno-prywatnego, niemniej jednak stanowi ważne działanie ze względu na istniejącą potrzebę wsparcia instytucji sektora publicznego wymienionych w Art. 4. ust 3.

Opracowanie oprócz tematu głównego, jakim jest przedstawiona w rozdziałach IV, V i VI struktura umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, omawia także aspekty metodologiczne i zawiera przykłady rozwiązań instytucjonalnych zastosowanych w innych krajach.

Opis standardowych klauzul umowy o PPP zamieszczony w rozdziale V niniejszego opracowania został przygotowany we współpracy z adwokatem Marcinem Bejmem oraz aplikantem radcowskim Pawłem Piotrowskim, prawnikami z kancelarii Norton Rose, Piotr Strawa i Wspólnicy Sp.k. Całość opracował i zredagował Witold Grzybowski, partner Dolnośląskiej Grupy Doradczej oraz General Consulting Sp. z o.o.



## I. ZALETY I NIEBEZPIECZEŃSTWA STANDARYZACJI UMÓW. DOŚWIADCZENIE MIĘDZYNARODOWE

Współpraca podmiotów publicznych z sektorem prywatnym w wykonywaniu zadań publicznych oraz innych zadań o charakterze gospodarczym jest zagadnieniem, które znajduje odzwierciedlenie w polityce gospodarczej i finansowej rządów na całym świecie. Regulacja prawna zasad, na jakich sektor prywatny może uczestniczyć w wykonywaniu zadań państwa, bierze swoje źródła w systemie zamówień publicznych, na podstawie którego w wielu krajach prowadzone są również alternatywne formy współpracy podmiotów prywatnych z organami administracji publicznej.

Niektóre kraje posunęły się w regulacji procesów współpracy z sektorem prywatnym do uregulowań szczegółowych dla prowadzenia przedsięwzięć, wymagających innych niż tradycyjne zamówienie publiczne form realizacji zadań. Regulacją szczegółową nazywamy w tym kontekście akt prawny lub zbiór aktów prawnych, odnoszących się specjalnie do wybranych form współpracy, określających zasady takiej współpracy.

Tabela 1 wskazuje kraje, które przyjęły bądź są w trakcie tworzenia regulacji szczegółowych w zakresie stosowania instrumentu finansowania zadań publicznych w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego oraz utworzyły struktury instytucjonalne dla wsparcia tego instrumentu.

**Tabela 1. Sytuacja prawno-instytucjonalna w krajach UE w roku 2006**

Kraj	Instytucja wsparcia PPP	Akt prawny PPP	Komentarz
Austria	istnieje	brak	centrum aktywne
Belgia	w trakcie tworzenia	przepisy branżowe	
Rep. Czeska	istnieje	istnieje akt prawny	
Dania	w trakcie tworzenia	brak	
Finlandia	brak	proponowany	
Francja	w trakcie tworzenia	w przygotowaniu	istnieją akty branżowe
Grecja	w trakcie tworzenia	w przygotowaniu	
Hiszpania	brak	istnieje akt prawny	
Holandia	istnieje	brak	centrum aktywne
Irlandia	istnieje	istnieje akt prawny	2 akty prawne
Niemcy	w trakcie tworzenia	przepisy branżowe	
Portugalia	istnieje	w przygotowaniu	
Szwecja	brak	brak	
Wielka Brytania	istnieje	brak	instytucje branżowe
Włochy	rozważana	propozycja	istnieją akty branżowe

*Opracowano na podstawie: Price Waterhouse Coopers (materiał konferencji 20 września 2006).*

Wśród krajów spoza UE, które posiadają akty prawne, regulujące partnerstwo publiczno-prywatne należy wymienić kraje takie jak: Afryka Południowa, Brazylia, Chiny, Federacja Rosyjska, Japonia, Rumunia, Filipiny.

Głównym powodem tworzenia uregulowań szczegółowych w Polsce była wola polityczna użycia instrumentów prawnych w celu informacyjno-edukacyjnym w stosunku do sektora publicznego na szczeblu centralnym i regionalnym. Opinie prawne, które opracowano przed podjęciem decyzji o stanowieniu odrębnego aktu prawnego, regulującego szczegółowo partnerstwo publiczno-prywatne, wskazywały na możliwość alternatywnego wprowadzenie instrumentu partnerstwa publiczno-prywatnego poprzez konkretne zmiany w ustawie prawo zamówień publicznych oraz kilku innych aktów prawnych, regulujących finanse publiczne. U podstaw decyzji politycznej, wprowadzającej uregulowanie szczegółowe, leżał motyw promocji instrumentu partnerstwa publiczno-prywatnego, które poprzez takie uregulowanie pozyskało zainteresowanie oraz „widzialność medialną” od samego początku.

## **Promocja i wsparcie**

Element promocji partnerstwa publiczno-prywatnego w polityce poszczególnych państw znajduje wyraz w kilku stosowanych w tym celu instrumentach. Są to głównie następujące instrumenty instytucjonalne, organizacyjne i finansowe, jak:

- wsparcie instytucjonalne;
- wyodrębnione cele finansowe (ogólne i sektorowe, narodowe i regionalne);
- zawarcie celów finansowych w ustawie budżetowej;
- wsparcie państwa dla projektów pilotażowych;
- regulacje szczegółowe;
- pomoc merytoryczna w przygotowaniu, tworzeniu, wdrażaniu i monitoringu przedsięwzięć.

## **Powody dla wprowadzania standaryzacji**

Standaryzacja procesów, wynikająca częściowo z wprowadzenia szczegółowych uregulowań prawnych może być posunięta dalej poprzez jeden z kilku powyższych instrumentów promocji i wsparcia, a szczególnie poprzez wsparcie instytucjonalne, z pomocą którego można udzielać pomocy merytorycznej w przygotowaniu, tworzeniu, wdrażaniu i monitoringu przedsięwzięć.

W wypadku naszego kraju, organ władzy państwowej (Ministerstwo Gospodarki) został zobowiązany przez ustawodawcę do prowadzenia działań, które można określić jako pomoc merytoryczną w stosowaniu



uregulowań szczegółowych, jakie znajdują się w ustawie o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 28 lipca 2006 roku (Dz. Ust.169. Poz 1420). Tak więc instrument wsparcia powstaje w wyniku decyzji ustawodawcy przewidującego potrzebę wsparcia w tym zakresie dla organów administracji centralnej i terenowej.

Intencja wprowadzenia standaryzacji procesów znajduje swój wyraz w dotychczasowych szczegółowych uregulowaniach prawnych, a specjalnie w rozporządzeniach wykonawczych do ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym, w których zawarte są szczegółowe wymagania dotyczące procesu przygotowania przedsięwzięcia, jakie może być realizowane w trybie partnerstwa publiczno-privatnego.

Standaryzacja umów jest integralną częścią wprowadzenia jednolitego sposobu postępowania w procesie wdrażania przedsięwzięć z wykorzystaniem postanowień ustawy oraz rozporządzeń wykonawczych.

## **Rola umowy**

Umowa cywilno-prawna o partnerstwie publiczno-privatnym jest centralnym i najważniejszym elementem regulującym wzajemne zobowiązania stron w każdym indywidualnym przedsięwzięciu, dlatego też dochowanie najlepszej praktyki prawnej jest jednym z narzędzi zabezpieczenia interesu publicznego.

Ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 28 lipca 2005 r. (Dz. Ust.169. Poz. 1420) r. poświęca wiele miejsca umowie o partnerstwie publiczno-privatnym wymieniając liczne komponenty informacyjne, jakie z mocy ustawy muszą znaleźć się w umowie. Zapisy te należy potraktować jako uregulowanie prawne podstawowych wymagań ustawodawcy w stosunku do umów zawieranych w przyszłości.

## **Elementy standaryzacji w ustawie o partnerstwie publiczno-privatnym**

W tekście ustawy można wyróżnić liczne elementy, zmierzające pośrednio lub bezpośrednio ku standaryzacji umowy. Zawarto je w zapisach ustawy, które dla jasności zostały zacytowane poniżej:

Art. 2.

Partnerstwo publiczno-privatne, w rozumieniu ustawy, to, *oparta na umowie o partnerstwie publiczno-privatnym współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, służąca realizacji zadania publicznego, jeżeli odbywa się na zasadach określonych w ustawie.*

### *Komentarz do Art. 2*

Ustawodawca potwierdza, że traktuje umowę o partnerstwie publiczno-privatnym jako główny i podstawowy instrument prawny, regulujący warunki realizacji przedsięwzięcia i wzajemne zobowiązania stron.

### *Art. 6 ust. 1*

Uczestnictwo podmiotu publicznego w przedsięwzięciu, polegające na wniesieniu wkładu własnego lub uiszczeniu wynagrodzenia, określa umowa o partnerstwie publiczno-privatnym.

### *ust. 2*

Wkład własny jest przekazywany partnerowi prywatnemu lub spółce, o której mowa w art. 19 ust. 1, z przeznaczeniem na cele określone w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym.

### *Komentarz do Art. 6*

Ustawodawca wskazuje na konieczność określenia natury wkładu własnego (najczęściej składnika majątkowego) oraz określenia celu, w realizacji którego wkład może zostać wykorzystany w procesie realizacji przedsięwzięcia. Tym samym ustawodawca implikuje konieczność istnienia odpowiednich zapisów w samej umowie.

### *Art. 9 ust. 2*

Wkład własny wykorzystany niezgodnie z przeznaczeniem, podlega zwrotowi na zasadach określonych w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym. W przypadku środków finansowych należą się również odsetki od dnia przekazania tych środków.

### *Komentarz do Art. 9*

Zgodnie z powyższym zapisem umowa powinna zawierać zapis, określający warunki przy zaistnieniu, których wkład własny podmiotu publicznego podlega zwrotowi. Jeżeli wkładem własnym są środki finansowe, umowa powinna posiadać zapis, określający wysokość odsetek, sposób ich naliczania oraz inne warunki, które wpłyną na wysokość wypłaconej kompensacji/kary.

## **Rozdział 4**

Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym oraz realizacja partnerstwa publiczno-privatnego.

### *Komentarz do rozdziału 4*

Zamieszczenie rozdziału 4 w tekście ustawy wskazuje na troskę lub obawę o jakość przygotowania umowy o partnerstwie publiczno-privatnym. Wprawdzie ustawa nie wskazuje podmiotu publicznego,

jako odpowiedzialnego za przygotowanie umowy, jednakże biorąc pod uwagę praktykę światową należy się spodziewać, że umowa jaką negocjować będą strony przygotowana zostanie przez lub na zlecenie podmiotu publicznego. Artykuł 18 zawiera względnie szczegółowe wymagania w stosunku do zawartości umów. Niezależnie od rodzaju partnerstwa, wszelkie umowy, wynikające z wdrożenia przedsięwzięcia na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym będą w sposób standardowy posiadały zapisy, które spełniają wymogi Art. 18 ustawy.

#### Art. 18

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym określa w szczególności:

- 1) cel i przedmiot przedsięwzięcia oraz harmonogram jego realizacji;
- 2) łączną wartość środków przewidzianych na realizację w całości przedsięwzięcia, będącego przedmiotem umowy, niezależnie od źródła ich pochodzenia;
- 3) zobowiązanie partnera prywatnego do poniesienia w całości albo w części nakładów na realizację przedsięwzięcia lub zapewnienie poniesienia tych nakładów przez osoby trzecie;
- 4) zobowiązania podmiotu publicznego, w tym wielkość, zasady i terminy wnoszenia wkładu własnego, jeżeli wkład taki jest przewidywany, a także zasady dysponowania tym wkładem;
- 5) normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy realizacji przedsięwzięcia;
- 6) uprawnienia podmiotu publicznego w zakresie bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego lub spółkę, o której mowa w art. 19 ust. 1 oraz zasady okresowego przeprowadzania przez strony wspólnej oceny realizacji przedsięwzięcia wraz z ustaleniami realizacyjnymi;
- 7) czas, na jaki umowa została zawarta oraz warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy, a także warunki i sposób jej rozwiązania przed upływem terminu, na jaki została zawarta oraz zasady rozliczeń i odszkodowań w takim przypadku;
- 8) warunki i procedurę zmiany umowy oraz zmiany zakresu przedsięwzięcia, jeżeli taka możliwość była przewidziana w specyfikacji wyboru partnera prywatnego;
- 9) formy, wysokość i zasady ustalania i przekazywania wynagrodzenia partnera prywatnego;
- 10) podział ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięcia;
- 11) zasady i zakres ubezpieczeń realizowanego przedsięwzięcia, a także dodatkowe gwarancje i umowy oraz zobowiązania stron w tym przedmiocie;
- 12) tryb i zasady rozstrzygania sporów wynikłych na tle umowy;
- 13) postanowienia dotyczące zawiązania spółki, o której mowa w art. 19 ust. 1, w przypadku gdy strony postanowią zawiązać tę spółkę.

#### Art. 19

- 1) umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę kapitałową;
- 2) cel i przedmiot działalności spółki, o której mowa w ust. 1, nie może wykraczać poza zakres określony umową o partnerstwie publiczno-prywatnym;
- 3) podmiot publiczny będący organem administracji rządowej, który zawiązał spółkę, o której mowa w ust. 1, wykonuje prawa z należących do Skarbu Państwa udziałów lub akcji w tej spółce;
- 4) w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym strony mogą ustalić termin i warunki, na jakich podmiot publiczny nabędzie, po zakończeniu wykonywania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, udziały lub akcje posiadane przez partnera prywatnego w spółce, o której mowa w ust. 1.

#### Art. 25. ust 2

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może stanowić, że przekazanie składnika majątkowego po zakończeniu wykonywania umowy nastąpi na rzecz państwowej lub samorządowej osoby prawnej utworzonej na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych lub spółki handlowej z większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa.

#### *Komentarz do Art. 25*

Art. 25 dopuszcza możliwość organizacji celowych podmiotów, które będą prawomocne w przejmowaniu składnika majątkowego po wygaśnięciu umowy i kontynuowania wykonywania zadań publicznych. Taki zapis otwiera sektorowi publicznemu możliwość wskazania podmiotu trzeciego, nie będącego stroną umowy. Z punktu widzenia podmiotu prywatnego zapis ten może nieść w sobie dodatkowe ryzyko.

#### Art. 26

Prawem właściwym dla rozwiązywania sporów przed sądem polubownym, wynikających z umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest prawo polskie.

#### *Komentarz do Art. 26*

Art. 26 wskazuje jednoznacznie, że w umowie powinien być umieszczony zapis o prawie, które rozstrzyga wszelkie spory. Ustawodawca ograniczył w tym wypadku możliwość wyboru, przez co zabezpiecza interes publiczny.

## Art. 28

Do zadań ministra właściwego do spraw gospodarki w zakresie ustawy należy w szczególności:

- 1) dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem stanu i perspektywy zaangażowania finansowego sektora prywatnego;
- 2) opracowywanie i upowszechnianie przykładowych wzorów umów o partnerstwie publiczno-prywatnym.

### *Komentarz do Art. 28 ust.2:*

Należy zauważyć, że możliwości o charakterze instruktorzowym, jakie posiada akt prawny, (w tym wypadku ustawa) są mocno ograniczone mandatem legislacyjnym i podporządkowane celowi właściwemu, jakiemu powinna służyć ustawa. Ustawodawca, przewidując to ograniczenie wprowadził zapis w Art. 28, ustęp 2 o następującej treści:

„Do zadań ministra właściwego do spraw gospodarki w zakresie ustawy należy w szczególności: (...) opracowywanie i upowszechnianie przykładowych wzorów umów o partnerstwie publiczno-prywatnym”, co wybiega poza działania tworzenia prawa branżowego i jest najprawdopodobniej pierwszą w polskiej legislacji próbą tworzenia tzw. „miękkiego prawa” (ang. soft law), czyli wpływania na rzeczywistość gospodarczą poprzez zalecenia, przewodniki oraz wskazania, których stosowanie nie jest wymagane ani sankcjonowane ustawowo, ale jedynie rekomendowane. Należy rozważyć dostępne metody upowszechniania tych elementów, które nie stanowią treści ustawy, ale są niezbędne dla jej rozumienia i funkcjonowania.

## **Zalety standaryzacji umów**

**Koszty.** Najczęściej cytowaną zaletą standaryzacji dokumentów prawnych jest redukcja kosztu ich przygotowania. Kancelarie prawne wynajęte do sporządzania umów o partnerstwie publiczno-prywatnym stają przed pracochłonnym i skomplikowanym zadaniem zabezpieczenia interesów stron i stworzeniem dokumentu, który będzie nie tylko poprawny z punktu widzenia prawa, ale również zostanie zaakceptowany przez instytucje finansowe, przyznające kredytowanie przedsięwzięcia.

Zastosowanie gotowego standardu pozwala na zaawansowane przygotowanie umowy przez zamawiającego z mniejszym udziałem zewnętrznych doradców prawnych. W wypadku mniejszych projektów, gdzie koszt przygotowania jest znaczny w stosunku do wartości projektu, standaryzacja umów pełni szczególnie ważną rolę w zapewnieniu wyboru trybu partnerstwa publiczno-prywatnego jako odpowiedniego dla realizacji.

**Powielanie przedsięwzięć.** Standaryzacja umów często jest pochodną standaryzacji samych przedsięwzięć. Powielanie projektów, które

okazały się efektywne oraz zapewniają optymalny w stosunku do kosztu poziom usług publicznych, jest częstym zjawiskiem, wówczas posiadanie gotowej dokumentacji, której centralną częścią jest umowa, może być warunkiem realizacji projektu.

**Stosowanie najlepszej praktyki.** Standaryzacja rozumiana jako proces stałego ulepszania i adaptacji najlepszych rozwiązań prawnych do umów, które używane będą jako wzorce daje większe możliwości korzystania z gotowych rozwiązań, zmniejsza zakres niezbędnych negocjacji i wyznacza sposób postępowania w najbardziej trudnych do uregulowania sytuacjach.

**Zgodność z ustawą i prawem.** Standardy umów są często widziane jako ubezpieczenie od przyjęcia rozwiązań, które reprezentują sobą ryzyko prawne. Obecność we wzorcu umowy wszelkich zapisów wymaganych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, jak również jej zgodność ze stanowionym w kraju prawem, daje zwiększone bezpieczeństwo prawne całemu przedsięwzięciu.

**Wsparcie i promocja.** Standaryzacja jest instrumentem promocji partnerstwa publiczno-prywatnego i wskazując na sposób realizacji zadania poprzez wzorzec umowy obniża bariery w zrozumieniu i wdrożeniu przedsięwzięć wykonywanych w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego. Standaryzacja pomaga sektorowi publicznemu w szybkim tempie nabyć koniecznych kompetencji w przygotowaniu i negocjowaniu umów.

## **Niebezpieczeństwa związane ze standaryzacją umów**

**Wsparcie instytucjonalne.** Standaryzacja nie może funkcjonować sprawnie bez wsparcia udzielanego poprzez wyspecjalizowane instytucje (państwowe lub prywatne), które zapewniają ciągły nadzór nad wzorcami i proponowanymi procedurami. Rozwój i ulepszanie są integralną częścią procesu standaryzacji. Nadzór nad jakością, sposobem wykorzystania wzorców i prawa własności intelektualnej zawartych w nich zapisów mogą być egzekwowane przez instytucję lub inny podmiot celowy powołany z myślą o wsparciu i promocji procesu rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego.

**Uzupełnianie wzorców.** Należy założyć, że praktycznie nie jest prawdopodobna sytuacja, w której zastosowanie wzorca pozwoli bez poprawek wynegocjować i podpisać umowę. Każdy wzorzec będzie przedmiotem zmian, wykreśleń, modyfikacji, uzupełnień, które mogą naruszyć jego logiczną spójność. Jednakże z drugiej strony każda ingerencja prawna w gotowe wzorce niesie w sobie ryzyko niespójności z innymi zapisami, jeżeli nie zachowano należytej dbałości przy dokonywaniu zmian w odniesieniach do nowych zapisów.

**Ograniczanie inicjatywy i rozwoju.** Przeciwnicy standaryzacji często wskazują, że prowadzi ona do zaniku myśli twórczej i inicjatywy

w poszukiwaniu lepszych, innowatorskich rozwiązań, skazując przedsięwzięcia na wzorcowe tryby postępowania. Stosowanie wzorców powinno być oparte o rekomendację, a nie o nakaz administracyjny.

**Biurokracja.** Zbyt posunięta drobiazgowość, wprowadzanie skomplikowanych procedur oraz dodatkowych nie zawsze uzasadnionych wymagań przez służby cywilne prowadzą proces standaryzacji do sytuacji, kiedy używanie i korzystanie ze wzorców łączy się dodatkowo z formalnymi wymaganiami i może być bardziej pracochłonne niż przygotowanie dokumentów bez pomocy standartowych opracowań.

## Doświadczenie międzynarodowe

Najbardziej rozwinięto standaryzację umów o partnerstwie publiczno-prywatnym w Wielkiej Brytanii gdzie zarówno instytucje wsparcia, jak i sam proces udostępniania wzorów umów został zapoczątkowany w końcu lat 90.

Ochrona zdrowia, edukacja, mieszkalnictwo gminne – to dziedziny, gdzie generowane są stosunkowo niewielkie w porównaniu z wydatkami sektora publicznego przychody, a więc sektory chronione, wymagające specjalnego wsparcia. Polityka rządu dąży do wsparcia tych sektorów i stworzenia warunków dla rozwoju partnerstwa poprzez wyposażenie podmiotów publicznych w kompletną technologię dla identyfikacji projektów, prowadzenia procesu przetargowego, wyboru partnera, sporządzania umów i wszelkiej dokumentacji towarzyszącej oraz oferowaniu usług doradczych wspierających proces (<http://www.p4s.org.uk/StandardDocuments.htm>).

Organizację instytucjonalnego wsparcia partnerstwa publiczno-prywatnego omówiono szerzej w rozdziale VII ilustrując przykładami.

Od 2000 roku miejscowy Departament, zajmujący się partnerstwem publiczno-prywatnym w Południowej Afryce, rozpoczął z pomocą Banku Światowego tworzenie wzorców dokumentów i umów, co pozwoliło na zawarcie 35 poważnych kontraktów PPP do roku 2003. Afryka Południowa rozwinęła instrumenty wsparcia w postaci National Roads Agency Limited, która z kolei wykreowała wzorcowe dokumenty. (<http://www.smi-online.co.uk/newsletters/article.asp?ref=1&is=381>).

Rząd Irlandii utworzył centralną jednostkę do spraw partnerstwa publiczno-prywatnego, której zadaniem jest prowadzić, koordynować i sterować procesami PPP. Utworzono równoległe jednostki odpowiedzialne za rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego i za rozwój tej formy wykonywania usług publicznych w następujących sektorach: ochrona środowiska, transport, edukacja i nauka. Centralna jednostka PPP jest odpowiedzialna za działalność w poszczególnych sektorach i podlega bezpośrednio Komitetowi na poziomie gabinetu premiera. Jednostka centralna odpowiada za koordynację działań i w tym celu zrzesza przedstawicieli organizacji pracowniczych, związków zawodowych, komitet ds. innowacji. Najbardziej widoczną sferą działalności jednostki centralnej jest stworzenie ram dla oceny i zarzą-

dzania projektami PPP, wypracowanie standardowych dokumentów kontraktowych (umów) oraz programu informacyjnego, podnoszącego świadomość na temat PPP wśród pracowników instytucji państwowych (<http://www.finance.gov.ie/viewdoc.asp?DocID=1250>).

Rząd Południowej Afryki (Departament Skarbu) we współpracy z Bankiem Światowym również stworzył dokumenty standaryzujące procedury w prowadzeniu przedsięwzięć typu partnerstwa publiczno-prywatnego.

Większość krajów członkowskich UE, które podjęły decyzję o powołaniu instytucji wspierającej partnerstwo publiczno-prywatne w planach działalności powołanego podmiotu rozpoczyna od wyboru najefektywniejszych instrumentów wsparcia. Wśród nich standaryzacja umów i innych dokumentów (szczególnie przetargowych) zajmuje ważne miejsce.



## **II. OMÓWIENIE PODSTAWOWYCH CECH I FUNKCJI UMOWY O PARTNERSTWIE PUBLICZNO- -PRYWATNYM Z UWZGLĘDNIENIEM PODSTAWOWYCH MODELI PRAWNYCH I ICH ZASTOSOWANIA W WARUNKACH KRAJOWYCH**

### **Wprowadzenie**

Należy spodziewać się, że podobnie jak w innych krajach, również w Polsce nastąpi rozwój różnorodnych form realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego w oparciu o istniejące podstawy prawne, występujące w polskim systemie legislacyjnym.

Już obecnie partnerstwo publiczno-prywatne może być realizowane na podstawie kilku różnych aktów prawnych, obowiązujących w Polsce. W postaci koncesji na roboty budowlane sankcjonowane jest ustawą prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. W rozdziale nr 4 pt: „Udzielanie i wykonywanie koncesji na roboty budowlane”.

W postaci koncesji na budowę i eksploatację lub eksploatację dróg płatnych na podstawie ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych.

W postaci kontraktu wieloletniego na świadczenie usług dostawy wody i odbioru ścieków oraz obsługi infrastruktury sieciowej na podstawie ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków.

W postaci wieloletnich kontraktów na usługi najmu przestrzeni biurowej, mieszkaniowej na podstawie ustawy o gospodarce nieruchomościami z dnia 21 sierpnia 1997 roku oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2004 roku w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości.

Wreszcie na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 28 lipca 2005 roku.

Za punkt wyjścia należy przyjąć stwierdzenie, że partnerstwo publiczno-prywatne w Polsce istnieje od wielu lat w różnych sektorach gospodarki.

## Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Wraz z wprowadzeniem ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz regulacjami wzorowanymi na wymaganiach istniejących w innych krajach koncepcja i terminologia zyskały nowy sposób realizacji w sferze prawa polskiego.

Konstrukcja prawna partnerstwa w kontekście innych aktów prawnych (np. ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym) jest w istocie prywatyzacją wykonawstwa, a nie prywatyzacją kompetencji. Odpowiedzialność prawna za wykonanie usługi publicznej pozostaje w kompetencji sektora publicznego, a jedynie wykonawstwo jest domeną sektora prywatnego.

Pomimo uregulowań szczegółowych, jakie zawiera ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, na tle innych ustaw branżowych, (regulujących między innymi zawieranie umów koncesyjnych, które są odmianą partnerstwa) można stwierdzić, że w dziedzinie partnerstwa publiczno-prywatnego jest to ustawa ogólna, która w sposób kompleksowy ujmuje procesy i wymagania ustawodawcy w stosunku do szczególnego trybu zamówienia publicznego jakim jest partnerstwo publiczno-prywatne.

Należy odnotować, że pomimo licznych zmian jakie wprowadzono ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym do innych aktów prawnych (Rozdział 5 „Zmiany w przepisach obowiązujących”), nie występują wzajemne relacje pomiędzy ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym a innymi aktami prawnymi, sankcjonującymi alternatywny tryb wdrażania przedsięwzięć typu ppp, które ograniczałyby lub nakazywały stosowanie procedur lub definicji, występujących w ustawie.

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie wyróżnia innych istniejących podstaw prawnych dla wdrażania branżowych przedsięwzięć ppp, a również nie odnosi się do nich.

Ze względu na wyżej opisany stan prawny, standaryzacja umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym będzie odnosiła się wyłącznie do treści umów zawartych przy tworzeniu przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 28 lipca 2005 r.

## Kontekst prawny tworzenia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w Polsce

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym definiuje umowę jako warunek zaistnienia partnerstwa i opiera jego działanie na istnieniu umowy (Art.1. ust. 2.). Jest to konstrukcja administracyjno-prawna, prowadząca w swoim wykonaniu do oparcia działania władzy ustawodawczej na mechanizmach umownych.

Zgodnie z zapisami zawartymi w ustawie, a szczególnie w rozdziale 4, Art. 18 można stwierdzić, że umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest umową nazwaną, ponieważ sposób jej zdefiniowania jest na tyle szczegółowy, że można dołączyć umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym do innych umów nazwanych, występujących w kodeksie cywilnym.

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest zdefiniowanym produktem legislacyjnym.

Prawdziwe będzie również stwierdzenie, że partnerstwo publiczno-prywatne konsumuje się w formie umowy o ppp, a często, nie tylko w formie umowy, ale pod postacią spółki celowej.

Zapisy zawarte w Art. 18 ustawy definiują umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym jako produkt legislacyjny, jednakże ustawodawca nie posunął się do prób nazwania i zawarcia wśród definiowanych pojęć form partnerstwa publiczno-prywatnego, jakie mogą występować. Daje to podmiotom korzystającym z ustawy wolną rękę w wyborze formuły partnerstwa.

W związku z powyższym przygotowywane wzorce umów nie mogą w żadnym stopniu ograniczać tej wolności poprzez wskazywanie na preferowaną formułę w sposób nakazowy. Prowadziłoby to do zawężenia interpretacji ustawy.

Istotne jest, aby pomimo istnienia wzorców strony miały możliwość regulowania sposobu w jaki ułożą istotę stosunku prawnego pomiędzy sobą.

Ustawa nie wspomina, jaka ma być treść tych relacji, więc wzorzec nie powinien posuwać się do ukazywania rozwiązań szczegółowych z wyjątkiem ilustracji przykładowej.

## **Ramy prawne dla umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jako element oceny inwestora**

Ramy prawne, istniejące w kraju, określają stopień prawomocności ustawodawcy w zakresie opracowania i realizacji przedsięwzięć. W warunkach polskich stopień uregulowania można określić jako szczegółowy. Stopień szczegółowości i zakres obligatoryjnych ram prawnych są bardzo zróżnicowane w poszczególnych krajach, w związku z czym trudno jednoznacznie określić czy nadmierna szczegółowość stanowionego prawa jest sama w sobie barierą.

Wprawdzie elementy wsparcia i promocji partnerstwa publiczno-prywatnego, jakie wdraża rząd skierowane są przede wszystkim do instytucji sektora publicznego, nie wolno zapominać o tym, że podlegają one ocenie sektora prywatnego, jako przejaw troski lub też jako nadmierna ingerencja w zagadnienia uważane za rynkowe. Tworzenie ram prawnych oraz pozostała działalność rządu powinna przekonać inwestorów prywatnych oraz instytucje finansowe, o tym że rząd jest zdecydowanie zaangażowany

we wspieranie partnerstwa publiczno- prywatnego. Informacja o podejmowanych działaniach powinna być upowszechniana w celu przybliżenia zagadnienia opinii społecznej i pozyskanie publicznej aprobaty dla dalszych działań.

Z punktu widzenia sektora prywatnego atrakcyjność przedsięwzięć partnerstwa publiczno- prywatnego jest uzależniona od sposobu, w jaki rząd traktuje kluczowe zagadnienia prawne, wśród których należy wymienić takie jak: własność prywatna, przestrzeganie umów, sposoby zabezpieczeń, podatki, rozstrzyganie sporów.

Nieodpowiednie ramy prawne mogą naruszyć moc wiążącą oraz efektywność umów kooperacyjnych składających się na strukturę przedsięwzięcia partnerstwa publiczno- prywatnego. Dostosowanie przepisów ma pozytywny wpływ na tak zwane „ryzyko kraju”, które jest integralnym elementem oceny przedsięwzięcia, specjalnie wśród inwestorów zagranicznych.

Przepisy i regulacje prawne są wynikiem systemu prawnego, tradycji, kultury prawnej oraz, co szczególnie istotne, strategii przyjętej przez rząd wobec współpracy z sektorem prywatnym w poszczególnych sektorach gospodarki.

Podobnie jak w innych krajach w Polsce podjęto już szereg decyzji o tym czy:

- wprowadzać specjalne akty prawne dotyczące partnerstwa publiczno- prywatnego czy też zmienić akty istniejące?
- jakie warunki powinny zostać narzucone w trybie ustawowym, a jakie pozostawione do negocjacji stronom umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym?
- czy nadzór ze strony rządu powinien zostać wprowadzony w życie za pomocą aktów ustawodawczych, wykonawczych czy wytycznych administracyjnych oraz wskazówkach należących do tzw. „miękkiego prawa” (ang. soft law).

## **Kontrola i wsparcie partnerstwa publiczno- prywatnego – delegacja kompetencji**

Rząd w Polsce odpowiada za tzw. nadzór wykonawczy nad wszelkimi usługami publicznymi świadczonymi tak przez podmioty publiczne, jak i prywatne. W tym celu rząd wyznacza poszczególne ministerstwa, agencje rządowe lub też władze lokalne, które zostały ustawowo upoważnione do brania udziału w realizacji przedsięwzięć. Zwykle takie nominowanie instytucji rządowych łączy się z uchwaleniem aktów normatywnych określających zakres odpowiedzialności poszczególnych instytucji i agencji rządowych za sprawy związane z kontrolą i wspieraniem partnerstwa publiczno- prywatnego.

W wypadku Polski ustawa o partnerstwie publiczno- prywatnym zawiera zapisy, określające kompetencje (Art. 11, Art. 12, Art. 20, Art. 28)

powołanych ministerstw w opracowaniu i realizacji przedsięwzięć partnerstwa publiczno- prywatnego. Odnosi się to również do wydawania zezwoleń (Art. 12 ust.1), zbierania informacji o przedsięwzięciach (Art. 20 ust. 3) oraz, co szczególnie istotne w kontekście instrumentów wsparcia i promocji, opracowania i upowszechniania wzorów umów o partnerstwie publiczno- prywatnym (Art. 28 ust. 2).

Jasność w zakresie delegacji kompetencji i podziału odpowiedzialności za stanowione prawo jest bardzo istotnym czynnikiem decyzyjnym dla inwestorów.

Jak wykazuje praktyka zastosowanie istniejących przepisów prawa publicznego w kraju pozwala na organizowanie przedsięwzięć partnerstwa publiczno- prywatnego, chociaż zagadnienia prawno- administracyjne, podatkowe oraz z obszaru finansów publicznych stanowią często przeszkody w sprawnej organizacji przedsięwzięć i w osiągnięciu optymalnego rezultatu.

## **Zakres regulacji partnerstwa publiczno- prywatnego we wzorach umów**

Przepisy ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym wprowadzają definicje i wymogi w stosunku do umów partnerstwa publiczno- prywatnego, które definiują minimum zawartości umowy.

Zasadniczo wyróżnia się trzy podejścia do kwestii budowy wzorów umów o partnerstwie publiczno- prywatnym. Umowa może być sporządzona jako:

- „umowa otwarta” – zapewnia dużą elastyczność w formułowaniu przedsięwzięcia,
- „umowa ograniczona” – podstawowe warunki umowy określone są przepisami prawa,
- „umowa pośrednia” zawiera elementy obu poprzednich umów.

### *Umowa otwarta:*

Doświadczenie międzynarodowe wskazuje, że większość państw, która dopuściła udział sektora prywatnego w realizacji zadań publicznych, przyjęła koncepcję umowy otwartej (szczególnie w odniesieniu zadań z udziałem infrastruktury).

Formuła umowy otwartej umożliwia desygnowanym urzędnikom państwowym, agencjom rządowym oraz władzom samorządowym zawarcie w umowie wszelkich istotnych warunków przedsięwzięcia. Szerokie uprawnienia władzy, jakie daje umowa otwarta ograniczone są jedynie przepisami prawa powszechnego danego kraju oraz wytycznymi strategii narodowej w stosunku do partnerstwa publiczno- prywatnego.

Umowa otwarta daje największą elastyczność, umożliwia dostosowanie struktury przedsięwzięcia do specyficznych wymagań poszczególnych sektorów gospodarki i jest odpowiednia do każdego przedsięwzię-

cia. Posiada jednak (jako wzorzec) tę wadę, że jej sporządzenie jest czasochłonne, ponieważ nie ma oparcia w konkretnych przepisach, co również prowadzi do bardzo szczegółowego traktowania wielu zagadnień prawnych.

Stosowanie umowy otwartej wymaga użycia wysokiej klasy ekspertyzy prawnej.

#### *Umowa ograniczona:*

W krajach, gdzie organ ustawodawczy określa dość szczegółowo ramy prawne, zastosowanie umowy ograniczonej jest najbardziej celowe. Takie podejście jest rozpowszechnione na gruncie prawa większości krajów europejskich, a szczególnie tam, gdzie organ ustawodawczy określa ramy prawne wraz z przepisami pomocniczymi.

Zwykle przepisy prawne określają podstawowe warunki umowy regulujące eksploatację, utrzymanie, zagadnienia dotyczące ochrony środowiska, warunki płatności, ograniczenia dotyczące publicznej pomocy finansowej, obowiązki ubezpieczeniowe, oraz wymagania i normy branżowe, których przestrzeganie jest usankcjonowane prawem.

Wprawdzie w ramach umowy ograniczonej istnieje swoboda przystosowania istotnych warunków umowy do specyficznych wymagań danego przedsięwzięcia, to jednak musi mieścić się w granicach jednolitych ram prawnych dla umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Umowa ograniczona pozwala podmiotowi publicznemu sprawować ścisłą kontrolę nad rozwojem infrastruktury oraz nad bezpieczeństwem interesu publicznego w ramach przyjętej strategii współpracy z sektorem prywatnym.

Umowa ograniczona jest tańsza, jeżeli chodzi o koszt obsługi prawnej oraz może zapewnić silniejszą pozycję przetargową w procesie negocjacji z sektorem prywatnym, zabezpieczając tym samym interes publiczny.

Z drugiej strony brak elastycznej pozycji negocjacyjnej utrudnia dostosowanie warunków umowy ograniczonej do poszczególnych zadań w obrębie różnych typów usług publicznych i towarzyszącej im infrastruktury.

#### *Umowa pośrednia:*

Prezentuje sobą całą gamę rozwiązań pośrednich, wynikających z istnienia przepisów szczegółowych zawartych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym lub w szczegółowych rozporządzeniach wykonawczych oraz innych podobnych aktach prawnych przyjętych przez rząd.

Umowa pośrednia zostawia stronom dużą swobodę działania w określaniu warunków, na jakich będzie odbywać się dane przedsięwzięcie. Tego typu umowy pośrednie, będące rozwiązaniem hybrydowym pomiędzy dwoma poprzednimi podejściami, pozwalają podmiotowi publicznemu skutecznie reagować na potrzeby konkretnej transakcji

i dostosowywać do warunków przedsięwzięcia. Ryzyko stosowania rozwiązań pośrednich zamyka się w nierównym traktowaniu inwestorów poprzez stosowanie alternatywnych rozwiązań dla podobnych przedsięwzięć.

Decyzja o tym, czy wypracowany wzorzec standardowej umowy będzie reprezentował umowę ograniczoną czy też umowę pośrednią może zapaść dopiero podczas weryfikacji wzorca dla konkretnego celu, czyli sporządzenia umowy dla przedsięwzięcia. Im szerszy zakres przydatności zapisów sporządzonych we wzorcu, które oparte są o przepisy prawa lub też nimi wprost usankcjonowane, a które zostaną wykorzystane do przygotowania umowy, tym większe prawdopodobieństwo, że mamy do czynienia z umową ograniczoną.

Dla celów metodyki przyjęto, że pierwszy wzorzec umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym będzie reprezentował typ umowy ograniczonej.

## **Standaryzacja umów – ustalenie wzoru podstawowego**

Artykuł 28 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest przejawem strategii legislacyjnej rządu, polegającej na przygotowaniu modeli lub standardowych umów o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ustawa nie precyzuje czy modele te powinny zostać sporządzone dla poszczególnych sektorów gospodarki i usług publicznych, czy też powinny odzwierciedlać różne typy partnerstwa publiczno-prywatnego.

Zaistniała sytuacja skłania do refleksji i poszukiwania podstawowego denominatora, który na początkowym etapie tworzenia standaryzacji wyznaczy dalsze kierunki prac, stanowiąc równocześnie solidną i użyteczną bazę zarówno dla użytkowników, jak i dalszych prac rządu.

W założeniu powinno znaleźć się ustalenie, które z warunków umowy określa prawo, jakie warunki określają normy branżowe oraz jakie warunki z umowy standardowej muszą zostać użyte w zawieranych umowach, a jakie pozostawione do negocjacji. Takie ustalenie nie jest proste do przeprowadzenia na ogólnym wzorcu umowy, jednakże wymogi znajdujące się w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym umożliwią częściowo poczynić takie ustalenia.

Założenie, że można określić kształt umowy w izolacji od procesu dochodzenia do jej zawartości i uwarunkowań w procesie wspartych analizami negocjacji, również niesie w sobie pewne ryzyko, jednakże przegląd dostępnych autorowi umów i materiałów dotyczących przygotowania umów, pozwala stwierdzić, że w ramach wariantu wzorca podstawowego można wyróżnić zagadnienia, które muszą zostać rozważone w prawie każdej umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

## Wybór formuły – umowa wzorcowa

Uważa się za celowe zbudowanie wzorca, który w sposób jak najpełniejszy daje przegląd zagadnień, jakie muszą znaleźć się w treści umowy. Umowa wzorcowa powinna dotyczyć transakcji, w ramach której odbędzie się wybudowanie infrastruktury (czyli wystąpi składnik majątkowy), zawierającej wymóg wieloletniej eksploatacji, kończącej się przekazaniem składnika majątkowego wraz z prawami nabytymi stronie publicznej.

Taką formę spełniają umowy typu: BOOT, BOT, BLT, BRT, BTO, MOT oraz inne umowy typu koncesji, będące wariantami BOT.

Charakterystyka składowych każdego z powyższych trybów wdrożenia partnerstwa, co ma implikacje w zawartości umów, podana jest w prezentacji: **Aneks Nr 2**.

Spośród wymienionych typów umów najczęściej stosowaną formą jest umowa typu BOT (ang. Build, Operate, Transfer lub stosowane zamiennie: Build, Own, Transfer), czyli: buduj, eksploatuj, przekaz lub zamiennie: buduj, posiadaj, przekaz.

Dokonując analizy przydatności alternatywnych form partnerstwa publiczno-prywatnego, które spełniają warunki podstawowe, jedynie BOOT (ang. Build, Own, Operate, Transfer), buduj, posiadaj, eksploatuj, przekaz, spełnia warunki brzegowe. Jest to jednak forma pochodna od BOT.

Ze względu na fakt, że przedstawiony wzorzec jest pierwszym tego typu dokumentem przygotowywanym w kraju, nie jest branżowo ukierunkowany i nie posiada cech specyficznie orientujących go na dany typ przedsięwzięcia. Wzorzec ten nie będzie więc substytutem, zastępującym kompleksowe rozwinięcie problematyki partnerstwa publiczno-prywatnego w każdym z resortów wprowadzających na rynek swoje wzorce branżowe. Zachodzi więc potrzeba przygotowania wzorców odpowiednich dla poszczególnych typów przedsięwzięć na podstawie przedstawionego pierwszego wzorca umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

## Podstawowe cechy i funkcje formuły BOT partnerstwa publiczno-prywatnego

Od początku lat 90. forma BOT (buduj, eksploatuj, przekaz) odgrywa bardzo znaczącą rolę w realizacji przedsięwzięć infrastrukturalnych i przemysłowych w szerokim zakresie branżowym na całym świecie. Takie zapotrzebowanie zarejestrowała organizacja ONZ, UNIDO, (United Nations Industrial Development Organisation), wspierając szczególnie kraje rozwijające się w realizacji przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego w formule BOT. Formuła ta umożliwia realizację interesów publicznych przy równoczesnej stymulacji inwestowania przez sektor prywatny.



Formuła BOT została wykorzystana z powodzeniem w celu zaspokojenia programów rozwoju w wielu krajach. BOT jest modelem podstawowym, na bazie którego można konstruować podejścia pochodne i uzupełniające w zależności od potrzeb kontraktowych.

Poza tym należy wskazać, że BOT jako koncepcja od XIX wieku jest domeną sektora publicznego, a określony tą koncepcją model finansowania wykorzystuje kapitał prywatny do finansowania rozwoju infrastruktury, jak również usług publicznych wykonywanych przy użyciu w ten sposób sfinansowanej infrastruktury.

Bardzo istotną cechą transakcji partnerstwa publiczno-prywatnego zawartych w formule BOT jest tzw. „project finance”, model finansowy oparty na aktywach, które będą generowane przez strumień przychodów, zasilający przedsięwzięcie w wyniku jego działalności. W modelu „project finance” mniejszą rolę niż w tradycyjnym finansowaniu, odgrywa kapitał własny inwestora czy też formy zabezpieczenia gwarancyjnego ze strony podmiotu publicznego.

Przedsięwzięcia BOT polegają na przekazaniu podmiotowi prywatnemu na zasadzie umowy wieloletniej (nazywanej też koncesją) zadania budowy i eksploatacji obiektu. BOT może być stosowane wszędzie tam, gdzie sektor publiczny poszukuje dla wykonania zadań własnych finansowania i obsługi ze strony partnera prywatnego.

Wśród przedsięwzięć wdrażanych w formule BOT znajdują się: drogi płatne, porty lotnicze, elektrownie, zakłady wodno-kanalizacyjne, jak również projekty mniejsze o znaczeniu regionalnym lub gminnym, jak szkoły, ośrodki zdrowia, budynki użyteczności publicznej.

Wprawdzie akronim BOT nie zawiera w swojej nazwie litery D (ang. Design) zaprojektuj, jednakże jest ogólnie przyjęte, że to partner prywatny odpowiada za zaprojektowanie infrastruktury, którą potem będzie eksploatował. Dostarczenie projektu przez partnera publicznego zwiększyłoby ryzyko przedsięwzięcia i pozbawiło partnera prywatnego możliwości użycia swojej technologii, doświadczenia i realizowania oszczędności przez stosowanie innowacji.

Okres, na jaki zawierana jest umowa BOT, uzależniony jest zwykle od czasu niezbędnego dla spłaty zobowiązań kredytowych z przychodu generowanego przez działalność gospodarczą przedsięwzięcia oraz zapewnienia założonej stopy zwrotu za poniesione ryzyko i wykonywaną działalność.

Z drugiej strony w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego wdrażanego w formie BOT, podmiot publiczny jest inicjatorem i decyduje o zakresie, potrzebach, wymaga, aby projekt, wykonanie i eksploatacja i utrzymanie obiektu były zgodne z celami polityki państwa czy samorządu. Również wybór prywatnego inwestora odbywa się według procedury przetargowej zatwierdzonej przez podmiot publiczny.

## **Omówienie podstawowych cech i funkcji umowy o partnerstwie publiczno-privatnym**

Podobnie jak w pozostałych formach partnerstwa publiczno-privatnego, tak i w formule BOT centralnym elementem i podstawą przedsięwzięcia jest umowa, regulująca prawa i obowiązki partnera prywatnego (często w postaci spółki celowej) oraz podmiotu publicznego w zakresie realizacji i dostarczania usług publicznych zwanych też eksploatacją przedsięwzięcia.

Obowiązki stron zawarte w umowie są zgodne z zapisem Art. 2 ust. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym z 28 lipca 2005 roku.

Z umowy wynika prawo i obowiązki w zakresie finansowania, projektowania, budowy i użytkowania infrastruktury w określonym umową czasie.

Zasadniczą cechą wyróżniającą umowy o partnerstwie publiczno-privatnym od innych umów cywilno-prawnych jest występujący w nich podział ryzyka, wynikającego z przedsięwzięcia, pomiędzy strony umowy. Zagadnienie ryzyka jest na tyle istotne, że wymaga zdefiniowania w stanowionym prawie, co być może przyniesie planowana nowelizacja ustawy.

Obecna ustawa obliuguje strony do wskazania podziału ryzyka związanego z realizacją przedsięwzięcia (Art. 18. ust 10), a rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-privatnego definiuje 17 kategorii ryzyka, które powinno być przedmiotem analizy przedsięwzięcia i którego podział musi zostać jasno określony w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym.

Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym jest umową centralną w stosunku do wszelkich innych dokumentów o charakterze kontraktowym, które będą subsydiarne w stosunku do umowy o partnerstwie publiczno-privatnym. Wśród takich umów można wyróżnić umowy na zaprojektowanie, umowy na wykonawstwo, umowy na dostawy materiałów i usług, umowy kooperacyjne, umowy dot. transferu technologii, umowy o utrzymanie ze spółką eksploatacyjną oraz wiele innych umów kontraktowych zapewniających funkcjonowanie przedsięwzięcia.

W warunkach polskich umowa o partnerstwie publiczno-privatnym zawierać będzie informacje wskazane w ustawie o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 28 lipca 2005 r. Rozdział 4 Art. 18 i Art. 19.

Powyższe komentarze i uwagi w pełni odnoszą się do proponowanej formuły BOT jako wzorca umowy o partnerstwie publiczno-privatnym w Polsce.

### **Podsumowanie**

Przedstawiona Formuła BOT oraz wynikająca z takiej formuły umowa stanowi partnerstwo publiczno-privatne w rozumieniu ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 28 lipca 2005 r. Art. 1 ust. 2.

### **III. UWAGI METODOLOGICZNE, DOTYCZĄCE SPOSOBU SPORZĄDZANIA UMÓW PPP**

#### **Uwagi wstępne**

Od 1990 r. w prawie polskim obowiązuje, wywodząca się z prawa rzymskiego, zasada swobody umów, wyrażona w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego: *strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

Oznacza to, że co do zasady strony mogą w ramach swobody umów, nie przekraczając pewnych granic, umówić się o wszystko, co prawo uznaje za podlegające jego uregulowaniom.

Umowy w polskim prawie cywilnym reguluje prawo zobowiązań, którego zasady zawarte są w księdze trzeciej kodeksu cywilnego. Księga ta zawiera zarówno przepisy regulujące kwestie wspólne dla wszystkich umów – związane z ich zawarciem, ważnością, wykonywaniem itp. – jak i przepisy regulujące konkretne typy umów, najczęściej spotykane w obrocie prawnym. Oprócz umów regulowanych przez prawo zobowiązań jest również kilka typów umów regulowanych przez inne podgałęzie prawa cywilnego. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym (jeżeli wykonywana jest na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 28 lipca 2005 r.) regulowana jest przepisami tej ustawy.

#### **Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym**

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest umową wzajemną, w której świadczenie jednej ze stron odpowiada świadczeniu drugiej strony (niekoniecznie będąc jego ekwiwalentem).

Wprawdzie na gruncie kodeksu cywilnego umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest umową nie nazwaną (nie sklasyfikowaną wśród umów nazwanych wymienionych w kodeksie cywilnym), to jednak jej poszczególne elementy mogą uchodzić za uregulowane w kodeksie cywilnym. W umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym występują (lub mogą występować) elementy stanowiące następujące nazwane umowy: sprzedaży, zamiany, dostawy, kontraktacji, o roboty budowlane, najmu,

leasingu, użyczenia, pożyczki, rachunku bankowego, agencyjna, przewozu, ubezpieczenia, spółki, poręczenia.

Niezależnie od powyższych uwarunkowań ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 28 lipca 2005 roku prawdopodobnie wprowadza wymagania w stosunku do umów o partnerstwie publiczno-privatnym zawieranych na bazie tej ustawy, które być może stwarzają warunki prawne określające umowę o partnerstwie publiczno-privatnym jako umowę nazwaną. Z powodu braku odpowiedniej analizy prawnej trudno obecnie stwierdzić czy umowa o partnerstwie publiczno-privatnym nadal mogłaby być uznana za umowę nie nazwaną.

Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym jest sporządzana przez podmiot publiczny.

Projekt lub propozycja umowy o partnerstwie publiczno-privatnym jest zwykle integralną częścią dokumentacji przetargowej. Jeżeli na etapie ogłoszenia przetargu projekt umowy nie jest gotowy, to przynajmniej podstawowe postanowienia przyszłej umowy powinny zostać określone w materiałach przetargowych.

Określenia, wymagania i zakres zadania publicznego opisany w ogłoszeniu zamówienia publicznego musi być odzwierciedlony w postanowieniach przyszłej umowy i usankcjonowany.

Standaryzacja umowy o partnerstwie publiczno-privatnym pozwala na wcześniejsze włączenie umowy do dokumentów przetargowych i prowadzenie negocjacji przy pomocy wzorca umowy.

Adresatami umowy są w początkowej fazie przygotowania projektu potencjalni oferenci, a następnie wybrany podmiot celowy (spółka specjalnego przeznaczenia), reprezentujący partnera prywatnego, który najczęściej będzie posiadał strukturę konsorcjum.

W okresie realizacji przedsięwzięcia adresatami umowy są osoby powołane do sprawowania funkcji kontrolnych i monitoringowych ze strony partnera prywatnego i podmiotu publicznego.

Sporządzenie umowy o partnerstwie publiczno-privatnym powinno być poprzedzone przygotowaniem indywidualnego wzorca struktury takiej umowy. Pozwala to delegować obowiązki oraz kontrolować spójność pomiędzy kolejnymi rozdziałami poprzez wczesne wprowadzenie słownika pojęć, głównych definicji, nazw i określeń standardowo występujących w różnych częściach umowy.

Ujednoczenie pojęć jest istotnym elementem dobrze sporządzonej umowy, a jednocześnie jest łatwe do przeoczenia przy nieodpowiedniej organizacji pracy i niedostatecznej koordynacji wysiłków.

## **Formułowanie postanowień**

Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym jest dokumentem, którego postanowienia są weryfikowane i oceniane przez instytucję finansu-

jąca. Oprócz precyzji sformułowań prawnych, wszelkie oceny oraz postanowienia, których rezultaty da się zmierzyć, powinny być określone precyzyjnie i poddawać się kwantyfikacji.

W rozumieniu tego wymogu pomocna będzie definicja ryzyka, proponowana przez Ministerstwo Finansów:

„Ryzyko – prawdopodobieństwo wystąpienia wyniku mniejszego niż oczekiwany na skutek zdarzeń nieprzewidzianych, wyliczone w pieniądzu i wymagające pokrycia finansowego”.

Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym poza innymi celami jakim służy jest również dokumentem „bankowym” (ang: bankable) w tym sensie, że musi spełniać kryteria narzucone przez instytucję finansową. Szczególnie istotne są tutaj zabezpieczenia przed ryzykiem.

Z natury rzeczy, adresaci umowy nie są zawężeni do grona osób posiadających kwalifikacje prawne. Umowa powinna być napisana językiem jasnym i używać precyzyjnych sformułowań, aby jej treść była rozumiana przez osoby, które będą kontynuować działalność przedsięwzięcia za 10–15 lat, które nie uczestniczyły w organizacji i przygotowaniu przedsięwzięcia.

Wszelkie ustawy i inne akty prawne przywoływane w umowie powinny znaleźć się w charakterze załączników czy też aneksów, ponieważ istnieje poważne ryzyko, że w przyszłości otrzymają inne brzmienie, a dotarcie do tekstu źródłowego może być utrudnione.

## **Zakres umowy**

Połączony z parametrem wartości wyrażonej w walucie, zakres umowy jest czynnikiem bezpośrednio wpływającym na zawartość i stopień kompleksowości umowy.

Czynnikami warunkującymi zakres mogą być: ilość obiektów czy składników inwestycji, ilość występujących pomiędzy nimi powiązań i zależności, występowanie umów międzynarodowych w sferze finansowania, dostaw materiałów i usług oraz transfer technologii.

## **Własność umowy**

Proponowany wzorzec umowy będzie stanowił własność sektora publicznego i zgodnie z postanowieniem umowy z dnia 28 lipca 2005 roku Art. 28. Minister właściwy do spraw gospodarki będzie odpowiedzialny za wprowadzanie zmian, ulepszanie i ustalanie obowiązującego wzorca umowy o partnerstwie publiczno-privatnym.

## **Stopień samowystarczalności umowy**

W zagadnieniach regulowanych umową, gdzie istniejący w kraju system prawny zapewnia wsparcie, poprzez definicje i tryby postępowania,

umowa powinna korzystać z istniejącego stanu prawnego wszędzie tam, gdzie istniejące rozwiązania prawne zapewniają oparcie.

Przypadki, gdzie istniejące rozwiązania prawne są niewystarczające lub też oferują interpretacje, które zdaniem stron mogą prowadzić do zwiększenia ryzyka, umowa zawiera zapisy, które nie mogą być sprzeczne z literą stanowionego prawa, ale mogą je uzupełniać, rozszerzać poprzez porozumienia zawarte przez strony umowy.

Obszerność umowy jest zwykle wynikiem zwiększonego stopnia jej samowystarczalności, co w opinii wielu kancelarii prawnych prowadzi do zmniejszenia ryzyka. Powoływanie się na akty prawne użyte jako podstawy pewnych rozstrzygnięć w przyszłości, faktycznie może być obciążone ryzykiem.

## **Struktura umowy – synteza**

Mimo że nie istnieje jeden uniwersalny wzorzec umowy, to można wyodrębnić pewne grupy elementów, które pojawią się we wszystkich kontraktach oraz ogólne regularności, polegające na tym, że każda umowa poza postanowieniami ogólnymi odnosi się do chronologicznie następujących po sobie zdarzeń związanych z cyklem życia przedsięwzięcia, opisując postanowienia dotyczące każdego z etapów od fazy projektowej i tworzenia poprzez rozwijanie działalności przedsięwzięcia, etap eksploatacji aż do momentu przekazania.

Główne i powszechnie stosowane części umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym zostały wskazane poniżej.

Rozdział Nr 1. Identyfikacja stron umowy;

Rozdział Nr 2. Określenie podstawowych zasad koncepcji umowy;

Rozdział Nr 3. Kolejne etapy przedsięwzięcia opisane zgodnie z chronologią ich następowania. Ten rozdział zawiera zwykle prawa i obowiązki stron właściwe i specyficzne dla poszczególnych etapów.

Rozdział Nr 4. Ogólne obowiązki i prawa stron, odnoszące się do wszystkich etapów przedsięwzięcia. Znajdą się tutaj zapisy dot. przestrzegania prawa, wymogi administracyjne, sprawozdawczość, ochrona środowiska, zabezpieczenia dla kredytodawców i podobne.

Rozdział Nr 5. Zawiera zapisy dotyczące konsekwencji odchyłeń czy też niewypełnienia przez strony swoich wzajemnych obligacji oraz opisuje sytuacje hipotetyczne – głównie ryzyka – proponując rozwiązania prawno-finansowe w wypadku ich wystąpienia.

Rozdział ten może zawierać również zapisy dot. cesji umowy, metod rozstrzygnięcia sporów oraz postanowienia końcowe.

W spisie nagłówków i ich objaśnieniach powyższe pozycje zostały potraktowane w sposób bardziej szczegółowy.

## **Dokumenty towarzyszące**

Standaryzacja umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest jednym z elementów większej całości, która w postaci kompleksowej koncepcji wdrażania partnerstwa publiczno-prywatnego zostanie opracowana przez właściwe ministerstwo dla sprawnego funkcjonowania instytucji partnerstw w Polsce.

Wprawdzie na dzisiaj nie ma takiego wymogu prawnego, jednakże biorąc pod uwagę doświadczenie krajów, w których tryb partnerstwa publiczno-prywatnego rozpowszechnił się, konieczna jest kompleksowa standaryzacja dokumentacji, w której skład wchodzi, akty prawne, moduły, wskazówki i podręczniki.

Przykładowo:

- Moduł 1: Ustawa o partnerstwie publiczno prywatnym;
- Moduł 2: Rozporządzenia wykonawcze do ustawy;
- Moduł 3: Wskazówki dotyczące przygotowania projektu;
- Moduł 4: Studium wykonalności – podręcznik;
- Moduł 5: PPP przygotowanie procedury przetargowej;
- Moduł 6: Wzorzec umowy;
- Moduł 7: Zarządzanie umową;
- Moduł 8: Księgowość w PPP;
- Moduł 9: Kod postępowania w PPP;
- Moduł 10: Audyt i monitorowanie przedsięwzięcia PPP.

## **Program pilotażowy**

Przyjęcie założenia, że inicjatywa rynku jest czynnikiem wystarczającym do podjęcia tematu partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce jest błędne. Ustawa z dnia 28 lipca 2006 r. informuje o możliwości zawierania umów, ale nie jest instrumentem promocji PPP jako trybu specjalnego zamówienia publicznego, z którego pomocą można rozwiązywać zadania w sferze usług publicznych. Ze względu na innowacyjność (w warunkach polskich) instrumentu, jakim jest partnerstwo, zachodzi potrzeba aktywnego udziału szeroko pojętego sektora publicznego w procesie promocji pierwszych przedsięwzięć, które napotkają na liczne bariery organizacyjno-prawne wynikające z braku doświadczenia i stosunkowo mało usystematyzowanej wiedzy sektora publicznego w praktycznym wdrażaniu przedsięwzięć.

Istniejący czynnik psychologiczny, wynikający z niepewności politycznej, możliwego konfliktu z innymi ustawami, czyni podjęcie tematyki partnerstwa zadaniem obciążonym dodatkowym ryzykiem. W sytuacji braku jasnej zachęty ze strony władzy publicznej, potencjalni zwolennicy

PPP obawiają się, że rząd wprowadzie zezwala na partnerstwo, ale równocześnie poprzez inne swoje instytucje „czyha na błędy, aby karać z całą surowością”. W obecnej sytuacji konieczne jest wsparcie kilku wzorcowych inicjatyw na szczeblu resortu oraz, o ile to możliwe, na szczeblu gmin, na przykład poprzez ogłoszenie konkursu.

Większość krajów, w których rozwinęło się partnerstwo publiczno-prywatne powołało lub jest w trakcie organizacji agencji rządowej o charakterze opiniodawczym lub opiniodawczo-nadzorczym.

Zorganizowanie projektów pilotażowych i przeprowadzenie ich pod nadzorem resortu właściwego w kilku wybranych sektorach pozwoliłoby na weryfikację wzorców, weryfikację spójności polskiego prawa (co wydaje się być ryzykiem zbyt wielkim dla sektora prywatnego i za środki prywatne) oraz udowodnienie jednostkom samorządu terytorialnego, że rząd faktycznie popiera partnerstwo publiczno-prywatne.

Stworzenie wiarygodnych referencji stanowi punkt odniesienia dla kolejnych przedsięwzięć PPP. W procesie dalszej standaryzacji oparcie się na doświadczeniu krajowym będzie konieczne, ale w wypadku niespójności naszego prawa również kosztowne. Koszt ten musi być kosztem publicznym do czasu upewnienia się, że ryzyko prawne jest ograniczone.

Metodyka i praktyczne doświadczenie wyniesione z realizacji projektów pilotażowych będą stanowiły solidną bazę oraz nadadzą kierunek dla rozwoju polskiego rynku PPP. Ustanowienie procedur postępowania stanowi bowiem wiarygodne źródło informacji tylko w wypadku, kiedy materiał zawarty w publikacjach jest zweryfikowany realnym doświadczeniem i stanowi pola dla spekulacji i tworzenia czarnego scenariusza.

Stworzenie projektów pilotażowych i ich realizacja pozwoli uczestnikom kolejnych przedsięwzięć ocenić, czy np. rozwiązania, mające znaleźć zastosowanie w ich projekcie odpowiadają standardowi rynkowemu pozytywnie zweryfikowanemu doświadczeniem.

Zorganizowanie projektów pilotażowych wymaga wsparcia instytucjonalnego oraz najpewniej finansowego ze strony Rządu. Metody organizacji oraz sposoby wsparcia mogą być przedmiotem osobnego projektu, którego rezultatem będzie ogłoszenie przetargowe kilku przygotowanych przedsięwzięć PPP. Inicjatorem partnerstwa publiczno-prywatnego jest podmiot publiczny. Inicjatywa na tym polu łączy się nie tylko z wydatkami, ale również ryzykiem prawnym i politycznym. Celem wsparcia byłaby znaczna redukcja takiego ryzyka, a jednocześnie zaproszenie do bieżącej współpracy instytucji kontroli, których późniejszy udział w procesie jest wiarygodną przyczyną niepodjęcia ryzyka przez samorządy.

Proponuje się rozważenie „warunków minimum” dla stworzenia możliwości i przygotowania oraz organizacji projektów pilotażowych najpóźniej w ramach wydatków z budżetu na rok 2008 r. Zorganizowanie takich projektów w roku 2007 wymagałoby poparcia sejmów oraz wyasygnowania środków.



# **IV. SPIS ROZDZIAŁÓW, JAKIE ZNAJDUJĄ SIĘ W TYPOWEJ UMOWIE ZAWIERANEJ POMIĘDZY PODMIOTEM PUBLICZNYM I PARTNEREM PRYWATNYM NA WYKONANIE USŁUGI PUBLICZNEJ**

## **Wprowadzenie**

Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym stanowi centralny punkt powiązań umownych w przedsięwzięciu. Na podstawie wymagań i określeń zawartych w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym sporządzane są i przygotowywane inne dokumenty wdrażające transakcję o charakterze umów i kontraktów, które razem tworzą nierozzerwalną strukturę kontraktową przedsięwzięcia.

Integracja i spójność pomiędzy postanowieniami poszczególnych umów są równie ważne, jak odzwierciedlenie w treści umów charakterystyki ekonomicznej przedsięwzięcia.

Ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 28 lipca 2005 roku oraz trzy rozporządzenia wykonawcze stanowią na dzień dzisiejszy ramy prawne, określające wymagania w stosunku do umowy o partnerstwie publiczno-privatnym. W redagowaniu treści poszczególnych rozdziałów wzorca umowy wzięto pod uwagę postanowienia ustawy i odwołano się do jej artykułów, które wprowadzają konkretne wymogi.

Należy jednak liczyć się z możliwością zawierania umów o partnerstwie publiczno-privatnym na bazie innych aktów prawa polskiego, gdzie wymagania dotyczące umowy będą wynikały z zapisów, jakie strony zdecydują się zawrzeć w umowie.

W obu wypadkach większość zapisów, których nagłówki wymieniono poniżej, powinna stanowić przedmiot rozważań i uzgodnień stron umowy.

Ze względu na zamierzenie osiągnięcia znacznego stopnia uniwersalności proponowanego wzorca dla prowadzenia przedsięwzięć partnerstwa publiczno-privatnego w Polsce, oprócz informacji dotyczącej podstawowych zobowiązań, zabezpieczenia ryzyk i wynagrodzenia, we wzorcu zawarto zapisy szczegółowe, jakie powinny znaleźć się w rozbu-

dowanej umowie na wykonywanie usług publicznych w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego.

## **Spis rozdziałów**

Dla ułatwienia poruszania się po treści przedstawionego materiału postanowiono podzielić opracowanie umowy wzorcowej na kilka części.

W części pierwszej umieszczono spis nazw rozdziałów bez komentarza.

W części drugiej powtórzono nazwy rozdziałów wraz z towarzyszącym im komentarzem oraz odwołaniami do polskich aktów prawnych.

W części trzeciej włączono pozostałe uwagi dotyczące poszczególnych rozdziałów.

## **Spis nazw – standardowe klauzule kontraktu**

Poniżej umieszczono szczegółowy spis tytułów klauzul dla typowej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w podziale na 11 rozdziałów (oznaczonych literami alfabetu od litery „A” do litery „K”).

Spis zawiera 109 pozycji i reprezentuje wzorzec rozbudowanej umowy.

Nie oznacza to jednakże, że w innych umowach nie mogą pojawić się inne, nie zawarte w prezentowanym wzorcu, zapisy. Również należy liczyć się z możliwością zaistnienia umów mniej rozbudowanych, gdzie niektóre z poniższych zapisów nie będą miały zastosowania.

### **Część A – Postanowienia ogólne**

1. Komparycja – Strony umowy
2. Komparycja – Preambuła
3. Definicje i interpretacja
4. Przedmiot umowy
5. Wejście w życie i czas trwania umowy
6. Warunki zawieszające
7. Pomoc ze strony podmiotu publicznego
8. Zapewnienia i oświadczenia
9. Dodatkowe gwarancje
10. Dokumenty projektu oraz kolizja postanowień
11. Podział odpowiedzialności

### **Część B – Składniki majątkowe**

1. Opis składników majątkowych
2. Tytuł prawny

3. Nabycie/przekazanie składników
4. Rekompensata za nieadekwatność
5. Miejsce inwestycji
6. Stan terenu
7. Uporządkowanie terenu

### **Część C: Faza inwestycyjna – Projekt, Budowa i Odbiór**

1. Program budowy/harmonogram
2. Przygotowanie projektu
3. Kryteria techniczne inwestycji
4. Dokumentacja inwestycyjna
5. Wybór przedstawicieli stron
6. Kryteria oceny projektu/Wymiana informacji w fazie projektowej
7. Zapewnienie bezpieczeństwa
8. Emisje w trakcie inwestycji
9. Roboty budowlane
10. Regulacje branżowe i normy
11. Pozwolenia
12. Tryb wyboru i zatwierdzenia wykonawców i podwykonawców
13. Warunki weryfikacji i zatwierdzenia projektu/robót
14. Dostawy urządzeń i materiałów
15. Normy jakości
16. Kontrola
17. Dokumenty podlegające kontroli
18. Zmiany w harmonogramie
19. Znajdźiska
20. Drogi dostępu, transportu, regulacja ruchu
21. Zarządzanie kryzysowe
22. Media
23. Transfer technologii
24. Zakończenie robót
25. Przekazanie do użytkowania
26. Opóźnienia w zakończeniu inwestycji
27. Wady

### **Część D: Eksploatacja i utrzymanie**

1. Warunki świadczenia usług
2. Eksploatacja obiektu
3. Konserwacje i remonty
4. Monitoring i kontrola świadczonych usług
5. Audyt procedur eksploatacji i konserwacji
6. Wymuszone zmiany eksploatacyjne
7. Harmonogram usług

8. Odstępstwa od standardu
9. Relacje z użytkownikami
10. Inne postanowienia dotyczące eksploatacji

### **Część E: Zobowiązania stron**

1. Przestrzeganie standardów
2. Zabezpieczenie wykonania zobowiązań
3. Przejęcie pracowników
4. Amortyzacja
5. Informacja i reklama
6. Zmiany w przedsięwzięciu
7. Kluczowe decyzje
8. Optymalizacja wydatków publicznych
9. Odpowiedzialność wobec osób trzecich
10. Umowy z osobami trzecimi oraz zmiany wykonawców
11. Wstąpienie w prawa i obowiązki partnera prywatnego
12. Ubezpieczenie
13. Ryzyko nieubezpieczone i nieubezpieczone

### **Część F: Finanse**

1. Finansowanie przedsięwzięcia
2. Wydatki partnerów
3. Wynagrodzenie partnera prywatnego
4. Regulacja opłat końcowych
5. Sposób pobierania opłat i rachunki bankowe
6. Zysk partnera prywatnego
7. Dywidenda
8. Struktura wynagrodzenia
9. Sprawozdanie finansowe

### **Część G: Kary finansowe**

1. Naliczanie kar i ich potrącanie
2. Zapobieganie powtarzającym się naruszeniom oraz powstaniu szkody
3. Przerwy w dostawie usług

### **Część H: Zmiany**

1. Zmiany zakresu przedsięwzięcia
2. Zmiany w prawie
3. Zmiany w treści umowy
4. Refinansowanie
5. Zmiany podmiotowe

### **Część I: Wygaśnięcie i rozwiązanie umowy**

1. Wygaśnięcie umowy
2. Rozwiązanie umowy
3. Szczególne przypadki rozwiązania umowy
4. Współpraca z następcą
5. Przedłużenie okresu wykonywania niektórych postanowień umowy

### **Część J: Przekazanie składnika majątkowego podmiotowi publicznemu**

1. Tryb przekazania
2. Zakres przekazania
3. Zwolnienie zabezpieczeń
4. Przejęcie pracowników

### **Część K: Pozostałe postanowienia**

1. Dostosowanie modelu finansowego
2. Podwykonawstwo
3. Własność intelektualna
4. Informacje poufne
5. Zakaz niezgodnionych wypowiedzi publicznych
6. Odsetki
7. Dane osobowe
8. Ograniczenie odpowiedzialności
9. Zbieg roszczeń
10. Całość umowy
11. Język i egzemplarze
12. Zawiadomienia
13. Częściowa nieważność
14. Rozwiązywanie sporów, prawo właściwe i jurysdykcja

## **V. OBJAŚNIENIA DOTYCZĄCE CELOWOŚCI POSZCZEGÓLNYCH ROZDZIAŁÓW**

### **Wprowadzenie**

W niniejszym rozdziale przedstawiony został opis 109 standardowych klauzul stosowanych w umowach o partnerstwie publiczno-prywatnym („PPP”) realizowanym w modelu BOT, DBFO oraz BOOT w sektorze drogowym, szkolnictwa, kolejowym i lotniczym. Klauzule ujęte zostały w strukturę potencjalnej, standardowej umowy o PPP, którą organy administracji rządowej mogłyby posługiwać się w celu promocji PPP oraz przygotowania projektów pilotażowych. Opis zamieszczonych poniżej standardowych klauzul umowy o PPP został przygotowany przez autora przy udziale Marcina Bejma oraz Pawła Piotrowskiego – prawników z kancelarii Norton Rose, Piotr Strawa i Wspólnicy Sp.k.

Treść zestawionych klauzul odzwierciedla, w pierwszej kolejności, obecną zachodnioeuropejską praktykę prawną, odnoszącą się do umów o PPP. Przedstawiony poniżej opis wskazuje jednak również, jaki wpływ na treść poszczególnych klauzul umowy o PPP będą miały przepisy ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisy innych polskich aktów prawnych oraz rodzima praktyka prawna.

Zamieszczony poniżej opis klauzul umowy o PPP składa się z tytułu klauzuli oraz objaśnienia jej postanowień. Klauzule przedstawione zostały w podziale na 11 rozdziałów (oznaczonych literami alfabetu od litery „A” do litery „K”), według układu zawartego w rozdziale IV niniejszego opracowania.

### **Opis postanowień standardowej umowy o PPP**

#### **Część A – Postanowienia ogólne**

##### **1. Komparycja – Strony umowy**

Komparycja stanowi wstęp do umowy o PPP, określający okoliczności, czas oraz miejsce jej zawarcia.

Komparycja powinna prezentować pełne nazwy stron umowy o PPP, ich formę prawną, siedzibę, adres, numer rejestrowy, właściwy dla danej

strony sąd rejestrowy, dane personalne osób reprezentujących strony, pełnione przez nie funkcje oraz typ umocowania, uprawniający te osoby do reprezentowania stron.

W przypadku gdy stronami umowy o PPP są podmioty zorganizowane w konsorcjum komparcja powinna, bezpośrednio lub na zasadzie odesłania do osobnego załącznika, wymieniać wszystkie podmioty wchodzące w skład konsorcjum (wskazując także ich dane identyfikujące, o których mowa w akapicie poprzedzającym). W praktyce, podmiot publiczny powinien żądać, aby umowa konsorcjum stanowiła załącznik do umowy o PPP (w pierwszej kolejności z tego powodu, iż umowa konsorcjum określa wewnętrzne zasady podziału odpowiedzialności między uczestników konsorcjum, co ma istotne znaczenie dla stabilności jego funkcjonowania).

## **2. Komparycja – Preambuła**

Preambuła to część komparycji, opisująca okoliczności, towarzyszące zawarciu umowy. Preambuła wyjaśnia cele, które strony zamierzały osiągnąć, zawierając daną umowę. Z tego względu treść preambuły odgrywa znaczącą rolę przy wykładni szczegółowych postanowień umowy. Preambuła zawiera zazwyczaj opis czynności poprzedzających zawarcie umowy o PPP (takich jak przeprowadzona procedura zamówieniowa oraz negocjacje), które były funkcjonalnie powiązane z procesem wyłaniania partnera prywatnego. Tym samym preambuła spełnia rolę pomocniczą we wstępnej ocenie zgodności z prawem procedur zastosowanych przez podmiot publiczny.

W warunkach polskich preambuła może również potwierdzać, iż strony umowy o PPP są podmiotami, o których mowa w art. 4 pkt 2 i pkt 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz precyzyjnie opisywać zadanie publiczne, które ma być realizowane w ramach partnerstwa.

## **3. Definicje i interpretacja (klauzula zawierająca definicje niekiedy włączana jest do osobnego załącznika)**

Powyższa klauzula zawiera definicje terminów, pojawiających się w treści umowy o PPP. Posługiwanie się terminami zdefiniowanymi ułatwia „płynną” lekturę, liczącej zazwyczaj kilkaset stron umowy o PPP oraz pozwala wprowadzić jednoznaczność i precyzję niezbędną dla prawidłowej wykładni postanowień umowy.

Katalog terminów zdefiniowanych w umowach o PPP jest w praktyce bardzo rozbudowany (definicje objętościowo stanowią nawet do 20% treści umowy). Definicje służą precyzyjnemu określeniu tego, co umowa rozumie np. przez przypadek siły wyższej, kwalifikowaną przyczynę rozwiązania współpracy, wydatki partnera prywatnego i podmiotu publicznego, spór, niezależną ekspertyzę, zaakceptowanego podwykonawcę,

zmianę w prawie, utratę płynności przez partnera prywatnego, przesłanki zawieszenia płatności, jednostkę rozliczeniową, okoliczności zawieszenia świadczenia usług itd. Nierzadko umowy o PPP definiują także przebieg pewnych procesów analitycznych, towarzyszących współpracy (takich jak np. okresowy przegląd kosztów) oraz opisują bazowy model finansowy przedsięwzięcia.

Niewątpliwie część definicji, którymi posługiwać się będą polskie umowy o PPP, będzie odwoływać się do definicji zawartych w art. 4 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Zazwyczaj klauzula, dotycząca definicji, opisuje również przyjęte przez strony zasady wykładni jej postanowień.

#### **4. Przedmiot umowy**

Jest to klauzula o znaczeniu podstawowym dla umowy o PPP. Określa ona na czym, z prawnego punktu widzenia, polega współpraca między stronami oraz opisuje świadczenia stron umowy o PPP. Zobowiązania stron umowy są zazwyczaj prezentowane w ujęciu, uwzględniającym cały cykl trwania współpracy partnerów przy przedsięwzięciu. Poprzez odesłanie do szczegółowych postanowień umowy o PPP klauzula pozwala również określić wymagania eksploatacyjne (np. skalę wolumenu przyszłych usług) stawiane wobec przedsięwzięcia.

Art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym wskazuje obligatoryjne elementy umowy o PPP. Uwzględniając art. 18, klauzula powinna umożliwiać określenie celu i przedmiotu przedsięwzięcia, wskazywać łączną wartość środków przewidzianych na realizację w całości przedsięwzięcia, będącego przedmiotem umowy o PPP oraz zawierać zobowiązanie partnera prywatnego do poniesienia w całości albo w części nakładów na realizację przedsięwzięcia lub zapewnienie poniesienia tych nakładów przez osoby trzecie.

Można w tym miejscu wskazać, iż zgodnie z art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym postanowienia umowy o PPP powinny także wyraźnie określać:

- harmonogram realizacji przedsięwzięcia;
- normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy realizacji przedsięwzięcia;
- uprawnienia podmiotu publicznego w zakresie bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia oraz zasady okresowego przeprowadzania przez strony wspólnej oceny realizacji przedsięwzięcia wraz z ustaleniami realizacyjnymi;
- czas, na jaki umowa została zawarta oraz warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy, a także warunki i sposób jej rozwiązania przed upływem terminu, na jaki została zawarta, a także zasady rozliczeń i odszkodowań w takim przypadku;



- warunki i procedurę zmiany umowy oraz zmiany zakresu przedsięwzięcia, jeżeli taka możliwość była przewidziana w specyfikacji wyboru partnera prywatnego;
- formy, wysokość i zasady ustalania i przekazywania wynagrodzenia partnera prywatnego;
- podział ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięcia;
- zasady i zakres ubezpieczeń realizowanego przedsięwzięcia, a także dodatkowe gwarancje i umowy oraz zobowiązania stron w tym przedmiocie;
- tryb i zasady rozstrzygnięcia sporów wynikłych na tle umowy.

Powyższe zagadnienia, które winny być obligatoryjnie regulowane przez polskie umowy o PPP, są, co do zasady, objęte treścią klauzul omówionych poniżej.

Stosunkowo często klauzula P, definiująca przedmiot umowy o PP, wskazuje także, które akty prawne znajdują zastosowanie do projektu PPP przewidzianego umową, a stosowanie których zostaje wyłączone. W przypadku polskiej umowy o PPP można rozważyć wskazywanie w treści klauzuli pewnych odmienności prawnych wprowadzonych przez ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (neutralność podatkowa dla partnera publicznego, wyłącznie z reżimu przetargowego w odniesieniu do gospodarowania nieruchomościami etc.). Zważywszy, że umowa o PPP tworzy węzeł prawny, funkcjonujący kilkadziesiąt lat, powyższe rozwiązanie może stanowić znaczne ułatwienie dla osób, które w przyszłości będą odpowiedzialne za ocenę prawidłowości wykonywania przez strony postanowień umowy.

## **5. Wejście w życie oraz czas trwania umowy**

Klauzula określa moment wejścia w życie umowy (tj. rozpoczęcia współpracy między stronami), czas trwania umowy oraz okres świadczenia usług (wykonywania robót) w poszczególnych fazach przedsięwzięcia (vide art. 18 pkt 7 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym).

## **6. Warunki zawieszające**

Powyższa klauzula zawiera listę warunków, które muszą zostać spełnione, aby postanowienia umowy o PPP uzyskały skuteczność, to jest, aby zobowiązania stron umowy o PPP stały się wymagalne (są to zazwyczaj zarówno warunki w rozumieniu kodeksu cywilnego, jak i tzw. warunki prawne). Bardzo często powyższe warunki zostają wymienione w oddzielnym załączniku do umowy.

Do katalogu powyższych warunków mogą zaliczać się: uzyskanie koncesji lub zezwolenia na prowadzenie pewnego rodzaju działalności przez partnera prywatnego, przekazanie składników majątkowych na rzecz partnera prywatnego, uzyskanie przez partnera prywatnego finan-

sowania na warunkach umożliwiających realizację uzgodnionego przez strony w umowie o PPP modelu finansowego, przedłożenie sobie przez strony pewnych dokumentów lub oświadczeń (np. gwarancji bankowej, polisy ubezpieczeniowej, gwarancji ze strony podmiotu dominującego etc.), uzyskanie stosownego zezwolenia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu etc.). W praktyce często klauzula, dotycząca warunków wejścia w życie umowy o PPP, wymienia te warunki prawne niezbędne dla ważności umowy o PPP, które już zostały spełnione (w polskich warunkach może to być np. zgoda ministra właściwego do spraw finansów publicznych udzielona na podstawie art. 12 ust.1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia etc.). Niekiedy powyższa informacja prezentowana jest jednak w preambule do umowy o PPP.

### **7. Pomoc ze strony podmiotu publicznego**

Powyższa klauzula zawiera zobowiązanie podmiotu publicznego – strony umowy o PPP – do udzielenia partnerowi prywatnemu odpowiedniego wsparcia organizacyjnego (takiego jak np. niezwłoczne przekazanie dokumentacji), którego partner prywatny będzie potrzebował w toku procedur mających na celu uzyskanie decyzji administracyjnych niezbędnych dla realizacji przedsięwzięcia objętego umową o PPP.

### **8. Zapewnienia i oświadczenia**

W umowach o PPP jest to zazwyczaj bardzo rozbudowana klauzula. Partner prywatny składa podmiotowi publicznemu szereg zapewnień, co do swojego statusu prawnego, umocowania do zawarcia umowy o PPP, sytuacji finansowej, posiadania zasobów ludzkich, technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do zrealizowania przedsięwzięcia, swojej sytuacji prawnej, podatkowej, niekaralności członków organów partnera prywatnego, możliwości organizacyjnych i technologicznych swoich podwykonawców, możliwości dysponowania na potrzeby przedsięwzięcia prawami własności przemysłowej oraz intelektualnej, nieużywania przy realizacji przedsięwzięcia materiałów szkodliwych etc.

Niekiedy partner prywatny zobowiązuje się w tej klauzuli do bieżącego informowania podmiotu publicznego o istotnych zmianach w swoim statucie, sytuacji własnościowej, prawnej lub finansowej.

Podmiot publiczny najczęściej zapewnia natomiast partnera prywatnego o rzetelności procesów poprzedzających przygotowanie dokumentacji przedstawionej partnerowi prywatnemu w ramach specyfikacji wyboru partnera prywatnego lub podczas negocjacji (partner publiczny nie udziela jednak zazwyczaj jakichkolwiek zapewnień co do poprawności samych danych zawartych w dokumentacji).

Zapewnienia i oświadczenia umieszczone w przedmiotowej klauzuli stanowią punkt wyjścia dla oceny zakresu odpowiedzialności kontraktowej stron, a nawet mogą tworzyć podstawę do uchylenia się od skutków czynności prawnej w sytuacji, gdy najistotniejsze z nich miałyby okazać się niezgodne z prawdą.

### **9. Dodatkowe gwarancje**

Standardowo klauzula ta zawiera zobowiązanie partnera prywatnego, iż uzyska on w oznaczonym terminie od swoich podwykonawców na rzecz podmiotu publicznego odrębne zapewnienia co do jakości usług lub robót wykonanych przez takich podwykonawców. Udzielenie przez podwykonawców dodatkowych gwarancji wynika z tego, iż podmiot publiczny nie jest związany bezpośrednim węzłem prawnym z podwykonawcami realizującymi projekt. Poprzez zastosowanie gwarancji dodatkowych podmiot publiczny uzyskuje niezależną podstawę prawną do podnoszenia roszczeń wobec podwykonawców. Tym samym gwarancje te służą rozszerzeniu kręgu podmiotów zobowiązanych wobec podmiotu publicznego.

### **10. Dokumenty projektu oraz kolizja postanowień**

Klauzula wymienia dokumenty oraz umowy, które składają się na dokumentację regulującą przedsięwzięcie (umowa o roboty budowlane, umowa eksploatacyjna etc.) oraz rozstrzyga o wzajemnych zależnościach i powiązaniach między poszczególnymi umowami. Klauzula ustala także, w jaki sposób ma być rozwiązywana kolizja postanowień poszczególnych dokumentów (tj. przypadki, gdy kilka dokumentów włączonych do dokumentacji przedsięwzięcia reguluje odmiennie tę samą problematykę (np. inaczej określa standardy techniczne albo harmonogram) lub zawiera sprzeczne zobowiązania).

### **11. Podział odpowiedzialności**

Umowa o PPP w jednej lub w szeregu klauzul zawiera postanowienia dotyczące podziału między podmiot publiczny oraz partnera prywatnego odpowiedzialności za realizację poszczególnych aspektów przedsięwzięcia oraz wieloletnie prawidłowe wykonywanie zadania publicznego. Umowa o PPP zawiera także rozstrzygnięcia, decydujące o tym, która ze stron, w jakim zakresie, będzie ponosić ryzyko finansowe związane z zaistnieniem problemów w realizacji przedsięwzięcia, wieloletnim wypełnianiem zadania publicznego przez partnera prywatnego, zmianami w prawie, czy zmianami na rynku, na którym zadanie publiczne jest wykonywane.

Niekiedy umowa o PPP posiada załącznik, stanowiący tzw. matrycę ryzyk charakterystycznych dla danego przedsięwzięcia. Powyższa matryca podsumowuje rozstrzygnięcia, dotyczące podziału ryzyka między

stronami, wynikające z postanowień umowy o PPP. Matryca pozwala zidentyfikować ryzyka, które mogą się zaktualizować w trakcie realizacji przedsięwzięcia. Służy to uniknięciu sytuacji, w której istotne ryzyka nie zostałyby objęte przez strony świadomym podziałem.

Art. 18 pkt 10 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym przewiduje, iż umowa o PPP będzie zawierała postanowienia, dotyczące podziału ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięcia. Wydaje się to oznaczać konieczność szczególnego zaprezentowania w umowie sposobu podziału ryzyk między partnerów (co do zasady bowiem, umowy prawa cywilnego zawsze służą dokonaniu podziału ryzyka między kontrahentów).

## **Część B – Składniki majątkowe**

### **1. Opis składników majątkowych**

Klauzula służy wskazaniu tych składników majątkowych, które zostaną udostępnione przez podmiot publiczny na potrzeby przedsięwzięcia (lub też daje podstawy do identyfikacji tych składników). Pozwala ona zatem na wypełnienie dyspozycji art. 6 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, który przewiduje, iż umowa o PPP powinna w szczególności określać składniki majątkowe (chodzi tu o nieruchomości, sprzęt, maszyny, wyposażenie etc.), które zostaną przekazane przez podmiot publiczny z przeznaczeniem na cele określone w umowie o PPP.

Oznaczenie w umowie o PPP nieruchomości powinno uwzględniać numery ewidencyjne działek gruntu oraz ich usytuowania na planie geodezyjnym w granicach poszczególnych obrębów. Dokumentacja, dotycząca nieruchomości, które mają być wykorzystane na potrzeby przedsięwzięcia, powinna stanowić załącznik do umowy o PPP i obejmować opis dostępu, opis istniejącej infrastruktury sieciowej, informacje na temat zidentyfikowanych na nieruchomościach zanieczyszczeń etc.

Dokumentacja ruchomości poza ich opisem technicznym powinna obejmować (w formie załącznika do umowy o PPP) dokumenty gwarancji, paszporty techniczne urzędów, świadectwa wymaganych przez prawo inspekcji/przeглядów technicznych i inne.

Dokumentacja, dotycząca składników majątkowych, powinna również wskazywać ich wartość określoną na potrzeby rozliczeń między stronami.

### **2. Tytuł prawny**

Klauzula wskazuje na tytuł prawny przysługujący podmiotowi publicznemu do składników majątkowych, które mają być wykorzystane w ramach przedsięwzięcia. W przypadku nieruchomości, ich stan prawny potwierdzać będzie załączony do umowy odpis z księgi wieczystej.

Czasami umowie o PPP towarzyszą jako załączniki dodatkowe analizy prawne, potwierdzające stan prawny składników majątkowych, brak przeszkód po stronie partnera publicznego do dysponowania nimi oraz brak wad prawnych lub obciążeń tych składników (np. hipoteką).

### **3. Nabycie/przekazanie składników**

Klauzula zawiera ustalenia co do czasu i trybu przekazania składników majątkowych partnerowi prywatnemu. Załącznikiem do umowy o PPP może być projekt umowy, na podstawie której dojdzie do rozporządzenia składnikami majątkowymi (może to być umowa o skutku rzeczowym lub obligacyjnym).

Zgodnie z art. 9 ust.1. ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym strony powinny wyraźnie ustalić, pod jakim tytułem prawnym partner prywatny będzie korzystał ze składników majątkowych udostępnionych mu przez podmiot publiczny.

Jest to jedna z klauzul stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

### **4. Rekompensata za nieadekwatność**

Klauzula odnosi się do sytuacji, w której składnik majątkowy przekazany na cele realizacji przedsięwzięcia okazał się nie mieć cech umożliwiających jego wykorzystanie w pierwotnie umówionym celu, wykorzystanie składnika nie było zgodne z celem przedsięwzięcia lub też wystąpiły inne okoliczności prowadzące do narażenia stron na dodatkowe koszty związane z przejęciem składnika majątkowego.

Klauzula określa odpowiedzialność stron za zaistnienie sytuacji, o której mowa w zdaniu poprzedzającym oraz zasady rozliczenia strat poniesionych przez danego partnera.

Ograniczenie w dysponowaniu wkładem własnym podmiotu publicznego przewidziane jest przez art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

### **5. Miejsce inwestycji**

Klauzula określa zasady użytkowania wkładu własnego podmiotu publicznego w okresie pre-inwestycyjnym (np. jeżeli jest to podyktowane naturą współpracy między partnerami, klauzula może zawierać minimalne postanowienia, dotyczące sposobu zabezpieczenia miejsca przyszłej inwestycji oraz zabezpieczenia składników majątkowych, należących do podmiotu publicznego w trakcie części pre-inwestycyjnej projektu).

### **6. Stan terenu**

Nieruchomość może zostać przekazana partnerowi prywatnemu w stanie wymagającym inwestycji wstępnych, przygotowujących ją do

przeprowadzenia robót budowlanych. Umowy o PPP przewidują zazwyczaj udokumentowanie początkowego stanu składników majątkowych wykorzystywanych w ramach przedsięwzięcia, co służy późniejszym rozliczeniom stron (opis nieruchomości wraz z wyceną sporządzona przez niezależnego rzeczoznawcę staje się częścią dokumentacji przedsięwzięcia; jest on potem dodatkowo przedmiotem analizy przeprowadzanej przez instytucję finansującą przedsięwzięcie).

## **7. Uporządkowanie terenu**

Jeżeli jest to podyktowane specyfiką danego projektu, strony mogą uzgodnić zakres prac partnera publicznego niezbędnych dla przygotowania terenu (lub adaptacji obiektu budowlanego) na potrzeby realizacji przedsięwzięcia przewidzianego przez umowę PPP. W wypadku terenu uporządkowanie może obejmować: wyburzenie istniejących obiektów, wywóz gruzu, wycinkę drzew, meliorację, wybudowanie drogi dojazdowej, wykonanie przyłączy, wyznaczenie punktów referencyjnych w terenie etc.

## **Część C: Faza inwestycyjna – Projekt, Budowa i Odbiór**

### **1. Program budowy/harmonogram**

Poprzez odesłanie do stosownego załącznika klauzula określa tzw. harmonogram ramowy. Harmonogram ramowy zawiera zwykle następujące elementy:

- kryteria wyboru i procedurę wyboru generalnego wykonawcy;
- wybór projektanta/konsultantów;
- przygotowanie prawne;
- badania terenu;
- proces uzyskiwania pozwoleń.

Na podstawie harmonogramu ramowego wykonawca sporządza harmonogram robót budowlanych oraz przedstawia mechanizmy kontroli kosztów i jakości wykonania poszczególnych zadań wymienionych w harmonogramie projektu.

Harmonogram robót budowlanych zawiera z kolei:

- harmonogram wyboru wykonawców;
- ogólny harmonogram robót budowlanych;
- harmonogram projektowania;
- harmonogram odbiorów;
- plan kosztów.

Kontrola wypełniania zadań harmonogramu następuje za pośrednictwem raportów inspektorów nadzoru lub też inżyniera kontraktu.

Strony ustalają metody uaktualniania harmonogramu (np. za pomocą systemu: Primavera, MS Project, Sure Track lub Power Project).

Jest to jedna z klauzul, stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

## **2. Przygotowanie projektu**

Klauzula określa zasady wyboru lub wprost wskazuje projektanta, który będzie odpowiedzialny za przygotowanie projektu budowlanego oraz projektów branżowych.

## **3. Kryteria techniczne inwestycji**

Klauzula określa rozwiązania techniczne, które mają zostać zastosowane przy realizacji przedsięwzięcia, rodzaj materiałów, które zostaną użyte, sposób doprowadzenia i korzystania z mediów w okresie wykonawczym etc. Klauzula rozstrzyga także zazwyczaj o trybie informowania przez partnera prywatnego o koniecznych zmianach wykonawczych, naruszających przyjęte kryteria techniczne.

## **4. Dokumentacja inwestycyjna**

Strony ustalają warunki sporządzania, przechowywania, dostępu oraz opiniowania dokumentacji technicznej i budowlanej przedsięwzięcia. Klauzula określa zasady obiegu tych dokumentów technicznych, ich format, ilość kopii etc.

## **5. Wybór przedstawicieli stron**

Klauzula określa procedurę informowanie się przez strony o zmianie na stanowisku inspektora nadzoru oraz kierownika budowy.

## **6. Kryteria oceny projektu / Wymiana informacji w fazie projektowej**

Klauzula wprowadza kryteria oceny zbieżności projektu z ofertą przetargową. Klauzula określa także zazwyczaj procedurę wymiany informacji o wszelkich zidentyfikowanych ograniczeniach inwestycyjnych, wynikających ze zmian planu zagospodarowania terenu, norm branżowych oraz warunków geologicznych.

## **7. Zapewnienie bezpieczeństwa**

Klauzula przewiduje zobowiązanie partnera prywatnego do podjęcia kroków niezbędnych do zabezpieczenia placu budowy oraz zapewnienia na nim bezpieczeństwa (mogą być to zobowiązania do nawiązania współpracy z odpowiednimi służbami technicznymi, zapewnienie uproszczonego dojazdu na teren budowy służbom medycznym etc.). Partner prywatny może też szczegółowo określić jakie rozwiązania zamierza przyjąć w celu zapewnienia bezpieczeństwa i higieny pracy na placu budowy.

## **8. Emisje w trakcie inwestycji**

Partner prywatny zobowiązuje się nie przekraczać w trakcie realizacji przedsięwzięcia dopuszczalnego poziomu emisji oraz dozwolonego okresu ich trwania. Niekiedy klauzula przewiduje powołanie niezależnego nadzoru celem weryfikacji skuteczności zabezpieczeń i prowadzenia pomiarów emisji.

## **9. Roboty budowlane**

W tej klauzuli (najczęściej poprzez odesłanie do odpowiedniego załącznika), o ile nie zostało to już uczynione w klauzuli Program budowy/Harmonogram, strony wprowadzają do umowy o PPP szczegółowy opis robót budowlanych wraz ze szczegółowym rozbiciem planowanych kosztów. Opis może obejmować, w szczególności:

- prace budowlane,
- prace montażowe,
- roboty mechaniczne,
- prace wod/kan.

## **10. Regulacje branżowe i normy**

Klauzula służy uzgodnieniu norm budowlanych, których zachowanie jest koniecznym warunkiem dokonania odbioru poszczególnych etapów inwestycji.

## **11. Pozwolenia**

Klauzula zawiera opis procesu uzyskiwania pozwoleń niezbędnych dla realizacji inwestycji oraz zasad wsparcia ze strony partnera publicznego w powyższym zakresie.

## **12. Tryb wyboru i zatwierdzenia wykonawców i podwykonawców**

Klauzula określa podstawowe zasady i kryteria wyboru wykonawców (podwykonawców). Strony mogą przyjąć ustalenia dające np. możliwość zatrudnienia przy projekcie pracowników zakładów komunalnych, którzy ze względu na przeprowadzenie przedsięwzięcia w trybie umowy o PPP będą zagrożeni utratą miejsc pracy. Tryb wyboru i zatwierdzenia wykonawców i podwykonawców może wymagać szczegółowych ustaleń ze względu na oczekiwania instytucji finansującej projekt.

## **13. Warunki weryfikacji i zatwierdzenia projektu/robót**

Klauzula służy wytypowaniu przez strony inżyniera projektu dysponującego uprawnieniami i doświadczeniem zawodowym, pozwalającymi weryfikować, w interesie podmiotu publicznego, poprawność projektów wykonawczych przygotowywanych w ramach poszczególnych faz budowy i ustalić kryteria, których spełnienie jest niezbędne do zatwierdzenia wykonania robót obejmujących dany etap budowy.



#### **14. Dostawy urządzeń i materiałów**

Ze względu na istniejące powiązania z dostawcami oraz kompletność z obsługą innych inwestycji, podmiot publiczny niekiedy zobowiązuje partnera prywatnego do użycia w ramach projektu konkretnych maszyn i urządzeń. Tego rodzaju rozwiązanie trzeba zawsze uważnie przeanalizować pod kątem zgodności z zasadami prawa ochrony konkurencji.

#### **15. Normy jakości**

Klauzula określa obowiązujące standardy jakości, które będą uwzględnione podczas procesu inwestycyjnego oraz odbioru.

#### **16. Kontrola**

Strony ustalają organizacje i osoby, które z ramienia partnera publicznego będą upoważnione do prowadzenia okresowych kontroli i testów w odniesieniu do realizacji przedsięwzięcia, jak również zakres tych kontroli i testów oraz ich częstotliwość i integrację rezultatów w systemie sprawozdawczości przedsięwzięcia.

Ze względu na ograniczenia licencyjne lub tajemnicę handlową niektóre elementy projektu lub przedsięwzięcia mogą zostać wyłączone ze szczegółowej kontroli.

Jest to jedna z klauzul stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

#### **17. Dokumenty podlegające kontroli**

W tej klauzuli strony określają procedurę obiegu dokumentów dotyczących sprawozdawczości finansowej, technicznej, bezpieczeństwa i higieny pracy, ochrony środowiska w odniesieniu do realizowanego przedsięwzięcia etc.

#### **18. Zmiany w harmonogramie**

Klauzula wprowadza procedurę zmian w harmonogramie wynikających z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i będących ryzykiem partnera prywatnego lub po stronie zamawiającego i będących ryzykiem podmiotu publicznego, jak również z przyczyn niezależnych.

Strony mogą uzgodnić model rozliczenia dodatkowych kosztów dla każdego z powyższych przypadków, przy uwzględnieniu skali tych kosztów.

Jest to jedna z klauzul stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

#### **19. Znalaziska**

Klauzula wprowadza procedurę informowania o dokonanych w trakcie robót znaleziskach archeologicznych, odkryciach geologicznych, od-

krytych niewypałów i niewybuchach, miejscach pochówku, nieoznaczonej infrastrukturze oraz określania, w jaki sposób będą one mogły wpływać na zmiany w harmonogramie.

Klauzula powinna również rozstrzygać, który z partnerów będzie ponosił ciężar ekonomiczny opóźnień w realizacji prac spowodowanych przedmiotowymi znaleziskami. Strony mogą rozstrzygnąć także o sposobie ubezpieczenia takiego ryzyka.

## **20. Drogi dostępu, transportu, regulacja ruchu**

Klauzula określa zasady, na jakich partner prywatny otrzyma pomoc ze strony podmiotu publicznego w zakresie wykonania dróg dojazdowych, objazdów i przygotowania innych czasowych rozwiązań redukujących problemy komunikacyjne lub społeczne związane z procesem realizacji inwestycji.

## **21. Zarządzanie kryzysowe**

Klauzula określa sposób sprawowania kontroli nad procesem inwestycyjnym w wypadku wystąpienia sytuacji kryzysowych lub pojawienia się jednego z ryzyk budowlanych.

## **22. Media**

Klauzula służy określeniu zasad dostawy mediów przez podmioty z sektora publicznego, względnie wybudowaniu przez te podmioty instalacji lub przyłączy obsługujących przedsięwzięcie.

## **23. Transfer technologii**

Klauzula reguluje problematykę transferu technologii w ramach realizacji przedsięwzięcia, obejmującą sposób udostępnienia technologii przez stronę na potrzeby realizacji lub prowadzenia przedsięwzięcia, zakres jej użytkowania w ramach przedsięwzięcia oraz opłaty z tego tytułu (pojęcie technologii może również obejmować nowatorskie techniki zarządzania i organizacji). Partner prywatny może być zobowiązany do podejmowania prac, mających na celu dalsze doskonalenie technologii wykorzystywanych w ramach realizacji przedsięwzięcia.

Klauzula może również wprowadzać procedury, mające na celu rozstrzygnięcie, któremu z partnerów i na jakich zasadach będą przysługiwać prawa własności intelektualnej do nowych rozwiązań wypracowanych w trakcie realizacji przedsięwzięcia.

## **24. Zakończenie robót**

Klauzula określa zasady zakończenia robót budowlanych, ich zatwierdzenia przez podmiot publiczny oraz odbioru (klauzula zazwyczaj jest zharmonizowana z postanowieniami umowy dotyczącej finansowania przedsięwzięcia).

Klauzula określa także zasady usuwania wad wykrytych podczas odbioru.

## **25. Przekazanie do użytkowania**

Klauzula określa procedurę towarzyszącą oddaniu obiektu do użytkowania.

## **26. Opóźnienia w zakończeniu inwestycji**

Klauzula ustala sposób postępowania stron na wypadek przekazania obiektu do użytkowania z opóźnieniem. Jeżeli do opóźnienia doszło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi partner prywatny będzie on zobowiązany zapłacić karę pieniężną. Jeżeli do opóźnienia doszło bez winy partnera prywatnego może mu przysługiwać prawo przedłużenia okresu eksploatacji przedsięwzięcia (tak aby mógł zrekompensować sobie straty wynikłe z późniejszego rozpoczęcia eksploatacji przedsięwzięcia. Klauzula może też przewidywać inne sposoby rozliczeń między stronami. Zazwyczaj będą one jednak musiały być zaakceptowane przez instytucję finansującą przedsięwzięcie.

## **27. Wady**

Klauzula określa zasady odpowiedzialności w wypadku ujawnienia się wad ukrytych zrealizowanej inwestycji, których wystąpienie będzie miało wpływ na jakość lub koszty utrzymania inwestycji lub eksploatacji przedsięwzięcia.

## **Część D: Eksploatacja i utrzymanie**

### **1. Warunki świadczenia usług**

Klauzula określa podstawowe zasady, normy ilościowe oraz jakościowe prowadzenia przedsięwzięcia na etapie eksploatacyjnym. Powyższa problematyka jest także często regulowana szczegółowo w odrębnej umowie eksploatacyjnej. Postanowienia dotyczące skali i standardu świadczenia usług oraz wynagrodzenia z tego tytułu są funkcjonalnie powiązane z postanowieniami umowy dotyczącej finansowania przedsięwzięcia albowiem partner prywatny, co do zasady, spłaca swoje zobowiązanie wobec kredytodawcy w oparciu o wynagrodzenie, które uzyska w zamian za poprawnie świadczone usługi w ramach realizacji zadania publicznego.

W praktyce partner prywatny często przekazuje eksploatację przedsięwzięcia wyspecjalizowanemu operatorowi. Sposób i kryteria wyboru takiego operatora, model jego wynagradzania, zakres odpowiedzialności stanowią część ustaleń umowy o PPP. Załącznikiem do umowy może być w takim wypadku umowa operacyjna.

Zwykle warunki świadczenia usług uzgadniane przez strony umowy o PPP obejmują:

- zakres usług z ich pełnym wyszczególnieniem;
- czas świadczenia usług i jego zmiany (w ciągu doby, tygodnia czy sezonu);
- warunki, które usprawiedliwiają czasowe zmiany w ilości jakości lub zakresie świadczonych usług (np. ekstremalne warunki atmosferyczne, imprezy masowe i inne);
- warunki okresowego przeglądu stanu jakości usług i wprowadzania ulepszeń;
- niezależny monitoring usług (warunki, częstotliwość, metody oceny);
- procedury gwarantujące zapewnienie ciągłości eksploatacji;
- model kwantyfikacji parametrów świadczonych usług;
- dopuszczalne odchylenia.

Operator może być zobligowany do ustanowienia własnych procedur współpracy w celu zachowania ciągłości świadczenia usług i ich efektywności ekonomicznej. Strony zazwyczaj godzą się na przyznanie operatorowi premii za osiągnięcie wysokiego stopnia efektywności eksploatacji przedsięwzięcia, jeżeli bez istotnych wątpliwości można wskazać modelowy punkt odniesienia dla oceny stopnia tej efektywności (np. średnia rynkowa).

Jest to jedna z klauzul stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

## **2. Eksploatacja obiektu**

Klauzula wprowadza ustalenia dotyczące zasad i warunków efektywnej i bezpiecznej eksploatacji obiektu jako składnika majątkowego. Klauzula odsyła zazwyczaj do załącznika zawierającego normy eksploatacyjne dla obiektu. Może określać także:

- standardowe wyposażenie obiektu;
- warunki wymiany wyposażenia w obiekcie;
- dopuszczalny stopień awaryjności poszczególnych elementów obiektu;
- zasady wyłączeń czasowych (całkowitych albo częściowych) obiektu z eksploatacji;
- zasady ograniczenia eksploatacji wskutek prac konserwacyjnych lub remontowych;
- warunki pracy personelu obsługującego obiekt;
- zasady bezpieczeństwa przy eksploatacji obiektu.

Jest to jedna z klauzul, stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

### **3. Konserwacje i remonty**

Jeżeli nie reguluje tej problematyki szczegółowo klauzula „Eksploatacja obiektu” to przedmiotowa klauzula wprowadza ustalenia dotyczące prowadzenia prac konserwacyjnych, remontów obiektu oraz wymiany urządzeń wchodzących w skład obiektu. Zazwyczaj umowa o PPP przewiduje, że przedmiotowe prace mogą być wykonywane jedynie przez podmioty kwalifikowane, będące autoryzowanymi kooperantami producentów sprzętu i urządzeń, które będą podlegały konserwacji.

Jeżeli prace konserwacyjne będą mieć wpływ na zakres, ilość lub jakość usług świadczonych w oparciu o obiekt, umowa o PPP precyzyjnie określa dopuszczalny czas konserwacji oraz okresy (dnia/tygodnia/roku), w których wykonywanie prac konserwacyjnych będzie dozwolone.

Klauzula często odsyła do załącznika, zawierającego harmonogram konserwacji, remontów, przeglądów technicznych, wymiany urządzeń, uzyskiwania atestów i certyfikatów sprawności/emisji/bezpieczeństwa dla zdefiniowanych instalacji, urządzeń, systemów i sprzętu wchodzącego w skład obiektu. Harmonogram zawiera zazwyczaj szacowany średni koszt utrzymania obiektu z uwzględnieniem wydatków na prace konserwacyjne, remontowe, szkolenia, uzyskanie certyfikatów oraz wymianę urządzeń.

W klauzuli wskazane zostają także niekiedy minimalne zasady zapewnienia bezpieczeństwa pracownikom ekip konserwatorskich lub remontowych, sposoby informowania o przedmiotowych pracach oraz zmianach, które będzie to pociągało w świadczeniu usług na rzecz użytkowników końcowych.

Przekroczenie czasu prac konserwacyjnych najczęściej skutkuje koniecznością zapłacenia przez partnera prywatnego kar umownych.

Wzorcowe umowy o świadczenie usług konserwacyjnych lub remontowych często są załącznikiem do umowy o PPP.

### **4. Monitoring i kontrola jakości świadczonych usług**

Klauzula reguluje procedurę oceny jakości i sposobu świadczenia usług w ramach przedsięwzięcia.

Jest to jedna z klauzul, stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

### **5. Audyt procedur eksploatacji i konserwacji**

Klauzula reguluje procedurę wyboru biegłego w celu uzyskania potwierdzenia, iż stosowane przez strony metody monitoringu i kontroli jakości świadczonych usług są zgodne z aktualnie obowiązującymi przepisami, normami branżowymi oraz rynkowym standardem oceny.

## **6. Wymuszone zmiany eksploatacyjne**

Ze względu na to, iż wymogi prawne i techniczne eksploatacji samego obiektu oraz świadczenia usług mogą zmieniać się w czasie, przedmiotowa klauzula reguluje skutki podwyższenia wymogów świadczenia usług (płynącego ze standaryzacji), powstania konieczności zakupu dodatkowych urządzeń do obiektu, prowadzenia dodatkowych szkoleń, uzyskiwania certyfikatów etc. Strony uprzednio uzgadniają limity wydatków wymuszonych przez powyższe zmiany oraz sposób podziału ich ekonomicznego ciężaru.

Klauzula może też zawierać ustalenia co do warunków, na jakich będą ponoszone przez strony koszty, wynikające z wykonania dodatkowych inwestycji w celu ulepszenia jakości lub rozszerzenia zakresu usług świadczonych w ramach przedsięwzięcia.

## **7. Harmonogram usług**

Klauzula ta ma zastosowanie w umowach o PPP w sektorze transportowym. W takich umowach strony uzgadniają mechanizm przygotowania harmonogramu świadczenia usług przez partnera prywatnego na rzecz użytkowników końcowych, uwzględniający sektorowe zmiany koniunkturalne oraz wahania sezonowe.

## **8. Odstępstwa od standardu**

Klauzula reguluje sposób oceny oraz kwantyfikacji przypadków niedopuszczalnych odstępstw od standardowych warunków świadczenia usług. Zwykle umowy o PPP przewidują tzw. punktowy system oceny odstępstw, w ramach którego poszczególnym odstępstwom w zależności od ich skali przypisywana jest techniczna wartość punktowa. Punkty techniczne są potem, według ustalonego wzoru, przeliczane na karę pieniężną.

## **9. Relacje z użytkownikami**

Przedmiotem klauzuli jest określenie zasad informowania użytkowników końcowych o zasadach świadczenia przez partnera prywatnego usług w ramach realizacji zadania publicznego (np. zasady publikowania rozkładu jazdy, sposób ogłaszania informacji o opóźnieniach). W klauzuli (o ile znajduje ona zastosowanie w danym projekcie) strony uzgadniają też sposób działania służb informacyjnych partnera prywatnego, sposób posługiwania się przez partnera prywatnego znakiem towarowym odnoszącym się do przedsięwzięcia, zasady rozpowszechniania informacji o zrealizowaniu przedsięwzięcia, o usługach wykonywanych w ramach przedsięwzięcia etc.

## **10. Inne postanowienia dotyczące eksploatacji**

Umowa o PPP reguluje też zazwyczaj w części odnoszącej się do eksploatacji przedsięwzięcia następujące zagadnienia:

- ogólne warunki przejęcia obiektu przez operatora;
- sposób zaopatrzenia obiektu w materiały, nośniki energii i urządzenia oraz sposób ich magazynowania;
- zagadnienia związane z fluktuacją popytu na usługi i wynikających z tego potencjalnie ograniczeń w świadczeniu usług;
- szczegółowe zasady pobierania opłat od użytkowników końcowych;
- zasady tworzenia przez podmiot publiczny funduszu odtworzeniowego, w przypadku stwierdzenia zaniedbań partnera prywatnego w sposobie eksploatacji obiektu;
- następstwa szkód w obiekcie spowodowanych przez osoby trzecie, w tym dokonanych jako akty wandalizmu.

## **Część E: Zobowiązania stron**

### **1. Przestrzeganie standardów**

Klauzula statuuje ogólny obowiązek partnera prywatnego do przestrzegania w okresie obowiązywania umowy o PPP przepisów prawa (w tym prawa podatkowego), zasad sprawozdawczości, norm technicznych, zarządzeń oraz wytycznych izb gospodarczych, uznanych organizacji technicznych etc. Klauzula reguluje również zasady reakcji na zmiany w normach oraz zaleceniach technicznych istotnych dla przedsięwzięcia.

Ze względu na to, iż normy prawne i techniczne, regulujące zasady eksploatacji przedsięwzięcia mogą podlegać zmianom, w klauzuli znajdują się zwykle postanowienia wskazujące sposób podziału ryzyka wynikającego z narzuconych prawem lub wymuszonych modyfikacjami norm technicznych zmian metod eksploatacji, które skutkują podwyższeniem wymogów bezpieczeństwa, koniecznością zakupu dodatkowych urządzeń, prowadzeniem dodatkowych szkoleń, uzyskiwaniem certyfikatów etc. Strony uzgadniają limity takich wydatków i zasady ich ponoszenia.

### **2. Zabezpieczenie wykonania zobowiązań**

Klauzula określa, jakiego rodzaju zabezpieczeń należytego wykonania zobowiązań z umowy o PPP oraz zapłaty kar pieniężnych przewidzianych przez tę umowę udzieli partner prywatny (mogą to być gwarancje bankowe, ubezpieczeniowe, poręczenia, gwarancje podmiotu dominującego wobec partnera prywatnego, etc). Zabezpieczenia muszą harmonizować z ustaleniami modelu finansowego oraz zabezpieczeniami przewidzianymi w dokumentacji dotyczącej finansowania przedsięwzięcia przez instytucję finansową.

Niekiedy klauzula przewiduje nakładanie obowiązku przedstawiania szczególnych zabezpieczeń przez wykonawców oraz podwykonawców partnera prywatnego.

### **3. Przejęcie pracowników**

Postanowienia klauzuli reguluje problematykę przejęcia przez partnera prywatnego pracowników podmiotu publicznego. Pracownicy podmiotu publicznego mogą stać się pracownikami partnera prywatnego w sytuacji, gdy albo partner prywatny przejmie ich zakład pracy, albo gdy strony ustalą, iż podmiot publiczny umożliwi partnerowi prywatnemu korzystanie na potrzeby przedsięwzięcia ze swoich wykwalifikowanych pracowników. W tych przypadkach strony ustalają warunki zatrudnienia pracowników podmiotu publicznego po ich „przejęciu” przez partnera prywatnego. Niekiedy klauzula reguluje ogólną problematykę zasad zatrudniania pracowników przez partnera prywatnego oraz poziomu tego zatrudnienia.

### **4. Amortyzacja**

Przedmiotem klauzuli jest uzgodnienie zasad amortyzacji przez partnera prywatnego składników majątku przejętych przez niego lub wytworzonych w ramach przedsięwzięcia.

### **5. Informacja i reklama**

Klauzula reguluje sposób, w jaki partner prywatny będzie mógł publicznie informować o swoim udziale w przedsięwzięciu oraz o usługach, które świadczy w jego ramach. Informacja taka może być wykorzystywana dla poprawy wizerunku, zwiększenia wartości kapitałowej grupy, w skład której wchodzi partner prywatny etc. Jest to zatem często istotny składnik pakietu korzyści uzyskiwanych przez partnera prywatnego w związku ze świadczeniem usług publicznych. Komisja Europejska włącza w pakiet takich korzyści wszelkie elementy, które pomagają w zapewnieniu dodatkowej konkurencyjności oraz poprawie statusu na rynku usług publicznych przez podmiot, świadczący usługi o powszechnym charakterze gospodarczym.

### **6. Zmiany w przedsięwzięciu**

Klauzula ustala procedurę wprowadzania zmian co do skali lub zakresu prowadzonego przedsięwzięcia. W umowach o PPP rozróżnia się zmiany wprowadzone do zakresu przedsięwzięcia przez podmiot publiczny oraz zmiany zaproponowane przez partnera prywatnego. Zmiany wprowadzone do przedsięwzięcia mogą pociągać za sobą konieczność modyfikacji modelu finansowego lub dodatkowego dokapitalizowania przedsięwzięcia, lub też być neutralne dla aspektów finansowych przedsięwzięcia. Jest to zazwyczaj bardzo rozbudowana klauzula, regulująca



tryb prowadzenia przez strony konsultacji w sprawie zmian oraz zasady późniejszego przeniesienia zwiększonych kosztów przedsięwzięcia na użytkowników końcowych.

Jest to jedna z klauzul stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-privatnym.

### **7. Kluczowe decyzje**

Klauzula wymienia decyzje, których partner prywatny nie może podjąć bez zgody podmiotu publicznego (są to zazwyczaj decyzje, które mają wpływ na zwiększenie ceny usług uiszczanej przez użytkowników końcowych). Przedmiotem klauzuli jest uregulowanie procedury udzielania przez podmiot publiczny przedmiotowej zgody.

W klauzuli strony uzgadniają tryb wzajemnych konsultacji i mechanizm przygotowania informacji i opracowania analiz niezbędnych do podjęcia przez podmiot publiczny decyzji o udzieleniu zgody.

Współpraca stron, mająca na celu wypracowanie wspólnego stanowiska w sprawie kluczowych dla przedsięwzięcia decyzji realizowana jest zazwyczaj na forum grup roboczych/komitetów, których kompetencje i tryb działania reguluje umowa o PPP.

Jest to jedna z klauzul, stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-privatnym.

### **8. Optymalizacja wydatków publicznych**

Klauzula określa tryb i zasady cyklicznych analiz przedsięwzięcia prowadzonych przez podmiot publiczny, mających na celu ustalenie, czy koszty ponoszone przez podmiot publiczny w związku z prowadzeniem przedsięwzięcia oraz opłaty pobierane przez partnera prywatnego od użytkowników końcowych znajdują uzasadnienie rynkowe oraz ekonomiczne. Analizy dotyczą także aspektów gospodarności oraz rzetelności w prowadzeniu przez partnera prywatnego przedsięwzięcia.

Klauzula określa procedurę obniżania wynagrodzenia (zmniejszenia zwrotu) uzyskiwanego przez partnera prywatnego z przedsięwzięcia, jeżeli przedmiotowe analizy potwierdzą możliwość dokonania takiego obniżenia (zwrotu) bez ryzyka dla naruszenia modelu finansowego przedsięwzięcia.

### **9. Odpowiedzialność wobec osób trzecich**

Klauzula określa zasady odpowiedzialności stron umowy o PPP za szkody, które w związku z realizacją oraz eksploatacją przedsięwzięcia może ponieść osoba trzecia.

## **10. Umowy z osobami trzecimi oraz zmiany wykonawców**

Klauzula reguluje zasady oraz przesłanki udzielania przez podmiot publiczny zgody na zawieranie przez partnera prywatnego umów z podmiotami, które nie zostały wskazane przez partnera prywatnego jako wykonawcy lub podwykonawcy na etapie zawierania umowy o PPP. Umowa o PPP może przewidywać, iż wybór takiego podwykonawcy przez partnera prywatnego będzie poprzedzony przetargiem, co przynajmniej w ujęciu teoretycznym, sprzyja przestrzeganiu standardów chroniących interes publiczny.

Postanowienia tej klauzuli odnoszą się także do procedury, dotyczącej zamiany wykonawców (podwykonawców), uczestniczących w procesie eksploatacji przedsięwzięcia. Partner prywatny jest zazwyczaj zobligowany do przedstawienia podmiotowi publicznemu projektów umów z takimi wykonawcami (podwykonawcami). Podmiot publiczny może proponować dokonanie zmian w takich umowach, w tym szczególnie w zakresie warunków wykonywania poszczególnych zadań, ustalenia wynagrodzenia i jego indeksacji.

## **11. Wstąpienie w prawa i obowiązki partnera prywatnego**

Przedmiotem klauzuli jest uzgodnienie zasad i trybu przejęcia przedsięwzięcia przez podmiot publiczny lub podmiot finansujący (względnie operatora wskazanego przez podmiot finansujący) w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających realizację przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. W prawie polskim powyższą problematykę reguluje art. 27 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Należy w tym miejscu wskazać, iż aktualne brzmienie tego artykułu wyłącza się uniemożliwić przejęcie przedsięwzięcia, na zasadach ustalonych w umowie o PPP przez instytucję finansową lub wskazany przez nią podmiot. Tym samym art. 27 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym może uniemożliwić realizację wielu projektów PPP ze względu na nieuwzględnianie interesów podmiotów, finansujących przedsięwzięcia realizowane w formule PPP.

Klauzula wskazuje także przesłanki „odebrania” przedsięwzięcia partnerowi prywatnemu (może być to efekt zaistnienia zagrożenia bezpieczeństwa personelu i użytkowników końcowych przedsięwzięcia, ryzyka zanieczyszczenia środowiska, popełnienia przez osoby reprezentujące partnera prywatnego przestępstw). Postanowienia przedmiotowej klauzuli korespondują z klauzulą, regulującą zasady rozwiązania umowy o PPP.

Jest to jedna z klauzul, stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

## **12. Ubezpieczenie**

Klauzula określa zakres obowiązku ubezpieczeniowego stron w okresie obowiązywania umowy w odniesieniu do szkód majątkowych,

osobowych oraz szkód, wynikających z faktu zaistnienia pewnych kategorii zdarzeń. Zakres obowiązku ubezpieczeniowego dla partnera prywatnego może zostać rozszerzony przez wymagania narzucone przez instytucję finansową kredytującą przedsięwzięcie.

Klauzula zazwyczaj precyzyjnie określa ryzyka, których ubezpieczenie jest obowiązkiem partnera prywatnego. Zgodnie z praktyką rynkową, w ramach projektu PPP powinny zostać wykupione polisy ubezpieczenia od nieszczęśliwych wypadków, od odpowiedzialności cywilnej, strat spowodowanych przestojem przedsięwzięcia, problemów eksploatacyjnych etc. Standardowo klauzula określa zasady przedłużania ubezpieczenia oraz potwierdzenia tego faktu. Klauzula wprowadza także zazwyczaj minimalne wymogi co do zakładów ubezpieczeniowych, w których może zostać wykupiona polisa.

Rozszerzenie zakresu ubezpieczonych ryzyk zwykle oznacza zwiększenie kosztu przedsięwzięcia. Klauzula określa również problematykę podziału między strony kwot wypłaconych przez zakład ubezpieczeń w związku z wystąpieniem zdarzenia ubezpieczeniowego.

Jest to jedna z klauzul, stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

### **13. Ryzyko nieubezpieczalne i nieubezpieczone**

Klauzula wymienia ryzyka, zagrażające przedsięwzięciu, które nie mogą zostać ubezpieczone w ramach polisy wystawionej przez wiarygodny zakład ubezpieczeń, bądź też takie ryzyka, z ubezpieczenia których strony z różnych względów zrezygnowały.

Klauzula zawiera postanowienia, określające sposób rozliczeń stron na wypadek wystąpienia nieubezpieczonych szkód. W wypadku powstania po stronie partnera prywatnego szkód w wyniku zaistnienia przypadku nieubezpieczonego ryzyka, podmiot publiczny zobowiązany jest zwykle do wydłużenia okresu eksploatacji przedsięwzięcia tak, aby mogło to zrekompensować podmiotowi prywatnemu w całości lub częściowo poniesione straty.

Jest to jedna z klauzul, stanowiących element konieczny umowy o PPP w rozumieniu art. 18 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

## **Część F: Finanse**

### **1. Finansowanie przedsięwzięcia**

Dokumentacja finansowa projektu PPP często jest podpisywana dopiero po zawarciu umowy o PPP (zawarcie umowy kredytowej stanowi zazwyczaj warunek zawieszający wejścia w życie umowy o PPP).

Powyższa klauzula określa przewidywaną przez partnerów finansową strukturę przedsięwzięcia PPP.

W chwili zawierania umowy o PPP model finansowania przedsięwzięcia jest już z reguły znany partnerom. Instytucje finansowe chcą mieć jednak pewność co do ostatecznego kształtu umowy o PPP zanim faktycznie udzieli finansowania.

Przedmiotowa klauzula zawiera zobowiązanie partnera prywatnego do przedstawiania podmiotowi publicznemu informacji finansowych dotyczących poszczególnych faz projektu (poczynając od wstępnego harmonogramu finansowania, a na warunkach spłaty kredytu kończąc).

Strony uzgadniają w tym miejscu także zakres dokumentacji finansowej, określając dokumenty, od przedstawienia których uzależnione jest dokonanie przepływów pieniężnych między:

- 1) podmiotem publicznym a partnerem prywatnym;
- 2) instytucją finansującą a partnerem prywatnym;
- 3) partnerem prywatnym a podwykonawcami;
- 4) spółką eksploatacyjną a jej pracownikami.

Klauzula ta pozwala zatem podmiotowi publicznemu oraz partnerowi prywatnemu kontrolować uzyskiwanie i wydatkowanie środków pieniężnych w ramach przedsięwzięcia.

## **2. Wydatki partnerów**

W przedmiotowej klauzuli, strony opierając się na definicji „wydatków partnera prywatnego” (w zależności od specyfiki danego przedsięwzięcia PPP do takich wydatków będą zaliczać się, przykładowo, wydatki związane z wynagrodzeniami dla pracowników, kosztami doradztwa, szkoleń, ubezpieczeń czy finansowania projektu) oraz „wydatków podmiotu publicznego” uzgadniają harmonogram ponoszenia powyższych wydatków. Określają także warunki, jakie muszą zostać spełnione, aby konkretne wydatki nastąpiły.

Postanowienie to pozwala podmiotowi publicznemu oraz partnerowi prywatnemu (a zatem pośrednio także i instytucji finansującej) wzajemnie kontrolować jakie wydatki, w jakiej wysokości i kiedy będą ponoszone przez ich kontrahenta z umowy o PPP.

## **3. Wynagrodzenie partnera prywatnego**

Klauzula ta określa mechanizm uzyskiwania przez partnera prywatnego przychodów z przedsięwzięcia, w tym częstotliwość płatności oraz ich zakładaną wysokość. Warto pamiętać, że stosownie do art. 4 pkt 7 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo partnera prywatnego do pobierania pożytków albo uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia lub zapłata sumy pieniężnej przez podmiot publiczny.

Źródłem przychodów partnera prywatnego będą najczęściej przepływy finansowe, które generuje ukończone przedsięwzięcie, takie jak:

- 1) przychody uzyskiwane przez partnera prywatnego w oparciu o opłaty wnoszone bezpośrednio przez użytkowników końcowych projektu, innych niż podmiot publiczny,
- 2) opłaty wnoszone przez podmiot publiczny na rzecz partnera prywatnego (często uzależnione od standardu świadczonych przez partnera prywatnego usług według przyjętych w umowie o PPP wzorów opisanych w punkcie 8 poniżej).

Wysokość opłat końcowych może być uzależniona od konkretnych warunków rynkowych albo być określana na podstawie obowiązujących taryf. Klauzula może zawierać zobowiązanie podmiotu publicznego do dokonywania na rzecz partnera prywatnego określonych dopłat, jeżeli taryfy, mające obowiązywać w przyszłości, będą dla partnera prywatnego mniej korzystne od taryf, które obowiązywały w czasie zawierania umowy. Taka regulacja właściwa jest w szczególności dla umów, w których podmiot publiczny zgadza się na wskazanie w umowie minimalnego poziomu zysku partnera prywatnego (patrz punkt 6 poniżej).

Jeżeli natomiast partner prywatny będzie uzyskiwał przychody z opłat uiszczanych przez podmiot publiczny, klauzula powinna określać obowiązki sprawozdawcze partnera prywatnego, których spełnienie, w oparciu o dane przedstawione przez partnera prywatnego i zweryfikowane przez niezależny podmiot, będzie warunkiem do określenia wysokości tych opłat. Warto także zauważyć, że przynajmniej część opłat wnoszonych przez podmiot publiczny na rzecz partnera prywatnego z reguły nie będzie wypłacana bezpośrednio partnerowi prywatnemu, lecz trafi na rachunek powierniczy prowadzony przez bank kredytujący projekt.

Dla porządku należy także wspomnieć o tzw. nadzwyczajnych elementach przychodowych takich jak odsetki, płatności z tytułu odszkodowań, polis ubezpieczeniowych etc.

#### **4. Regulacja opłat końcowych**

Klauzula ma charakter porządkowy i przywołuje istniejące regulacje sektorowe lub uchwały organów samorządu terytorialnego, regulujące opłaty za usługi publiczne.

#### **5. Sposób pobierania opłat i rachunki bankowe**

Przedmiotem klauzuli są uzgodnienia szczegółowe co do trybu pobierania opłat od użytkowników końcowych lub partnera prywatnego oraz kosztów poboru takich opłat, jak również opis wykorzystywanych do tego środków technicznych takich jak np. zakup elektroniczny czy przelewy na wskazane w klauzuli rachunki bankowe.

Klauzula zawiera również postanowienia co do warunków utworzenia, prowadzenia i zamknięcia rachunków bankowych, spis osób autoryzowanych do wydawania dyspozycji bankowych oraz opis przeprowadzania szczególnie skomplikowanych procedur bankowych (np. transakcji na instrumentach pochodnych) związanych z dokonywaniem przepływów pieniężnych w ramach projektu.

## **6. Zysk partnera prywatnego**

W niektórych projektach PPP partnerzy decydują się na uregulowanie minimalnego lub maksymalnego poziomu wynagrodzenia partnera prywatnego z przedsięwzięcia w określonym czasie. Klauzula określa także, w jaki sposób zakładany minimalny zysk partnera prywatnego zostanie „uzupełniony” przez podmiot publiczny, gdy partnerowi prywatnemu nie uda się osiągnąć minimalnego poziomu wynagrodzenia. W przypadku zaś przekroczenia maksymalnego poziomu zysku w interesie podmiotu publicznego będzie leżeć uregulowanie kwestii przeznaczenia nadwyżki na cele ulepszeń projektu, podwyższenia jakości świadczonych usług, rozszerzenia ich zakresu lub przeznaczenia zysku na inne cele publiczne.

## **7. Dywidenda**

Klauzula określa sposób dysponowania przez partnera prywatnego zyskiem osiągniętym w związku z realizacją przedsięwzięcia.

Jeżeli na potrzeby realizacji przedsięwzięcia zostanie zawiązana spółka kapitałowa, o której mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, klauzula będzie określać sposób podziału zysku przypadającego wspólnikom/akcjonariuszom spółki celowej (w praktyce udziałowcami/akcjonariuszami takiej spółki będą wyłącznie podmiot publiczny oraz partner prywatny). Podstawowym warunkiem do wypłaty dywidendy będzie właściwe funkcjonowanie przedsięwzięcia w aspekcie finansowym w okresie poprzedzającym wypłatę dywidendy.

Klauzula ta będzie mieć zastosowanie także w tych umowach o PPP, w których strony nie zdecydują się zawiązać spółki celowej. W niektórych projektach PPP, ochrona interesu publicznego może bowiem wymagać, aby w umowie o PPP znalazły się ograniczenia co do tego, jakim wspólnikom partnera prywatnego może być wypłacany zysk z przedsięwzięcia. Postanowienie tego rodzaju będzie szczególnie ważne dla podmiotu publicznego, jeżeli nie będzie on mieć kontroli nad tym, w jaki sposób dochodzi do zmian w strukturze kapitałowej partnera prywatnego (kontrolę taką, co do zasady, zawsze jednak będzie mieć kredytodawca partnera prywatnego).

## **8. Struktura wynagrodzenia**

Wynagrodzenie partnera prywatnego, pochodzące w całości od podmiotu publicznego z reguły będzie składać się z części stałej oraz zmiennej.

Część stała wynagrodzenia będzie mieć charakter gwarantowany, przez co nie będzie mogła być zmniejszana poprzez np. potrącanie przez podmiot publiczny należnych mu od partnera prywatnego płatności z tytułu kar umownych. Z biznesowego punktu widzenia ma to szczególne znaczenie dla projekcji finansowej przedstawianej przez partnera prywatnego instytucjom finansującym projekt.

Wysokość części zmiennej wynagrodzenia z reguły będzie uzależniona od jakości mierzalnych parametrów poddawanych ocenie (np. ilości przewiezionych przez partnera prywatnego pasażerów).

Klauzula będzie uwzględniać także sytuacje, w których partnerowi prywatnemu będzie należne wynagrodzenie np. za wprowadzone ulepszenia, rozbudowanie infrastruktury etc.

## **9. Sprawozdania finansowe**

Klauzula ma charakter porządkowy, jako że wskazuje międzynarodowe lub krajowe standardy rachunkowości, które powinny mieć zastosowanie w rachunkowości i sprawozdawczości finansowej przedsiębiorstwa. W ramach bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez podmiot publiczny (vide art. 18 pkt 6 ustawy z dnia 28 lipca 1995 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym) klauzula ta może także zawierać zobowiązanie partnera prywatnego do upublicznienia raportu rocznego. Z brzmieniem tej klauzuli skorelowane będą postanowienia odpowiednich klauzul umów, dotyczących finansowania przedsięwzięcia.

## **Część G: Kary finansowe**

### **1. Naliczanie kar i ich potrącanie**

Klauzula określa indywidualne kryteria i tryb ustalania wysokości kar umownych za nienależyte wykonanie konkretnych zobowiązań niepieniężnych przez partnera prywatnego albo wskazuje na generalny i jednolity tryb naliczania kar pieniężnych dla wyszczególnionych w umowie naruszeń jej postanowień przez partnera prywatnego. Niezależnie od tego jaki model regulacji kar strony zdecydują się przyjąć, w przedmiotowej klauzuli znajdują się postanowienia co do trybu ich egzekwowania.

Realizacji płatności kar pieniężnych służy potrącenie. Należy jednak pamiętać, że potrącenie będzie mieć rację bytu tylko w takich umowach o PPP, które przewidują płatność ze strony podmiotu publicznego na rzecz partnera prywatnego. Tylko bowiem w takiej sytuacji, w przypadku naruszenia przez partnera prywatnego jego zobowiązań umownych, podmiot publiczny będzie mógł zmniejszyć o wysokość przysługującej mu kary pieniężnej opłatę, jaką powinien uiścić partnerowi prywatnemu. Zazwyczaj też podmiot publiczny będzie dążył do wprowadzenia zakazu dokonywania potrąceń przez partnera prywatnego.

Analogicznie umowa o PPP reguluje problem uiszczania kar pieniężnych, które partner prywatny jest zobowiązany zapłacić wyłącznie w sytuacji naruszenia standardów świadczenia usług.

Niekiedy umowy o PPP przyznają również partnerom prywatnym uprawnienie do uzyskania odszkodowania w postaci kar pieniężnych, jeżeli po stronie podmiotu publicznego dojdzie do takich naruszeń postanowień umowy, które będą uniemożliwiać, znacząco utrudniać lub opóźniać realizację zadań przez partnera prywatnego.

Postanowienia klauzuli potwierdzają także zazwyczaj w sposób wyraźny, że nienależyte wykonanie zobowiązań przez partnera prywatnego, o ile było funkcjonalnie powiązane z naruszeniem postanowień umowy przez podmiot publiczny, nie może być podstawą do wymierzenia partnerowi prywatnemu jakichkolwiek sankcji.

Klauzula reguluje problematykę skutków niemożności świadczenia usług z powodów innych niż wina którejkolwiek ze stron lub zaistnienie przypadku siły wyższej. Są to zdarzenia, w wyniku których partner prywatny nie może wypełniać obowiązków nałożonych na niego w umowie o PPP, ale musi mieć zarazem pewność, że podmiot publiczny nie będzie mimo tego domagał się od niego kar pieniężnych lub że nie rozwiąże umowy. Ryzyko finansowe takiego zdarzenia zwykle ponosi partner prywatny, ponieważ jest w większej mierze władny zminimalizować jego skutki dla przedsięwzięcia.

Klauzula wprowadza także szczególny tryb notyfikacji o zaistnieniu zdarzeń, które mogą dać podstawę do naliczenia kary, potrącenia lub zlikwidowania skutków zdarzenia.

## **2. Zapobieganie powtarzającym się naruszeniom oraz powstaniu szkody**

Klauzula określa częstotliwość trwania oraz możliwe konsekwencje powtarzających się naruszeń postanowień umowy o PPP przez partnera prywatnego i rzadziej podmiotu publicznego, które mogą być rezultatem np. złego zaprojektowania, nieadekwatnej organizacji przedsięwzięcia, nieelastycznego przystosowania do zmian w podaży usług oraz innych dysfunkcji przedsięwzięcia.

Klauzula określa zasady przeciwdziałania, powiadamiania i ograniczania występowania powtarzających się naruszeń.

Klauzula określa także działania partnerów mających na celu monitorowanie ryzyk wystąpienia szkody, ostrzegania o możliwości zaistnienia szkody oraz zmniejszenia rozmiaru zaistniałej już szkody.

## **3. Przerwy w dostawie usług**

Przedmiotowa klauzula określa sytuacje, w których partner prywatny może przerwać dostawę usług. Do takich sytuacji należą, przykładowo, wymiana ważnej części wyposażenia bez możliwości technicznych unik-



nięcia przerwy, zagrożenie terrorystyczne, wypadek nie spowodowany przez operatora etc.

## **Część H: Zmiany**

### **1. Zmiany zakresu przedsięwzięcia**

Przedsięwzięcie, którego realizacja jest przedmiotem umowy o PPP (vide art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym), będzie dotyczyć działań, których zakres będzie podlegać mniejszym lub większym zmianom w okresie obowiązywania tej umowy. Umowa o PPP powinna zatem określać zakres przedsięwzięcia w taki sposób (patrz, pkt 4 części A niniejszego opracowania), aby obejmował on nie tylko bieżące, ale i przyszłe zadania publiczne, które jednak na dzień zawarcia umowy o PPP można już wstępnie zidentyfikować. W odniesieniu do tak ujętego zakresu przedsięwzięcia, klauzula będzie regulować te jego zmiany, których strony w chwili zawarcia umowy nie przewidywały lub przewidzieć nie mogły (np. ze względu na wprowadzenie nowych technologii).

Przedmiotowa klauzula określa, w pierwszej kolejności, „nieistotne” zmiany w przedsięwzięciu, które na wniosek partnera prywatnego lub podmiotu publicznego mogą być wprowadzone do zakresu przedsięwzięcia bez istotnych konsekwencji dla porządku współpracy między partnerami oraz zakresu obowiązków poszczególnych partnerów. Klauzula wprowadza uproszczoną procedurę notyfikacji przez strony takich drobnych zmian.

Klauzula rozstrzyga ponadto, który z partnerów i na jakich zasadach będzie ponosił odpowiedzialność oraz koszty implementacji istotnych zmian. Co do zasady, istotne zmiany w zakresie przedsięwzięcia, które będą dokonywane z inicjatywy podmiotu publicznego będą wywoływać także konieczność weryfikacji wysokości opłat wnoszonych przez podmiot publiczny na rzecz partnera prywatnego lub wysokości taryf. W wypadku gdy zmiana zakresu przedsięwzięcia następuje z inicjatywy partnera prywatnego, podmiot publiczny będzie domagał się przedstawienia oszacowania tych kosztów dokonanego na koszt partnera prywatnego przez niezależnego biegłego. Jeżeli taka zmiana będzie wnioskowana przez podwykonawcę, podmiot publiczny może żądać, aby partner prywatny przedstawił konkurencyjne oferty. Klauzula powinna wskazywać dopuszczalny zakres wzrostu kosztów spowodowanych zmianą zakresu przedsięwzięcia przy uwzględnieniu, że zmiany zakresu przedsięwzięcia nie mogą wykraczać poza uzgodniony przez strony cel umowy o PPP.

Stosownie do art. 18 pkt 8 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, umowa o PPP powinna określać zmiany zakresu przedsięwzięcia. Należy pamiętać, że zmiany tego rodzaju będą

dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy możliwość ich dokonania była przewidziana w specyfikacji wyboru partnera prywatnego.

## **2. Zmiany w prawie**

Zarówno partner prywatny, jak i podmiot publiczny są zobowiązani w całym okresie obowiązywania umowy i funkcjonowania przedsięwzięcia do przestrzegania wszelkich, mających zastosowanie do realizacji przedsięwzięcia przepisów prawa. Biorąc pod uwagę długoterminowy charakter umów o PPP, ryzyko kosztów związanych ze zmianami w prawie (ryzyko legislacyjne) musi być przez partnerów właściwie zidentyfikowane (vide art. 18 pkt 10 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym). Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego definiuje ryzyko o charakterze legislacyjnym jako ryzyko wystąpienia zmian w przepisach prawnych, mających wpływ na realizację przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

Partner prywatny będzie zawsze dążył do uniknięcia odpowiedzialności za ryzyko zmian w prawie, które mają charakter dyskryminujący. Ryzyko zmian w prawie o charakterze dyskryminującym będzie z reguły obejmować tylko takie zmiany w prawie, które wprost dotyczą przedsięwzięcia, partnera prywatnego, danych usług lub sektora gospodarki, w ramach którego wykonywane jest przedsięwzięcie. Ryzyka zmian w prawie o innym charakterze niż dyskryminujący z reguły będą obciążać partnera prywatnego lub będą „dzielone” między podmiot publiczny a partnera prywatnego.

Przedmiotowa klauzula odnosi się także do zmian w przepisach podatkowych, w tym, w szczególności, zmian stawek podatku VAT w okresie przedsięwzięcia.

W warunkach polskich partner prywatny będzie zwracał szczególną uwagę na ewentualne zmiany do ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, która to znowelizowana ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym wprowadziła częściową neutralność przedsięwzięć PPP w zakresie podatku dochodowego.

## **3. Zmiany treści umowy**

Przedmiotowa klauzula określa warunki zmiany treści umowy o PPP oraz procedurę takiej zmiany (np. kilkumiesięczny termin wejścia aneksu do umowy w życie).

Art. 18 pkt 8 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym przewiduje, że umowa o PPP powinna określać warunki i procedurę jej zmiany. Podobnie jak w przypadku zmian w zakresie

przedsięwzięcia, zmiany treści umowy będą dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy możliwość ich dokonania była przewidziana w specyfikacji wyboru partnera prywatnego. Na podstawie art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym podmiot publiczny jest zobowiązany do przekazywania ministrowi właściwemu do spraw gospodarki informacji o każdej zmianie umowy o PPP, powodującej zmianę danych uprzednio przekazanych ministrowi na podstawie ust. 1 tego artykułu. Chodzi tutaj przede wszystkim o zmiany umowy, powodujące zmianę łącznej kwoty wydatków na wykonanie umowy oraz zmiany w podziale ryzyk pomiędzy partnerami.

#### **4. Refinansowanie**

Klauzula reguluje procedurę współpracy stron w przypadku ubiegania się przez partnera prywatnego o refinansowanie nakładów poniesionych przez partnera prywatnego na realizację przedsięwzięcia.

#### **5. Zmiany podmiotowe**

Klauzula ta określa przesłanki zmiany podmiotu publicznego lub partnera prywatnego, będących dotychczas stroną umowy o PPP.

Konieczność dokonania zmiany podmiotowej po stronie podmiotu publicznego zazwyczaj wynika ze zmiany zakresu kompetencji podmiotu publicznego, który zawierał umowę o PPP lub stanowi następstwo likwidacji tego podmiotu, wynikające z reformy administracyjnej.

Ze względu na treść art. 27 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, strony nie mają pełnej swobody w zakresie dokonywania zmiany na pozycji partnera prywatnego (co już zostało wspomniane w punkcie 11 części E niniejszego opracowania, ograniczenie tego rodzaju uderza przede wszystkim w podmioty finansujące projekt). Wszelkie zmiany powinny być bowiem dokonywane wyłącznie w oparciu o treść tego artykułu.

Klauzula zazwyczaj precyzyjnie wskazuje „okoliczności uniemożliwiające realizację przedsięwzięcia”, których wystąpienie jest warunkiem wystarczającym do dokonania zmiany partnera prywatnego. Przedmiotowa klauzula powinna także określać lub pozostawiać stronom do określenia w przyszłości te wybrane prawa i obowiązki, w które wstąpić może nowy partner prywatny (jeżeli nie wstępuje w całość praw i obowiązków dotychczasowego partnera).

W praktyce zachodnioeuropejskiej klauzula określa sytuację, w której osoba trzecia (najczęściej podmiot kontrolowany przez bank kredytujący projekt) przejmuje uprawnienia dotychczasowego partnera prywatnego, w sytuacji gdy ten utracił zdolność należytego wykonywania swoich zobowiązań z umowy o PPP. W wypadku przejęcia przedsięwzięcia podmiot ten staje się uprawnionym do uzyskiwania wynagrodze-

nia od podmiotu publicznego lub opłat pobieranych od użytkowników końcowych.

Klauzula reguluje także zazwyczaj kwestie zmian w strukturze własnościowej partnera prywatnego. Podmiot publiczny powinien bowiem, co do zasady, mieć kontrolę nad tym, kto jest współnikiem/akcjonariuszem partnera prywatnego, choć zakres jego kontroli powinien mieć zawsze charakter wtórny wobec kontroli sprawowanej w tym zakresie przez instytucje finansowe – kredytodawców partnera prywatnego.

## **Część I: Wygaśnięcie i rozwiązanie umowy**

### **1. Wygaśnięcie umowy**

Przedmiotowa klauzula określa obowiązki stron pozostające w związku z wygaśnięciem umowy o PPP. W szczególności nawiązuje do tych postanowień umowy (vide część J opracowania), które określają, w jaki sposób dojdzie do przekazania przez partnera prywatnego podmiotowi publicznemu składnika majątkowego, jeżeli obowiązek przekazania składnika nie został w umowie o PPP wyłączony (art. 25 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym).

Klauzula określa także zakres oraz podział kosztów badania stanu prawnego, technicznego i finansowego składnika majątkowego dla celów związanych z jego przejęciem przez podmiot publiczny.

W warunkach polskich przedmiotowa klauzula może także opisywać tryb wykupienia przez podmiot publiczny udziałów/akcji w spółce celowej (vide art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym). Strony powinny postanowić także o pozostałych wzajemnych rozliczeniach po wygaśnięciu umowy o PPP, związanych np. z płatnościami zaległych kar umownych czy zwolnieniami pracowników.

### **2. Rozwiązanie umowy**

Klauzula precyzyjnie określa sytuacje, w których umowa o PPP może zostać rozwiązana przez jedną ze stron. Rozwiązanie umowy jest zawsze wyjściem ostatecznym, które z reguły odbywa się ze szkodą nie tylko dla wszystkich podmiotów zaangażowanych (bezpośrednio lub pośrednio) w realizację przedsięwzięcia, ale i ze szkodą dla interesu publicznego. W praktyce zachodnioeuropejskiej postanowienia dotyczące rozwiązania umowy pozostają pod silnym wpływem postanowień tak zwanej umowy bezpośredniej, którą strony umowy o PPP zawierają z podmiotem finansującym przedsięwzięcie.

Klauzula może przewidywać uprawnienie partnera prywatnego do wypowiedzenia umowy o PPP z powodu naruszenia jej postanowień przez podmiot publiczny. W takim wypadku klauzula określa zazwyczaj jak długo lub z jaką częstotliwością taka sytuacja musi występować, aby partner prywatny mógł zrealizować swoje uprawnienie do rozwiązania

umowy oraz podniesienia roszczeń odszkodowawczych. Przypadki naruszenia umowy o PPP przez podmiot publiczny najczęściej będą związane z wyłączeniem partnera prywatnego ze składników majątkowych, służących mu do realizacji przedsięwzięcia, brakiem płatności wynagrodzenia, wystąpieniem sytuacji, która uczyni wykonywanie umowy o PPP przez partnera prywatnego niemożliwym lub obiektywnie nieopłacalnym. Klauzula może przewidywać okres w trakcie którego podmiot publiczny będzie mógł wyeliminować skutki zaistniałych zdarzeń, stanowiących podstawę do wypowiedzenia umowy przez partnera prywatnego. Umowie o PPP, jako jeden z załączników, może towarzyszyć także wzór dokumentu wypowiedzenia, w którym partner prywatny musi przede wszystkim wskazać, który z przypadków uprawniających go do wypowiedzenia umowy wystąpił po stronie podmiotu publicznego.

Katalog sytuacji, w których to podmiot publiczny będzie uprawniony do wczesnego wypowiedzenia umowy o PPP jest z reguły o wiele szerszy niż katalog sytuacji, w których aktualizuje się uprawnienie partnera prywatnego do wypowiedzenia umowy. Ogólnie, chodzi tu o każdy przypadek działania lub zaniechania po stronie partnera prywatnego, który ma istotny, niekorzystny wpływ na realizację przedsięwzięcia i jakość świadczonych usług. W szczególności, sytuacje tego rodzaju mogą wiązać się z wystąpieniem przypadku upadłości partnera prywatnego, długotrwałym niewykonywaniem przez niego zobowiązań z umowy o PPP, nieuzyskaniem przez niego wymaganego poziomu ochrony ubezpieczeniowej etc. Analogicznie, klauzula określa okres naprawczy przysługujący partnerowi prywatnemu, termin wypowiedzenia umowy przez podmiot publiczny, wzór dokumentu wypowiedzenia.

Klauzula zazwyczaj określa też procedurę rozwiązania umowy za obopólną zgodą, w przypadku gdyby kontynuowanie przedsięwzięcia miało okazać się w przyszłości obiektywnie bezprzedmiotowe ze względów związanych np. z wynalezieniem nowych technologii czy radykalną zmianą popytu na usługi danego rodzaju. Na wypadek takiej okoliczności partnerzy, w uzgodnieniu z instytucją finansującą i udziałowcami partnera prywatnego, uzgadniają warunki rozliczenia uwzględniając wszelkie należne odszkodowania, koszty zwolnień pracowników, koszty rozwiązania umów na dostawy towarów, materiałów i usług, koszty informowania kontrahentów etc.

Art.18 pkt 7 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, wskazuje, że umowa o PPP powinna określać warunki i sposób jej rozwiązania przed upływem terminu, na jaki została zawarta wraz z zasadami rozliczeń i odszkodowań w takich przypadkach. Podobnie jak w przypadku klauzuli opisującej prawa i obowiązki stron w przypadku wygaśnięcia umowy o PPP, przedmiotowa klauzula może opisywać tryb przekazania składnika majątkowego oraz pierwokupu akcji/udziałów w spółce celowej.

### 3. Szczególne przypadki rozwiązania umowy

Najczęściej są to:

- 1) przypadek siły wyższej – partnerzy powinny zdefiniować wydarzenia, które kwalifikują jako przypadki siły wyższej (vide pkt 3 części A niniejszego opracowania) umożliwiające każdej ze stron rozwiązanie umowy; w przypadku gdy wynagrodzenie partnera prywatnego w całości pochodzi od podmiotu publicznego, wystąpienie przypadku siły wyższej nie będzie co prawda wstrzymywać płatności na rzecz partnera prywatnego, ale ich wysokość (zgodnie z zasadą sprawiedliwego „dzielenia ryzyka”) będzie z reguły znacznie zmniejszona;
- 2) korupcja i inne przestępstwa na szkodę podmiotu publicznego – chodzi tu o następstwa popełnienia przestępstw, które w warunkach polskich określone są przede wszystkim w rozdziale XXIX ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, takich jak np. przestępstwo wywierania wpływu na czynności urzędowe, zmuszania funkcjonariuszy publicznych do określonego zachowania, przestępstwo łapownictwa, płatnej protekcji etc. Klauzula ta powinna określać, że podmiot publiczny nie będzie uprawniony do rozwiązania umowy o PPP, w przypadku gdy partner prywatny dochował należytej staranności w wyborze osoby działającej w jego imieniu lub w jego interesie albo gdy wykaże, że sprawował należyty nadzór nad taką osobą, a mimo to popełniła ona przestępstwo. W praktyce zatem podmiot publiczny będzie mógł rozwiązać umowę i domagać się od partnera prywatnego odszkodowania z tego tytułu tylko, w przypadku gdy partner prywatny poniesie odpowiedzialność na zasadach określonych w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary;
- 3) nienależyte wykonywanie zobowiązań związanych z uzyskaniem refinansowania – uzyskanie przez partnera prywatnego refinansowania jego dotychczasowego zadłużenia będzie z reguły uzależnione od wyrażenia zgody na zmianę warunków finansowania przedsięwzięcia przez podmiot publiczny; podmiot publiczny będzie także dążył do partycypowania w korzyściach finansowych, które partner prywatny uzyskał w wyniku refinansowania; ponieważ refinansowanie z reguły wpływa na całą strukturę finansową przedsięwzięcia, jakiegokolwiek niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie zobowiązań w tym przedmiocie przez partnera prywatnego może prowadzić do zagrożenia powodzenia całego projektu; klauzula ta stanowi zatem swoisty „zwór bezpieczeństwa” na wypadek niekorzystnych skutków refinansowania dla projektu wynikłych z powodów leżących po stronie partnera prywatnego;
- 4) dobrowolne rozwiązanie umowy przez podmiot publiczny – podmiot publiczny będzie z reguły chciał zachować dla siebie prawo do wypowiedzenia umowy w każdym czasie, bez odwoływania się do przyczyn

opisanych powyżej; regułą w takim przypadku jest jednak wypłata partnerowi prywatnemu pełnego odszkodowania (obejmującego zarówno szkodę rzeczywistą, jak i utracone korzyści).

Postanowieniom dotyczącym rozwiązania umowy o PPP towarzyszą szczegółowe, bardzo rozbudowane postanowienia określające sposób rozliczenia stron.

#### **4. Współpraca z następcą**

Klauzula określa zasady współpracy partnera prywatnego z podmiotem, który przejmie prowadzenie przedsięwzięcia.

#### **5. Przedłużenie okresu wykonywania niektórych postanowień umowy**

Klauzula określa warunki, na jakich może, w interesie publicznym, nastąpić ewentualne przedłużenie okresu obowiązywania umowy (mimo wygaśnięcia części jej postanowień) oraz wskazuje, w jaki sposób prawa i obowiązki podmiotu publicznego oraz partnera prywatnego ulegną zmianie w takim przedłużonym okresie obowiązywania.

### **Część J: Przekazanie składnika majątkowego podmiotowi publicznemu**

#### **1. Tryb przekazania**

Klauzula reguluje procedurę zwrotnego przekazania składnika majątkowego przez partnera prywatnego na rzecz podmiotu publicznego lub innego wskazanego przez podmiot publiczny podmiotu (jest to mechanizm właściwy, w szczególności dla opisywanych w niniejszym opracowaniu projektów PPP realizowanych w modelach BOT oraz BOOT). Przez pojęcie przekazanie składnika majątkowego należy rozumieć zarówno zwrotne przeniesienie tytułu prawnego do składnika majątkowego, jak i jego wydanie podmiotowi publicznemu w celu ponownego objęcia go przez podmiot publiczny w posiadanie.

Uwzględniając przepisy ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym klauzula będzie odnosić się do przyrzeczonej umowy zwrotnej sprzedaży lub darowizny, której wzór powinien zostać załączony do umowy o PPP. W przypadku wydania składnika majątkowego podmiotowi publicznemu opisywana klauzula powinna wskazywać, w jaki sposób dojdzie do przekazania posiadania składnika, w szczególności w jaki sposób będzie kształtować się kwestia przejścia ryzyka jego przypadkowej utraty, zniszczenia etc.

Jeżeli partner prywatny korzystał ze składnika majątkowego na podstawie tytułu obligacyjnego przedmiotowa klauzula powinna również określać termin przekazania składnika majątkowego po zakończeniu wykonywania umowy (w przeciwnym razie znajdzie zastosowanie art. 455 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, mówiący o speł-

nieniu świadczenia przez dłużnika niezwłocznie po wezwaniu go do tego przez wierzyciela).

Należy pamiętać, że stosownie do art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-privatnym przekazanie składnika majątkowego może nastąpić nie tylko na rzecz podmiotu publicznego, ale i na rzecz państwowej lub samorządowej osoby prawnej utworzonej na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych lub spółki handlowej z większościovym udziałem jednostki samorządowej lub Skarbu Państwa. Biorąc pod uwagę długoterminowy charakter umowy o PPP podmiot publiczny może nie być w chwili zawierania umowy o PPP zainteresowany w ścisłym określeniu w tej klauzuli podmiotu, na rzecz którego będzie mogło nastąpić przekazanie składnika majątkowego.

Biorąc pod uwagę dyspozytywny charakter art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-privatnym, przedmiotowa klauzula może przewidywać, że składnik majątkowy zostanie przekazany niezależnie od stanu, w jakim w chwili przekazania będzie się znajdować. Podmiot publiczny z reguły jednak będzie dążył do tego, aby partner prywatny zobowiązał się do przekazania składnika majątkowego w stanie co najmniej nie pogorszonym, z uwzględnieniem jego zużycia wskutek prawidłowego używania, a także w stanie wolnym od obciążeń.

Klauzula może wskazywać, że przekazanie składnika majątkowego zostanie poprzedzone działaniami renowacyjnymi, wymianą elementów eksploatacyjnych, szkoleniem pracowników etc. W związku z powyższym umowa może przewidywać przeprowadzenie niezbędnych analiz stanu technicznego oraz prawnego przekazywanego składnika. Jeżeli tak będzie, klauzula powinna także określać działania, które partner prywatny będzie zobowiązany podjąć w celu realizacji zaleceń, płynących z przedmiotowych analiz.

## **2. Zakres przekazania**

Klauzula służy zidentyfikowaniu praw majątkowych związanych z własnością zwracanych podmiotowi publicznemu składników majątkowych. Mogą to być na przykład prawa własności intelektualnej, prawa do zgromadzonych zapasów, wierzytelności z umów kooperacyjnych, dokumentów gwarancji, umów ubezpieczenia etc.

## **3. Koszty przekazania**

Klauzula rozstrzyga o podziale kosztów przekazania podmiotowi publicznemu składnika majątkowego. Przykładowo chodzi tu o takie koszty jak taksa notarialna, koszty ekspertyz, inwentaryzacji etc.

## **4. Zwolnienie zabezpieczeń**

Klauzula reguluje zagadnienia zwolnienia zabezpieczeń rzeczowych, obciążających składniki majątkowe przekazywane podmiotowi publicz-



nemu. W interesie podmiotu publicznego leży przejęcie składnika majątkowego bez jakichkolwiek obciążeń, takich jak np. hipoteki czy zastawy rejestrowe ustanowione na rzecz banku, udzielającego finansowania partnerowi prywatnemu.

Podmiot publiczny powinien zapewnić sobie także możliwość odstąpienia od przejęcia składnika majątkowego, jeżeli przejęcie pociągałoby za sobą negatywne konsekwencje finansowe dla podmiotu publicznego.

## **5. Przejęcie pracowników**

Klauzula może odwoływać się do punktu 3 części E, dotyczących przejęcia pracowników lub wprowadzać własny, szczególny tryb przejęcia przez podmiot publiczny pracowników partnera prywatnego wraz z przejęciem „powracającego” do podmiotu publicznego składnika majątkowego, stanowiącego zakład pracy.

## **Część K: Pozostałe postanowienia**

### **1. Dostosowanie modelu finansowego**

Klauzula wprowadza szczegółową procedurę modyfikacji modelu finansowego przewidzianego dla przedsięwzięcia, obejmującą zmiany w wysokości płatności na rzecz partnera prywatnego, wynikającą z wystąpienia wydarzeń stanowiących zgodnie z umową o PPP, podstawę do zrewidowania założeń finansowych przedsięwzięcia.

### **2. Podwykonawstwo**

Klauzula określa kompetencje podmiotu publicznego w zakresie wyboru lub zatwierdzania podwykonawców przez partnera prywatnego. Z reguły uprawnienia podmiotu publicznego do zatwierdzenia podwykonawcy są ograniczone do sytuacji, gdy wybór podwykonawcy, ze względu na charakter projektu, może mieć bezpośredni wpływ na obronność lub bezpieczeństwo Państwa lub obywateli.

Klauzula zawiera zazwyczaj zobowiązanie partnera prywatnego do informowania podmiotu publicznego o dokonanych zmianach podwykonawców. W ramach zapewnień i oświadczeń (vide pkt 8 części A opracowania) partner prywatny powinien zapewnić podmiot publiczny, że wybrani przez niego podwykonawcy posiadają lub będą posiadać odpowiednie kwalifikacje do wykonywania zleconych im zadań.

### **3. Własność intelektualna**

Klauzula określa zasady ochrony własności intelektualnej podmiotu publicznego, partnera prywatnego oraz związanych z nimi innych podmiotów zaangażowanych w przedsięwzięcie. Strony w szczególności zapewniają ochronę technologiom i procesom o charakterze innowacyjnym.

Standardowo klauzula przewiduje, iż partner prywatny musi udokumentować swoje (oraz swoich podwykonawców) uprawnienia do posługiwania się w ramach przedsięwzięcia technologiami i materiałami chronionymi przez prawo własności intelektualnej. Podmiot publiczny ze swej strony jest również zobowiązany do podjęcia działań mających na celu zidentyfikowanie wszelkich ograniczeń w możliwościach wykorzystywania w ramach przedsięwzięcia tych praw własności intelektualnej, którymi dysponuje podmiot publiczny, jak i tych, które „wnosi” partner prywatny.

Klauzula określa wysokość oraz sposób uiszczania opłaty licencyjnej za udostępnione drugiej stronie prawa własności intelektualnej.

Klauzula powinna również regulować zasady odpowiedzialności stron za naruszenie praw własności intelektualnej.

Przedmiotem klauzuli są również warunki, koszt i tryb zwrotnego przeniesienia praw własności intelektualnej po wygaśnięciu albo rozwiązaniu umowy, jak również wydania nośników tych praw.

#### **4. Informacje poufne**

Klauzula zazwyczaj wprowadza zasadę udostępniania wszelkich informacji o przedsięwzięciu, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa partnera prywatnego oraz określa szczególne, obiektywne kryteria kwalifikowania określonych informacji jako informacji poufnych.

W warunkach polskich, ze względu na zasadę jawności informacji publicznych (w tym zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) swoboda stron w zakresie określania tego, które z wzajemnych uzgodnień może być objęte poufnością, doznaje dużych ograniczeń. Klauzula musi także uwzględniać postanowienia art. 20 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz obowiązki sprawozdawcze przewidziane w rozporządzeniu ministra gospodarki z dnia 9 czerwca 2006 r. w sprawie szczegółowego zakresu, form i zasad sporządzenia informacji dotyczących umów o partnerstwie publiczno-prywatnym.

#### **5. Zakaz nieuzgodnionych wypowiedzi publicznych**

Klauzula nakłada na partnera publicznego oraz jego podwykonawców obowiązek konsultowania z podmiotem publicznym wszelkich publicznych wypowiedzi dotyczących sposobu funkcjonowania przedsięwzięcia, w tym w szczególności problemów przeżywanym przez przedsięwzięcie.

#### **6. Odsetki**

Klauzula ustala wysokość odsetek umownych od nieuiszczonych w terminie kwot pieniężnych należnych poszczególnym stronom umowy o PPP.

## **7. Dane osobowe**

Klauzula określa sposób oraz zasady posługiwania się przez partnera prywatnego danymi osobowymi przetwarzanymi w ramach realizacji przedsięwzięcia, w tym danymi, przekazanymi partnerowi prywatnemu przez podmiot publiczny.

## **8. Ograniczenie odpowiedzialności**

Klauzula wprowadza zazwyczaj limit ograniczający wysokość odszkodowania, które jedna ze stron umowy o PPP będzie zobowiązana uiścić na rzecz drugiej strony w przypadku naruszenia postanowień umowy o PPP. W warunkach polskich umowa o PPP może też wprowadzać ograniczenie odpowiedzialności przewidywane przez art. 473 § 2 Kodeksu cywilnego.

## **9. Zbieg roszczeń**

Klauzula reguluje zasady kolizji roszczeń, które jedna ze stron umowy wobec PPP może podnosić wobec drugiej strony.

## **10. Całość umowy**

Stosownie do tej klauzuli, pisemna umowa o PPP (wraz z wyszczególnionymi w niej dokumentami towarzyszącymi) stanowi całość porozumienia pomiędzy podmiotem publicznym oraz partnerem prywatnym w zakresie objętym jej przedmiotem. Uniemożliwia to stronom umowy o PPP powoływanie się na jakiegokolwiek ustne uzgodnienia podjęte przez strony np. w trakcie negocjacji, które miałyby uzupełniać treść umowy.

## **11. Język i egzemplarze**

Specyfika projektów PPP zakłada udział w nich wielu podmiotów, w tym podmiotów zagranicznych. Klauzula określa, w jakich językach i w jakiej ilości egzemplarzy została sporządzona umowa o PPP.

W warunkach polskich, w przypadku wystąpienia różnic między wersjami językowymi umowy o PPP moc wiążącą będzie miała polska wersja językowa umowy o PPP. Klauzula może zobowiązywać partnerów do składania dokumentów związanych z umową o PPP w języku polskim oraz w wybranym języku obcym. Wszelkim dokumentom składanym w innych językach powinny towarzyszyć tłumaczenia na język polski.

## **12. Zawiadomienia**

Klauzula określa procedurę dokonywania powiadomień przekazywanych w związku z umową o PPP. Klauzula określa dane adresowe podmiotu publicznego oraz partnera prywatnego wraz ze wskazaniem osoby do kontaktu. Przedmiotowa klauzula nakłada także na podmiot publiczny oraz na partnera prywatnego obowiązek niezwłocznego zawiadamiania się nawzajem o wszelkich zmianach danych teleadresowych.

### **13. Częściowa nieważność**

Klauzula ta stanowi interpretacyjny „wentyl bezpieczeństwa” na wypadek, gdyby okazało się, że którekolwiek z postanowień umowy o PPP (lub innych dokumentów projektu) okaże, sprzeczne z prawem, nieważne lub niewykonalne. Klauzula zawiera postanowienia rozstrzygające, w jaki sposób taka sytuacja wpłynie na wykonalność pozostałych postanowień umowy.

### **14. Rozwiązywanie sporów, prawo właściwe i jurysdykcja**

Klauzula określa procedurę polubownego załatwienia sporów wynikłych z umowy o PPP. W zależności od specyfiki konkretnego przedsięwzięcia podmiot publiczny oraz partner prywatny mogą, mniej lub bardziej szczegółowo, uregulować zasady polubownego załatwiania sporów „w ich wczesnym stadium”, tak aby nie doprowadziły one do postępowania sądowego z wszelkimi jego negatywnymi konsekwencjami dla przedsięwzięcia (czas, koszty, zaangażowanie sporu etc).

Przedmiotowa klauzula może wskazywać na sąd miejscowo właściwy do rozstrzygnięcia sporów, dotyczących umowy o PPP lub też zawierać zapis na sąd polubowny.

Prawem właściwym dla umów o PPP, dotyczących przedsięwzięć realizowanych przez polskie podmioty publiczne będzie prawo polskie.

## **VI. SZCZEGÓŁOWE ZAPISY ILUSTRUJĄCE MECHANIZMY ZABEZPIEZAJĄCE STRONĘ DLA WYBRANYCH ROZDZIAŁÓW**

### **Wstęp**

W Polsce istnieją gotowe wzorce umów koncesyjnych w sektorze wodno-kanalizacyjnym, w sektorze budowy autostrad, również w sektorze budowy terminali lotnisk. Dotarcie do treści takich umów, pomimo że podmiot publiczny występuje w nich jako strona, nie jest zadaniem prostym. Autorowi nie udało się dotrzeć do umów koncesyjnych zawartych na budowę autostrad przez Rząd Polski za pośrednictwem Ministerstwa Infrastruktury, a ostatnio ministerstwa Transportu. Podstawą prawną dla umów dotychczas zawartych stanowiły inne akty prawne niż ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 28 lipca 2006 r.

W kraju na dzień dzisiejszy, według najlepszej wiedzy autorów – nie istnieją umowy o partnerstwie publiczno-privatnym sporządzone na podstawie ustawy z dnia 28 lipca 2005 r.

### **Zapisy szczegółowe w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym**

Biorąc pod uwagę kompleksowość umów o partnerstwie publiczno-privatnym, jak również specyfikę branżową przedsięwzięć oraz różne możliwe struktury finansowania przedsięwzięć, w samej ustawie przyjęto kilka podstawowych założeń, które będą sprzyjać standaryzacji. Są to definicje pojęć.

- 1) Partner prywatny – według definicji jak w ustawie o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 28 lipca 2005 r. Art. 4, ust. 2) przy założeniu, że formuła opisana w Art.19, ust 1, polegająca na utworzeniu spółki celowej (zwanej w ustawie „spółką kapitałową”) będzie naturalną formą, w jakiej wystąpi w przedsięwzięciu partner prywatny.
- 2) Przedsięwzięcie – zgodne z definicją ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 28 lipca 2005 r. Art. 4, ust.1, przedsięwzięcie nazwane zostało w ustawie „inwestycją” łącznie z Art. 4 ust. 4 nazywane w ustawie „przedsięwzięciem”. Definicja obejmuje również

wszelkie świadczenia oraz łączne prawa i obowiązki stron związane ze świadczeniem usług we wszystkich fazach przedsięwzięcia.

- 3) Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym obejmuje umowę główną wraz z dokumentacją stanowiącą całość porozumienia stron w zakresie przedsięwzięcia, zgodnie z opisem zawartym w rozdziale Nr V Część J: Postanowienia Dodatkowe Punkt Nr 7 pt: „Całość umowy”.

Umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym zawierają liczne klauzule, które mogą zostać przyjęte jako wzorcowe na poziomie tworzenia wzorców sektorowych.

W celu przybliżenia niektórych standardów wybrano kilka klauzul, które zawarte są niemal we wszystkich umowach o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Dla przedstawienia wybranych klauzul w brzmieniu oryginalnym posłużono się zapisami, pochodzącymi z umów zagranicznych dostępnych autorom. Zapisy ilustrują zabezpieczenia i postanowienia wybrane z różnych części umów.

## **1. Standardowy zapis**

### ***Konflikt z innymi umowami***

- 1) *W wypadku zaistnienia jakiegokolwiek konfliktu pomiędzy obecną umową o partnerstwie publiczno-prywatnym i jakimkolwiek innym dokumentem stanowiącym całość porozumienia stron i wchodzącym w skład tego porozumienia, zapisy znajdujące się w umowie o partnerstwie publiczno-prawnym są obowiązujące w stosunku do zapisów pozostających w konflikcie z nimi i znajdującymi się w innych dokumentach stanowiących całość porozumienia.*
- 2) *Na wypadek zaistnienia konfliktu pomiędzy poszczególnymi zapisami w dokumentach wchodzących w skład całości porozumienia, ustala się następującą hierarchię ważności tych dokumentów, gdzie zapisy w dokumentach, zajmujących pozycje umieszczone powyżej są obowiązujące w stosunku do zapisów znajdujących się w stanie konfliktu z nimi a pochodzącymi z dokumentów znajdujących się poniżej.*

*[następuje lista hierarchii dokumentów]*

## **2. Standardowy zapis**

### ***Całość porozumienia***

- (a) *Obecna umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym w zakresie parafowanym/podpisanym przez strony stanowi całokształt porozumienia stron zawartym w związku z przedmiotem porozumienia i zastępuje wszelkie poprzednio wymieniane uzgodnienia, komunikacje, informacje i negocjacje dotyczące przedmiotu porozumienia. Jeżeli nie jest to wyraźnie wskazane przez strony umowy w inny sposób, jest ona jedynym dokumentem, który stanowi całość porozumienia stron.*

(b) Każda ze stron porozumienia stwierdza, że:

(i) zawiera niniejszą umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym na bazie dokumentów określonych jako całość porozumienia i tylko, i jedynie tych dokumentów i informacji w nich zawartej, nie biorąc pod uwagę ani teraz ani w przeszłości żadnych oświadczeń, informacji (niezależnie od jej źródła i charakteru), ani gwarancji, obietnic, zapewnień przedstawionych w słowie lub na piśmie przez jakąkolwiek instytucję lub osobę (niezależnie od tego, czy reprezentującą stronę tej umowy, czy też nie, oświadczając, że nie bierze pod uwagę ani nie kieruje się innymi niż zawartymi w tej umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym zapisami i że jedynym przeciwdziałaniem w wypadku nieprawdziwych zapisów lub błędnych informacji zawartych w tej umowie będą środki zaradcze zawarte w tej umowie.

(ii) ten zapis nie odnosi się do jakichkolwiek stwierdzeń, klauzul, gwarancji złożonych nieprawdźwie oraz do żadnych zapisów znajdujących się w tej umowie, które są rezultatem działań zmierzających do fałszywego reprezentowania stanu faktycznego. Dla takich stwierdzeń użyte będą wszelkie środki zaradcze możliwe do zastosowania w ramach niniejszej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym i prawa, któremu ona podlega.

Powyższe uzgodnienie zostało sporządzone na piśmie i podpisane przez upoważnionych reprezentantów stron.

### **3. Standardowy zapis**

#### **Zrzeczenie się/rezygnacja**

(a) Jakiegokolwiek odstępstwo, niedbałość, zaniechanie, nieprawidłowe wykorzystanie, opóźnienie lub inne przewinienie (nazywane tutaj zbiorczo „niedbałością”), spowodowane przez którąś ze stron podczas wykonywania postanowień niniejszej umowy lub niewykonanie przez którąś ze stron obowiązków lub praw, wynikających z umowy nie będzie uważane jako rezygnacja z takiego obowiązku lub prawa i nie wpłynie na możliwość wykonania takiego prawa lub poszukiwania środka zaradczego, ani nie powoduje takie „zaniedbanie” rezygnacji z żadnych innych praw nadanych stronie tą umową (niezależnie czy w interesie strony, czy też przeciwko niej).

(b) Za rezygnację z określonego obowiązku lub prawa przysługującego stronie w wyniku podjętych tą umowa zobowiązań uważa się tylko i jedynie oświadczenie sporządzone na piśmie i podpisane przez upoważnionego reprezentanta strony, rezygnującej z wykonania postanowienia umowy.

#### 4. Standardowy zapis

##### **Poprawki**

*Żaden zapis znajdujący się w niniejszej umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym (włączając bez ograniczenia niniejszy zapis), nie może być poprawiany, zmieniany zastąpiony innym zapisem lub w inny sposób zmieniony oraz żaden zapis nie może zostać dodany lub przyłączony do niniejszej umowy, z wyjątkiem zmian uzgodnionych na piśmie i podpisanych przez upoważnionych reprezentantów stron.*

#### 5. Standardowy zapis

##### **Szybkie rozwiązywanie kwestii spornych**

- (a) Kwestie sporne wyraźnie określone kompetencją trybu szybkiego rozwiązywania, powinny być kwalifikowane do takiego trybu przez niezależnego eksperta.*
- (b) W okresie [pięciu] dni roboczych po tym jak kwestia sporna została przekazana przez którąś ze stron do odpowiedniego niezależnego eksperta, ekspert zobowiąże strony do pisemnego przedstawienia swoich racji i stanowiska. Ekspert samodzielnie i bez sugestii z zewnątrz podejmie decyzję, czy przesłuchanie stron jest konieczne w celu rozwiązania zaprezentowanej kwestii spornej.*
- (c) Ekspert musi dysponować możliwością dobrego przygotowania materiału dotyczącego kwestii spornej, autorytetem i kompetencjami wystarczającymi dla podjęcia decyzji w skierowanej do niego kwestii spornej i w razie podjęcia decyzji o przesłuchaniu stron ekspert powinien kierować procesem uzyskiwania informacji.*
- (d) Ekspert określi czas i miejsce przesłuchania (ograniczone do kraju, w którym odbywa się przedsięwzięcie) oraz określi wszelkie istotne aspekty przedmiotu przesłuchania. Dodatkowo ekspert określi tryb składania zeznań i zdecyduje, czy wystąpienia stron w formie wypowiedzi są konieczne. Ekspert musi się kierować obiektywizmem, poszukiwaniem rozwiązań efektywnych ekonomicznie i szybkich do wdrożenia.*
- (e) Ekspert przedstawi stronom decyzję na piśmie w okresie [czternastu] dni roboczych od daty skierowania kwestii spornej do rozwiązania w trybie szybkim (lub innym terminie ustalonym przez strony). Ekspert musi umotywić swój werdykt, jeżeli poprosi o to którąś ze stron.*
- (f) Koszt związany ze skierowaniem kwestii spornej do szybkiego rozwiązania będzie pokryty w taki sposób pomiędzy stronami, jak wskaże ekspert, lub w razie braku takiego określenia w równej części pomiędzy stronami. Każda ze stron ponosi ponadto koszty własne*



związane ze skierowaniem kwestii spornej do szybkiego rozwiązania, z włączeniem kosztów prawnych i kosztów powołania świadków.

- (g) Postępowanie w trybie szybkiego rozwiązywania kwestii spornych jest objęte klauzulą poufności. Wszelka informacja, dokumentacja dostarczona przez strony ekspertowi w związku z jego ustanowieniem dla pełnienia takiej funkcji objęta jest klauzulą poufności.
- (h) Niezależny ekspert nie jest uważany za ostatecznego arbitra, a jedynie wydaje ekspertyzę specjalistyczną w dziedzinie, która odnosi się do istoty kwestii spornej. Wynikające z ekspertyzy inne konsekwencje prawne i finansowe, mogą być procesowane przez eksperta tylko na wniosek stron. W innym przypadku dla rozstrzygnięcia kwestii spornej powołuje się jej rozstrzygnięcie w innym trybie.

## 6. Standardowy zapis

### **Rozwiązywanie sporów**

(a) *Kompetencje w rozwiązywaniu kwestii spornych.*

Zapisy zawarte w tej klauzuli dotyczącej rozwiązywania sporów, z wyjątkiem sytuacji wskazanych, jako nie odnoszące się do zapisów tutaj zawartych, dotyczą wszelkich kwestii spornych powstałych w wyniku jakiegokolwiek aspektu niniejszej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

(b) **Rozwiązanie w procesie polubownym (wewnętrzne)**

(i) *Jeżeli kwestia sporna pojawi się w związku z jakimkolwiek aspektem niniejszej umowy, strony postarają się osiągnąć porozumienie polubownie w kwestii spornej, opierając się na zasadach ustalonych w poniższym nieformalnym procesie:*

(aa) *wszelkie kwestie sporne powinny w pierwszym etapie procesu zostać skierowane na spotkanie osób zajmujących się koordynacją przedsięwzięcia na szczeblu łącznikowym, którzy są uprawnionymi reprezentantami stron i posiadają możliwość skonsultowania kwestii spornej w celu jej rozwiązania i*

(bb) *jeżeli strony nie doszły do porozumienia w okresie [x] dni od momentu skierowania kwestii spornej do osób wyszczególnionych w ust. (b)(i)(aa), jedna ze stron może skierować kwestię sporną do nominowanego kierownika działu finansów lub innego nominowanego członka reprezentującego podmiot publiczny oraz do prezesa lub odpowiednika takiej osoby w organizacji partnera prywatnego.*

(ii) *W poszukiwaniu rozwiązania dla kwestii spornej zgodnie z zapisami ust(b), strony powinny poprzez nominowanych przedstawicieli oraz ich odpowiedzialnych pracowników użyć swojego wysiłku i dobrej woli w celu rozwiązania kwestii na drodze negocjacji lub w oparciu o inną nieformalną procedurę, która jest do przyjęcia dla reprezentantów stron. Takie wysiłki powinny być powodowane wolą rozwiązania kwestii spornej za*

*pomocą powyższego nieformalnego procesu, bez uciekania się do konieczności formalnego procedowania.*

*(iii) Jakakolwiek kwestia sporna, która nie znalazła rozwiązania przez reprezentantów wskazanych w ust(b)(i)(bb) w okresie [x] dni od momentu skierowania tej kwestii do nieformalnego uregulowania (lub w innym wskazanym okresie) uzgodnionym pomiędzy stronami, będzie traktowana jako kwestia sporna, w stosunku do której nieformalny tryb rozwiązania zawiódł.*

**(c) Kontynuacja działalności w czasie rozwiązywania sporu**

*żadne wskazania związane z rozwiązaniem kwestii spornej i kierujące tę kwestię do rozwiązania w jakimkolwiek z trybów rozwiązywania kwestii spornych nie mogą stanowić przyczyny rezygnacji lub „niedbalstwa” żadnej ze stron z wykonywania postanowień umowy i obowiązków z tym związanych.*

## **7. Standardowy zapis**

### **Proces sądowy**

*(i) Z wyjątkiem przypadku kiedy kwestia sporna została od początku odesłana dla kompetencji sądowego rozstrzygnięcia sporu lub zgodnie z klauzulą [x] szybkiego rozwiązywania sporów, w wypadku kiedy nieformalne rozwiązanie nie zostanie osiągnięte, wówczas którakolwiek ze stron może skierować spór na drogę sądową.*

*(ii) Żadna ze stron nie jest ograniczona w postępowaniu sądowym w zakresie dostarczanej informacji, dowodów oraz argumentów użytych w poprzednich nieformalnych postępowaniach, jeżeli mogą one być pomocne w rozwiązaniu sporu.*

## **8. Standardowy zapis**

### **Prawo do cesji zobowiązań**

*(a) Niniejsza umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz wszelkie dokumenty projektu, w stosunku do których zarówno podmiot publiczny, jak i partner prywatny występują w charakterze stron, są wiążące i zapewniają stronom oraz ich odpowiednim następcom do tytułu strony umowy prawa i obowiązki wynikające z umowy.*

*(b) Z wyjątkiem uzyskania wyraźnej zgody i w wyniku bezpośredniej umowy, partner prywatny nie może bez uprzedniej zgody na piśmie, dokonać cesji, przeniesienia praw, delegować lub też w inny sposób dysponować swoimi prawami i obowiązkami wynikającymi z niniejszej umowy, w której występuje w charakterze strony jakiegokolwiek innej osobie lub podmiotowi.*

*(c) Podmiot publiczny nie może bez uprzedniej zgody na piśmie dokonać cesji, przeniesienia praw, delegować lub też w inny sposób dys-*

ponować swoimi prawami i obowiązkami wynikającymi z niniejszej umowy, w której występuje w charakterze strony jakiejkolwiek innej osobie lub podmiotowi, bez uprzedniej zgody partnera prywatnego (taka zgoda może być w dobrej wierze wydana z opóźnieniem lub nie wydana w ogóle), chyba że jej wydanie jest skutkiem obowiązującego prawa.

## 9. Standardowy zapis

### **Refinancing (restrukturyzacja finansowania)**

- (a) Partner prywatny powinien pilnie powiadomić na piśmie podmiot publiczny, zanim podejmie kroki w celu restrukturyzacji finansowania przedsięwzięcia (z wyłączeniem jakiejkolwiek planowanej restrukturyzacji finansowania, oprócz przypadku planowanej zmiany w strukturze finansowania, jak opisana w ust(d) obecnej definicji). Powiadomienie powinno zawierać (ia) szczegóły proponowanych zmian w zapisach umowy o finansowaniu, rezygnację dozwoloną w ramach dokumentów projektu, które umożliwiają zmianę struktury finansowania, (ib) kopię proponowanego modelu finansowania wskazującą zmiany w jego strukturze, oraz założenia użyte w sporządzeniu modelu finansowego, (ic) powody dla przeprowadzenia restrukturyzacji finansowania (id) inne informacje, które mogą być użyteczne dla podmiotu publicznego w celu dokonania oceny propozycji zmian struktury finansowania i ich wpływu na zapisy umowy.
- (b) Partner prywatny powinien wskazać i dostarczyć argumentów na potrzeby w zakresie zmiany struktury finansowania (poza przypadkiem planowanej zmiany struktury finansowania) zanim otrzyma pisemną zgodę na przeprowadzenie zmiany struktury finansowania od podmiotu publicznego.
- (c) Zgodnie z zapisem w ust. (a), partner prywatny może przeprowadzić planowaną zmianę warunków finansowania bez uzyskania zgody podmiotu publicznego.
- (d) Podmiot publiczny powinien być uprawniony do uzyskania xx% udziału z zysku uzyskanym przez przedsięwzięcie w wyniku zmiany struktury finansowania poza przypadkiem planowanej restrukturyzacji finansowania).
- (e) Podmiot publiczny powinien być wcześniej upoważniony poprzez pisemną deklarację partnera prywatnego do przeprowadzenia audytu modelu finansowego (przed, podczas lub po przeprowadzeniu zmiany w strukturze finansowania) z włączeniem wszelkich aspektów kalkulacji przychodu wynikającego ze zmiany struktury finansowania).

- (f) *Podmiot prywatny powinien dysponować prawem do otrzymania swojego udziału pochodzącego z zysku w wyniku zmiany struktury finansowania w postaci:*
- (i) *pojedynczej wypłaty w gotówce w wysokości wartości swojego udziału (i) xx% wynikających z podziału sporządzonego na dzień przeprowadzenia zmiany w strukturze finansowania (ii) xx% redukcji kwoty należnej partnerowi prywatnemu i wynikającej z opłat za dostarczane usługi o kwotę należną z restrukturyzacji finansowania, lub część takiej kwoty, jaka nie została pokryta w wypłacie jednorazowej – (i).*
  - (j) *w postaci redukcji kwoty należnej partnerowi prywatnemu i wynikającej z opłat za dostarczane usługi podczas kolejnych okresów płatności za takie usługi podczas trwania umowy.*
- (g) *Podmiot publiczny i partner prywatny zobowiązują się podjąć negocjacje w dobrej wierze, aby uzgodnić zasady i metody kalkulacji przychodu pochodzącego ze zmiany finansowania oraz sposobu wypłaty należnej podmiotowi publicznemu części jak kreślone w ust(f)). W przypadku gdyby strony nie były w stanie uzgodnić powyższego, wówczas kwestia jako sporna będzie skierowana w trybie szybkiego rozwiązywania kwestii spornych.*
- (h) *W obliczeniu przychodu pochodzącego ze zmiany finansowania powinny być wzięte pod uwagę (i) zasadne koszty bezpośrednie, jakie poniosły strony w związku ze zmianą finansowania, i(ii)w wypadku, gdy podmiot publiczny korzysta ze zwolnień podatkowych, bilans wynikający z dodatkowej oszczędności powinien być dodany do przychodu partnera prywatnego. Partner prywatny powinien zapłacić podmiotowi publicznego wszelkie koszty, jakie poniósł podmiot publiczny, które wynikają z pozyskania zmiany finansowania w ciągu [x] dni od daty przeprowadzenia refinansowania.*
- (i) *Dla jasności i uniknięcia wątpliwości, powiadomienie i uzyskanie zezwolenia, jak opisano w tej klauzuli, nie odnosi się do jakiegokolwiek dozwolonej pożyczki.*

## **10. Standardowy zapis**

### **Rezultaty projektu**

#### **(a) Partner prywatny**

*(i) Zgodnie z przedmiotem umowy i zgodnie z zapisami niniejszej umowy, partner prywatny powinien korzystać ze swoich praw i wykonywać swoje zobowiązania wyszczególnione jako rezultaty projektu, na swój własny koszt i własne ryzyko bez roszczeń w stosunku do podmiotu publicznego, o ile nie jest to sankcjonowane szczególnymi zapisami w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym.*

*(ii) Bez ograniczenia zapisu ust(i), partner prywatny powinien na własny koszt i własne ryzyko być wyłącznie odpowiedzialny za przygotowanie i pozyskanie wszelkich niezbędnych elementów materialnych i niematerialnych dla osiągnięcia rezultatu projektu przy zachowaniu:*

*(aa) dobrej praktyki w postępowaniu branżowym;*

*(bb) w sposób, który nie sprzyja spowodowaniu śmierci, kalectwa, zagrożenia dla zdrowia lub uszkodzenia składników majątkowych lub środowiska;*

*(cc) w sposób zgodny z zasadami pełnienia statutowych obowiązków i funkcji przez profesjonalny podmiot;*

*(dd) w zgodzie z obowiązującym prawem i uzgodnieniami szczegółowymi; i*

*(ee) aby otrzymać w rezultacie [warunki i parametry wyszczególnione w określonej umowie specyfikacji] dla projektu opisanego w załączniku [x] zgodnie z niniejszą umową.*

*(b) Współpraca*

*Każda ze stron powinna współpracować z drugą stroną w umożliwieniu jej korzystania ze swoich praw oraz wykonywania swoich obowiązków w ramach niniejszej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.*

## **VII. UWAGI DLA ROZWAŻENIA PRZY WDROŻENIU STRATEGII LEGISLACYJNEJ RZĄDU DLA POSZCZEGÓLNYCH SEKTORÓW GOSPODARKI KORZYSTAJĄCYCH Z ROZWIĄZAŃ PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO**

### **Uwagi wstępne**

Przedstawione opracowanie ma na celu ułatwienie korzystania z nowych instrumentów finansowania usług publicznych oraz wspomagania dla inwestycji w infrastrukturę przez sektor publiczny szczebla lokalnego, regionalnego i centralnego w Polsce. Ze względu na znaczne zainteresowanie proponowanymi rozwiązaniami, szczególnie ze strony przedsiębiorstw prywatnych oraz rosnące potrzeby sektora publicznego w ulepszaniu standardu świadczonych usług publicznych, a także niedostatek środków budżetowych, szeroko pojęta wieloletnia współpraca sektora prywatnego w wypełnianiu zadań publicznych jest nie do uniknięcia.

Przy istniejącej wysokiej świadomości powyższych potrzeb, stopień praktycznego podjęcia działań, wykazania inicjatywy oraz umiejętności wykorzystania nowych rozwiązań przez podmioty gospodarcze i administrację pozostawia wiele do życzenia.

Podobnie jak ma to miejsce podczas organizacji trybu pozostałych zamówień publicznych, również w wypadku partnerstwa publiczno-prywatnego inicjatywa przedstawienia projektu leży po stronie podmiotów publicznych na szczeblu krajowym oraz na szczeblach administracji samorządów regionalnych i lokalnych. Ze względu na złożoność zagadnień prawnych, ekonomicznych i finansowych, nawet wstępne zdefiniowanie i opracowanie założeń do projektu, którego wdrożenie mogłoby odbyć się w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego, wymaga kwalifikacji szczegółowych, umiejętności pracy w zespole i znajomości technik zarządzania projektem.

## Przygotowanie instytucjonalne

Zakładając istnienie pozytywnego klimatu politycznego, który może sprzyjać wdrażaniu nowych instrumentów finansowych i organizacyjnych, należy sądzić, że Rząd będzie starał się wesprzeć wysiłki wybranych instytucji państwowych w osiągnięciu stanu wiedzy i kwalifikacji, umożliwiających zrozumienie zarówno zalet, jak i niebezpieczeństw zawierania umów wieloletnich na dostawę usług publicznych.

Pierwszy taki wysiłek został podjęty w 2003 roku w ramach programu Phare z funduszu „Bangkok Facility” przez EBOiR. Ówczesny projekt w ramach budżetu € 2,5 miliona przeprowadził szereg działań, których celem była organizacja ram instytucjonalnych dla partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce. W wyniku projektu powstały podstawy ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, przygotowano komórkę PPP w Ministerstwie Infrastruktury oraz przeprowadzono badania przygotowania projektów PPP dla GDDKiA oraz Miasta Warszawy.

Ze względu na fakt, że była to pierwsza usystematyzowana próba zainteresowania władz krajowych istotą partnerstwa publiczno-prywatnego nie należy jej poddawać zbyt surowej ocenie, jednakże należy poczynić kilka obserwacji, które są aktualne przy podejmowanym obecnie wysiłku przygotowania podstaw dla zaistnienia rynku usług dostarczanych w trybie PPP.

1. **Płynność kadr.** Spośród osób zatrudnionych w urzędach centralnych w roku 2003/2004, w które w ramach projektu EBOiR „zainwestowano” w ramach transferu wiedzy specjalistycznej, ani jedna nie pełni poprzedniej funkcji, a większość zmieniła miejsce pracy.
2. **Brak mentora.** Zainteresowanie instytucji nową koncepcją wymaga oprócz działań zewnętrznych istnienia lidera w samej instytucji, który promuje i wspiera wysiłek konieczny we wdrożeniu nowej koncepcji w kulturę korporacyjną urzędu oraz motywuje szeregowych pracowników do wykorzystania nowych umiejętności w budowaniu osobistej kariery.
3. **Brak systemu zachowania wiedzy.** W ramach projektu finansowanego przez EBOiR powstał interaktywny dokument pt: „PPP Tool Kit”, który zawierał systematycznie opracowane podstawy wiedzy na temat procesu przygotowania partnerstwa publiczno-prywatnego. PPP Tool Kit został przekazany beneficjentom projektu i utworzona została dedykowana strona internetowa, na której znajdował się przygotowany materiał. Strona była opłacona przez fundusze projektu. Strona przestała być widoczna wraz z zakończeniem projektu, a jej przygotowanie pochłonęło 4 miesiące czasu grupy międzynarodowych ekspertów i znaczne fundusze.
4. **Potrzeba skoordynowanych działań międzyresortowych.** Dla podjęcia skutecznych kroków w kierunku zainicjowania rynku partnerstwa

publiczno-prywatnego, potrzebna jest wola polityczna, której przejawy będą manifestować się działaniami kilku kluczowych resortów: Ministerstwa Gospodarki, Ministerstwa Finansów oraz Urzędu Zamówień Publicznych.

Koordinacja i nagłaśnianie takich działań może jednak nastąpić dopiero po uzyskaniu międzyresortowego konsensusu odnośnie do podziału zadań o odpowiedzialności oraz wyznaczenia jednostki koordynującej takie działania wspartej wiedzą ekspercką i gotową do działania. Kraje znacznie mniej rozwinięte niż Polska, mniejsze i o mniej rozbudowanym aparacie administracyjnym i prawnym podjęły już kilka lat temu podobny wysiłek i zaowocował on pierwszymi projektami.

5. **Alokacja Środków.** Należy się spodziewać, że w ślad za propozycją przeniesienia większej części istotnych kompetencji z Ministerstwa Gospodarki do Ministerstwa Finansów (jeżeli taka sugestia zostanie zaakceptowana przez Rząd), inicjatywa wyodrębnienia środków budżetowych na projekty (projekty pilotażowe) realizowane w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego powinna realnie zaistnieć w budżecie na rok 2008. Istnienie takich środków samo w sobie będzie zachętą dla poszczególnych resortów do ich zagospodarowania. Taka manifestacja woli politycznej popartej działaniem jest najskuteczniejsza i sprawdziła się między innymi w Irlandii, Południowej Afryce, Federacji Rosyjskiej oraz Republice Czeskiej.

## **Rola Rządu w zapewnieniu powodzenia przedsięwzięciom partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce**

Przygotowanie rynku usług publicznych świadczonych przez podmioty prywatne na podstawie umów wieloletnich jest rolą instytucji rządowych i nie ogranicza się do monitorowania i nadzoru takich przedsięwzięć.

Jako inicjator, sektor publiczny podejmuje się wypracowania metod bezpiecznego przeniesienia odpowiedzialności za finansowanie, projektowanie, budowę i eksploatację przedsięwzięć na sektor prywatny. Do tej pory sektor publiczny nie pełnił roli inicjatora, ale jedynie dodatkowo w stosunku do istniejących wcześniej trybów (koncesja na roboty budowlane – UZP, ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i odprowadzaniu ścieków oraz koncesja w ustawie o autostradach płatnych) przyzwolił osobnym aktem prawnym na wykonywanie usług w trybie zdefiniowanego i określonego partnerstwa publiczno-prywatnego. Wydanie ustawy wraz z prawie rocznym okresem wyczekiwania na opublikowanie rozporządzeń wykonawczych nie stanowiło dla rynku jednoznacznie pozytywnego sygnału zaangażowania władz w sprawnym wdrożeniu nowego instrumentu.



Trzeba jasno stwierdzić rolę Rządu jako inicjatora polityki rozwoju infrastruktury, który jako pierwszy zatwierdza wykorzystanie nowych proponowanych ustawą koncepcji i sankcjonuje ich umieszczenie w zestawie instrumentów, z których będzie chciał korzystać.

Większość inicjatyw partnerskich zrealizowanych na świecie do tej pory miała miejsce w krajach uprzemysłowionych o względnie wysokim dochodzie narodowym, stabilnej gospodarce, przewidywalnym kursie politycznym i stabilnej polityce finansowej. W takich krajach wsparcie publiczne dla powstawania przedsięwzięć partnerskich nie musi być intensywne (choć i tak zwykle jest), natomiast w krajach, gdzie ryzyko polityczne i finansowe w ocenie instytucji finansowych jest większe, rola państwa jako inicjatora powinna być o wiele intensywniejsza i widzialna.

Praktyczne zaangażowanie się sektora publicznego w pierwsze przedsięwzięcia i zaoferowanie wsparcia podnosi wiarygodność intencji w oczach instytucji finansowych oraz potencjalnych oferentów usług spośród sektora prywatnego.

### **Wypracowanie strategii na poziomie międzyresortowym**

Wypracowanie wspólnej, międzyresortowej strategii dla realizacji zadań publicznych w oparciu o wieloletnie kontrakty (w tym na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 28 lipca 2005 roku) w oparciu o przeprowadzoną ocenę bilansu potrzeb, zidentyfikowane bariery oraz na bazie dostępnych środków, jest polecane do rozważenia.

W ślad za ogólnymi deklaracjami powinny pójść zidentyfikowane potrzeby sektorowe, których finansowanie nie jest wpisane w plan wydatków budżetowych ani w plan inwestycji współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych UE.

W obecnym okresie ożywienia gospodarczego oraz relatywnie szybkiego wzrostu PKB, inwestorzy niekoniecznie są zainteresowani inicjatywami gospodarczymi, które zaplanowane są na realizację dochodu w dalszej przyszłości i obarczone „ryzykiem prekursora”. Wybór przedsięwzięć, gdzie można szybko w sposób tradycyjny zrealizować zysk (szczególnie widoczne w sektorze usług budowlanych) zmniejsza atrakcyjność podejmowania alternatywnych bardziej ryzykownych przedsięwzięć. Ponadto uwaga sektora publicznego jest obecnie skupiona na wprowadzeniu w życie elementów polityki, które promują sprawne wykorzystanie środków przyznanych Polsce przez Komisję Europejską.

Powyższe okoliczności nie sprzyjają promocji rozwiązań typu partnerstwo publiczno-prywatne, a szczególnie w sytuacji, gdzie nie przedstawia się konkretnych inicjatyw gospodarczych, które Rząd planuje do wykonania w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego i zobowiązuje się wesprzeć.

Równocześnie Polska jest atrakcyjnym rynkiem postrzeganym przez inwestorów i instytucje finansowe, jako dynamiczny i perspektywiczny, dlatego też zachęcenie międzynarodowych firm i instytucji finansowych do lokowania kapitału w sferze usług publicznych wymaga konsekwentnej inicjatywy politycznej ze strony Rządu opartej na wiedzy w obszarze oczekiwań inwestorów strategicznych oraz na przeciwdziałaniu w pojawianiu się barier.

Według oceny jaką przeprowadził Bank Światowy w opracowaniu pt: „Mobilizing Private Finance for Local Infrastructure in Europe and Central Asia An Alternative Public Private Partnership Framework” (working paper No 46 / 2005) w odpowiedziach respondentów wymieniono czynniki decydujące o przystąpieniu do partnerstwa na nowych rynkach. Wśród najważniejszych czynników znalazły się stabilność polityczna, legislacja, odpowiednie ramy prawne, przestrzeganie zobowiązań kontraktowych, udzielenie politycznego i administracyjnego wsparcia dla przedsięwzięć, ocena kredytowa państwa.

Doświadczenie międzynarodowe potwierdza, że aktywna i konsekwentna polityka rządu ukierunkowana na zwiększenie udziału sektora prywatnego w rozwoju infrastruktury jest czynnikiem decydującym o przyciąganiu inwestycji w taki tryb współpracy.

Zdecydowany i czytelny kierunek polityki rządu jest konieczny w dziedzinach, obejmujących główne zagadnienia związane z przygotowaniem projektu, takie jak:

**System zamówień publicznych**, gdzie konieczne jest zagwarantowanie przejrzystości i zasady jednoznacznej interpretacji prawa.

**Kryteria oceny ofert** muszą być przejrzyste i weryfikowalne, tym bardziej że koszty przygotowania pełnej oferty w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego wykluczają udział oferenta w przedsięwzięciu, jeżeli nie jest on przekonany, że jego oferta będzie oceniona profesjonalnie i obiektywnie.

**Stołość i czytelność polityki podatkowej państwa.** Polityka podatkowa, a szczególnie ryzyko zmian, w sposób radykalny wpływają na koszt, a tym samym na cenę usług oferowanych w trybie umów wieloletnich. Koszty ryzyka zmian ponosi zwykle podmiot publiczny, a więc pośrednio podatnicy, co może uczynić wiele inicjatyw w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego mniej opłacalnych.

**Polityka państwa** w zakresie finansowania przedsięwzięć związanych z infrastrukturą, a szczególnie te instrumenty polityki, które uważane są za zadeklarowane elementy wsparcia dla nowo powstających przedsięwzięć.

**Sposób pozyskiwania inwestorów** wpływa na percepcję przyjazności państwa w stosunku do prywatnych inicjatyw gospodarczych. Wszędzie tam, gdzie otwarta jest droga do prowadzenia dialogu i nego-

cji raczej niż stosowania sztywnej procedury przetargowej (odbieranej z dużą dozą nieufności przez podmioty zagraniczne) szansa pozyskania inwestora zwiększa się proporcjonalnie do nabywania wiedzy z rynku i o rynku przez sektor publiczny.

**Dystrybucja wiedzy** poprzez sprawną komunikację zarówno w obrębie sektora, jak i regionu oraz komunikację od rządu do samorządu, uzyskana zostaje dynamika, polegająca na zaspokajaniu potrzeb w zakresie procedur oraz informowanie o oczekiwaniach władzy, co szczególnie jest istotne w odniesieniu do nowych instrumentów inwestycyjnych w kontekście ryzyka radykalnego wymierzenia kary za błędy lub zaniedbania.

**Promowanie innowacyjności** odbywa się za pośrednictwem partnerstwa z podmiotami, które w swojej branży osiągnęły wysoki poziom rozwoju technologii, zarządzania i wdrażania nowych rozwiązań. Upowszechnianie udanych inicjatyw promuje wzorce postępowania i pozwala przezwycięzać naturalne obawy przed niepowodzeniem. Promowanie innowacyjności jest ściśle związane ze zwiększaniem konkurencyjności sektora prywatnego poprzez jej wykorzystanie dla wykonania zadań publicznych w sposób alternatywny, a jednocześnie często obejmujący świadczenie usług na dużą skalę.

**Gwarancja ochrony praw do własności intelektualnej** jest cechą właściwie funkcjonującego systemu zamówień publicznych, gdzie wypracowano procedury chroniące innowację oferowaną przez partnera prywatnego. Wymagania zachowania bezpieczeństwa informacji powinny zostać przeniesione na działania rządu w kierunku rozpowszechnienia formuły dialogu konkurencyjnego\* oraz dostosowania takiego trybu pozyskiwania partnera dla mniejszych przedsięwzięć.

**Dostosowanie prawa** do zmieniających się wymagań społecznych i rynkowych jest koniecznym procesem, którego opóźnienie jest poważnym czynnikiem hamującym rozwój w skali kraju. W dziedzinie partnerstwa publiczno-prywatnego brak użycia tzw. „miękkiego prawa” w stosunku do ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym doprowadził do jej przeregulowania.

---

\* (Ustawa o zamówieniach publicznych z 29 stycznia 2004 r., oddział 3a Art. 60a i następane). Celowe byłoby rozważenie wyposażenia proponowanego trybu dialogu publicznego we wskazówki proceduralne, które gwarantują bezpieczeństwo i transparentność w postępowaniu zamawiającego i są postrzegane jako bezpieczne przez oferenta. Obecna forma rozdziału ustawy o zamówieniach publicznych pt. „dialog konkurencyjny” odnosi się jedynie do przedsięwzięć o wartości powyżej 20 milionów euro, co skazuje proponowane rozwiązanie na status zapisu martwego i wymaga – zdaniem autora – pilnych zmian.

## Wspieranie procesu wdrożenia instrumentu PPP w resortach

Ze względu na zakres zastosowania partnerstwo publiczno-prywatne jest instrumentem, który używany jest w większości krajów z powodzeniem w następujących dziedzinach:

- transport (drogi, autostrady, lotniska, porty, metro, kom. miejska, koleje, mosty, tunele);
- budownictwo komunalne;
- zaopatrzenie w wodę i odbiór ścieków;
- odpady komunalne;
- ochrona środowiska;
- rewitalizacja miast;
- energetyka;
- telekomunikacja;
- edukacja;
- sport i rozrywka;
- usługi komunalne;
- więziennictwo;
- obrona narodowa.

Stopień przygotowania poszczególnych resortów do podjęcia tematyki partnerstwa publiczno-prywatnego jako dodatkowego narzędzia realizacji planów trudno jest ocenić bez przeprowadzenia podstawowego audytu możliwości organizacyjnych, finansowych, a przede wszystkim zasobów ludzkich. Można jednak przyjąć założenie, że samo pojawienie się ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku oraz rozporządzeń wykonawczych nie stało się impulsem wystarczającym dla poważnego zainteresowania w większości resortów. Należy sądzić, że w porównaniu z wykorzystaniem środków unijnych i działaniami bieżącymi, partnerstwo jako koncepcja nie stanowi priorytetu organizacyjnego i prawdopodobnie również w procesie tworzenia sektorowych planów rozwoju partnerstwo nie jest widziane jako strategiczny instrument, ponieważ jeżeliby tak było, resorty podjęłyby już w 2005 roku wysiłek organizacyjny, aby włączyć PPP do swoich działań.

Przyczyny takiego stanu rzeczy wynikają prawdopodobnie z kilku różnych uwarunkowań.

1. Partnerstwo publiczno-prywatne nie jest postrzegane jako pilne zadanie polityczne;
2. Tworzenie przedsięwzięć opartych na PPP jest skomplikowane i czasochłonne.
3. Partnerstwo publiczno-prywatne jest instrumentem, którego przygotowanie i wdrożenie rzadko mieści się w okresie jednej kadencji.
4. Tworzenie przedsięwzięć PPP wymaga specjalistycznej wiedzy szczegółowej, której sektor publiczny generalnie nie posiada.

W warunkach krajowych sposób zachęcenia poszczególnych resortów do systematycznego wdrażania nowych instrumentów wspomagających program inwestycyjny może być rozpoczęty tylko poprzez pozytywne pierwsze praktyczne przykłady wdrożeń we współpracy z resortem, w którym potrzeba współpracy oraz zastane kompetencje dają szansę na sukces. Stworzenie platformy współpracy na zasadzie grupy roboczej może być jedną z metod, pod warunkiem że pracownicy oddelegowani do udziału w takiej grupie nie są obciążeni licznymi innymi obowiązkami, a udział w pracach grupy jest postrzegany przez nich jako potrzebny w bieżącej karierze. Dla stworzenia takich warunków potrzebne jest zdecydowane wsparcie na szczeblu rządowym, przekładające się na konkretnie sformułowane zadanie do wykonania na szczeblu podsekretarza stanu. Inicjatywy podjęte na niższych szczeblach dają odpowiednio mniejszą szansę sukcesu.

Zarówno resort transportu, jak i budownictwa mają bardzo ambitne plany inwestycyjne, nie posiadając najprawdopodobniej przy tym komórki, która ma postawiony cel dotyczący realizacji przedsięwzięć w trybie partnerstwa. Takie ograniczenie instytucjonalne powoduje, że nawet w wypadku istnienia pozytywnej chęci wykorzystania tego narzędzia, nie ma usystematyzowanej procedury, której zastosowaniem mogliby pokierować kompetentni urzędnicy państwowi.

Jedynie GDDKiA posiada ekspertyzę dot. zawierania umów koncepcyjnych na budowę autostrad.

Mobilizacja środków na szczeblu ministerstw jest konieczna dla opracowania narzędzi realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego, które zawierają specyficzne wymagania branżowe i które mogą być przedmiotem transferu wiedzy i metodologii do jednostek samorządu terytorialnego wszystkich szczebli. W wypadku partnerstwa publiczno-prywatnego liczenie na inicjatywę ze strony JST może nie okazać się trafnym wyborem.

W wypadku radykalnego uproszczenia wymagań wobec podmiotu publicznego i odpowiedniej zmiany przepisów tworzenie partnerstw publiczno-prywatnych nie będzie wydawało się tak trudne, jak to ma miejsce obecnie, jednakże nie należy liczyć na to, że PPP będzie kiedykolwiek tak popularne i tak łatwo wykonalne jak tradycyjne zamówienie publiczne. Jednoroczne planowanie budżetowe wytworzyło bowiem specyficzne podejście i metody, które wymagają gruntownej zmiany w wypadku opracowania założeń dla przedsięwzięcia pracującego w ramach partnerstwa. Zmiany instytucjonalne, organizacyjne, planistyczne, prawne, finansowo-ekonomiczne są podstawowym wymogiem w stosunku do resortów, które podejmą temat PPP.

Dla wdrożenia tej nowej koncepcji konieczne jest powstanie usystematyzowanej wiedzy w formie interaktywnej edukacji połączonej z informacją, tworzeniem tzw. „miękkiego prawa” podobnie jak ma to miejsce

w warstwie instruktarzowo-informacyjnej dla funduszy strukturalnych, gdzie Komisja Europejska od lat uzupełnia prawo informacją dodatkową, pozwalającą w sposób optymalny korzystać z praw i optymalnie wypełniać obowiązki zapisane w dyrektywach. Z praktyki europejskiej i światowej wynika, że pomimo istnienia przewodnika Komisji Europejskiej pt. „Wytoczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego” (wydane w styczniu 2003 r.), każdy kraj tworzy prawo i/lub struktury instytucjonalne według założeń swojej narodowej polityki. Dla wsparcia powyższej argumentacji przedstawiono modele instytucjonalne partnerstwa publiczno-prywatnego w innych krajach poprzedzając je próbą syntezy rozwiązań organizacyjnych ujętych w modelu, który mógłby stać się przedmiotem rozważań szczegółowych w niedalekiej przyszłości.

**Patrz Aneksy:**

1. Propozycja stworzenia ram instytucjonalnych dla rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce;
2. Warianty wdrożeń PPP – różnice i zastosowanie;
- 2A. Struktura organizacyjna PPP w Wielkiej Brytanii – z perspektywy rządu;
3. Wsparcie instytucjonalne partnerstwa publiczno-prywatnego PPP – Agencja NDFA w Irlandii;
4. Irlandia partnerstwo publiczno-prywatne, Legislacja;
5. Agencje PPP w innych krajach.

## VIII. PODSUMOWANIE

Należy podkreślić, że samo wypełnienie obowiązku nałożonego na ministra właściwego do spraw gospodarki w zakresie określonym Art. 28 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym nie będzie wystarczającym środkiem dla stworzenia warunków dla wdrożenia praktyki partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce.

Konieczny jest cały system powiązanych i skoordynowanych działań politycznych, organizacyjnych, informacyjno-edukacyjnych i kadrowych, aby zarówno resorty, jak i jednostki samorządu terytorialnego były zainteresowane i następnie wyposażone w narzędzia niezbędne do pracy z tym nowym instrumentem inwestycyjnym. Opieka i nadzór rządu będą postrzegane jako przejaw należytej troski i udzielenie wsparcia, szczególnie tam, gdzie rozwiązania prawne rodzą wątpliwości i obawy. W wypadku projektu, za który odpowiedzialność polityczną i prawną bierze resort, ryzyko kary za błędną interpretację przepisów jest wydatnie mniejsze.

Obowiązek opracowania takiego systemu nie wynika wprost z delegacji Art. 28 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r., jednakże zapis zawarty w ust.1, cyt: „dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem stanu i perspektyw zaangażowania finansowego sektora prywatnego”, w logiczny sposób narzuca podjęcie kroków, w wypadku gdy wynik takiej analizy nie potwierdza realizacji celów gospodarczych państwa. Jest istotne, aby takie cele pojawiły się w wyniku ustaleń Rady Ministrów lub też poprzedzone były inicjatywą poselską.

## IX. BIBLIOGRAFIA

### Źródła:

1. Guidelines for Infrastructure Development through Built-Operate-Transfer (BOT) Projects. UNIDO 1996.
2. Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Przesłanki, Możliwości, Bariery. Krystyna Brzozowska, Warszawa 2006, Cedetu, Sp. z o.o.
3. Hybrid PPPs, Leveraging EU Funds and Private Capital, PriceWaterhouseCoopers, PPIAF, 2006.
4. Partnerstwo Publiczno-Prywatne w Monopolach Naturalnych w Sferze Użyteczności publicznej, Szkoła Główna Handlowa, Warszawa 2005.
5. Partnerstwo Publiczno-Prywatne Nową Formą Realizacji Zadań Publicznych, Bartosz Korbus i Mariusz Stawiński, Warszawa 2006.
6. Concession Legislation Trends in the EBRD Countries of Cooperation, 2004, Senior Counsel EBRD Alexei Zverev.
7. ESA95 Manual on Government Deficit and Debt, European Commission, 2002.
8. Resource Book on PPP Case Studies, European Commission, DG Regional Policy, 2004.
9. PFI Meeting the Investment Challenge, 2003, HM Treasury.
10. Mobilising Private Finance for Local Infrastructure in Europe and Asia, Michael Noel, Jan Brzeski, World Bank, 2005.
11. Wytoczne Dotyczące Udanego Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, Komisja Europejska, Dyrektorat Generalny Polityki Regionalnej, 2003.
12. Value for Money Assessment Guide, HM Treasury, 2004.
13. Public: Private Joint Ventures In Urban Regeneration – Keys to Success Final Report for BURA BBP Regeneration, 2004.
14. PPP Guidance Note No 10, Department of the Environment and Local Government: Output Specification, 2000.
15. Commission Staff Working Paper Report on the Public Consultation on the Green Paper Public-Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions, 2005.
16. Developing Public Private Partnership I the New Europe, PriceWaterHouse Coopers, 2004.
17. Green Paper on Public Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions (presented by the Commission) 2004.



18. Konferencja: Ustawa o Partnerstwie Publiczno-Prywatnym Prawne Podstawy dla Inwestycji PPP w Polsce, 14–15 września 2005, Warszawa MGG Conferences.
19. Konferencja: Przygotowanie i wdrożenie Projektu PPP, 14–15 grudnia 2005, Warszawa MGG Conferences.
20. OGC Guidance on Certain Financing Issues in PFI Contracts.
21. Materiały, prezentacje i opracowania zgromadzone przez autora od roku 2002.