

Poradnik UMOWA O PPP

– część trzecia –

Zagadnienie standaryzacji umowy o PPP w kontekście przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym

Copyright: PPPortal.pl 2011

Wstęp

Opracowanie to stanowi próbę standaryzacji dokumentacji w zakresie umów PPP. Proces ten, chociaż dość długotrwały i wymagający działań ze strony odpowiednich instytucji, wymaga nie tylko zebrania doświadczeń z rynku, ale także rozpatrzenia kwestii umowy o PPP w kontekście najnowszych ustaleń prawnych.

W ostatniej części poradnika prezentujemy komentarze do przedstawionego wcześniej schematu umowy i prób standaryzacji oraz dyskusję na temat ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, która stanowi punkt wyjścia dla rozważań na temat kształtu dokumentacji zawieranej między stronami PPP.

Standaryzacja – jej opracowanie i przedstawiony schemat – wymaga również szerszego kontekstu. Omawiając wzorzec trzeba wspomnieć o jego podstawach prawnych. Omówimy zatem nie tylko nową ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, ale również nawiążemy do ustaleń, które zapadły we



wcześniejszym dokumencie, czyli ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 28 lipca 2005 r. Jednocześnie zaznaczymy, jakie przepisy są obecnie ważne dla działań partnerskich.

Zmiany i udoskonalenia

Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym oparta jest w dużej mierze o ustawę o partnerstwie publiczno-privatnym. To znaczy, że wśród zrealizowanych już umów, które mogą stanowić bazę dla tworzonych wzorów, znajdują się takie dokumenty, które opierają się częściowo na zaleceniach z 2005 r., jak i zostały w pełni skonstruowane na podstawie ustaleń prawnych z 2008 r.

Należy zauważyć, że to właśnie pionierskie działania gmin i miast, które mimo zbyt szczegółowej, by przełożyć ją na realne działania, ustawy z dnia 28 lipca 2005 r., podejmowały próby przygotowania przedsięwzięć do realizacji i przyczyniły się ostatecznie do zmiany przepisów w 2008 r.

Układając poradnik dotyczący umów o PPP, staraliśmy się korzystać ze wszystkich tych doświadczeń i zaprezentować możliwie jak najbardziej szczegółowy, a zarazem najmniej ograniczający strony wzór umowy o partnerstwie publiczno-privatnym. Taka myśl przyświecała również twórcom ustawy z 2008 r. – jej ramowy i dość ogólny kształt pozwala stronom, niemal bez ograniczeń, wpływać na ostateczny kształt umowy. Wolność wyboru okazała się być w tym przypadku niezwykle inspirująca – strony mogły swobodnie kształtować zapisy i doprecyzowywać ustalenia tak, by były dla nich najlepsze. Wejście w życie nowej ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym, a także ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi w 2009 r. zaowocowało pojawieniem się na rynku kilkudziesięciu ogłoszeń o postępowaniu na wybór partnera prywatnego.

Eksperti i praktycy spodziewają się, że realizacje projektów w zakresie partnerstwa publiczno-privatnego będą się rozwijały w Polsce w różnorodnych kierunkach. Wiele z nich oprze się na już istniejących zapisach prawnych, czyli ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. oraz kilku innych ustawach dotyczących: zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków, budowy dróg i autostrad (która po nowelizacji odsyła do ustawy o koncesji na roboty budowlane w kwestii wyboru spółki i terminu związania spółki ofertą), etc.

Część ekspertów jest również zdania, że PPP w Polsce istnieje już od wielu lat w różnych sektorach gospodarki, lecz w nieco innym kształcie prawnym. Współpraca między jednostkami administracji terenowej a podmiotami prywatnymi, która stanowi podstawę realizacji zadań publicznych, była możliwa bez ustawy o partnerstwie.

Zakres działań oraz formy kooperacji między stronami ulegały jednak na przestrzeni lat zmianom, z którymi wiązały się także nowelizacje prawne.



Początki regulacji prawnych dotyczących zagadnień partnerstwa publiczno-prywatnego sięgają wprowadzenia przepisów o koncesji na roboty budowlane do ustawy Prawo zamówień publicznych w 2004 r., a także wejścia w życie ustawy o PPP w

kolejnym roku. Ustawa z 28 lipca 2005 r. oraz rozporządzenia do ustawy zawierały jednak zbyt szczegółowe ustalenia i przepisy, opracowane raczej w celu edukacyjnym. Nie była ona możliwa do zastosowania z uwagi na brak odpowiednich formularzy ogłoszeń o planowanym przedsięwzięciu, co było przyczyną nieważności takiej umowy o PPP - art. 21 tej ustawy: *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest nieważna w przypadku:*

- 1) nieprzeprowadzenia analizy, o której mowa w art. 11 ust. 1;
- 2) nieogłoszenia informacji, o której mowa w art. 13.

W Polsce wyróżnia się zasadniczo dwa rodzaje realizacji zadań publicznych: na zasadzie zlecenia i wykorzystujący model współpracy, zwany instytucjonalnym. Pierwsza forma realizowana jest w systemie zamówień publicznych, który regulowany jest przez ustawę Prawo zamówień publicznych. Ustalone zostały w niej zasady zawierania umów przez podmioty publiczne z kontrahentami na wykonanie robót, dostaw i usług, a także dzieł. Główną cechą umów na zasadzie zlecenia (umowy lub kontraktu) jest z góry określona pozycja zamawiającego w stosunku do wykonawcy, który to zamówienie przyjmuje i realizuje. W takim wypadku zamawiający jest stroną nie tylko udzielającą zamówienia, ale także zatwierdzającą wyniki pracy. Drugi typ, polegający na współpracy ze strony podmiotów publicznych, umożliwia przedsiębiorcom wykonywanie zadań stanowiących domenę administracji samorządowej. Współpraca ta oparta jest na podziale zadań i ryzyka pomiędzy stronami umowy.

Umowa na podstawie ustawy

Należy pamiętać, że umowa o partnerstwie publiczno-privatnym stanowi punkt centralny powiązań umownych w przedsięwzięciu i na jej podstawie sporządzane są pozostałe dokumenty o charakterze umów i kontraktów. Wraz z nią, tworzą nierozzerwalną strukturę kontraktową przedsięwzięcia, dlatego właśnie jej strukturą zajęliśmy się w opracowaniu i jej standaryzacji poświęciliśmy tyle miejsca.

Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. poświęca wiele miejsca umowie o PPP, wymieniając liczne komponenty informacyjne, jakie powinny się w niej znaleźć. W ustawie można znaleźć elementy narzucające pewne regulacje mające na celu standaryzację umowy – omówimy je poniżej.

Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym stanowi fundament współpracy partnera publicznego z prywatnym w ramach danego przedsięwzięcia. Zatem reguluje ona relacje w umowach zawieranych między poszczególnymi podmiotami i stanowi niejako szkielet dla budowania relacji wszystkich zaangażowanych elementów.

W rozdziale trzecim ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym z dnia 19 grudnia 2008 r. omówiona została szczegółowo umowa o PPP i realizacja tego typu partnerstwa. Artykuł 7 tej ustawy określa strony umowy – w rozumieniu ustawy mogą nimi być podmiot publiczny i partner prywatny. Ustawa określa w tym miejscu, także nadrzędny cel umowy – według ustawodawcy powinna ona służyć realizacji zadania publicznego.

Relacja między stronami tworzona jest przez wzajemne zobowiązania. W art. 7 pkt. 1 zostały one określone następująco: *partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego.*

Umowa o PPP, zgodnie z definicją, zawsze zakłada udział we współpracy stron należących do dwóch odrębnych sektorów – prywatnego i publicznego. Partnerem prywatnym zawierającym umowę może być: przedsiębiorca w rozumieniu przepisów o

swobodzie działalności gospodarczej, organizacje pozarządowe, kościoły i związki wyznaniowe, podmioty zagraniczne – jeżeli są przedsiębiorcami w rozumieniu prawa polskiego oraz spełniają warunki odpowiednie do podjęcia działalności gospodarczej w Polsce. Partnerem prywatnym może zostać nawet osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą.

Zbiór podmiotów stanowiących stronę partnera publicznego jest nieco bardziej ograniczony – znaleźć się wśród nich mogą: organy administracji rządowej i jednostki samorządu terytorialnego. Ustawa PPP dopuszcza też wiele innych jednostek, które mogą występować jako podmioty publiczne – m.in.: państwowe szkoły wyższe, publiczne zakłady opieki zdrowotnej, państwowe i samorządowe instytucje kultury, a nawet fundusze celowe. Stroną publiczną nie mogą być jednak nigdy banki, przedsiębiorstwa i spółki handlowe – niezależnie od ich struktury kapitałowej, nawet jeśli całość jest kontrolowana przez podmioty publiczne.

Zgodnie z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej i przepisami kodeksu cywilnego, jednostki samorządu terytorialnego (JST) mają status osoby prawnej. To znaczy, że przysługuje im zarówno prawo własności, jak i inne prawa majątkowe, a także samodzielność w decyzjach i działaniu, która podlega ochronie sądowej. Kodeks cywilny daje też osobom prawnym możliwość bycia podmiotem stosunków cywilnoprawnych, co oznacza, że jako strona umowy mogą ułożyć stosunek prawny według własnego uznania, jeśli jego treść i cel nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie i zasadom współżycia społecznego. Zatem jednostki samorządu mogą zawierać umowy z podmiotami prywatnymi, w celu wykonania zadań publicznych.



To wprowadzie bardzo ogólne regulacje, ale wynikają one z założenia, że każdy rodzaj realizowanego zadania będzie się różnił od siebie i wymagał szczegółowych ustaleń między stronami. Ustawodawca

zarysował najogólniejsze ramy umowy, nie narzucając jednocześnie szczegółowego podziału obowiązków, a jedynie nakreślając ich ogólny kształt.

Inne regulacje dotyczące kształtu umowy PPP

Co jeszcze podlega próbom standaryzacji ze strony rządu? W umowie powinny znaleźć się ustalenia dotyczące wzajemnych zobowiązań stron, w tym także prawo podmiotu publicznego do kontrolowania bieżącej realizacji przedsięwzięcia. Wprawdzie obowiązek prawidłowej realizacji przedsięwzięcia spoczywa na podmiocie prywatnym, ale nie zwalnia on od odpowiedzialności za realizację tych zadań podmiotu publicznego, na którym spoczywają obowiązki nałożone przepisami – m.in. ustawy o samorządzie gminnym. Obowiązek umieszczenia informacji o trybie i zasadach przeprowadzania kontroli w umowie narzuca art. 8 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Strony nie mogą wyłączyć tego przepisu ze stosowania – obowiązuje on bezwzględnie.

W nowej ustawie znalazły się także regulacje dotyczące warunków użytkowania i przekazania samego przedmiotu realizacji. Rząd narzucił stronom konieczność określenia natury wkładu własnego (np. składnika majątkowego), a także wynagrodzenia i rozwiązania kwestii majątkowych (łącznie z określeniem wykorzystania wkładu majątkowego i jego zwrotu po zakończeniu umowy). W art. 9. określone zostały sposoby wniesienia wkładu własnego, ewentualnego zwrotu jego wartości dla partnera prywatnego i zobowiązań wynikających z użytkowania tego wkładu (w tym także zwrotu wynikającego z wykorzystywania go w sposób sprzeczny z przeznaczeniem określonym w umowie).

Wkład własny, zgodnie z ustawą, wnieść można m.in. na podstawie umowy sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu lub dzierżawy. W tych kwestiach strony obowiązuje kodeks cywilny. Według opinii prawnej nie ma jednak przeszkód, by wniesienie składnika majątkowego miało inną, niż wymienione, formę prawną.

Ustawodawca określił także obowiązek partnerów w przypadku, gdyby składnik majątkowy był wykorzystywany niezgodnie z jego przeznaczeniem. Strony mogą doprecyzować w umowie, jakie sytuacje będą uznane za wykorzystanie niezgodne z przeznaczeniem i jakie możliwości dyscyplinowania przysługują stronie poszkodowanej w tym przypadku. Standardowo przyjmuje się, że niezgodne z

przeznaczeniem jest wszystko, co jest sprzeczne z umową o PPP. Paragraf czwarty, artykuł dziewiąty dotyczy ustaleń odnośnie zwrotu składników majątkowych, będących składnikami niepieniężnymi. Brzmiały one następująco: *Jeżeli składnik majątkowy podmiotu publicznego stanowił wkład niepieniężny do spółki, o której mowa w art. 14 ust. 1, jego przekazania w razie wykorzystania niezgodnie z przeznaczeniem dokonuje się na zasadach określonych w umowie lub statucie spółki.*

Wszelkie zmiany, a w szczególności zmiana partnera prywatnego powinna zostać omówiona w umowie. Ważne jest zarówno ustalenie postępowania w zależności od określonych okoliczności, jak i rozwiązanie umowy i wszelkie rozliczenia. Jak każdy tego typu



dokument, kontrakt PPP powinien również określać ewentualne powołanie spółki celowej i podstawowe zasady jej funkcjonowania (łącznie z wnoszeniem wkładów i rozliczaniem płatności).

Ustawa z 2008 r. określa wiele kwestii związanych z rozwiązywaniem umów. Art. 10 pkt. 1 określa działanie partnera publicznego w przypadku rozwiązania umowy – *Podmiot publiczny niezwłocznie po rozwiązaniu umowy o partnerstwie publiczno-privatnym dokona wyboru nowego partnera prywatnego, chyba że przedsięwzięcie ma być realizowane w inny sposób.*

Dokument reguluje także tryb postępowania w przypadku zlecenia wykonywania zadań przed wyborem nowego partnera prywatnego.

Art. 10 pkt. 2 brzmi: *Jeżeli przed wyborem nowego partnera prywatnego podmiot publiczny zlecił wykonywanie zadań z zakresu partnerstwa publiczno-privatnego w trybie art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, umowa ta obowiązuje do czasu rozpoczęcia wykonywania umowy o partnerstwie publiczno-privatnym.*

Przepisy te mają zastosowanie, jeśli strona publiczna podejmuje decyzję o kontynuowaniu przedsięwzięcia w formule partnerstwa. Warto jednak zaznaczyć, że w tym przypadku nie obowiązuje konieczność wyboru nowego partnera prywatnego w tej samej

formule, w której wybierany był poprzedni partner. Nadrzędnym celem tego przepisu jest to, by przedsięwzięcie było utrzymane w sposób jak najbardziej ciągły.

Sposób zakończenia umowy o partnerstwie publiczno-privatnym i rozwiązania końcowe także zostały narzucone przez ustawodawcę. Ustalił on głównie tryb i warunki przekazania składnika majątkowego, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia, a także narzucił ustalenia odnośnie roszczeń o przekazanie składnika majątkowego. Zgodnie z Art. 11 *po zakończeniu czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-privatnym partner prywatny lub spółka, o której mowa w art. 14 ust. 1, przekazuje podmiotowi publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia, w stanie niepogorszonym, z uwzględnieniem jego zużycia wskutek prawidłowego używania, chyba że umowa o partnerstwie publiczno-privatnym stanowi inaczej.*

Zasadą jest, że po zakończeniu umowy o PPP składniki majątkowe są przekazywane stronie publicznej, ponieważ to na niej spoczywa obowiązek zapewnienia świadczenia zadań publicznych. W tym przypadku ustawodawca nie rozróżnia, która ze stron wносиła składnik – zawsze powinien być on przekazany podmiotowi publicznemu. Jednak ustawodawca pozostawia stronom ostateczną decyzję na ten temat i prawo do postanowienia inaczej na poziomie umowy o PPP.

Umowa może również stanowić, że *przekazanie składnika majątkowego nastąpi na rzecz państwowej lub samorządowej osoby prawnej lub spółki handlowej z większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa (art. 11, pkt. 2).* Oznacza to, że samorząd może zechcieć kontynuować przedsięwzięcie powierzając je związanej z nim osobie prawnej lub spółce. Warto, by ta osoba lub spółka została wskazana w umowie między partnerami – to znacząco przyspieszy przekazanie składnika podmiotowi docelowemu.

Natomiast *roszczenie podmiotu publicznego przeciwko partnerowi prywatnemu lub spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1, o przekazanie składnika majątkowego przedawnia się z upływem lat dziesięciu od dnia zakończenia czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-privatnym (art. 11, pkt. 3), czyli z upływem 10 lat od dnia zakończenia czasu trwania umowy zawartej między partnerami.*

Część definicji dotycząca zarządzania składnikiem majątkowym jest także elementem odróżniającym przedmiot PPP od przedmiotu koncesji na usługi, które należą do usług świadczonych samoistnie, a nie działań na składniku majątkowym. Ustawa o PPP reguluje zasady pierwokupu nieruchomości będącej wkładem własnym, który przysługuje partnerowi prywatnemu, a także reguluje terminy – jeśli w umowie nie zaznaczone zostanie inaczej.

Ustawa z 2008 r. porusza także kwestię dopuszczalności zmian w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zakazuje wprowadzania istotnych zmian postanowień zawartej umowy *w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany* (Art. 13 pkt. 1). Ograniczając tym przepisem postanowienia wynikające z kodeksem cywilnym, ustawodawcy pragnęli zapewnić zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron na każdym etapie wykonywania umowy o PPP.



Dawne i nowe przepisy a schemat umowy

Przed zmianą przepisów odpowiedzialność za zawartość umowy spoczywała na stronie publicznej, dlatego też ustawa z 2005 roku zawierała rozpisane szczegółowo liczne warunki i aspekty, jakie powinny się w niej znaleźć. Po zmianie, w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym z 19 grudnia 2008 r., rozdział trzeci poruszający kwestie wymagań odnośnie umowy o PPP i jej realizacji nie opisuje poszczególnych elementów umowy w tak szczegółowy sposób. Daje tym samym dużo więcej swobody stronom i jednocześnie otwiera drogę na bardziej skomplikowane realizacje.

W ustawie o partnerstwie publiczno-privatnym z 28 lipca 2005 roku ustawodawca narzucał zawartość umowy. W rozdziale 4, Art. 18 miał brzmienie:

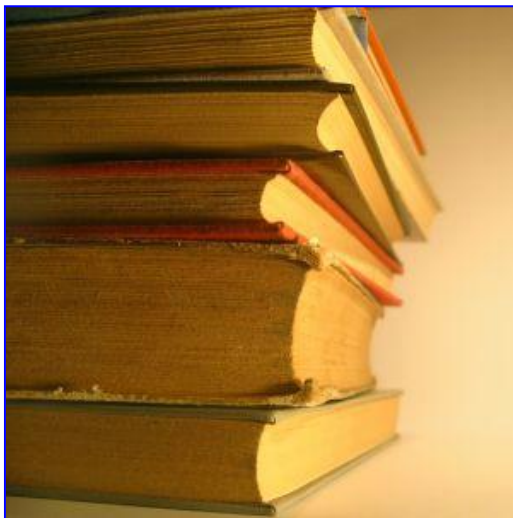
Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym określa w szczególności:

- 1) cel i przedmiot przedsięwzięcia oraz harmonogram jego realizacji;*
- 2) łączna 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 te spółkę.*

Ta dość szczegółowa lista zawartości, która powinna znaleźć się w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym, może dziś stanowić rodzaj przewodnika, do którego jednak zaleca się stosować dość elastycznie.

Lista elementów, które powinna regulować umowa o PPP jest dosyć długa, jednak ze względu na to, że nowa ustawa jest dość liberalna, należy pamiętać o tym, że zawarte w umowie o PPP przepisy mają szczególny charakter. Wpisane do umowy wymagania powinny regulować wszystkie zagadnienia dotyczące danego przedsięwzięcia. Sama ustawa nie przesądza, jakie regulacje powinny się tam znaleźć, ze względu na ogromną różnorodność podmiotów, które mogą tą umowę zawierać. To partnerzy powinni konstruować umowę zgodnie ze swoimi potrzebami.

Ze strony ustawodawcy istniała także obawa, że narzucenie stronom sztywnych klauzul mogłoby osłabić zainteresowanie umowami o PPP. Swoboda została ograniczona tylko w kilku kluczowych kwestiach, jak np. wybór stosowanego prawa – musi to być prawo polskie.



Przygotowując umowę należy mieć na uwadze tryb przepisów, w którym zostaje ona zawarta. Jeśli bowiem mamy do czynienia z trybem przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, to różnić się one będą od umowy zawieranej w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Szczegóły i różnice między nimi należy oczywiście

rozpatrywać w kontekście powyższych ustaw, a nie wyłącznie ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym. Ta bowiem traktuje dość powierzchownie samą zawartość, a nawet nie narzuca – poza wyjątkiem zawarcia umowy na piśmie – warunków koniecznych do spełnienia, by umowa zawarta między partnerami uznana była za ważną.

To wyjaśnia dlaczego tak trudno zaproponować konkretny wzorzec umowy o PPP, a jedynie można starać się opisać jej zasadnicze elementy. Do standardowych elementów, które przyjęliśmy na podstawie wzorców i już konstruowanych umów o PPP, należą zatem:

- określenie stron umowy

- określenie celu i przedmiotu umowy
- ustalenie harmonogramu
- składniki majątkowe, czyli łączna wartość środków przewidzianych na całe przedsięwzięcie
- zobowiązania stron umowy
- normy i wymagania dla danego przedsięwzięcia
- prawa stron umowy
- określenie czasu zawarcia umowy i możliwości zmian terminów
- sposób rozstrzygania sporów i przewidziane kary
- podział ryzyka i odpowiedzialność za przedsięwzięcie
- zasady ubezpieczenia przedsięwzięcia i zakres jego działania oraz dodatkowe gwarancje
- wygaśnięcie i rozwiązanie umowy
- postanowienia końcowe i załączniki

Dodatkowo warto wspomnieć także o:

- postanowieniach dotyczących zawiązania spółki, jeśli strony postanowią o założeniu spółki
- warunkach i procedurach zmiany – jeśli takie zostały przewidziane w specyfikacji

Pozostałe szczegóły powinny być konstruowane w zgodzie z ustawą o koncesji na roboty budowlane i usługi lub ustawie Prawo zamówień publicznych – jeśli w takim trybie będą realizowane.

Wzorzec umowy a rzeczywiste potrzeby partnerów

Umowa ustanawiająca partnerstwo publiczno- prywatne jest najważniejszym dokumentem regulującym zobowiązania stron przedsięwzięcia. Jednak konstruując ją trudno jest zachować równowagę pomiędzy regulacjami sprzyjającymi jak najsprawniejszej realizacji projektu, a ochroną obu zainteresowanych stron.

Z pewnością umowa o PPP powinna duży nacisk położyć na zagwarantowanie kontroli nad przedsięwzięciem stronie publicznej. Zapisy zawarte w umowie powinny regulować, w możliwie najbardziej przejrzysty i jasny sposób, ustalenia między partnerami dotyczące płatności, podziału ryzyka, a także określać dokładnie działania i prace, ze szczegółowym opisem ich jakości i oczekiwanego efektu końcowego.

W umowie o partnerstwie publiczno-privatnym nie należy też zapomnieć o harmonogramie, który będzie stanowił przewodnik w zobowiązaniach dla strony prywatnej i podstawę do kontroli dla strony publicznej. Na wypadek jakichś nieścisłości lub wykazanych w pracy błędów, kontrakt powinien również określać system kar. Należy je uzależnić od terminów, zachowania wymogów bezpieczeństwa, kontroli kosztów, wymogów zarządzania własnością i eksploatacji wykorzystywanej infrastruktury.

Skutki nienależytego wykonania zobowiązań zapisanych w umowie określają przepisy kodeksu cywilnego – szczególnie art. 471-479. Jeśli zatem w umowie nie ma osobnych zapisów regulujących system kar i odszkodowań, to partner, który dopuścił się naruszenia postanowień umowy, ponosi odpowiedzialność cywilną na zasadach wynikających z powyższych przepisów. Jednak zgodnie z przepisami ustawy umowa powinna określać skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania, by uniknąć wątpliwości w przypadku, gdyby jedna ze stron nie wykonała lub nienależycie wykonała obowiązki, wskutek zdarzeń, za które nie ponosi odpowiedzialności. Warto zaznaczyć także, że dane kary umowne mogą być zastrzeżone tylko dla jednego z partnerów.

Kara umowna – zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego – jest takim rodzajem naprawienia szkody wynikłej z niewykonania bądź złego wykonania obowiązków i zobowiązań niepieniężnych, który nastąpi przez zapłatę sumy pieniężnej. Taka formuła pozwala na szybsze dochodzenie praw poszkodowanego w razie zaistniałej szkody. Innym rodzajem sankcji za szkody na skutek nienależytego wykonania bądź niewykonania zobowiązań, może być również zmniejszenie wynagrodzenia dla partnera prywatnego. Przyczyny i sposób obliczania tej kary należy jednak bardzo precyzyjnie określić.



Nie można w tym przypadku zapomnieć o nagrodach, które mogą mieć podobny zakres, co kary, a będą służyły zachęceniu partnera prywatnego, nie tylko do szybkiego wykonania zadania, ale również

do przestrzegania wszystkich norm i poprawnego zarządzania majątkiem.

Jeśli jednak mowa jest o karach i nagrodach – warto, by w umowie zostały określone postanowienia, w oparciu o które mierzony będzie stopień poprawności wykonywanych zadań, oraz określające zasady monitorowania poszczególnych elementów współpracy.

Charakter przepisów

Jeśli chodzi o charakter prawny umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, długo nie było oczywiste, czy jest ona umową nazwaną czy nienazwaną. Nie określono jej także jednoznacznie jako umowy mieszanej. Spór ten był bardzo ważny ze względu na klasyfikację jej do przepisów kodeksu cywilnego. Umowa nienazwana nie pozwoliłaby na umieszczenie w takiej umowie klauzuli informującej o tym, by w przypadkach nieuregulowanych strony dochodziły swoich praw zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego. A zatem w umowie o PPP strony musiałyby umieścić odpowiednie przepisy kodeksu cywilnego, aby w danym stosunku umownym były one wiążące.

Prawnicy określają ten typ kształtowania treści umowy modelem anglosaskim, w którym strony mają pierwszeństwo woli w ograniczaniu zakresu normatywnych regulacji. Zatem w każdym przypadku, gdy strony nie wprowadzą odpowiedniego zapisu, bądź nie przeniosą go z kodeksu cywilnego, mogą wystąpić poważne problemy interpretacyjne. Skutkiem tego mogą być utrudnienia lub nawet uniemożliwienie realizacji umowy. Jeśli do tego dochodzi także niemal całkowity zakaz dokonywania zmian w umowie o PPP w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, to tworzenie tego typu umów stanowi duże wyzwanie dla stron biorących udział w procesie.

Opierając się na *Komentarzu do ustawy o PPP* autorstwa Tomasza Skoczyńskiego, przyjąć jednak można, że umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym sporządzona na podstawie najnowszych przepisów jest tzw. umową nazwaną. Wynika to z tego, że – w opinii mecenas Skoczyńskiego – umowa zawierana między partnerami jest odrębnym typem umowy, którego normatywny wzorzec został uregulowany ustawą poprzez wskazanie jej istotnych cech.

Umowa o partnerstwie jest zatem, z zakresu prawa cywilnego, umową nazwaną. Może zawierać zobowiązania typowe dla innych

umów nazwanych, typu: umowa o sprzedaży, najmu lub dzierżawy. Zawiera jednak także szereg rozwiązań szczególnych, przez które może być uznana za nowy typ umowy. Jest bowiem umową dwustronnie zobowiązującą, wzajemną, odpłatną i kauzalną, co znaczy, że jej ważność uzależniona będzie od realizacji zadania publicznego, które jest jej podstawą prawną. Cechą determinującą odmienny charakter umowy o PPP od innych umów nazwanych i nienazwanych jest uczestnictwo podmiotu publicznego oraz szczególny tryb zawarcia umowy i realizacji stron.

Zgodnie z definicją, świadczenia stron rozkładają się w następujący sposób: partner publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego, zaś partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości lub w części wydatków na jego realizację (lub poniesienia ich przez osobę trzecią).

Przedmiotem umowy o partnerstwie są z założenia takie inwestycje, które przerastają możliwości finansowe, technologiczne lub



organizacyjne sektora publicznego. Często są to również inwestycje wykraczające poza możliwości pojedynczego partnera prywatnego. Ustawa zatem stwarza możliwość porozumienia więcej niż dwóch partnerów do wspólnej realizacji zadania. Kilku

partnerów może występować zarówno po stronie wykonawcy, jak i zamawiającego. W tym pierwszym przypadku, gdy po stronie wykonawcy występuje więcej niż jeden podmiot, dochodzi zazwyczaj do zawarcia umowy konsorcjum, która reguluje wzajemne zobowiązania związane z wykonywaniem zamówienia. Ujawnienie takiej umowy, a precyzując; zawartego w niej podziału obowiązków między podmiotami prywatnymi, powinno podlegać ocenie przez podmiot publiczny przy ostatecznym wyborze partnera, z którym będzie zawarta umowa. Podmioty wspólnie ubiegające się o zawarcie umowy PPP powinny ustanowić pełnomocnika po stronie partnera prywatnego, który będzie reprezentował ich interesy w toku postępowania i zawrze umowę.

W przypadku odwrotnym, tj. gdy po stronie publicznej znajduje się wiele podmiotów, to mogą one – choć nie w każdym przypadku muszą, zawrzeć umowę lub porozumienie w celu wykonania wspólnego zadania publicznego w ramach partnerstwa. Możliwość zawarcia umowy uzależniona jest od jej przedmiotu, czyli wspólnego zadania publicznego.

Przedmiotem umowy – jeszcze w rozumieniu starej ustawy – jest realizacja przez partnera prywatnego przedsięwzięcia za wynagrodzeniem na rzecz podmiotu publicznego. Przedsięwzięciem takim w rozumieniu art. 2 pkt. 4 ustawy, może być: *budowa lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego użyteczność lub inne świadczenie.*

W umowie zawieranej między partnerami należy jednak sprecyzować, jakie obowiązki będą spoczywać na partnerze prywatnym i jednoznacznie określić, na czym dane przedsięwzięcie będzie polegać. Oczywiście opis ten powinien pokrywać się z opisem przedsięwzięcia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, koncesji lub ofertą - w zależności od tego, w jaki sposób partner został wybrany.

Podsumowanie

Nowa ustawa, która weszła w życie wraz z ustawą o koncesji na roboty budowlane lub usługi, wytycza nową, bardziej elastyczną formę współpracy między partnerem publicznym i prywatnym. Warto jednak zauważyć, że współpraca między jednostkami samorządu terytorialnego i prywatnymi przedsiębiorcami możliwa jest także bez tej ustawy.

Ramy prawne współdziałania na zasadach PPP opierać się mogą bowiem na Prawie zamówień publicznych i ustawie o koncesji na roboty budowlane, a także kodeksie cywilnym i ustawie o gospodarce komunalnej, zaś pozostałe formy współdziałania mają do dyspozycji pięć innych instrumentów prawnych. Inne formy współdziałania podmiotów publicznych i partnerów prywatnych mogą odbywać się w oparciu o kodeks cywilny i ustawę o gospodarce komunalnej, a także: ustawę o gospodarce nieruchomościami, Prawo zamówień

publicznych, ustawę o koncesji na roboty budowlane i usługi, Kodeks Spółek Handlowych, ustawę o działalności pożytku publicznego i wolontariacie.

Obowiązujące akty prawne pozwalają zatem na zastosowanie bardzo różnych modeli współpracy jednostek samorządu terytorialnego z partnerem prywatnym. A uproszczone ustawodawstwo odnoszące się do rozwiązań opartych na partnerstwie i równym podziale ryzyk zachęca do coraz częstszego korzystania z formy współpracy opartej na PPP.



W porównaniu z ustawą, która obowiązywała przed grudniem 2008 r.

zniknęło wiele szczegółów odnośnie przedsięwzięć, które mogą być realizowane w ramach PPP. Ustawodawca położył także nacisk na szeroką definicję uwzględniającą mieszany charakter przedsięwzięć z udziałem partnera prywatnego i przenikanie się rezultatów wzajemnej współpracy między partnerem prywatnym a publicznym.

Trudno w krótkim opracowaniu zawrzeć wszystkie aspekty dotyczące teoretycznej i praktycznej strony konstruowania umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, jednak zarysowany w poradniku schemat i opisane warunki prawne, a także wspomniane w pierwszej części dobre praktyki PPP, pozwolą na swobodniejsze poruszanie się w gąszczu przepisów dotyczących tego rodzaju współpracy i zachęcą do zainteresowania się partnerstwem zarówno stronę publiczną, jak i prywatną.

Ewa Glinkowska-Neuman

Konsultacja merytoryczna: Witold Grzybowski

Bibliografia

Załączamy także bibliografię, na której podstawach zostało oparty niniejszy poradnik, zachęcając jednocześnie do zapoznania się z tą literaturą.

1. Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym
2. Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym
3. Witold Grzybowski, Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym – ramy określające standardową zawartość, Warszawa 2007 r., Ministerstwo Gospodarki, Departament Instrumentów Wsparcia
4. Tomasz Korczyński i inni, Koncesja na roboty budowlane lub usługi a inne formy realizacji inwestycji publiczno-prywatnych, Investment Support, Wolters Kluwer Polska, 2010 Warszawa.
5. Marian Moszoro, Partnerstwo publiczno-prywatne w sferze użyteczności publicznej, Warszawa 2010 r., Oficyna Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
6. Tomasz Skoczyński, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz; stan prawny 30.06.2011 r., Lex Prestige - Kancelaria Radcy Prawnego Jacka Sznajdera VIS LEGIS w Tarnowskich Górach
7. Fundusze Europejskie szansą rozwoju PPP w Polsce, Centrum PPP, Warszawa 2009 r.
8. Rynek PPP w Polsce 2009 - Raport Investment Support podsumowujący pierwszy rok obowiązywania ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym i ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Warszawa 2010 r.