

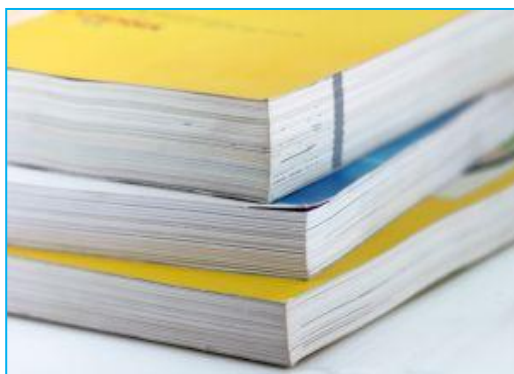
# Poradnik UMOWA O PPP

– część pierwsza –

## Zagadnienie standaryzacji i dobrych wzorców w umowach o PPP

## Wstęp

Opracowanie to stanowi próbę standaryzacji dokumentacji w zakresie umów PPP. Proces ten, chociaż dość długotrwały i wymagający działań ze strony odpowiednich instytucji, wymaga także zebrania dobrych doświadczeń z rynku. Na podstawie już sporządzonych umów – zarówno polskich, jak i zagranicznych można wyekstrahować pewien rodzaj bazy, która może stanowić przydatny przewodnik zarówno dla partnera ze strony publicznej, jak i prywatnej.



W niniejszym opracowaniu zdecydowaliśmy się omówić zasadnicze zagadnienia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, jak i zagadnienia dotyczące samej standaryzacji. W kolejnych częściach opiszemy strukturę umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, najważniejsze ustawy jej dotyczące i aspekty metodologiczne. Zależy nam na tym, aby poradnik ten stanowił przydatne źródło uporządkowanej wiedzy na temat budowy i zagadnień poruszanych w umowach o PPP.

## Czerpanie z doświadczenia innych krajów

Standaryzacja zawsze niesie za sobą ryzyko wprowadzenia uogólnień, jednak jej brak zazwyczaj okazuje się być dużo bardziej niekorzystny. Niektóre kraje ustanowiły bardzo szczegółowe regulacje dotyczące zarówno umów, jak i prowadzenia przedsięwzięć – nawet tych wymagających innych, niż tradycyjne zamówienie publiczne, form realizacji zadań.

Według danych z 2006 r. najlepiej przygotowanymi do PPP krajami pod względem prawnoinstytucjonalnym były: Wielka Brytania, Irlandia, Republika Czeska, a także Austria i Holandia. Wśród krajów spoza Unii Europejskiej, które posiadają regulacje dotyczące PPP

należy wymienić: RPA, Brazylię, Chiny, Rosję, Japonię, a także Rumunię i Filipiny. Warto zatem przyglądać się doświadczeniom tych krajów i starać się przenieść dostosowaną do polskich warunków wersję także na rodzimy grunt. Szczególnie godne polecenia wydaje się korzystanie z pomysłu promowania partnerstwa publiczno-prywatnego, jako niejednokrotnie najlepszej drogi rozwoju dla wielu branż i dziedzin.

Element promocji PPP w polityce poszczególnych krajów najczęściej jest realizowany w zakresie wsparcia instytucjonalnego, finansowego i organizacyjnego – w tym pomocy merytorycznej w przygotowaniu, tworzeniu, wdrażaniu i monitoringu przedsięwzięć. Tak skrupulatnie prowadzone wsparcie w Polsce jeszcze nie funkcjonuje, ale jest w trakcie przygotowania, w szczególności przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Ministerstwo Gospodarki, a na szczeblu regionalnym przez urzędy miejskie w największych miastach w kraju. Również organizacje publiczne, uczelnie oraz firmy sektora doradczego są obecnie liderem w propagowaniu praktyk oraz procesów właściwych dla PPP.

Do rozpoczęcia prac regulujących zasady PPP w Polsce, brakowało przez wiele lat woli politycznej, dopiero na podstawie ustaw z 2005 i 2008 roku doszło do użycia instrumentów prawnych w celu informacyjno-edukacyjnym w stosunku do sektora publicznego na szczeblu centralnym i regionalnym.

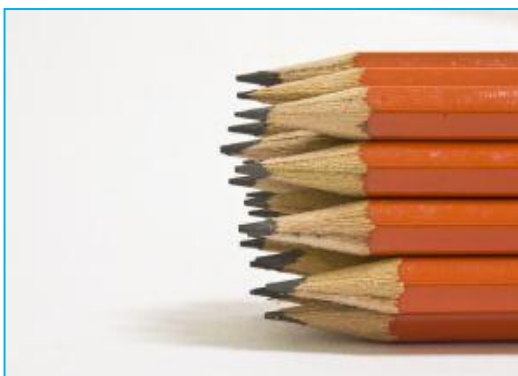
Najbardziej rozwiniętą standaryzację umów o PPP ma Wielka Brytania. Polityka brytyjskiego rządu sprzyja rozwojowi partnerstwa, szczególnie w sektorach chronionych i wymagających specjalnego wsparcia, jak ochrona zdrowia czy edukacja. Rząd za pośrednictwem powołanej agencji „4Ps” wyposaża podmioty publiczne w kompletną technologię dla identyfikacji projektów i prowadzenia procesu przetargowego, wyboru partnera, sporządzania umów i innego typu dokumentacji dotyczącej przedsięwzięcia, a nawet oferuje usługi doradcze, które mają wspierać proces.

Rząd Irlandii także utworzył specjalną jednostkę centralną, która zajmuje się sprawami partnerstwa publiczno-prywatnego. Utworzone zostały również jednostki zajmujące się promowaniem i nadzorowaniem rozwoju usług w sektorach: ochrona środowiska, transport, edukacja i nauka. Centralna jednostka jest odpowiedzialna także za wypracowanie standardowych dokumentów i programu

informacyjnego, który ma podnieść świadomość na temat PPP wśród pracowników instytucji państwowych.

Większość krajów należących do Unii Europejskiej jako jedno z pierwszych działań zmierzających do promocji i wsparcia partnerstwa publiczno-privatnego wybiera najefektywniejszą formę, czyli standaryzację umów i dokumentów przetargowych.

Standaryzacja umów o PPP, podobnie jak upowszechnienie wiedzy na ten temat, bardziej niż sama ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym, ma zasadniczy wpływ na przeprowadzenie projektów pilotażowych. Na razie trudno szukać



przykładów zrealizowanych wzorów umów o PPP lub modeli procedur na podstawie obecnie obowiązującej ustawy. Wszystkich zawartych i zakończonych umów dalej nie jest zbyt wiele, a wśród nich można znaleźć także poradniki odnoszące się jeszcze do starej ustawy z 28 lipca 2005 r.

Ustawodawca proponując zmiany w 2008 r. wyszedł z założenia, że obecna ustawa będzie miała zastosowanie do bardzo wielu różnych przedsięwzięć – tak pod względem wielkości, jak i zróżnicowanych pod względem przedmiotowym. Inną bowiem treść powinna mieć umowa dotycząca budowy międzynarodowego portu lotniczego, a inną - o zbudowanie osiedlowego boiska sportowego. W praktyce więc umowy o PPP są bardziej skomplikowane, niż wiele umów funkcjonujących w obrocie prawnym, co wymaga większej tolerancji ustawowej dla tych różnic.

Dużo większy jest także zakres problemów, których dotyczy i które muszą zostać uregulowane. Bardzo często, ze względu na skalę projektu i długi okres realizacji przedsięwzięcia, konieczne okazuje się zawarcie kilku kontraktów.

Należy zaznaczyć, że wprawdzie najważniejsze, kluczowe elementy umowy o PPP wyznaczone są przez ustawę o partnerstwie publiczno-privatnym, jednak jej szczegóły nie są z żaden sposób zestandaryzowane. Brakuje także jednolitych opracowań

i wytycznych, co uzasadnione jest dużym zróżnicowaniem wyglądu takich umów i małym doświadczeniem Polski w tego typu współpracy. Zatem nadrzędnym dokumentem, poza ustawą będzie Kodeks cywilny i szereg innych aktów prawnych (m.in. ustaw: o gospodarce nieruchomościami, o gospodarce komunalnej, o drogach publicznych, etc.).

## Plusy i minusy standaryzacji umów



Standaryzacja umów powinna przede wszystkim mieć wsparcie wyspecjalizowanych instytucjach państwowych, które zapewnią będą nadzór nad wzorcami oraz zaproponowanymi procedurami. Nadzór nad jakością, a także sposobem wykorzystania wzorców

i prawa do własności intelektualnej zawartych w nich zapisów, mogą być egzekwowane przez instytucję (lub inny podmiot powołany z myślą o wsparciu i rozwoju PPP). Taka kontrola i wsparcie zapewni stronom korzystającym z wzorcowej umowy, poczucie bezpieczeństwa, a zatem wpłynie na wzrost zainteresowania rozwiązaniami opartymi na współpracy PPP. Nie oznacza to jednak, że sama standaryzacja przyniesie wyłącznie pozytywne. Specjaliści dostrzegają także jej negatywne strony.

Minusem standaryzacji będzie konieczność uzupełniania i uaktualniania wzorców, co w warunkach polskich ma szczególne znaczenie ze względu na małą stabilność prawa, częste nowelizacje aktów prawnych i dużą częstotliwość wydawanych rozporządzeń. Nie sposób bowiem założyć, że zastosowanie wzorca umożliwi podpisanie zadowolającej wszystkie uczestniczące strony umowy. Wobec tego każdy wzorec będzie przedmiotem zmian, modyfikacji, uzupełnień, które zapewne będą także ingerencją w jego logiczną spójność. A każda taka ingerencja niesie ze sobą ryzyko niespójności z innymi zapisami.

W przypadku standardowych umów należy zatem zadbać o zachowanie spójności i z uwagą dokonywać zmian w odniesieniach do nowych zapisów.

Ponadto przeciwnicy standaryzacji uważają, że może ona doprowadzić do zaniku inicjatywy do poszukiwania lepszych rozwiązań i bardziej innowacyjnych zapisów, wskutek czego przedsięwzięcia będą ograniczane tylko do tych, które będzie można bez problemów określić za pomocą umowy wzorcowej.

Ten argument wiąże się także z obawą o zbytne zbiurokratyzowanie procesu zawierania umów między partnerami. Nadmierna drobiazgowość, wprowadzanie rozbudowanych i skomplikowanych procedur, a nawet dodatkowych wymagań przez służby cywilne będzie zniechęcało do działań w ramach PPP. Nadmierna formalizacja obiegu dokumentów nie wykluczy błędów, a może spotęgować niechęć do angażowania się w działania w ramach PPP.

Największą zaletą, jaka wynikać może ze standaryzacji dokumentów dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego jest redukcja kosztów ich przygotowania. Kancelarie prawne wynajmowane do ich sporządzania obecnie są zmuszone do bardzo pracochłonnych i czasochłonnych działań, które mają na celu zabezpieczenie interesów stron i stworzenia dokumentu, który będzie zarówno poprawny, jak i zostanie zaakceptowany przez instytucje finansowe, co pozwoli na przyznanie kredytu.

Gotowy schemat pozwoliłby na angażowanie mniejszej liczby instytucji i zewnętrznych doradców. To przede wszystkim pozwoliłoby zmniejszyć koszt całego przedsięwzięcia, w którym wartość przygotowania dokumentacji wynosi znaczny procent w stosunku do wartości projektu.

W przypadku standaryzacji umów można mówić także o zalecie, jaką jest potencjalna możliwość powielania przedsięwzięć. Jeśli będzie przygotowany schemat umowy, który będzie można wypełnić stosunkowo niewielkim kosztem, to taki typ przedsięwzięć zyska na popularności. Powielanie projektów, które już okazały się efektywne i zapewniają optymalny poziom usług publicznych w stosunku do kosztów jest zjawiskiem naturalnym i pożądanym.

Standaryzacja bywa także rozumiana przez ekspertów jako proces, w którym stale ulepsza się i dostosowuje rozwiązania prawne do umów, które będą używane jako wzorce. Tak rozumiana standaryzacja pozwoli wyznaczyć sposób postępowania

w najtrudniejszych sytuacjach, korzystanie z najlepszych gotowych rozwiązań i posiadanie gotowej dokumentacji, która skróci działania przygotowawcze.

Niemniej ważnym argumentem przemawiającym na rzecz standaryzacji jest także fakt, iż standardy umów często bywają traktowane jako ubezpieczenie od przyjęcia rozwiązań niosących ze sobą ryzyko prawne. Obecne w standardach zapisy, które będą zarówno zgodne z ustawą, jak i prawem polskim, zwiększą poczucie bezpieczeństwa stron przedsięwzięcia.

Ostatnim, pojawiającym się w kontekście zalet standaryzacji, argumentem jest wsparcie i promocja. Utworzenie wzorców umów pozwoli na większe rozpropagowanie idei partnerstwa publiczno-prywatnego w kraju. Standaryzacja wskaże sposób realizacji zadania i ułatwi zrozumienie i wdrożenie przedsięwzięcia wykonywanego w tym trybie. Pozwoli także w szybkim tempie nabyć wymaganych kompetencji w zakresie przygotowywania i negocjowania umów.

## Potrzeba przeprowadzenia umów pilotażowych

W związku z nową ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym, która obowiązuje od 2008 r. potrzeba ustalenia standardów wzrosła. Ustawa ta bowiem, aby znieść większość barier administracyjnych, w porównaniu z poprzednią ustawą z 2005 r., nie zawiera szczegółowego katalogu postanowień, które powinny być wprowadzone do umowy. Nowa ustawa obejmuje w zasadzie jedynie zagadnienia wnoszenia przez podmiot publiczny wkładu własnego, charakteru wynagrodzenia i skutków nienależytego wykonania zobowiązania. Nadano jej zatem charakter ramowy, by obejmowała jak najszerszy zakres umów powstających na zasadach PPP. Jednocześnie jednak nie wynikają z niej konkretne wymagania lub zapisy, które w takich umowach powinny się znaleźć.

Już w 2006 r. eksperci pisali o konieczności zbudowania wzorca, który w sposób jak najpełniejszy oddawał będzie przegląd zagadnień, jakie muszą znaleźć się w treści umowy – między innymi opracowanie pt. „Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym – ramy określające standardową zawartość” autorstwa Witolda Grzybowskiego, wydane nakładem Ministerstwa Gospodarki.

Taka standardowa umowa – według znawców tematyki – powinna dotyczyć transakcji, w ramach której wystąpi składnik majątkowy, zawierającej wymóg jego wieloletniej eksploatacji, która kończyć się będzie przekazaniem tego składnika wraz ze wszystkimi nabytymi prawami stronie publicznej.

Wymaganą formę spełniają umowy typu „Zaprojektuj-wybuduj-zarządzaj”, czyli tzw. BOT – Build, Operate, Transfer (buduj, eksploatuj, przekaz) lub zamiennie: Build, Own, Transfer (buduj, posiadaj, przekaz), a w rozbudowanej wersji: BOOT (Build, Own, Operate, Transfer, czyli: buduj, posiadaj, eksploatuj, przekaz), a także wielu jego mutacji. Wzorzec ten często jest traktowany jako substytut zastępujący rozwiniętą wersję umowy o PPP, która potrzebuje wprowadzać wzorce branżowe dla każdego resortu.



Nie należy jednak przyjmować, że w przypadku braku jakiegoś typu umowy można poczekać na projekt pilotażowy, który uzupełni lukę. Wprawdzie czasem taki projekt bywa impulsem dla pozostałych partnerów do zawierania

umów, to jednak bez udziału sektora publicznego w procesie promocji pierwszych przedsięwzięć temat PPP, zawieranie nowych typów umów będzie napotykało wiele trudności i barier, z których największą będzie czynnik psychologiczny – niepewność polityczna, możliwość potencjalnego konfliktu z innymi ustawami i dodatkowe ryzyko. W tej sytuacji rynek będzie z trudnością podejmował nowe inicjatywy, bojąc się, że rząd surowo będzie karał za popełnione błędy.

Od lat mowa jest o tym, by dla dobra rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego resorty i gminy powoływały konkursy, które dadzą podstawę do stworzenia umów do pilotażowych projektów, które odbywałyby się pod nadzorem odpowiednich instytucji. Eksperti są zdania, że zorganizowanie i przeprowadzenie takich projektów w kilku wybranych sektorach, pozwoli na weryfikację wzorów i spójności polskiego prawa. Stworzenie takich wiarygodnych umów będzie stanowiło punkt odniesienia dla kolejnych przedsięwzięć PPP.



Przy standaryzacji opieranie się na doświadczeniu jest konieczne, ale w przypadku późniejszego wykazania nieprawidłowości może okazać się ogromnym kosztem. Warto, by do czasu standaryzacji ten koszt nie spadał na podmiot prywatny.

Przygotowanie wzorcowych dokumentów jest zatem koniecznością dla dalszego rozwoju PPP w Polsce. Tym istotniejszą, że nasz kraj potrzebuje sprawnych i przejrzystych zasad współpracy między partnerami publicznymi a prywatnymi, aby przyspieszyć rozwój wielu strategicznych dziedzin.

Mamy zatem nadzieję, że poniższa próba standaryzacji okaże się pomocna dla tych, którzy będą zawierać umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym po raz pierwszy, jak i dla tych, zechcą uporządkować swoją wiedzę na ten temat i nadać właściwy kształt swoim działaniom w sferze PPP. Zaznaczamy jednakże, że ta, jak i każda próba standaryzacji obarczona jest ryzykiem, które omawialiśmy wcześniej. Nie można bowiem liczyć na to, iż artykuł będący poradnikiem, będzie w stanie objąć swoją treścią wszelkie możliwe przypadki umów zawieranych między partnerem publicznym i prywatnym. Jest jedynie przewodnikiem, który ma zachęcić obie strony do czerpania z możliwości, jakie daje partnerstwo publiczno-prywatne.