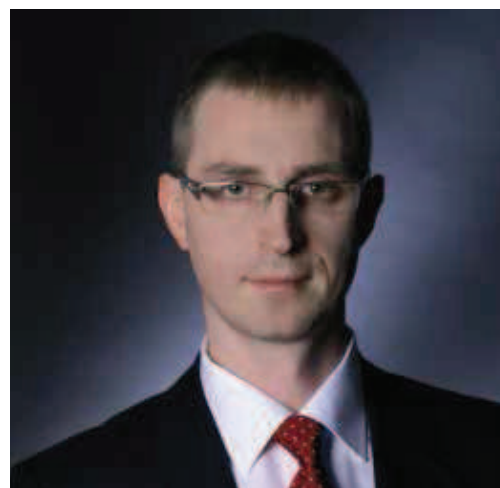


## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

### 2.1 Procedura wyboru partnera prywatnego



#### Wstęp – dlaczego negocjacje?

Można powiedzieć, że partnerstwo publiczno-prywatne to bardzo złożone zamówienie publiczne. Obejmuje ono zazwyczaj roboty budowlane, dostawy i usługi, a ponadto, w jednym postępowaniu zawarte są zwykle takie elementy, jak: projektowanie, finansowanie, budowa, utrzymanie lub zarządzanie obiektem. Co więcej, ustawa o ppp (UPPP)<sup>2</sup> wymaga od obu stron kontraktu publiczno-prywatnego wniesienia określonych wkładów we wspólne przedsięwzięcie, poniesienia wydatków na jego realizację, przewiduje też podział zadań i ryzyk w ramach projektu, wprowadza dużą dozę swobody w dysponowaniu aktywami wytworzonymi w czasie trwania umowy o ppp, dopuszcza zawiązanie spółki celowej przez zamawiającego i wykonawcę. Zarówno podmiot publiczny, jak też partner prywatny zobowiązani są do wzajemnych świadczeń i ścisłej współpracy w okresie kilkunastu, a nawet kilkudziesięciu lat. To oczywiście tylko niektóre cechy charakteryzujące istotę kontraktów ppp.

**Rafał Cieślak**

Radca prawny, wspólnik  
zarządzający w Kancelarii  
Doradztwa Gospodarczego  
Cieślak & Kordasiewicz<sup>1</sup>



<sup>1</sup> Kancelaria Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz specjalizuje się w doradztwie prawnym związanym z obsługą projektów ppp. Dzięki wsparciu prawników kancelarii realizowane są obecnie dwie umowy zawarte na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym ( Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.).

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-privatnym

### Złożona natura projektów ppp

Już sam wskazany wyżej zakres współdziałania stron uprawnia twierdzenie, że mamy tu do czynienia z wyjątkowo złożonymi, niekiedy wręcz wysublimowanymi strukturami prawno-finansowymi. Potwierdzają to również obligatoryjne kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty przewidziane przepisami ustawy o ppp, tj.: podział zadań i ryzyk pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego oraz terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, a także proponowane ustawą kryteria fakultatywne (m.in. efektywność realizacji przedsięwzięcia, jakość, poziom oferowanych technologii). Zbliżone zasady współpracy odnoszą się również do niektórych umów o koncesję na roboty budowlane lub długoterminowych kontraktów operatorskich. W przeciwieństwie zatem do typowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający opracowuje samodzielnie specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z istotnymi postanowieniami umowy z wykonawcą, przyjmując cenę jako podstawowe (zwykle jedyne) kryterium wyboru oferty, **w przypadku skomplikowanych z natury projektów ppp jest to praktycznie wykluczone.**

Optymalny sposób nawiązania współpracy z partnerem prywatnym wiedzie zatem przez procedurę negocjacyjną, w ramach której możliwe będzie omówienie z potencjalnymi wykonawcami wszelkich aspektów partnerstwa, w tym kwestii technicznych, technologicznych, prawnych, finansowych, podatkowych, organizacyjnych i innych. Zamawiający nie musi na początku postępowania decydować w pełni o zakresie przedsięwzięcia ppp. Jego celem powinno być natomiast wyspecyfikowanie efektu, jaki zamierza osiągnąć dzięki zaangażowaniu partnera prywatnego. Dopiero w toku postępowania, dzięki propozycjom przedstawianym przez potencjalnych wykonawców i dyskusowaniu proponowanych rozwiązań, ustalona zostaje treść przyszłego kontraktu ppp.

### Co przed negocjacjami?

Zanim jednak dojdzie do wszczęcia postępowania ppp i negocjacji warunków przyszłej współpracy, podmiot publiczny powinien się do niego odpowiednio przygotować. Zwykle pierwszym krokiem w tym kierunku jest powołanie zespołu ppp złożonego z przedstawicieli jednostki. W skład zespołu wchodzi najczęściej kierownicy średniego i wyższego szczebla, tacy jak, naczelnicy wydziałów, główni specjaliści, skarbnik, wójt/burmistrz/prezydent miasta lub jego zastępca.

### Przygotowanie projektu ppp

Z uwagi na brak szerszych doświadczeń w przygotowywaniu projektów ppp po stronie podmiotu publicznego, **w dalszej kolejności następuje wybór doradców, którzy odpowiedzialni będą za opracowanie analiz przedrealizacyjnych, a następnie obsługę postępowania o wybór partnera prywatnego.** Na marginesie warto dodać, że nierzadko również wybór doradców do obsługi projektów ppp prowadzony jest w trybach negocjacyjnych, choć częściej mamy tu do czynienia z przetargami nieograniczonymi. Nie istnieją natomiast przesłanki do wyłaniania takich doradców poprzez udzielanie zamówienia z wolnej ręki.



## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym

Zakres analiz służących przygotowaniu przedsięwzięcia ppp został szczegółowo omówiony w poprzednim numerze „Biuletynu partnerstwa publiczno- prywatnego”. W tym miejscu należy ograniczyć się tylko do podkreślenia wagi tego typu opracowań. Zarówno analiza techniczna, jak też finansowo- ekonomiczna, prawna i podatkowa, przesądzają o zaangażowaniu się podmiotu publicznego w projekt ppp lub realizacji zadania w inny sposób. Wyniki przeprowadzonych analiz stanowiąc mogą również podstawę do podjęcia przez organ stanowiący zamawiającego stosownej uchwały w przedmiocie realizacji przedsięwzięcia w formule ppp.

Należy także pamiętać o możliwości promocji projektu wśród potencjalnych partnerów prywatnych. Aktualnie na kilku portalach poświęconych problematyce ppp, jak również w internetowych wydaniach ogólnopolskich dzienników, można zamieszczać informacje na temat przygotowywanych przedsięwzięć i planowanych postępowań ppp. Bardziej zaawansowaną formę promocji stanowi organizacja spotkań z prywatnymi inwestorami, w trakcie których prezentowane są założenia projektów. Nie trzeba dodawać, że informacja o przedsięwzięciu powinna znajdować się również na stronie internetowej zamawiającego, w materiałach reklamowych i promocyjnych dystrybuowanych podczas targów, konferencji, etc.

Niezmiernie istotnym elementem procesu przygotowawczego jest również tzw. testowanie rynku. W tym celu opracowuje się memorandum inwestycyjne projektu, zawierające opis jego podstawowych założeń, lokalizację, wstępne oczekiwania w stosunku do partnera prywatnego. Co istotne, memorandum zawiera zwykle wykaz pytań skierowanych do przedsiębiorców. Dzięki uzyskanym odpowiedziom i stanowiskom podmiot publiczny jest w stanie krytycznie odnieść się do założonych zasad współpracy. Nierzadko wyniki testu rynku wpływają na ostateczny kształt ogłoszenia o zamówieniu.

W pewnych przypadkach, przy najbardziej złożonych przedsięwzięciach ppp, charakteryzujących się np. zastosowaniem innowacyjnych technologii, czy niestandardowych rozwiązań organizacyjnych, **można rozważyć poprzeczenie postępowania ppp przeprowadzeniem dialogu technicznego**, sankcjonowanego obecnie przepisami UPZP<sup>3</sup>. W takich przypadkach należy liczyć się jednak z odpowiednio dłuższym okresem procedury wyboru partnera prywatnego, dlatego też dialog techniczny jako element poprzedzający procedurę udzielania zamówienia powinien być zarezerwowany na rzecz wyjątkowo skomplikowanych projektów.

Przypomnijmy, że stosownie do art. 4 UPPP:

1. „Jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno- prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym stosuje się przepisy UKRBU<sup>4</sup>.
2. W przypadkach innych niż określone powyżej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym stosuje się przepisy UPZP.
3. W przypadkach, w których nie ma zastosowania UKRBU ani UPZP, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>5</sup>.”

Należy zatem stwierdzić, że to czynności przygotowawcze, poprzedzające decyzję o rozpoczęciu postępowania ppp, determinują podstawę prawną wyboru partnera prywatnego. Po jej ustaleniu należy rozważyć również konkretną procedurę, w jakiej podmiot publiczny prowadzi będzie postępowanie ppp.

## W jakim trybie wybrać partnera prywatnego?

Zgodnie z przepisami UPZP podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w innych trybach niż podstawowe, zostało uzależnione od spełnienia konkretnych przesłanek określonych w UPZP. Ze względu

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.).

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 z późn. zm.).

## Procedura wyboru partnera prywatnego

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

na to, że zastosowanie trybów negocjacyjnych (w szczególności dialogu konkurencyjnego lub negocjacji z ogłoszeniem) stanowi wyjątek od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a zamawiający, który się na nie powołuje, musi być w stanie je udowodnić.

### Dialog konkurencyjny

Z tego powodu dialog konkurencyjny stanowi z całą pewnością najbardziej właściwy dla charakteru ppp tryb wyłaniania partnera prywatnego. Stosownie do przepisów UPZP dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu **zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert**. Zastosowanie dialogu konkurencyjnego wymaga łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

- a. nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybach podstawowych, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania danego zamówienia,
- b. cena nie stanowi jedynego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pierwsza z powyższych przesłanek wynika z samej istoty ppp. Wieloletnia współpraca partnerów, oparta na podziale zadań i ryzyk oraz innych elementach właściwych partnerstwu, stanowi dostateczną podstawę do uznania spełnienia tej przesłanki. Druga z nich wynika zaś z samych przepisów prawa – UPPP przesądza bowiem o konieczności zastosowania również kryteriów pozacenowych. Z powyższych powodów niemal wszystkie postępowania ppp oparte są właśnie o dialog konkurencyjny.

### Negocjacje z ogłoszeniem

Zgodnie z UPZP negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, **zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert**. UPZP pozwala na zastosowanie powyższego trybu, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:





## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

- a. w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- b. w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;
- c. gdy nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;
- d. gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- e. gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (tzw. „progi unijne”).



Wydaje się, że negocjacje z ogłoszeniem powinny być stosowane przede wszystkim w sytuacjach, gdy strona publiczna posiada już dokumentację budowlaną obiektu lub szczegółowy program funkcjonalno-użytkowy, a także sprecyzowane oczekiwania odnośnie współpracy z partnerem prywatnym na etapie eksploatacji infrastruktury, zaś celem postępowania jest nie tyle ustalenie zakresu współpracy (jak w przypadku dialogu konkurencyjnego), co dookreślenie, doprecyzowanie proponowanych przez podmiot publiczny rozwiązań. Negocjacje z ogłoszeniem stosowane są w ramach postępowań ppp stosunkowo rzadko.

### Pozostałe tryby wyboru partnera przewidziane przepisami UPZP

Inne tryby wyłaniania partnera prywatnego, choć teoretycznie możliwe do zastosowania, **mają znaczenie drugorzędne**. W szczególności, tryby podstawowe uniemożliwiają wykorzystanie najważniejszej zalety trybów negocjacyjnych, jaką stanowi możliwość przeanalizowania i przedyskutowania wszelkich istotnych aspektów przyszłej współpracy w ramach ppp. Z uwagi na przedmiot zamówienia, w przypadku ppp nieuzasadnione będzie też wykorzystanie trybów zapytania o cenę lub licytacji elektronicznej. Tryb zamówienia z wolnej ręki znaleźć może zastosowanie w wyjątkowych okolicznościach, zaś spełnienie ustawowych przesłanek jego stosowania w praktyce będzie funkcjonować sporadycznie. Podobną uwagę odnieść można do negocjacji bez ogłoszenia. Na marginesie warto zauważyć, że w praktyce polskiego rynku ppp zawarto jednak dwie umowy z partnerami prywatnymi, którzy zostali wybrani odpowiednio w trybie przetargu nieograniczonego (w dziedzinie budownictwa socjalnego) oraz zamówienia z wolnej ręki (w dziedzinie gospodarki wodno-ściekowej). Nie zmienia to faktu, iż wiodącym trybem dokonywania wyboru partnera prywatnego pozostaje dialog konkurencyjny, w niektórych zaś przypadkach – negocjacje z ogłoszeniem.

### „Partnerstwo publiczno-prywatne w trybie koncesji”

Polski ustawodawca wprowadził w przepisach UPPP dosyć oryginalną konstrukcję tzw. partnerstwa publiczno-prywatnego w trybie koncesji, polegającą na realizacji projektu ppp, w ramach którego partnera prywatnego wybiera się zgodnie z przepisami UKRBU, co więcej – przepisy ustawy koncesyjnej stosuje się także do umowy z partnerem prywatnym. Nie bardzo wiadomo zatem, czy mamy tu do czynienia z ppp, czy z koncesją. UKRBU **do wyboru koncesjonariusza (lub partnera prywatnego) przewiduje tylko jeden tryb, zwany po prostu**

#### Koncesyjne ppp

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

**negocjacjami.** Koncesjodawca (zamawiający) ma przy tym zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie zainteresowanych podmiotów, działać w sposób przejrzysty oraz z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Uznanie, że mamy do czynienia z koncesją (lub „ppp w trybie koncesji”) stanowi wystarczającą przesłankę do zastosowania negocjacji przewidzianych przepisami UKRBU. Tryb ten cechuje nieco większa elastyczność w stosunku do trybów określonych w UPZP, choć w istocie przebieg postępowania jest zbliżony do dialogu konkurencyjnego. Co ciekawe, postępowania prowadzone w tym trybie stanowią istotny (ponad 20%) udział w postępowaniach ppp ogółem.

### Tryb szczególny (art. 4 ust. 3 UPPP)

W przypadku, gdy do wyboru partnera prywatnego nie stosuje się przepisów UPZP ani UKRBU, zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru partnera prywatnego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności. Sytuacje takie mogą być przewidziane przepisami szczególnymi (obecnie – wynikającymi z przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne<sup>6</sup>, np. w zakresie eksploatacji sieci telekomunikacyjnych). W praktyce oznacza to konieczność opracowania przez stronę publiczną odrębnej procedury wyłaniania partnera prywatnego, **uwzględniającej wyżej wskazane zasady uczciwej i wolnej konkurencji.** Aktualnie z tego trybu korzystają niektóre samorządy województw dokonujące wyboru partnerów do budowy i eksploatacji (lub tylko eksploatacji) sieci szerokopasmowych, np. w ramach projektów dofinansowanych ze środków Unii Europejskiej z Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej.

### Strategia negocjacji

#### Strategia negocjacyjna

Od doradców obsługujących postępowania ppp zazwyczaj oczekuje się wskazania strategii negocjacyjnej. Biorąc pod uwagę, iż etap negocjacji jest kluczowym elementem procedury wyboru partnera prywatnego, podmiot publiczny, w celu najlepszej ochrony swoich interesów powinien jeszcze przed formalnym rozpoczęciem negocjacji starannie przygotować się do rozmów z poszczególnymi wykonawcami. Złożoność faktyczna i prawna projektów ppp oraz często niewystarczający poziom praktycznej wiedzy pracowników samorządowych w tym zakresie powodują, **iż co do zasady właśnie na doradcach spoczywa obowiązek opracowania strategii negocjacyjnej i ramowego harmonogramu postępowania ppp.** Konieczność opracowania takiej strategii wynika z faktu, iż każda decyzja podjęta w ramach złożonej procedury wyboru partnera prywatnego wiąże się z konsekwencjami na dalszych jej etapach i ostatecznie może stanowić o powodzeniu (bądź porażce) całego projektu. Należy zatem jak najszybciej wykluczyć te elementy przedsięwzięcia, które nie przedstawiają większej wartości z punktu widzenia interesu strony publicznej, a zarazem nie są atrakcyjne dla partnera prywatnego.

Opracowanie strategii negocjacyjnej następuje przede wszystkim w oparciu o zidentyfikowane potrzeby i oczekiwania podmiotu publicznego, a także z uwzględnieniem długofalowego celu, jaki zamierza osiągnąć w wyniku realizacji przedsięwzięcia w formule ppp. Celem takiego opracowania powinno być z kolei określenie priorytetowych kwestii, które należy poruszyć z potencjalnymi partnerami prywatnymi, tak aby już na samym początku negocjacji zostały ustalone podstawowe warunki współpracy, decydujące zwykle o wykonalności projektu ppp. Co istotne, prawidłowo opracowana strategia negocjacji nie tylko powinna chronić interesy podmiotu publicznego, ale również zakładać przeprowadzenie negocjacji w taki sposób, aby w jak największym stopniu inwestorzy byli zmuszeni do wykazywania aktywności i kreatywności w zakresie proponowanych rozwiązań związanych z realizacją przyszłej umowy o ppp (np. przeprowadzenia własnej oceny technicznej, przygotowania analiz, zaproponowania rozwiązań technologicznych, standardów utrzymania lub zarządzania, etc.).

Strategia negocjacyjna może, choć nie musi, przybrać formę sformalizowanego dokumentu. Chodzi raczej o to, aby zamawiający, przygotowując się do rozmów z wykonawcami, **zidentyfikował czynniki ryzyka związane z realizacją projektowanego przedsięwzięcia, a następnie określił warunki brzegowe ich negocjacji** odpowiadające zakresowi projektu, jego charakterystyce oraz uwarunkowaniom organizacyjno-prawnym

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.).

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

i finansowym. Z oczywistych względów strategia będzie bazowała wobec tego na opracowanych uprzednio analizach przedrealizacyjnych przedsięwzięcia.

Zważywszy, że etap negocjacji jest najdłuższym, a zarazem najbardziej elastycznym elementem procedury wyboru partnera prywatnego, w celu optymalizacji i zapewnienia jego przejrzystości, konieczne będzie sporządzenie ramowego harmonogramu negocjacji, **określającego przybliżoną liczbę oraz zakres planowanych spotkań**. Opracowanie przejrzystego harmonogramu jest istotne z uwagi na konieczność realizacji obowiązku zachowania równego traktowania wykonawców oraz umożliwienia im jednakowego dostępu do informacji i dokumentów znajdujących się w posiadaniu zamawiającego. Podstawę dla opracowania powyższego harmonogramu powinny stanowić założenia przyjęte w ramach opracowanej strategii negocjacyjnej.

### Harmonogram negocjacji

W celu zapewnienia dobrego przepływu informacji pomiędzy stronami dialogu w ramach toczącej się procedury, spotkania negocjacyjne powinny odbywać się stosunkowo regularnie. W początkowej fazie postępowania trudno jest z góry określić konkretną liczbę i częstotliwość spotkań. W zależności bowiem od zakresu projektu i pojawiających się kwestii „problemowych”, do ustalenia ostatecznego zakresu i warunków przyszłej umowy o ppp może wystarczyć przeprowadzenie tylko jednego spotkania negocjacyjnego z poszczególnymi wykonawcami (rzadko), a być może niezbędna będzie ich seria. Niemniej jednak warto wyznaczyć choćby orientacyjny termin przewidziany na odbycie dialogu.

**Należy pamiętać, że organizatorem postępowania jest zamawiający i to on powinien nadawać tempo oraz określać tematy poszczególnych rund negocjacyjnych.** Z przebiegu przeprowadzonych postępowań o wybór partnera prywatnego wynika, że pierwsza runda staje się co do zasady spotkaniem organizacyjnym, podczas którego zainteresowane podmioty uzyskują szczegółowe informacje na temat uwarunkowań projektu i dopiero na tej podstawie w kolejnych etapach, prowadzone są „właściwe” negocjacje co do kluczowych obszarów realizacji przedsięwzięcia. Termin każdej kolejnej rundy powinien być ustalany przez stronę publiczną po wcześniejszych uzgodnieniach z wykonawcami i powinien być uzależniony od czasu niezbędnego do wypracowania przez nich określonego rozwiązania lub pozyskania niezbędnych informacji. Częstotliwość przeprowadzania kolejnych tur spotkań jest uzależniona także od poziomu organizacji i determinacji zarówno strony publicznej, jak i partnera prywatnego. Element zaangażowania jest o tyle istotny, że brak regularnej komunikacji stron może spowodować, iż po wielomiesięcznych negocjacjach osiągnięcie porozumienia co do najistotniejszych zasad realizacji przedsięwzięcia (np. w zakresie finansowania projektu) okaże się niemożliwe. W praktyce bywały już zresztą takie przypadki.

Odpowiednie przygotowanie do spotkań negocjacyjnych przesądza zarówno o tempie postępowania, jak też o jakości wypracowywanych rozwiązań prawnych. Dlatego też w zaproszeniu do każdej tury dialogu **zamawiający powinien ściśle określić przedmiot spotkania oraz – jeżeli jest to konieczne – przygotować i przesłać partnerom materiały, które posiada** (np. dokumentację techniczną, ekspertyzy, projekt umowy o ppp, decyzje administracyjne, propozycje określonych rozwiązań organizacyjnych etc.). Z drugiej strony, wiele zależy także od postawy przedsiębiorców, a w szczególności – od prawidłowego rozumienia potrzeb zamawiającego oraz zasad regulujących współpracę w ramach ppp.

Z powyższych względów kluczowego znaczenia nabiera tu skład komisji przetargowej ze strony zamawiającego oraz zespół negocjacyjny po stronie wykonawców. Dobrą praktyką stanowić tu może włączenie członków zespołu ds. ppp w prace komisji przetargowej. Doradcy podmiotu publicznego pełnią w takim



## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-privatnym

przypadku rolę członków komisji lub biegłych, ewentualnie wspierają zamawiającego jako doradcy biorący udział w postępowaniu. W każdym razie, członkowie komisji przetargowej powinni posiadać łącznie kompetencje niezbędne do całościowej oceny projektu. Oznacza to, że w pracach komisji uczestniczyli będą prawnicy, specjaliści od finansów publicznych, doradcy techniczni, doradcy podatkowi, a także osoby decyzyjne, uprawnione do dokonywania wiążących ustaleń i nadawania ogólnego kierunku prowadzonemu dialogowi.

### Przedmiot negocjacji

#### Przedmiot negocjacji

Istotą, a zarazem największą zaletą negocjacji jest to, iż **przedmiotem tego etapu postępowania mogą być wszystkie aspekty przyszłego kontraktu ppp**. W przypadku postępowania o wybór partnera prywatnego zakres ten powinien dotyczyć nie tylko warunków realizacji przedsięwzięcia, ale również elementów ekonomicznych, technicznych i prawnych przyszłego partnerstwa, w szczególności takich jak:

- zakres przedsięwzięcia,
- podział ryzyk projektowych pomiędzy strony umowy,
- świadczenia, do których będą zobowiązane strony,
- parametry techniczne i technologiczne,
- standardy w zakresie utrzymania lub zarządzania,
- model wynagradzania partnera prywatnego,
- sposób finansowania przedsięwzięcia,
- określenie skutków nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązań przez strony umowy,
- zasady monitorowania i kontroli realizacji przedsięwzięcia przez podmiot publiczny,
- stan składników majątkowych przekazywanych po zakończeniu umowy,
- zasady odpowiedzialności stron w przypadku rozwiązania umowy przed upływem terminu jej obowiązywania.

Mając na uwadze, iż przedsięwzięcia ppp są z reguły projektami wymagającymi dużych nakładów finansowych, kluczowym obszarem negocjacji staje się zwykle kwestia zasad finansowania projektu. Wiąże się to głównie z faktem, iż podmioty prywatne nie są w stanie sfinansować przedsięwzięcia wyłącznie ze środków własnych, posilkując się zewnętrznymi źródłami finansowania oferowanymi przez banki lub inne instytucje finansowe. **Dystans, z jakim finansujący podchodzą do angażowania środków w projekty ppp powoduje, iż przyjęcie optymalnego modelu finansowania przedsięwzięcia może okazać się główną przeszkodą w możliwości jego skutecznej realizacji.** Największe ograniczenia w omawianym zakresie wiążą się z problemem zabezpieczeń spłaty kredytu udzielonego partnerowi prywatnemu. Kwestia omawianych zabezpieczeń jest istotna także dla podmiotów publicznych, bowiem mogą one decydować o wpływie zobowiązań z danego kontraktu ppp na poziom i wskaźniki zadłużenia jednostki. Przyjęty na gruncie znowelizowanej





## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym podział ryzyk projektowych pomiędzy strony umowy o ppp, determinujący wpływ zobowiązań wynikających z takiego kontraktu na poziom długu publicznego, nakazuje w tym zakresie uwzględniać przede wszystkim takie czynniki, jak udzielone gwarancje i zasady finansowania przedsięwzięcia przez partnera publicznego.

Podczas negocjacji, strony przyszłej umowy o ppp oprócz zasad finansowania projektu powinny również **precyzyjnie określić ostateczny zakres przedsięwzięcia, elementy i wysokość wynagrodzenia partnera prywatnego oraz szczegółowe zasady dotyczące dysponowania składnikami majątkowymi**. To od przebiegu negocjacji zależeć będzie, która ze stron ostatecznie weźmie na siebie przeważającą część ryzyka m.in. budowy, finansowania, dostępności, popytu i inne. Dlatego też na tym etapie prywatni inwestorzy powinni, w oparciu o posiadaną wiedzę i doświadczenie, przedstawić własną koncepcję wykonania projektu. Jeżeli przyjęte w niej zasady współpracy okażą się niekorzystne lub niemożliwe do zaakceptowania dla strony publicznej, strony mogą zmodyfikować swoje oczekiwania dostosowując je tak, aby każda z nich osiągnęła założony przed dialogiem cel. Elastyczna natura negocjacji umożliwia bowiem dokonywanie licznych modyfikacji tak co do zakresu przedsięwzięcia, jak też zasad jego realizacji.

Warto dodać, że negocjacje, podobnie jak całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone są w języku polskim. Jeżeli biorą w nich udział obcojęzyczni przedstawiciele przedsiębiorców zagranicznych, powinni zapewnić tłumaczy we własnym zakresie, względnie ustalić tę kwestię z zamawiającym.

### Negocjacje – wybrane aspekty proceduralne

Równie ważne, jak sam zakres i przebieg negocjacji z partnerami prywatnymi, są kwestie proceduralne związane z prowadzonym postępowaniem ppp. Negocjacyjne tryby udzielania zamówień publicznych, podobnie jak stosowanie przepisów ustawy koncesyjnej, stanowią w samorządzie terytorialnym rzadkość. Z tego powodu warto pokrótce przedstawić schemat każdego z omawianych trybów oraz podstawowe różnice między nimi.

### Dialog konkurencyjny

W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego można wyróżnić następujące etapy:

1. Publiczne ogłoszenie o zamówieniu;
2. Składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
3. Prowadzenie dialogu z wybranymi wykonawcami;
4. Zaproszenie do składania ofert;
5. Złożenie ofert;
6. Wybór najkorzystniejszej oferty.

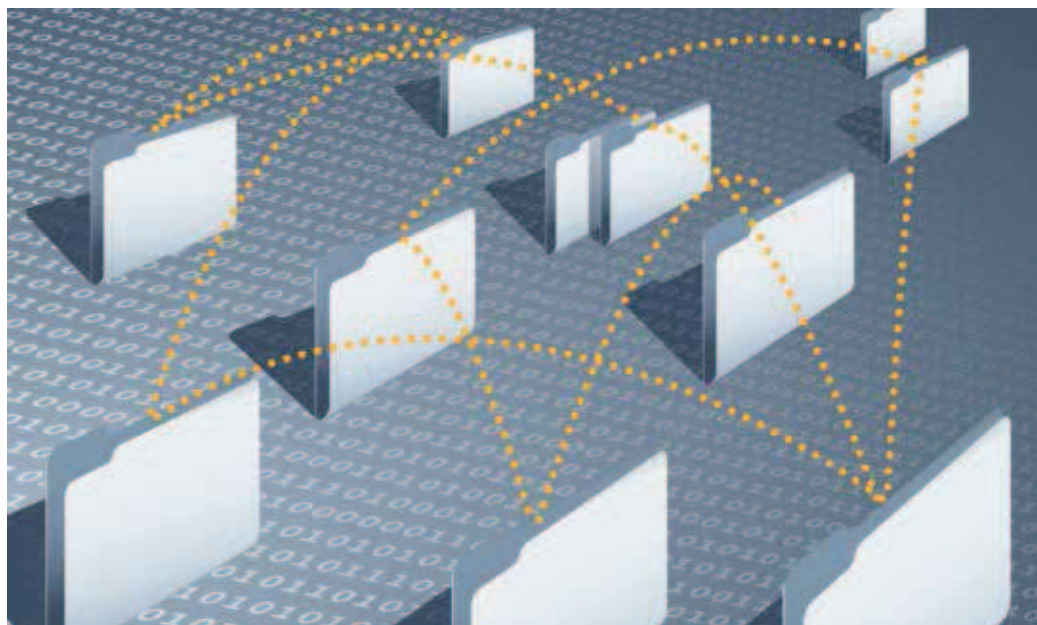
Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Jednocześnie zamawiający, w zależności od szacunkowej wartości danego zamówienia, zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 UPZP – w zależności od tego, jakim podmiotem jest zamawiający, kwota ta dla dostaw lub usług wynosi 130 000 euro lub 200 000 euro lub 400 000 euro oraz 5 000 000 euro (dla robót budowlanych) albo przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne). Zakres ogłoszenia o zamówieniu w trybie dialogu konkurencyjnego jest niemal analogiczny jak w postępowaniu wszczynanym w trybie przetargu nieograniczonego. Zasadniczą różnicą jest jednak **konieczność sporządzenia przez zamawiającego opisu potrzeb i wymagań określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu** lub informację o sposobie uzyskania tego opisu. Element ten wynika z istoty dialogu, którą jest brak obiektywnej możliwości opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w UPZP. Zamawiający zobowiązany jest zatem do ogólnego określenia tego, czego będzie wymagał od wykonawców, bowiem szczegóły projektu wyłonią się dopiero w trakcie prowadzenia dialogu.

### Etapy dialogu konkurencyjnego

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

Terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym uzależnione są od szacunkowej wartości zamówienia i sposobu jego publikacji i **wynoszą od 7 do 37 dni**.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie oświadczeń wykonawców, bądź analizy złożonych dokumentów, o ile były one wymagane. Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, nie mniejszej niż 5.



Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić (w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne) rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców.

Kolejnym etapem dialogu konkurencyjnego jest **zaproszenie wykonawców do składania ofert**. Zanim to jednak nastąpi, Zamawiający uprawniony jest do zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu. Ewentualne zmiany są skutkiem przeprowadzonych z inwestorami rozmów i znajdują odzwierciedlenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazywanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. Termin składania ofert uwzględniać powinien czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Zgodnie z UPZP termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia wykonawców do składania ofert.

## Negocjacje z ogłoszeniem

Schemat postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem przebiega następująco:

1. Publiczne ogłoszenie o zamówieniu;
2. Składanie wniosków o dopuszczenie do postępowania;
3. Zaproszenie wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny;
4. Prowadzenie negocjacji z wykonawcami;
5. Zaproszenie do składania ofert;
6. Wybór najkorzystniejszej oferty.

**Podstawowe różnice pomiędzy dialogiem konkurencyjnym a negocjacjami z ogłoszeniem**, to:

- możliwość składania przez wykonawców ofert wstępnych niezawierających ceny,
- węższy zakres negocjacji, który ma na celu doprecyzowanie lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego,

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

- możliwość wyznaczenia krótszych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w przypadku zajścia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia.

### Negocjacje z ustawy koncesyjnej

W przypadku realizacji przedsięwzięcia w trybie koncesji, do wyboru partnera prywatnego (koncesjonariusza) zastosowanie znajdują przepisy UKRBU. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji składa się z następujących etapów poprzedzonych rzetelnym przygotowaniem dokumentacji wymaganej dla wszczęcia procedury:

1. Publiczne ogłoszenie o zamówieniu;
2. Składanie wniosków o zawarcie umowy koncesji;
3. Prowadzenie negocjacji z kandydatami;
4. Zaproszenie do składania ofert;
5. Wybór najkorzystniejszej oferty.

Różnice pomiędzy trybem koncesyjnym a dialogiem konkurencyjnym przejawiają się głównie w:

- miejscu publikacji ogłoszenia, które uzależnione jest od przedmiotu koncesji; jeśli są to usługi, miejscem publikacji jest Biuletyn Zamówień Publicznych, z kolei w przypadku robót budowlanych ogłoszenie powinno zostać przesłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,
- terminach składania wniosków o zawarcie umowy koncesji – poniżej progów unijnych 21 lub 14 dni (w zależności od wystąpienia konieczności pilnego zawarcia umowy koncesji), jeśli szacunkowa wartość koncesji jest równa lub przekracza progi unijne – 45 dni,
- na etapie składania wniosków o zawarcie umowy koncesji, kandydaci załączają do wniosku wyłącznie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,
- braku minimalnych terminów na złożenie ofert – koncesjodawca wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty,
- obowiązku złożenia w terminie wskazanym przez koncesjodawcę wskazanych w opisie warunków koncesji dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W przypadku UKRBU inaczej kształtowany jest również system środków ochrony prawnej podmiotów uczestniczących w postępowaniu koncesyjnym.

Zastosowanie trybu szczególnego, regulowanego przepisem art. 4 ust. 3 UPPP wymaga natomiast opracowania przez podmiot publiczny indywidualnej procedury wyboru partnera prywatnego. W takim przypadku sugeruje się oparcie jej istotnych elementów o schematy przedstawione powyżej.

### Przejrzystość a poufność dialogu

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być prowadzone w sposób transparentny. W związku z tym, osoby występujące po stronie podmiotu publicznego muszą wykonywać swoje czynności w sposób bezstronny i obiektywny, zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania. Przejawem dochowania zasady przejrzystości w ramach prowadzenia dialogu konkurencyjnego, jest przekazywanie partnerom prywatnym wszelkich wymagań, wyjaśnień i informacji, a także dokumentów związanych z dialogiem na równych zasadach. Powyższe oznacza, iż **sposób prowadzenia dialogu nie może prowadzić do uprzywilejowania jednego lub kilku partnerów prywatnych, kosztem pozostałych.**

Kolejnym przejawem zachowania przejrzystości postępowania są przepisy dotyczące jawności prowadzonego postępowania, która zobowiązuje podmioty publiczne do zagwarantowania jawności procedury na każdym jej etapie. Zasada jawności może podlegać ograniczeniu wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Z powyższą okolicznością mamy do czynienia w odniesieniu do przepisów regulujących procedurę dialogu konkurencyjnego, zgodnie z którymi dialog ma charakter poufny. Powyższe oznacza, iż żadna ze stron – ani podmiot publiczny, ani też partner prywatny, nie mogą bez zgody drugiej strony ujawniać informacji technicznych oraz handlowych związanych z prowadzonym dialogiem (np. koncepcji, metod lub proponowanych

### Tryb koncesyjny

### Poufność dialogu konkurencyjnego

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

rozwiązań). Zasada poufności nie dotyczy samego faktu prowadzenia dialogu, lecz jego przebiegu. Ustawa precyzuje, że poufnością objęte są jedynie informacje techniczne i handlowe, a więc odnoszące się wyłącznie do aspektów ściśle związanych z prowadzonym postępowaniem. Ustawa zezwala na ujawnianie informacji technicznych i handlowych związanych z prowadzonym dialogiem, jeśli druga strona wyrazi zgodę na ujawnienie tych informacji. Nieuzyskanie zgody i ujawnienie takich informacji może powodować odpowiedzialność deliktową. **Obowiązek zachowania poufnego przebiegu negocjacji oznacza również, iż muszą być one prowadzone oddzielnie z każdym partnerem prywatnym**, zaś tury spotkań z poszczególnymi wykonawcami nie powinny być wyznaczane w zbyt długim odstępie czasu.

Mając na uwadze powyższe, warto zasygnalizować praktyczny problem występujący na etapie prowadzenia dialogu, a mianowicie okoliczności, kiedy podmiot publiczny uzyska satysfakcjonujące go rozwiązanie od jednego z uczestników dialogu i chce wykorzystać je w negocjacjach z innym uczestnikami. Powyższe zachowanie, pomimo iż wydaje się korzystne z punktu widzenia podmiotu publicznego, może zostać zakwalifikowane jako naruszenie zasad poufności oraz równego traktowania uczestników dialogu. Z tego powodu wykonawcy biorący udział w dialogu nie zawsze są skłonni do ujawniania szczegółów metodologicznych lub technicznych rozwiązań, które proponują.

Zarysowane wyżej regulacje i standardy powinny tworzyć kanon postępowania dla podmiotu publicznego, zaś ewentualne braki w ich stosowaniu mogą wpłynąć negatywnie na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania uczestników postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego.

### Kiedy zakończyć negocjacje?

Ani przepisy UPZP ani też UKRBU nie precyzują w jakim czasie strony powinny zakończyć rozmowy na etapie dialogu/negocjacji. Przepisy UPZP w tym zakresie stanowią, iż podmiot publiczny prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. **O zakończeniu dialogu zamawiający powinien niezwłocznie poinformować uczestniczących w nim wykonawców**, a następnie w oparciu o poczynione na tym etapie ustalenia, przygotować specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, w tym z istotnymi postanowieniami umowy o ppp. Co ciekawe, nawet jeśli już po pierwszej turze okaże się, że wzajemne oczekiwania stron dialogu są skrajnie rozbieżne, rozmowy toczyć się muszą do końca postępowania. Przepisy nie przewidują bowiem możliwości rezygnacji z udziału w postępowaniu przez wykonawców.

Mimo braku ustawowego obowiązku, zaleca się również sporządzenie protokołów z kolejnych tur dialogu. Protokół taki powinien zawierać informacje dotyczące podmiotu, z którym prowadzony jest dialog, osób reprezentujących dany podmiot, czasu, w jakim prowadzone były negocjacje oraz podstawowych zagadnień stanowiących ich przedmiot. Upubliczniając podobny protokół, należy bezwzględnie przestrzegać zasady poufności prowadzonego dialogu.

### Umowa z partnerem prywatnym

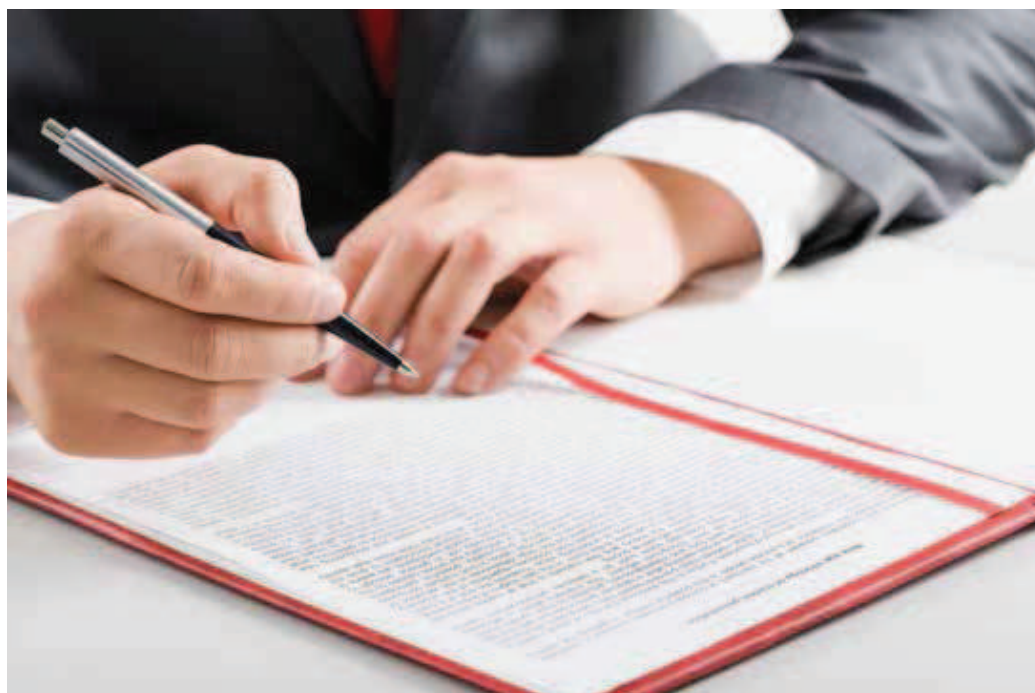
#### Kształt kontraktu ppp

Zaleca się, aby projekt umowy o ppp został opracowany **na możliwie wczesnym etapie postępowania, tak aby podmiot publiczny już podczas negocjacji z potencjalnymi partnerami prywatnymi był w stanie przeprowadzić dyskusję w oparciu o jednolity dokument**, odpowiadający w jak największym stopniu wstępnym założeniom projektu i oczekiwaniom zamawiającego.

Negocjacje warunków partnerstwa przebiegające jedynie na podstawie ogólnych warunków wskazanych w opisie potrzeb i wymagań strony publicznej, mogą wiązać się z niebezpieczeństwem braku osiągnięcia porozumienia co do kluczowych postanowień kontraktowych i opóźnieniami, jakie pojawiają się w momencie przedstawienia projektu umowy przez stronę publiczną w końcowych fazach negocjacji. Należy w tym miejscu nadmienić, że żadna z regulacji dotyczących prowadzenia postępowania ppp nie wskazuje etapu, na którym uczestnicy powinni otrzymać projekt umowy o ppp. W związku z powyższym zasadnym wydaje się przedłożenie jego pierwszej wersji wraz z zaproszeniem do negocjacji, nie później jednak niż po odbyciu pierwszej sesji negocjacyjnej.



## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym



Jeśli chodzi o treść umowy o ppp, ustawodawca nie wskazuje jej obligatoryjnych elementów, pozostawiając tu stronom daleko idącą swobodę kształtowania stosunku prawnego, z uwzględnieniem przepisów UPZP/UKRBU. Umowa taka musi zostać zawarta na piśmie, zaś umowny zakres obowiązków wykonawcy powinien być tożsamy z tym wskazanym w ofercie.

Niezależnie od powyższego, **umowa o ppp objąć powinna w szczególności następujące kwestie:**

1. Przedmiot umowy, w tym w szczególności rodzaj i zakres przedsięwzięcia, które ma być zrealizowane przez partnerów;
2. Czas trwania umowy. Powinien on uwzględniać zarówno przygotowanie i przebieg procesu inwestycyjnego, jak również inne istotne terminy związane z procesem realizacji zadań przez strony umowy;
3. Podział zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Przepisy UPPP nie ograniczają możliwości realizacji partnerstwa poprzez przejęcie przez partnera prywatnego określonych rodzajów ryzyka. Zadania i ryzyka związane z przedsięwzięciem powinny być zatem rozłożone pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego w sposób optymalny, zapewniający efektywną strukturę prawną i finansową projektu;
4. Zasady wnoszenia wkładów do przedsięwzięcia. W przypadku partnera prywatnego oczywiste jest, że musi on partycypować w przedsięwzięciu. Natomiast podmiot publiczny zobowiązany jest do współdziałania, które może (ale teoretycznie nie musi) polegać na wniesieniu wkładu własnego. Wniesienie składnika majątkowego do przedsięwzięcia ppp tytułem wkładu własnego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu lub dzierżawy;
5. Sposób wynagradzania partnera prywatnego. W projektach ppp wynagrodzenie strony prywatnej uzależnione jest przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa. Oznacza to, że partner prywatny w każdym przypadku ponosi ryzyko popytu lub dostępności, z czym wiąże się konstrukcja jego wynagrodzenia. W przypadku projektów samofinansujących się zasady wynagradzania zbliżone będą do modelu koncesji, natomiast przedsięwzięcia wykorzystujące tzw. opłatę za dostępność charakteryzują się przeniesieniem ciężaru finansowego na stronę publiczną;
6. Odpowiedzialność za nienależyte wykonywanie umowy. Poza typowym mechanizmem kar umownych, umowa o ppp może też w szczególności przewidywać obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego przysługującego mu z tytułu zapewnienia dostępności infrastruktury lub jakości świadczonych usług;
7. Zasady dysponowania składnikami majątkowymi po wygaśnięciu (rozwiązaniu) umowy. UPPP wymaga, aby składnik majątkowy po zakończeniu czasu trwania umowy o ppp został przekazany podmiotowi publicznemu w stanie nie pogorszonego, z uwzględnieniem jego normalnego zużycia. Takie rozwiązanie jest uzasadnione przede wszystkim potrzebą zapewnienia ciągłości świadczonej przez stronę publiczną usługi. Podmiot ten może bowiem w oparciu o istniejącą już infrastrukturę w dalszym ciągu realizować określone

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-privatnym

zadanie samodzielnie, bądź w ramach kolejnego kontraktu typu ppp. Jest to o tyle istotne, iż po zakończeniu umowy, na podmiocie publicznym przez cały czas ciąży obowiązek należytej realizacji zadań posiadających walor użyteczności publicznej. Strony mogą tę kwestię uregulować także w inny sposób.

Niezależnie od powyższych, w umowie o ppp powinny znaleźć się również postanowienia dotyczące zasad eksploatacji powstałej infrastruktury, uprawnień kontrolnych podmiotu publicznego, sposobu rozwiązywania sporów, przesłanek i zasad rozwiązania umowy.

Należy podkreślić, że w przypadku, gdy partnerzy zdecydują się zawiązać w celu realizacji przedsięwzięcia spółkę celową ppp, postanowienia w tym zakresie również powinny znaleźć się w umowie o ppp.

Biorąc pod uwagę fakt, że **umowy o ppp są zawsze kontraktami długoterminowymi warto, aby z należytą starannością uwzględnić w ich treści wszelkie zdarzenia mogące zaistnieć w przyszłości, które wywierają wpływ na sytuację prawną i faktyczną stron umowy.** W wielu przypadkach dokładne określenie takich zdarzeń jest jednak wysoce utrudnione, dlatego postanowienia umowne w omawianym zakresie powinny cechować się dostateczną elastycznością – tak, by faktycznie rozwiązywały kwestie, którym służą, a nie krępowały współpracy stron kontraktu. Należy pamiętać przy tym o regulacjach UPZP/UKRBU dotyczących możliwości dokonywania zmian w zawartych umowach.

Co do zasady za przygotowanie projektu umowy o ppp, jako inicjator postępowania odpowiada zamawiający. Coraz częściej jednak podmioty publiczne w celu najpełniejszego zabezpieczenia swoich interesów korzystają z usług profesjonalnych doradców posiadających know-how w zakresie realizacji projektów partnerskich. Dodatkowe wsparcie obejmuje w powyższym zakresie m.in. opracowanie wzoru przyszłego kontraktu ppp. Wydaje się także, iż nie ma przeszkód, aby prywatny inwestor, dzieląc się w trakcie negocjacji swoją wiedzą i doświadczeniem w zakresie objętym przedmiotem przedsięwzięcia z podmiotem publicznym, udostępnił na etapie negocjacji własny projekt umowy o ppp. Wątpliwości co do zachowania konkurencyjności etapu dialogu mogą zrodzić się jedynie w przypadku, gdy w negocjacjach uczestniczyć będzie więcej podmiotów, a tylko jeden z nich przedstawi projekt kontraktu, który następnie będzie przedmiotem dyskusji wszystkich zainteresowanych stron, i w oparciu o rozwiązanie w nim przyjęte zostanie opracowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz ostateczny wzór umowy o ppp.

Warto dodać, że po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, negocjacje umowy nie mogą być kontynuowane. „Donegociowanie” umowy z wybranym partnerem prywatnym może dotyczyć przede wszystkim przepisów porządkowych, redakcji tekstu umowy, uzupełnienia jej treści o dane stron etc.

## Zmiany umowy o ppp – też w drodze negocjacji

### Zmiany umowy o ppp

Stosownie do przepisów UPPP, zakazuje się 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.** W świetle powyższego dopuszczalne będą zatem zmiany:

- a. nieodnoszące się do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego,
- b. których możliwość wprowadzenia podmiot publiczny przewidział w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania oraz określił ich warunki,
- c. nieistotne.

Przygotowując postępowanie na wybór partnera prywatnego, podmiot publiczny powinien, dokonać wszechstronnej analizy ryzyk związanych z realizacją danego projektu, również pod kątem wystąpienia w przyszłości konieczności modyfikacji stosunku zobowiązaniowego. Wyrazem przezorności podmiotu publicznego będzie precyzyjne określenie katalogu sytuacji, które mogą wystąpić, a których obiektywnym skutkiem będzie potrzeba zmiany zawartej umowy. Pamiętać jednak należy, iż wskazanie w umowie okoliczności dopuszczających jej zmianę nie jest wystarczające i musi zostać uzupełnione o obiektywne określenie warunków tychże zmian.

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym



Jednocześnie w każdym czasie podmiot publiczny może dokonać nieistotnej zmiany umowy. **Z racji, iż UPPP nie definiuje pojęcia istotnej zmiany, w zakresie interpretacji danego pojęcia można posiłkować się np. orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości** (wyrok Trybunału z dnia 5 października 2000 r., sprawa C-337/98), zgodnie z którym zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Z powyższego wynika, iż zmiana umowy może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść partnera prywatnego w sposób nieprzewidziany w pierwotnych warunkach postępowania.

Z kolei w postanowieniach UKRBU ustawodawca nieco odmiennie uregulował kwestię dopuszczalności zmiany umowy wskazując, iż zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której zawarto umowę koncesji, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, jakich nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy. Z powyższego wynika, iż **co do zasady zakazane są zmiany istotne, jak i nieistotne**, a jedynymi przesłankami dopuszczającymi możliwość dokonania zmiany umowy, będą konieczność dokonania zmian oraz zaistnienie tej konieczności w okolicznościach niemożliwych do przewidzenia w dniu zawarcia umowy. Każdorazowy postulat w zakresie zmiany umowy, będzie podlegał ocenie koncesjodawcy pod kątem wystąpienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia w dniu zawarcia umowy, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności konkretnego koncesjodawcy.

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż w obu regulacjach dotyczących ppp, ustawodawca określił przepisy, których głównym zadaniem jest wyeliminowanie sytuacji, gdzie strony umowy modyfikują jej treść w stosunku do treści oferty w sposób, jaki mógłby mieć wpływ na wynik postępowania. W obydwu ustawach określono również sankcję w postaci nieważności zmiany umowy w przypadku dokonania jej w sposób niezgodny z określonymi wymogami, przy czym przepisy UKRBU wydają się być w tym względzie bardziej liberalne.

## II. Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

### Co sprawia największe problemy w stosowaniu procedur negocjacyjnych?

#### Wyzwania negocjacyjne

Czteroletni już okres obowiązywania ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym umożliwia dokonanie wstępnej oceny funkcjonowania tych przepisów w praktyce. Na podstawie doświadczeń z przeprowadzonych postępowań ppp wydaje się, że **podstawowe problemy związane ze stosowaniem procedur negocjacyjnych**, to:

- błędnie określona podstawa prawna lub tryb postępowania ppp,
- brak harmonogramu postępowania ppp,
- niewykorzystywanie w trakcie negocjacji opracowanych uprzednio analiz przedrealizacyjnych (w wielu przypadkach – również brak tego typu opracowań),
- brak listy priorytetów i określenia warunków brzegowych współpracy,
- chaotyczny przebieg negocjacji, bez szczegółowego ustalania ich zakresu w ramach poszczególnych tur dialogu,
- niedostateczne przygotowanie do spotkań negocjacyjnych podmiotów publicznych (rzadziej partnerów prywatnych) od strony merytorycznej,
- niewłaściwy dobór członków komisji przetargowych, a w niektórych przypadkach również biegłych lub doradców.

Większość ze wskazanych wyżej trudności wynika z małego doświadczenia podmiotów publicznych, jak też partnerów prywatnych, w prowadzeniu negocjacyjnych procedur udzielania zamówień publicznych. Stanowi też oczywistą **konsekwencję złożonego charakteru przedsięwzięć ppp i braku wypracowanych standardów współpracy publiczno-prywatnej w Polsce**. W efekcie, jak do tej pory podpisaniem umowy o ppp kończyła się tylko jedna na sześć uruchamianych procedur mających na celu wybór partnera prywatnego lub koncesjonariusza. Miejmy nadzieję, że z biegiem czasu, wraz z upowszechnianiem formuły ppp w samorządzie terytorialnym i wzrostem jakości prowadzonych postępowań ppp, proporcja ta będzie ulegała zmianom.

