



[www.ppp.gov.pl](http://www.ppp.gov.pl)

[ppp@mrr.gov.pl](mailto:ppp@mrr.gov.pl)

## Zapisy w umowach PPP dotyczące rozwiązania umów i siły wyższej

Wskazówki dla Zamawiających

Czerwiec 2013 r.



**POMOC TECHNICZNA**  
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



MINISTERSTWO  
ROZWOJU  
REGIONALNEGO

UNIA EUROPEJSKA  
EUROPEJSKI FUNDUSZ  
ROZWOJU REGIONALNEGO



### **Warunki korzystania z niniejszej publikacji**

Niniejsza publikacja została opracowana w celu wzbogacenia i pobudzenia dyskusji na temat partnerstwa publiczno – prywatnego, a także w celu propagowania dobrych praktyk w tej dziedzinie. Obserwacje, analizy, interpretacje i wnioski zawarte w przedmiotowym materiale nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (MRR) i nie mogą stanowić podstawy do formułowania jakichkolwiek roszczeń. Ponadto, MRR nie odpowiada za błędne interpretacje treści publikacji, ani za następstwa czynności podjętych na ich podstawie. W związku z tym użytkownik korzystający z informacji zawartych w niniejszej publikacji czyni to na swoją wyłączną odpowiedzialność. Dokument może zawierać odesłania do serwisów internetowych podmiotów trzecich. MRR nie ponosi odpowiedzialności za takie serwisy, a korzystanie z nich może podlegać szczegółowym warunkom.

Oryginalna publikacja została wydana przez Europejskie Centrum Wiedzy PPP (EPEC) w języku angielskim, przy pomocy Allen & Overy LLP. Niniejszy materiał stanowi tłumaczenie oryginału. Tłumaczenie zostało wykonane na zlecenie MRR. EPEC nie zweryfikował tłumaczenia z języka angielskiego, w związku z tym zleceniodawca tłumaczenia ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego treść.

EPEC i MRR upoważniają odbiorców niniejszego dokumentu do jego użytkowania, pobierania, wyświetlania i powielania oraz do drukowania kopii jego treści przy czym odbiorcy są proszeni o podawanie w takim przypadku źródła cytowanych materiałów. EPEC i MRR nie wyrażają zgody do wykorzystywania niniejszego dokumentu lub jego treści do celów komercyjnych.

## Słowo wstępne do wydania oryginalnego

Byliśmy bardzo zadowoleni, gdy EPEC zwróciło się do nas z ofertą uczestnictwa w niniejszym projekcie, a także z możliwością napisania słowa wstępnego do niniejszej publikacji.

Sposób dostarczania infrastruktury publicznej w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP) stał się z biegiem czasu niezwykle skutecznym, powszechnie uznanym i często naśladowanym modelem. Jest on regularnie korygowany, aby odzwierciedlić zarówno dwie dekady doświadczenia praktycznego, jak i nowe fakty i okoliczności. Podstawowe pojęcia pozostają jednak niezmienione. W Wielkiej Brytanii i wielu innych krajach, zarówno w Europie oraz w innych częściach świata, które stosują PPP, decydenci publiczni i ich partnerzy z sektora prywatnego pracują (w następstwie niedawnego kryzysu finansowego, którego reperkusje są wciąż odczuwalne na różnych rynkach i w cieniu zbliżających się nieuchronnie reform wymogów kapitałowych, w wyniku których długoterminowe zadłużenie bankowe może stać się mniej atrakcyjne dla pożyczkodawców i bardziej kosztowne dla kredytobiorców PPP) nad łączeniem źródeł finansowania z wieloma projektami dotyczącymi infrastruktury, które są konieczne w życiu codziennym i niezbędne do stymulowania wzrostu gospodarczego.

Rozwiązanie umowy i formy odszkodowania z tego tytułu stanowią podstawę komercyjną w odniesieniu do alokacji ryzyka PPP i w ciągu ostatniej dekady pozostały niezmienione, pomimo znacznej liczby nowych państw, w których stosuje się PPP. Zatem słuszne wydaje się, aby EPEC w tym momencie cofnęło się o krok i zastanowiło czy istnieją sposoby ulepszenia tego aspektu praktyki PPP.

Członkowie EPEC z różnych krajów mogą uznać publikację za użyteczną pod wieloma względami. W państwach, w których PPP stosuje się powszechnie i w których sponsorzy i pożyczkodawcy dokonali już wielu inwestycji, decydenci mogą jednak zainteresować się informacjami dotyczącymi działań podejmowanych przez inne rynki znajdujące się w podobnej sytuacji, zyskując tym samym pewność, że robią wszystko co w ich mocy, aby zainteresować inwestorów swoimi projektami, szczególnie w chwili, gdy światowy rynek PPP nie jest zalany dostępnym finansowaniem.

Jeżeli chodzi o członków z krajów, z którymi międzynarodowi sponsorzy i pożyczkodawcy nie są jeszcze obeznani lub w których dopiero co wprowadzono PPP, publikacja EPEC zapewnia wgląd w działania podejmowane zarówno przez kraje, gdzie PPP działa od dawna, jak i od krótszego czasu, polegające na ułatwianiu finansowania partnerstw. Kraje początkujące w tej dziedzinie mogą zatem znaleźć korzystne dla nich podejście w zakresie wypłacania odszkodowań z tytułu rozwiązania umowy oraz wypracować odpowiednią równowagę, dzięki której będą w stanie przyciągać fundusze i zaspokajać potrzeby uczestników partnerstw.

Wnioski z niniejszej publikacji EPEC mogą spotkać się z dużym zainteresowaniem nawet poza granicami Europy. Naturalnie państwa członkowskie EPEC i państwa Azji Południowo-Wschodniej, Afryki, Ameryki Łacińskiej i Ameryki Północnej różnią się m.in. pod względem geograficznym, politycznym, gospodarczym i innym, jednak dostrzegając sukces tego modelu w Wielkiej Brytanii i Europie szybko przyjmują ustawy i inne rozwiązania w celu wprowadzenia PPP. Mimo różnorodności członków EPEC oraz faktu, że we wszystkich państwach i na wszystkich kontynentach sponsorzy kapitałowi i pożyczkodawcy rozważający inwestycję w PPP są tacy sami, to co sprawdza się w krajach europejskich może równie dobrze, po wprowadzeniu niewielkich zmian, zdać egzamin w innym miejscu.

Allen & Overy LLP jest zaangażowana w PPP od samego początku jej istnienia w Wielkiej Brytanii i pracowała przy tworzeniu pierwszego tego rodzaju PPP na świecie. Możemy zatem śmiało powiedzieć, że wiedza i doświadczenie, jakimi EPEC dzieli się ze swoimi członkami w niniejszej publikacji, okażą się bezcenne nie tylko dla członków EPEC, ale również innych rządów z różnych części świata oraz sponsorów i fundatorów, którzy planują z nimi współpracować.

David Lee  
Partner  
Allen & Overy LLP

## Spis treści

|  |    |
|--|----|
| Główne terminy stosowane w niniejszej publikacji   | 5  |
| Wstęp  | 6  |
| Sekcja 1 Niedotrzymanie warunków umowy przez Zamawiającego i dobrowolne rozwiązanie umowy                    | 11 |
| Rozdział 1 Pojęcie niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego   | 11 |
| Rozdział 2 Definicja niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego                                       | 14 |
| Rozdział 3 Dobrowolne rozwiązanie umowy  | 16 |
| Rozdział 4 Odszkodowanie za niedotrzymanie warunków umowy przez Zamawiającego i dobrowolne rozwiązanie umowy | 19 |
| Podrozdział 4.1 Odszkodowanie obliczane według finansowania: pożyczkodawcy                                   | 22 |
| Podrozdział 4.2 Odszkodowanie obliczane według finansowania: inwestorzy kapitałowi                           | 24 |
| Podrozdział 4.3 Odszkodowanie z tytułu kosztów poniesionych przez osoby trzecie                              | 27 |
| Rozdział 5 Termin wypłaty odszkodowania  | 29 |
| Sekcja 2 Niedotrzymanie warunków umowy przez Partnera prywatnego   | 31 |
| Rozdział 6 Definicja niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego                                 | 31 |
| Rozdział 7 Odszkodowanie   | 35 |
| Podrozdział 7.1 Odszkodowanie ustalane metodą wartości rynkowej  | 37 |
| Podrozdział 7.2 Odszkodowanie ustalane metodą wartości księgowej   | 39 |
| Podrozdział 7.3 Odszkodowanie ustalane na podstawie zadłużenia   | 40 |
| Rozdział 8 Jak i kiedy wypłacać odszkodowanie  | 43 |
| Rozdział 9 Prawo pożyczkodawców do interwencji (step-in rights)  | 45 |
| Sekcja 3 Siła wyższa   | 49 |
| Rozdział 10 Siła wyższa: definicja i skutki  | 49 |
| Rozdział 11 Odszkodowanie z tytułu rozwiązania umowy na skutek działania siły wyższej                        | 52 |
| Rozdział 12 Kwestie zdolności ubezpieczeniowej   | 53 |
| Podsumowanie   | 55 |

## **Główne terminy stosowane w niniejszej publikacji**

|  |   |
|--|---|
| Zamawiający  | Publiczna instytucja zamawiająca, która zawiera umowę PPP z Partnerem prywatnym.  |
| Odszkodowanie  | Kwota jaką Zamawiający wypłaca Partnerowi prywatnemu po rozwiązaniu umowy PPP.  |
| Czas na naprawienie skutków niedotrzymania warunków umowy ( <i>cure period</i> ) | Czas przyznany umawiającej się stronie, która nie dotrzymuje warunków umowy, na osiągnięcie zgodności z postanowieniami umowy przed rozwiązaniem umowy PPP.   |
| Zapisy dotyczące siły wyższej ( <i>force majeure provisions</i> )                | Warunki umowy PPP (lub czasami przepisy prawa), które regulują sposób postępowania w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych zdarzeń będących poza kontrolą umawiających się stron, które w znacznym stopniu wpływają na wykonanie umowy. |
| Umowa PPP  | Umowa długoterminowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a Partnerem prywatnym, która zazwyczaj przewiduje zaprojektowanie, budowę, eksploatację/utrzymanie i finansowanie aktywów.   |
| Partner prywatny   | Przedsiębiorstwo prywatne zawierające umowę PPP z Zamawiającym. Partnerem prywatnym jest zazwyczaj spółka specjalnego przeznaczenia należąca do grupy wykonawców, przedsiębiorców lub funduszy kapitałowych na rzecz infrastruktury.      |
| Prawo do dokonywania odliczeń ( <i>set-off right</i> )                           | Zamawiający ma możliwość odliczania od sumy odszkodowania kwot, jakie Partner prywatny może być winny Zamawiającemu na mocy umowy PPP.  |
| Brak możliwości ubezpieczenia ( <i>uninsurability</i> )                          | Niemożność pozyskania polis ubezpieczeniowych w zakresie projektu przez Partnera prywatnego, wymaganych na mocy umowy PPP, na rozsądnych warunkach i za rozsądną cenę.  |
| Zapisy dotyczące rozwiązania umowy ( <i>termination provisions</i> )             | Warunki umowy PPP (lub czasami przepisy prawa), które regulują postępowanie w przypadku gdy jedna z umawiających się stron nie dotrzymuje warunków umowy.   |

## **Wstęp**

W ramach umów PPP istotnymi kwestiami są zapisy dotyczące rozwiązania umowy i siły wyższej. Zapisy te pełnią kluczową rolę w podziale ryzyka między publicznego Zamawiającego i jego partnera z sektora prywatnego. Ponadto stanowią one istotne czynniki, które wpływają na koszty ponoszone przez sektor publiczny, pomagają w ograniczaniu ryzyka i pełnią kluczową rolę w pozyskiwaniu partnerów prywatnych, inwestorów kapitałowych i pożyczkodawców dla projektów PPP.

Zapisy dotyczące rozwiązania umów składają się z określonych warunków ( czasami z warunków wynikających z prawa), regulujących postępowanie w przypadku gdy Zamawiający lub Partner prywatny nie dopełniają jednego z głównych zobowiązań lub w przypadku dobrowolnego rozwiązania partnerstwa. Typowym przykładem może być niedotrzymanie istotnych warunków umowy przez Partnera prywatnego w ramach świadczenia usług uzgodnionych w umowie PPP lub niedotrzymanie zobowiązań płatniczych Zamawiającego.

Zapisy dotyczące siły wyższej regulują sposób postępowania w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych zdarzeń będących poza kontrolą umawiających się stron (np. powódzie, wojny, akty terroryzmu), które w znacznym stopniu wpływają na wykonanie umowy PPP.

### **Cel publikacji:**

Niniejsza publikacja EPEC jest przede wszystkim skierowana do podmiotów publicznych planujących realizację projektów PPP, organów kształtujących politykę i decydentów publicznych w ogóle. Pełni podwójną rolę:

- określa najpowszechniej stosowane w Europie zapisy dotyczące rozwiązania umowy i siły wyższej, opisuje sposób w jaki się one zmieniały z biegiem czasu i powody tych zmian; oraz
- czerpiąc z doświadczeń zgromadzonych przez niektóre państwa europejskie, zawiera wytyczne, które mogą być przydatne przy rozważaniu nowych umów PPP (zarówno dotyczących konkretnej transakcji, jak i standardowych) i podejmowaniu decyzji w zakresie zapisów, które należy zawrzeć w tych umowach. W szczególności ma na celu wspieranie dobrych praktyk poprzez opracowanie ram umożliwiających stworzenie przepisów dotyczących rozwiązania umowy i siły wyższej dostosowanych do określonego kontekstu, w którym będą stosowane.

Publikacja dotyczy przypadków nieprzewidzianego rozwiązania umowy. Nie obejmuje ona ustaleń związanych z planowanym wygaśnięciem umów PPP i odpowiednim przekazaniem aktywów PPP Zamawiającemu przez Partnera prywatnego.

Opracowanie stworzono w celu określenia wspólnych elementów oraz porównania i przeciwstawienia sobie poszczególnych aspektów podejścia do zapisów dotyczących rozwiązania umowy i siły wyższej w całej Europie. Nie przedstawiono w nim wyczerpującej analizy zapisów dotyczących rozwiązania umowy czy siły wyższej w poszczególnych państwach europejskich.

## **Kluczowe zasady:**

Aby umowy PPP były efektywne kosztowo, większość z nich musi obowiązywać przez określony okres, zazwyczaj od 15 do 30 lat. Zawieranie umów długoterminowych jest utrudnione ze względu na fakt, że z natury są one niekompletne. Przede wszystkim nie mogą one obejmować pełnego zakresu zdarzeń, które mogą wystąpić w trakcie ich obowiązywania. W związku z tym, przed zawarciem umowy PPP Zamawiający musi dokładnie rozważyć i przewidzieć wszelkie zdarzenia losowe, w tym niedopełnienie zobowiązań i zdarzenia nieprzewidziane, które mogą wpłynąć na realizację projektu.

W przypadku gdy wydarzenia wpłyną na przedmiot umowy PPP, zapisy dotyczące jej rozwiązania i siły wyższej zapewniają przeprowadzenie uporządkowanych procesów naprawczych. Jest to szczególnie ważne w celu ograniczenia niepewności i tym samym wzbudzenia zaufania wszystkich kluczowych zainteresowanych stron prywatnych zaangażowanych w projekt, w tym sponsorów, inwestorów kapitałowych, pożyczkodawców, wykonawców, usługodawców i dostawców. Ograniczenie niepewności pozwala na osiągnięcie większej opłacalności, ponieważ niepewność przyciąga premię z tytułu ryzyka. Przede wszystkim:

- pożyczkodawcy uczestniczący w transakcji PPP muszą mieć jasność co do działań, które będą podejmowane w przypadku, gdy Zamawiający lub Partner prywatny nie wywiąże się ze swoich kluczowych zobowiązań wynikających z umowy PPP. Pożyczkodawcy ostatecznie będą wymagali rozwiązania umowy i wypłacenia odpowiedniego odszkodowania, jeżeli instytucja naruszy jedno ze swoich podstawowych zobowiązań i nie zdoła tego naprawić. Ponadto będą dążyć do uzyskania praw do zadośćuczynienia i rekompensaty, jeżeli nastąpi poważne naruszenie ze strony Partnera prywatnego; oraz
- zainteresowane strony zaangażowane w projekt PPP wymagają potwierdzenia, że zdarzenia będące poza ich bezpośrednią kontrolą, które wpływają na wykonanie zobowiązań umownych (tj. działanie siły wyższej), zostaną załatwione w sposób pozwalający im na uzgodnienie wspólnie akceptowanego rozwiązania.

Należy podkreślić, że Zamawiający zawsze będzie stał przed dylematem dotyczącym właściwego momentu rozwiązania umowy PPP. Z jednej strony musi zapewnić ochronę interesów sektora publicznego (np. uzyskując odszkodowanie za niedotrzymanie warunków umowy przez Partnera prywatnego). Z drugiej strony jego obowiązkiem jest zapewnienie dalszego świadczenia podstawowych usług publicznych. W praktyce wyzwanie to oznacza, że zapisy dotyczące rozwiązania umowy są rzadko stosowane automatycznie. W ramach możliwości strony umowy PPP dążą do uniknięcia natychmiastowego rozwiązania umowy i renegocjowania jej w sposób możliwy do zaakceptowania dla wszystkich zainteresowanych stron, w szczególności pożyczkodawców. W rezultacie rozważając sposób opracowania i stosowania zapisów dotyczących rozwiązania umowy i siły wyższej Zamawiający muszą skupić się na utworzeniu ram negocjacyjnych, które będą miały zastosowanie podczas ewentualnego wystąpienia siły wyższej lub zdarzeń powodujących rozwiązanie umowy.

## **Metodologia EPEC**

Niniejsza publikacja opiera się na badaniu zleconym przez EPEC i przeprowadzonym przez międzynarodową kancelarię prawną Allen & Overy LLP (A&O). A&O

przeprowadziła typowy przegląd zapisów dotyczących rozwiązania umowy i siły wyższej stosowanych w następujących 16 państwach:

|                     |         |            |           |
|---------------------|---------|------------|-----------|
| Belgia              | Francja | Włochy     | Rumunia   |
| Bułgaria            | Niemcy  | Holandia   | Słowacja  |
| Czechy              | Grecja  | Polska     | Hiszpania |
| Anglia <sup>1</sup> | Węgry   | Portugalia | Turcja    |

Poszczególne państwa objęto badaniem pod kątem zagwarantowania jak najszerszego zakresu opracowania, aby umożliwić przeprowadzenie porównań, identyfikację „modeli” i podkreślenie istotnych kwestii. Badanie objęło m.in.:

- państwa, gdzie stosowany jest system prawa kontynentalnego (civil law) i prawo precedensowe (common law);
- państwa posiadające i nieposiadające przepisów w zakresie PPP; oraz
- dojrzałe i wschodzące rynki PPP.

Badanie A&O dotyczyło w szczególności umów PPP, które zostały pomyślnie podpisane, lub sytuacji, gdy obowiązują umowy standardowe bądź wytyczne. Zapisy dotyczące rozwiązania umowy i siły wyższej poddano szczegółowemu badaniu uwzględniając określony kontekst i szeroko rozumiany system prawny, którego są częścią.

W trakcie pracy A&O opierała się na danych dostarczonych przez jej biura, lub (w niewielkiej liczbie przypadków), na danych dostarczonych przez współpracujące kancelarie. Wszystkie biura lub kancelarie poproszono o wypełnienie szczegółowego kwestionariusza przygotowanego przez londyńskie biuro A&O. Wstępne wyniki prac A&O zaprezentowano członkom EPEC i przedyskutowano, co stanowiło podstawę do pogłębionego dialogu z zespołem EPEC.

Więcej szczegółowych informacji dotyczących porównania państw pod względem określonych kwestii zawarto w poszczególnych sekcjach niniejszej publikacji, natomiast przegląd wyników badania A&O przedstawiono w ramce 1 poniżej.

---

<sup>1</sup> Mimo że badanie A&O dotyczy głównie Anglii, większość zapisów umownych dotyczących rozwiązania umowy i siły wyższej jest taka sama w całym Zjednoczonym Królestwie.



## Ramka 1

### **Przegląd najważniejszych aspektów badania A&O**

Z prac przeprowadzonych przez A&O wynika, że istnieją różnice w sposobie formułowania zapisów dotyczących rozwiązania umowy i siły wyższej w 16 zbadanych państwach. Główne odrębności zaobserwowano w szczególności w odniesieniu do sposobu zastosowania zapisów dotyczących rozwiązania umowy, obliczania kwoty odszkodowania z tytułu rozwiązania umowy, działań dostępnych w przypadku działania siły wyższej i przyznania praw interwencji (*step-in rights*) pożyczkodawcom.

Na różnice te wpływają następujące czynniki:

- tradycje prawne, które są różne w 16 państwach objętych badaniem. Różnice występują przede wszystkim w państwach, w których obowiązuje prawo zwyczajowe i prawo kontynentalne, zarówno w zakresie rodzaju umowy PPP stosowanej w tych jurysdykcjach, jak i przyjętych stanowisk w odniesieniu do kwestii zapisów dotyczących rozwiązania umowy i siły wyższej; oraz

- względna dojrzałość rynku PPP. Na przykład zapisy dotyczące rozwiązania umowy i siły wyższej zatwierdzone przez sektor publiczny i prywatny w Anglii obowiązują od pewnego czasu i obecnie włączane są do standardowej dokumentacji odzwierciedlając fakt, że do tej pory zawarto ponad 600 umów PPP.

Z dowodów przedstawionych przez A&O wynika również, że cykl koniunkturalny i zakres, w jakim opracowuje się projekty w otoczeniu o ograniczonych środkach publicznych, ma wpływ na rodzaj stosowanych zapisów dotyczących rozwiązania umowy i siły wyższej. Na przykład zgodnie z obecnymi warunkami rynkowymi z trudności napotykanymi w pozyskiwaniu finansowania z sektora prywatnego na projekty PPP wynika, że zapisy dotyczące rozwiązania umowy są zazwyczaj bardziej korzystne dla sektora prywatnego.

EPEC napotkało jednak w swojej pracy pewne ograniczenia. Analiza A&O ograniczała się do próbki dostępnych umów PPP (i wkładu członków EPEC). Projekty poddane przeglądowi niekoniecznie odzwierciedlają w pełni praktykę PPP w danym państwie. Ponadto z badania A&O wynika również, że w niektórych państwach występują istotne różnice w zapisach dotyczących rozwiązania umowy i siły wyższej pomiędzy poszczególnymi projektami, w związku z czym określenie „modeli” i wyciągnięcie wniosków w odniesieniu do tych państw może sprawiać pewne trudności.

### **Struktura niniejszej publikacji**

Prace EPEC nad zapisami dotyczącymi rozwiązania umowy i siły wyższej doprowadziły do określenia 18 głównych zagadnień. Dla nich wszystkich, objętych zakresem niniejszej publikacji podkreślono najistotniejsze kwestie, przedstawiono wyniki analizy przeprowadzonej w danym państwie (gdy były one istotne) i zaproponowano wytyczne dla sektora publicznego. Wspomniane zagadnienia podzielono na trzy sekcje:

- sekcja 1 dotyczy ustaleń w zakresie rozwiązania umowy PPP w następstwie niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego i jego prawa do dobrowolnego rozwiązania umowy. Sekcja ta obejmuje następujące kwestie:
  - występowanie pojęcia niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego w umowach PPP;
  - praw Zamawiającego w zakresie dobrowolnego rozwiązania umowy;
  - zasad ustalania odszkodowania należnego Partnerowi prywatnemu z tytułu niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego lub dobrowolnego rozwiązania umowy;
  
- w sekcji 2 analizuje się konsekwencje niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego i skorzystania z prawa do rozwiązania umowy PPP przez Zamawiającego. Sekcja ta obejmuje następujące kwestie:
  - definicję niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego;
  - praw w zakresie zadośćuczynienia przyznawanych pożyczkodawcom przed rozwiązaniem umowy PPP;
  - zasad ustalania odszkodowania wypłacanego przez Zamawiającego w następstwie rozwiązania umowy;
  
- sekcja 3 zawiera przegląd ujęć działania siły wyższej w ramach umów PPP. Sekcja ta obejmuje następujące kwestie:
  - definicję pojęcia siły wyższej i skutki jej działania;
  - okoliczności w jakich siła wyższa prowadzi do rozwiązania umowy PPP;
  - zasady ustalania odszkodowania należnego Partnerowi prywatnemu z tytułu rozwiązania umowy z powodu działania siły wyższej;
  - związek między działaniem siły wyższej a ubezpieczeniem.

# Sekcja 1

## Niedotrzymanie warunków umowy przez Zamawiającego i dobrowolne rozwiązanie umowy

Sekcja 1 dotyczy ustaleń w zakresie rozwiązania umowy PPP w następstwie niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego lub decyzji o dobrowolnym rozwiązaniu umowy przed planowanym zakończeniem. W niniejszej sekcji określono i omówiono osiem zagadnień.

### Rozdział 1

#### Pojęcie niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego

##### Wprowadzenie

Ogólnie obowiązująca zasada dotycząca umów handlowych mówi, że jeżeli jedna ze stron nie dotrzymuje kluczowych zobowiązań, strona „poszkodowana” ma prawo rozwiązać umowę. W kontekście umów PPP oznacza to, że Partner prywatny powinien mieć prawo do rozwiązania umowy w przypadku niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego w odniesieniu do jego kluczowych zobowiązań. W zawiązku z faktem, że umowy PPP dotyczą często świadczenia podstawowych usług publicznych, przyznanie takiego prawa Partnerowi prywatnemu wywołuje niepokój.

##### Ustalenia

W badaniu A&O potwierdzono, że w większości państw umowy PPP zawierają zapisy określające w sposób wyraźny prawo do rozwiązania umowy, przyznawane Partnerowi prywatnemu w następstwie niedotrzymania istotnych warunków umowy przez Zamawiającego. Jak wynika z poniższej tabeli, wyjątki stanowią Portugalia i Francja.

|          |         |            |           |
|----------|---------|------------|-----------|
| Belgia   | Francja | Włochy     | Rumunia   |
| Bułgaria | Niemcy  | Holandia   | Słowacja  |
| Czechy   | Grecja  | Polska     | Hiszpania |
| Anglia   | Węgry   | Portugalia | Turcja    |

|  |  |
|--|--|
| Brak określonych zapisów umownych przyznających prawo do rozwiązania umowy | Określone zapisy umowne przyznające prawo do rozwiązania umowy |
|--|--|

W Portugalii umowy PPP nie obejmują kwestii niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego. Umawiające się strony opierają się na ogólnych zasadach prawa lub, w niektórych przypadkach, na określonych przepisach prawa PPP. W praktyce jednak powszechnie uważa się, że osiągnięty rezultat byłby podobny do wyniku osiągniętego w większości krajów, w których zapisy w zakresie rozwiązania umowy są zawarte w umowie PPP.

We Francji Partner prywatny nie jest upoważniony do rozwiązania umowy PPP w następstwie niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego (więcej szczegółowych informacji zamieszczono w ramce 2 poniżej). Jedynym dostępnym środkiem prawnym w tym przypadku jest wniesienie powództwa do sądu administracyjnego, który jest w stanie orzec czy naruszenie warunków umowy przez Zamawiającego jest dość istotne, aby uzasadnić rozwiązanie umowy (i wypłatę odszkodowania). Podczas gdy Francja wydaje się reprezentować niezwykle podejście do tej kwestii, Partner prywatny w praktyce stara się zazwyczaj wynegocjować rozwiązanie zamiast dążyć do rozwiązania umowy PPP na drodze sądowej (tj. w przypadku gdy w różnych krajach stosowane jest odmienne podejście, wyniki – negocjacje – mogą być podobne)

### Wskazówki EPEC

Podczas negocjacji dotyczących zapisów umowy PPP dotyczących niedotrzymania jej warunków przez Zamawiającego, powinny zostać uwzględnione następujące kwestie:

- **przegląd ram prawnych** – Zamawiający powinien zweryfikować zakres w jakim ramy prawne (oraz odpowiednie prawodawstwo dotyczące PPP, jeżeli istnieje) definiują zapisy dotyczące niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego i ocenić czy zapisy te są w wystarczającym stopniu jasne i wykonalne. Wszelkie niejasności powinny być jak najdokładniej objaśnione w ramach umowy PPP;
- **dążenie do zrównoważonego charakteru umowy** – udzielenie Partnerowi prywatnemu prawa do rozwiązania umowy jest istotne z punktu widzenia uczciwości (tj. zrównoważonej umowy) i racjonalności partnerstwa. Istnieją pewne kluczowe elementy służące zachęceniu sektora prywatnego do zawierania umów PPP. Prawa do rozwiązania umowy gwarantują sponsorom, inwestorom i wierzycielom Partnera prywatnego pewność co do przebiegu działań w przypadku niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego. Umożliwia im to przeprowadzenie bardziej szczegółowej analizy ryzyka, co może skutkować lepszym ustaleniem cen/stosunku wartości do ceny przez Zamawiającego. Praktyka rynkowa pokazuje, że umowy PPP z udziałem międzynarodowych pożyczkodawców i inwestorów powinny zawierać jasno określone zapisy dotyczące rozwiązania umowy z uwagi na niedotrzymanie warunków przez Zamawiającego; oraz
- **istotność siły Zamawiającego** – istotność praw do rozwiązania umowy przez Partnera prywatnego jest ściśle powiązana z postrzeganiem siły i stabilności Zamawiającego. Sektor prywatny będzie w stanie zaakceptować ograniczone prawa do rozwiązania umowy, jeżeli Zamawiający charakteryzuje się wysoką zdolnością kredytową, posiada odpowiednie zabezpieczenie przed

ryzykiem związanym z obligacjami państwowymi, zabezpieczenia przed zmianami jego statusu prawnego oraz ograniczenia w zakresie możliwości zastąpienia jednego organu publicznego innym. Ograniczone prawa w zakresie możliwości rozwiązania umowy zostaną łatwiej zaakceptowane jeżeli Zamawiającym jest partner publiczny (np. Ministerstwo), a nie partner lokalny dysponujący funduszem powierniczym sektora opieki zdrowotnej. Dlatego też ważne jest, aby ocenić czy charakter i zdolność kredytowa Zamawiającego uzasadnia ograniczenie praw Partnera prywatnego do rozwiązania umowy.

#### **Ramka 2**

##### **Francuskie podejście do niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego**

Francuskie umowy PPP zazwyczaj nie uznają prawa Partnera prywatnego do rozwiązania umowy wskutek niedotrzymania jej warunków przez Zamawiającego. Niedotrzymanie warunków umowy przez Zamawiającego nie jest definiowane w jej treści. Jeżeli Zamawiający naruszy postanowienia umowy, umawiające się strony rozwiązują spór polubownie. W przypadku gdy się to nie powiedzie, sprawa kierowana jest do właściwego sądu administracyjnego.

Podejście to wynika z zasad prawa administracyjnego w zakresie ciągłości i zdolności adaptacji usług publicznych. Wg powyższych zasad służby publiczne muszą być gwarantowane przez Zamawiającego i nie mogą być zagrożone działaniem lub zaniechaniem Partnera prywatnego. Interesującym jest fakt, że zasady te stanowią również podstawę prawa Zamawiającego do dobrowolnego rozwiązania umowy PPP z uwagi na zmieniające się potrzeby, innowacje technologiczne lub zmiany w warunkach finansowania transakcji.

Chociaż Partner prywatny nie ma zapisanego w umowie prawa do rozwiązania umowy PPP, w takim przypadku należy się mu odszkodowanie. Jego kwota najprawdopodobniej odzwierciedla kwotę należną w przypadku działania siły wyższej.

Podejście stosowane we Francji jest szeroko akceptowane, gdyż francuskie podmioty państwowe i jednostki samorządowe nie mogą zbankrutować. Podmioty sektora publicznego często korzystają z szeroko zakrojonej pomocy państwa (jednoznaczne lub dorozumiane gwarancje zapewniające pomoc w przypadku trudności finansowych). W ramach niektórych projektów pożyczkodawców obowiązuje zasada, że zmiany statutu podmiotów publicznych (np. agencji publicznych) mogą spowodować wcześniejszą spłatę ich pożyczek, a w konsekwencji również rozwiązanie umowy PPP.

## Rozdział 2 Definicja niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego

### Wprowadzenie

Gdy umowa PPP zawiera zapisy dotyczące pojęcia niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego, musi zawierać również definicję ich niedotrzymania .

### Ustalenia

Badanie przeprowadzone przez A&O pokazuje, że dominują dwa podejścia:

- określenie działań lub zaniechań po stronie Zamawiającego, które stanowią przypadki niedotrzymania warunków umowy („szczegółowa lista”), lub
- wprowadzenie szerokiej definicji niedotrzymania warunków umowy.

Jak pokazuje poniższa tabela, spośród 16 państw poddanych analizie w 9 stosuje się szczegółową listę, w 3 szeroką definicję, a w Polsce i Hiszpanii wyjście pośrednie.

|          |          |             |           |
|----------|----------|-------------|-----------|
| Belgia   | Francja* | Włochy      | Rumunia   |
| Bułgaria | Niemcy   | Holandia    | Słowacja  |
| Czechy   | Grecja   | Polska      | Hiszpania |
| Anglia   | Węgry    | Portugalia* | Turcja    |

\* Nieistotne

|                          |                   |                   |
|--------------------------|-------------------|-------------------|
| Brak dominującego modelu | Szeroka definicja | Szczegółowa lista |
|--------------------------|-------------------|-------------------|

Szczegółowa lista przypadków niedotrzymania warunków umowy obejmuje z reguły:

- wywłaszczenie lub konfiskatę aktywów Partnera prywatnego;
- nieuiszczenie kwot należnych Partnerowi prywatnemu (np. opłaty za dostępność);
- przekazanie praw Zamawiającego wynikających z umowy PPP z naruszeniem obowiązujących przepisów;
- naruszenie zobowiązań umownych przez Zamawiającego w sposób lub w zakresie uniemożliwiającym Partnerowi prywatnemu prowadzenie działalności; oraz
- nieudzielenie odpowiednich zezwoleń dla projektu przez Zamawiającego.

Testy lub progi istotności mają zazwyczaj zastosowanie do zdarzeń wymienionych w ramach szczegółowej listy. Zamawiającym udzielany jest również zazwyczaj czas na naprawienie niedotrzymania warunków (czyli czas potrzebny na naprawę niedotrzymania warunków umowy, gdy jest to możliwe, przed wejściem w życie jej rozwiązania). Jeżeli strony określiły szeroką definicję niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego, brzmienie umowy często odnosi się do „jakiegokolwiek poważnego naruszenia”, co może skutkować rozbieżną interpretacją tego wyrażenia.

A&O ustaliła generalnie, że choć te dwa podejścia wydają się rozbieżne, w praktyce prowadzą do podobnych rezultatów. Wynika to z faktu, że szczegółowa lista obejmuje często bardzo ogólne sformułowania (np. typu „jakiegokolwiek inne poważne narusze-

nie”).

Zaskakującym jest fakt, że w kontekście bieżącego kryzysu finansowego/kryzysu zadłużenia publicznego A&O nie znalazła wielu przykładów na to, aby zmiana statusu prawnego czy zdolności kredytowej (np. zmiana ratingu kredytowego czy wskaźników finansowych) Zamawiającego uważana była za niedotrzymanie warunków umowy. Obecnie zagadnieniu poświęca się coraz więcej uwagi (zwłaszcza ze strony pożyczkodawców) podczas negocjacji umów PPP.

## **Wskazówki EPEC**

Podczas negocjacji dotyczących niedotrzymania warunków umowy PPP przez Zamawiającego, Zamawiający powinien uwzględnić następujące kwestie:

- **ograniczanie niepewności za pomocą szczegółowej listy** – aby ograniczyć niepewność i uniknąć powstawania sporów, zarówno Zamawiający jak i Partner prywatny powinien dążyć do określenia szczegółowej listy zdarzeń stanowiących niedotrzymanie warunków umowy przez Zamawiającego
- **preferencje Partnera prywatnego** – Partner prywatny zazwyczaj preferuje zdefiniowane/szczegółowe określenie przypadków niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego (szczegółową listę) i będzie starał się włączyć również wszystkie ogólne sformułowania;
- **interes Zamawiającego** – w interesie Zamawiającego leży zazwyczaj stworzenie zamkniętej listy przypadków niedotrzymania warunków umowy, aby wiedział, które dokładnie działania musi podjąć, a jakich unikać, aby dotrzymać warunków umowy;
- **stworzenie szczegółowej listy** – określając szczegółową listę przypadków niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego, powinno się rozważyć wszelkie zadania znajdujące się pod jego kontrolą. Należy jasno określić za co odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a jakiego rodzaju ryzyko przeniesione jest na Partnera prywatnego. Jeśli szczegółowa lista jest zbyt obszerna, istnieje ryzyko, że nieznaczące/techniczne naruszenia warunków umowy przez Zamawiającego mogą doprowadzić do rozwiązania umowy;
- **progi istotności i czas na naprawienie niedotrzymania warunków** – przypadki niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego należy kwalifikować przeprowadzając testy istotności i udzielać czas na naprawienie niedotrzymania warunków;
- **brak płatności** – w ramach umów PPP w których płatnikiem jest Zamawiający, najpoważniejszym problemem Partnera prywatnego jest brak płatności ze strony Zamawiającego. Zapisy dotyczące braku płatności zawsze podlegają szczegółowym negocjacjom, zwłaszcza gdy Partner prywatny potrzebuje gwarancji, że brak płatności nie wpłynie na wypłatę odszkodowania za rozwiązanie umowy (zob. rozdziały 4 i 5). W ramach negocjacji Partner prywatny będzie się starał określić przypadki braku płatności, które stanowią wczesne sygnały ostrzegawcze o potencjalnym przyszłym braku płatności. Będzie on również próbował uzyskać gwarancje zobowiązań płatniczych Zamawiającego (np. od Ministerstwa Finansów); oraz
- **uwzględnianie zmian statusu i zdolności kredytowej Zamawiającego** – w negocjacjach dotyczących umów PPP coraz większy nacisk kładzie się na ryzyko zmiany statusu prawnego lub zdolności kredytowej Zamawiającego w trakcie realizacji umowy PPP. Tworząc tego typu zapisy należy dołożyć starań, aby unikać testów bądź mechanizmów, które są subiektywne lub nieodpowiednie.

## Rozdział 3

### Dobrowolne rozwiązanie umowy

#### Wprowadzenie

Jeden z najistotniejszych zapisów, jaki Zamawiający musi zawrzeć w umowie PPP, dotyczy jego zdolności do jednostronnego rozwiązania umowy nawet w przypadku, gdy Partner prywatny realizuje ją w sposób zadowalający.

#### Ustalenia

W większości krajów objętych badaniem A&O, Zamawiający ma możliwość dobrowolnego rozwiązania umowy PPP. Zazwyczaj stosowane są dwa podejścia – Zamawiający ma pełną wolność w zakresie jej rozwiązania lub też dobrowolne rozwiązanie umowy następuje wskutek przeprowadzenia testu „interesu publicznego”.

Jak pokazuje poniższa tabela, kraje gdzie występują zapisy dotyczące rozwiązania umowy z jakiegokolwiek powodu to m.in. Czechy, Anglia, Grecja (w niektórych przypadkach), Holandia, Portugalia czy Słowacja. Państwa, gdzie dobrowolne rozwiązanie umowy określane jest w odniesieniu do interesu publicznego to np. Belgia, Bułgaria, Francja, Polska czy Hiszpania. W Niemczech dobrowolne rozwiązanie umowy PPP dozwolone jest jedynie wówczas, gdy możliwość taka została uwzględniona w jej treści. Zagadnienie to nie jest regulowane w sposób wyraźny w Rumunii, natomiast na Węgrzech dobrowolne rozwiązanie umowy może mieć miejsce jedynie w konkretnych okolicznościach.

|          |         |            |           |
|----------|---------|------------|-----------|
| Belgia   | Francja | Włochy     | Rumunia   |
| Bułgaria | Niemcy  | Holandia   | Słowacja  |
| Czechy   | Grecja  | Polska     | Hiszpania |
| Anglia   | Węgry   | Portugalia | Turcja*   |

\* Brak dominującego modelu

|                 |                   |      |
|-----------------|-------------------|------|
| Pełna dowolność | Interes publiczny | Inne |
|-----------------|-------------------|------|

W większości przypadków interes publiczny nie stanowi sam w sobie cechy umowy PPP, lecz raczej ogólną zasadę wynikającą z przepisów prawa. Jego definicja różni się w zależności od kraju, lecz zazwyczaj jest ona dość szeroka, co w praktyce pozwala na dużą dozę swobody uznania.



## Wskazówki EPEC

Co do zapisów dotyczących dobrowolnego rozwiązania umowy PPP, Zamawiający powinien uwzględnić następujące kwestie:

- **elastyczność** – istnieje pewna zależność pomiędzy poziomem elastyczności, na jakim zależy Zamawiającemu, a konsekwencjami jakie może to mieć dla podmiotów prywatnych ubiegających się o zawarcie umowy PPP, finansowanie i realizację tego typu umowy. Zasadniczo Zamawiający powinien mieć prawo do rozwiązania umowy na zasadzie dobrowolności. Ma on prawo do skorzystania z tego prawa w szczególnych okolicznościach (np. z przyczyn operacyjnych, z powodu których świadczone usługi przestają być adekwatne i stają się niezgodne z pierwotnym założeniem). Jednak zbyt łatwość, z jaką możliwe jest korzystanie z tego prawa, niesie ze sobą pewien stopień ryzyka (np. rozwiązanie umowy z przyczyn czysto politycznych);
- **test interesu publicznego** – jeżeli rozwiązanie umowy wiąże się z przeprowadzeniem testu interesu publicznego, należy starannie ocenić jak pojęcie tegoż interesu traktowane jest w danych ramach prawnych i jak można je zastosować w praktyce;
- **godziwe odszkodowanie** – w przypadku dobrowolnego rozwiązania umowy Zamawiający będzie musiał wypłacić Partnerowi prywatnemu godziwe odszkodowanie (zob. rozdział 4). W teorii oznacza to, że jeżeli wysokość odszkodowania jest odpowiednia, Partner prywatny nie będzie się sprzeciwiał udzieleniu Zamawiającemu prawa do dobrowolnego rozwiązania umowy. W praktyce Partner prywatny otrzymuje odszkodowanie, lecz zazwyczaj nie pokrywa ono całości poniesionej straty (jak np. kosztów utraconych korzyści w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy długoterminowej); oraz
- **zaufanie rynkowe** – jeśli z prawa do dobrowolnego rozwiązania umowy PPP korzysta się zbyt często, naraża to na szwank zaufanie sektora prywatnego do rynku PPP.

### Ramka 3

#### **Studium przypadku dobrowolnego rozwiązania umowy: Nottingham Express Transit – etap 1 (GB)**

Przypadki dobrowolnego rozwiązania umowy zdarzają się w praktyce, choć jest to zjawisko rzadkie. W niniejszej ramce opisano przypadek rozwiązania umowy PPP dla projektu Nottingham Express Transit – etap 1.

Konsorcjum Arrow Light Rail (złożone ze spółek Transdev, Nottingham City Transport, Bombardier, Carillion, Galaxy i Innisfree) podpisało umowę PPP na realizację Linii 1 Nottingham Express Transit w 2000 r. Pierwsza linia tramwajowa służyła jako podwaliny sieci miejskiej, lecz dwie nowe linie szybkiego tramwaju zaplanowane do realizacji w drugim etapie były zbyt duże, aby mogły zostać objęte pierwotną umową. W związku z tym Zamawiający ogłosił nabór ofert na nową umowę PPP, która obejmowała przejście pierwszej linii, zapewnienie jej nieprzerwanego działania oraz konserwację, a także budowę etapu 2 wraz z zapewnieniem funkcjonowania i konserwacji.

Choć wydawałoby się, że obecny operator linii (Arrow Light Rail) ma przewagę nad konkurencją, Zamawiający w marcu 2011 r. udzielił zamówienia firmie Tramlink Nottingham. Pierwsza linia została wykupiona od Arrow Light Rail, a pierwotna umowa PPP zakończyła się wraz z finansowym zamknięciem nowej umowy PPP w grudniu 2011 r.

Aby zamknąć etap 2 w kategoriach finansowych, uczestnicy projektu musieli skoordynować prace nad dwiema odrębnymi transakcjami – przetargiem na etap 2 i rozwiązaniem umowy na linię 1. Wymagało to współpracy ze strony Arrow Light Rail (wykonawcy linii 1 a jednocześnie oferenta, któremu nie zostało udzielone zamówienie na etap 2), czyli spółki, której należało się odszkodowanie z tytułu wcześniejszego rozwiązania umowy na zrealizowany i działający w stopniu satysfakcjonującym projekt. Szczegółowa ocena, a także porozumienie w sprawie stanu przekazywanych aktywów były istotne zarówno z punktu widzenia oferenta, któremu udzielono zamówienia, jak i dotychczasowego operatora. W ramach standardowych umów PPP w Wielkiej Brytanii kwotę odszkodowania za dobrowolne rozwiązanie umowy oblicza się na zasadach rynkowych. Biorąc pod uwagę znaczny poziom ryzyka komunikacyjnego ponieszonego przez partnera prywatnego w ramach tego projektu, założenia wyceny były tutaj elementem kluczowym.

Niemal jednoczesne rozwiązanie umowy na linię 1 i zamknięcie etapu 2 pod względem finansowym wymagało umiejętnej prowadzonej negocjacji, woli politycznej i koordynacji, aby osiągnąć rozwiązanie satysfakcjonujące wszystkie strony, a także zamknąć stronę finansową w czasach turbulencji na rynkach finansowych.

Źródła: różne, w tym Inspiratia, czerwiec 2012 r.

<http://inspiratia.com/transport/Deal-Focus/read/Nottingham-Express-Transit-Phase-2>

(wymagana subskrypcja)

## Rozdział 4

### Odszkodowanie za niedotrzymanie warunków umowy przez Zamawiającego i dobrowolne rozwiązanie umowy

#### Wprowadzenie

Zamawiający powinien ponosić odpowiedzialność za wypłatę odszkodowania Partnerowi prywatnemu w przypadku, gdy umowa PPP rozwiązywana jest na zasadzie dobrowolności lub w wyniku poważnego niedotrzymania jej warunków przez Zamawiającego. W takich przypadkach wypłata odszkodowania jest obowiązkowa – w przeciwnym razie Zamawiający korzystałby z aktywów PPP (np. zrealizowanego i działającego projektu) w sposób nieuczciwy, nie ponosząc ustalonych kosztów (np. opłaty za dostępność). Bez wypłaty odszkodowania prywatni inwestorzy, sponsorzy i pożyczkodawcy zostaliby pozbawieni środków, które zainwestowali, nie z własnej winy, nie byłoby w stanie odzyskać poniesionych nakładów ani spłacić pożyczek, nie otrzymaliby też spodziewanych zwrotów z inwestycji.

#### Ustalenia

Badanie A&O pokazuje, że odszkodowania z tytułu niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego lub dobrowolnego jej rozwiązania wypłacane są we wszystkich zanalizowanych państwach oprócz Francji, gdzie odszkodowanie przysługuje wyłącznie w przypadku dobrowolnego rozwiązania umowy<sup>2</sup>. Należne odszkodowanie ma zazwyczaj na celu zagwarantowanie, że sytuacja Partnera prywatnego nie ulegnie pogorszeniu ani poprawie na skutek przedterminowego rozwiązania umowy (tzn. Partner prywatny powinien otrzymać odszkodowanie w takiej wysokości, jakby umowa PPP została zrealizowana w całości).

W państwach objętych analizą stosowane są dwa podstawowe podejścia:

- **odszkodowanie według wartości księgowej** – w tym przypadku podstawą obliczenia kwoty odszkodowania są koszty inwestycyjne poniesione w związku z realizacją projektu PPP. Zazwyczaj rozróżnia się rozwiązanie umowy na etapie budowy i na etapie operacyjnym. W trakcie budowy obliczenia opierają się na kwotach rzeczywiście zainwestowanych w budowę aktywów PPP przez Partnera prywatnego do dnia rozwiązania umowy. W fazie operacyjnej wartość aktywów pomniejsza się o amortyzację; oraz
- **odszkodowanie obliczane według kwoty finansowania** – w tym przypadku kwota odszkodowania określana jest w odniesieniu do finansowania, jakie Partner prywatny pozyskał dla projektu, zazwyczaj długu uprzywilejowanego, długu podporządkowanego bądź kapitału własnego. W ramach zagadnień 4.1 i 4.2 omówiono zasady obliczania odszkodowań dla pożyczkodawców i inwestorów kapitałowych.

---

<sup>2</sup> Jak już wspomniano w ramach rozdziału 1, francuskie umowy PPP zazwyczaj nie obejmują zapisów w zakresie rozwiązania umowy z powodu niedotrzymania jej warunków przez Zamawiającego.

Oprócz powyższych kwot podstawowych, odszkodowanie obejmuje również zazwyczaj koszty osób trzecich (zob. podrozdział 4.3).

Jak pokazuje poniższa tabela, w krajach objętych próbą przeważa podejście oparte na finansowaniu.

|          |          |            |           |
|----------|----------|------------|-----------|
| Belgia   | Francja* | Włochy     | Rumunia** |
| Bułgaria | Niemcy   | Holandia   | Słowacja  |
| Czechy   | Grecja   | Polska     | Hiszpania |
| Anglia   | Węgry    | Portugalia | Turcja    |

\* Jedynie dobrowolne rozwiązanie umowy \*\* Nie dotyczy

|                          |                  |
|--------------------------|------------------|
| W oparciu o finansowanie | Wartość księgową |
|--------------------------|------------------|

### Wskazówki EPEC

Rozważając zapisy dotyczące odszkodowania z tytułu niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego lub dobrowolnego jej rozwiązania, Zamawiający powinien uwzględnić poniższe zagadnienia:

#### Podstawowe zasady

- **zasada przyznawania odszkodowań** – istnieje potrzeba wypłaty Partnerowi prywatnemu odszkodowania w przypadku dobrowolnego rozwiązania umowy lub rozwiązania jej z powodu niedotrzymania warunków przez Zamawiającego, aby promować uczciwość i uniknąć nieuprawnionego wzbogacenia się przez Zamawiającego. Zasada „niepogorszenia i niepolepszenia sytuacji”<sup>3</sup> powinna mieć wpływ na poziom odszkodowania wypłacanego Partnerowi prywatnemu;
- **ocena bezpodstawnego wzbogacenia się** – Zamawiający powinien sprawdzić zastosowanie zasady bezpodstawnego wzbogacenia się w swoim kraju oraz ocenić jej interpretację w procesie ustalania zapisów dotyczących odszkodowań;
- **dostosowanie się do potrzeb zainteresowanych stron** – należy dokładnie przyjrzeć się kosztom poniesionym przez Partnera prywatnego, które pokrywa odszkodowanie. Pożyczkodawcy, wykonawcy będący osobami trzecimi i inwestorzy kapitałowi ponoszą w wyniku wcześniejszego rozwiązania umowy koszty rzeczywiste i utraconych możliwości, które należy im zrekompensować (zob. podrozdziały 4.1, 4.2 i 4.3);
- **prostota** – proste i obiektywne metody obliczeń dają większe poczucie pewności zainteresowanym podmiotom z sektora prywatnego (i tym samym pozwalają osiągnąć lepsze wyniki) i ograniczają do minimum ryzyko sporów; oraz
- **salda gotówkowe** – w momencie rozwiązania umowy Partner prywatny może przechowywać gotówkę na kilku rachunkach bankowych (np. na rachunku

<sup>3</sup> Sytuacja Partnera prywatnego powinna być nie gorsza i nie lepsza niż wówczas, gdyby umowa nie została rozwiązana.

bieżącym, rachunku rezerwowym służącym do obsługi zadłużenia czy rachunku rezerwowym służącym do obsługi kredytów). Zamawiający powinien zastanowić się jak potraktować te salda gotówkowe dla celów ustalenia kwoty należnego odszkodowania (np. skompensować środki pozostające na rachunku rezerwowym służącym do obsługi zadłużenia z odszkodowaniem należnym pożyczkodawcom).

### **Odszkodowanie wg wartości księgowej**

- **nadpłata bądź niedopłata** – wypłata odszkodowania według wartości księgowej może prowadzić do powstania bodźców o niepożądanych skutkach lub niezaspokojenia roszczeń pożyczkodawców. Ponieważ odszkodowanie jest niezależne od finansowania pozyskanego na dany projekt PPP, istnieje ryzyko powstania niedopłaty (co spowodowałoby problem z pozyskaniem finansowania od pożyczkodawców) lub nadpłaty (co może skłonić sponsorów do powołania się na niedotrzymanie warunków umowy przez Zamawiającego). Pożyczkodawcy na ogół preferują bardziej przejrzyste metody obliczeń, w ramach których kwota odszkodowania opiera się na wartości finansowania, jakie zapewnili; oraz
- **uwzględnianie zmian zasad rachunkowości** – obliczanie kwoty odszkodowania na podstawie wartości księgowej może stwarzać problemy, ponieważ zasady rachunkowości mogą ulegać zmianie. W związku z tym zapisy dotyczące skutków zmian w zasadach rachunkowości należy ujmować w treści umowy PPP.

#### **Ramka 4**

##### **Pozyskiwanie finansowania na rynku kapitałowym: odszkodowania dla posiadaczy obligacji**

W świetle sytuacji panującej obecnie na rynku, finansowanie przy pomocy obligacji może odegrać istotną rolę w zmniejszeniu luki występującej w przypadku inwestycji PPP. Wymaga to od Zamawiających odmiennego podejścia do warunków umów PPP.

W przypadku przedpłaty, warunki obligacji – oprócz zwrotu należnych kwot kapitału – zazwyczaj obejmują przedpłatę, aby sytuacja posiadaczy obligacji była taka sama, jak w przypadku jej braku. Opłata z tytułu przedpłaty obliczana jest przy założeniu ponownego zainwestowania przedpłaconej inwestycji w pozostałym okresie oryginalnego finansowania (np. tzw. „klauzula Spensa” dla obligacji w Wielkiej Brytanii).

W ramach PPP Partner prywatny może dobrowolnie uiścić przedpłatę z tytułu korzystania z finansowania przy pomocy obligacji, na przykład w przypadku dobrowolnego rozwiązania umowy lub jej rozwiązania wskutek niedotrzymania warunków przez Zamawiającego. W takim przypadku zapisy umowy PPP dotyczące jej rozwiązania powinny odzwierciedlać zapisy dotyczące przedpłaty zawarte w dokumentacji obligacji. W Wielkiej Brytanii na przykład odpowiednie klauzule umowy PPP wykazują zgodność z podejściem „zmodyfikowanej klauzuli Spensa”, która jest bardzo podobna do klauzuli Spensa, z tą różnicą, że określa stopę reinwestycji.

## Podrozdział 4.1

### Odszkodowanie obliczane według finansowania: pożyczkodawcy

#### Wprowadzenie

Jak to zostało omówione w ramach rozdziału 4, jeden z kluczowych elementów odszkodowania z tytułu dobrowolnego rozwiązania umowy i niedotrzymania jej warunków przez Zamawiającego jest często określany w odniesieniu do finansowania pozyskanego na realizację projektu. Niniejsze zagadnienie poświęcone jest kwotom odszkodowania należnym (pośrednio) wierzycielom<sup>4</sup> (takim jak np. banki komercyjne, krajowe i międzynarodowe instytucje finansujące czy posiadacze obligacji).

Pożyczkodawcy przed udzieleniem finansowania Partnerowi prywatnemu wymagają gwarancji, że ich roszczenia zostaną „odpowiednio zaspokojone” w przypadku rozwiązania umowy PPP z przyczyn nieleżących po stronie Partnera prywatnego. Zaspokajanie ich roszczeń oznacza wypłacenie kwot należnych na mocy umów finansowania. W przypadku rozwiązania umowy PPP Partner prywatny będzie musiał przedpłacić pozyskane finansowanie i rozwiązać istniejące umowy hedgingowe<sup>5</sup>.

#### Wskazówki EPEC

Rozpatrując problem odszkodowań dla pożyczkodawców, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **zrozumienie umów o finansowanie** – z uwagi na fakt, że Zamawiający może mieć obowiązek wypłaty kwot określonych w odniesieniu do umów o finansowanie, niezwykle istotne jest, aby on i jego doradcy dokonali przeglądu tych umów przed zamknięciem finansowym projektu;
- **promowanie przejrzystości i przewidywalności** – należy jasno określić poszczególne składowe zadłużenia, z tytułu którego Zamawiający wypłaca odszkodowanie. Aby odszkodowanie pokryło wszystkie należności na rzecz pożyczkodawców, następujące kwoty należy pokryć w całości:
  - kwoty pożyczek należne w dniu dokonania przedpłaty;
  - kwoty odsetek należne do dnia dokonania przedpłaty;
  - odroczone odsetki, kary z tytułu opóźnionych płatności i nieuiszczonych opłat; oraz

---

<sup>4</sup> Niniejsze opracowanie dotyczy głównie długu uprzywilejowanego i związanych z nim instrumentów hedgingowych (zabezpieczających) (zob. przypis 5).

<sup>5</sup> Pakiety finansowania PPP zazwyczaj obejmują instrumenty hedgingowe, które służą minimalizacji narażenia partnera prywatnego na różne rodzaje ryzyka ekonomicznego, takie jak np. wzrost stóp procentowych, wahania kursów wymiany walut czy inflacja. Umowy hedgingowe zawiera się zazwyczaj w momencie zamknięcia finansowego pomiędzy Partnerem prywatnym a kontrahentami hedgingowymi (często są to banki komercyjne udzielające pożyczek). Umowy te zakładają obowiązki zaspokajania roszczeń w przypadku ich przedterminowego rozwiązania.

- koszty z tytułu rozwiązania umowy związane z zamknięciem umów hedgingowych oraz pożyczek o stałym oprocentowaniu (zob. poniżej);
- **uwzględnienie kosztów rozwiązania umowy** – kwoty, które Zamawiający musi wypłacić jako odszkodowanie z tytułu poniesionych przez Partnera prywatnego kosztów rozwiązania umowy wynikających z umów hedgingowych i pożyczek o stałym oprocentowaniu, mogą być znaczne<sup>6</sup>. Ważne jest więc, aby umowy o finansowanie w sposób wyraźny określały potencjalne koszty oraz sposób ich obliczania. W procesie planowania wydatków/prowadzenia rachunkowości dla PPP Zamawiający powinien uwzględnić te koszty jako zobowiązania warunkowe; oraz
- **zyski z tytułu rozwiązania umowy** – umowy hedgingowe są dwustronne. Jeżeli dokumenty finansowe dla danej transakcji na to pozwalają, przedterminowe rozwiązanie tego typu umowy może wiązać się z zyskiem dla Partnera prywatnego (na przykład w przypadku obniżenia oprocentowania od momentu przeprowadzenia zamknięcia finansowego). Kwoty odszkodowania należne od Zamawiającego powinny zostać pomniejszone o kwotę zysku Partnera prywatnego z tytułu wcześniejszego rozwiązania umów hedgingowych.

---

<sup>6</sup> Warto zauważyć, że we Francji Zamawiającym doradza się, aby nie wymagali od Partnerów prywatnych umów hedgingowych, aż do upływu terminu składania potencjalnych odwołań od decyzji dotyczących udzielenia zamówienia i uzyskania kluczowych pozwoleń publicznych. Ryzyko finansowe związane z obowiązkiem rozwiązania umów hedgingowych jest większe niż ryzyko zaciągnięcia pożyczki ze zmiennym oprocentowaniem na czas określony. W związku z tym do momentu wejścia umów hedgingowych w życie ryzyko zmiany oprocentowania ponosi Zamawiający.

## Podrozdział 4.2

### Odszkodowanie obliczane według finansowania: inwestorzy kapitałowi

#### Wprowadzenie

Jak to zostało omówione w ramach rozdziału 4, kwota odszkodowania z tytułu dobrowolnego rozwiązania umowy lub niedotrzymania jej warunków przez Zamawiającego jest często określana w odniesieniu do finansowania pozyskanego na realizację projektu PPP. Zagadnienie to zajmuje się kwotami odszkodowania należnego Partnerowi prywatnemu w celu zaspokojenia roszczeń inwestorów kapitałowych (np. sponsorów, funduszy infrastrukturalnych).

Przed zobowiązaniem się do zainwestowania kapitału (np. kapitału zakładowego lub pożyczek udziałowców dla partnera prywatnego) inwestorzy wymagają gwarancji, że ich roszczenia zostaną „odpowiednio zaspokojone” w przypadku przedterminowego rozwiązania umowy PPP z przyczyn nieleżących po stronie Partnera prywatnego. Zaspokajanie roszczeń inwestorów kapitałowych wiąże się z wypłatą odpowiedniego odszkodowania co ma na celu zagwarantowanie, że ich sytuacja nie ulegnie pogorszeniu ani poprawie na skutek przedterminowego rozwiązania umowy. Choć jest to zasadniczo dość proste, wypłacenie inwestorowi kapitałowemu uczciwego odszkodowania jest w praktyce dość skomplikowane.

#### Ustalenia

Badanie przeprowadzone przez A&O pokazało, że do ustalania kwoty odszkodowania dla inwestorów kapitałowych stosowane są najczęściej trzy następujące metody:

- **podejście „pierwotnego zwrotu”** – w ramach tego podejścia kwota odszkodowania to suma, która – po dodaniu wszystkich kwot zapłaconych już inwestorom kapitałowemu (np. dywidend, płatności z tytułu długu podporządkowanego), zapewnia wewnętrzną stopę zwrotu (w czasie trwania realizacji projektu), równą stopie ustalonej przy zamknięciu finansowym w ramach prognoz przepływu gotówki w pierwotnym „scenariuszu podstawowym”;
- **podejście „wartości rynkowej”** – w tym przypadku kwota odszkodowania wywodzi się z kwoty, za jaką kapitał można by sprzedać nabywcy oferującemu najwyższą cenę w dniu rozwiązania umowy. Wycena rynkowa odzwierciedla wartość przewidywanych przyszłych przepływów gotówkowych Partnera prywatnego, jak również wartość jego aktywów w dniu rozwiązania umowy; oraz
- **podejście „przyszłego zwrotu”** – podejście to stanowi połączenie powyższych dwóch podejść. Kwota odszkodowania obliczana jest na podstawie zwrotu z kapitału prognozowanego w pierwotnym „scenariuszu podstawowym”, lecz wyłącznie za okres od dnia rozwiązania umowy do ostatniego dnia obowiązywania umowy PPP.



## Wskazówki EPEC

Rozpatrując problem odszkodowań dla inwestorów kapitałowych, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

### Zasady ogólne:

- **wyбір metody** – Zamawiający powinien pamiętać, że różne metody obliczania kwoty odszkodowania dają różne wyniki. Najlepszą metodę należy wybrać z uwzględnieniem lokalnych uwarunkowań rynkowych, biorąc pod uwagę przesłanki uczciwości, prostoty oraz pokusę nadużyć<sup>7</sup>; oraz
- **pozyskiwanie inwestorów kapitałowych** – inwestorzy kapitałowi, zwłaszcza niezależni od sponsorów projektu (np. fundusze infrastrukturalne) wymagają gwarancji, że na samym początku nie zostaną w nienależyty sposób ukarani w wyniku przedterminowego rozwiązania umowy z przyczyn nieleżących po stronie Partnera prywatnego. Z punktu widzenia pozyskiwania kapitału z sektora prywatnego istotne jest również to, w jakim stopniu wcześniejsze wyniki wpływają na wysokość odszkodowania.

### Podejście „pierwotnego zwrotu”

- **zalety** – zasadniczo metoda ta gwarantuje inwestorom kapitałowym oczekiwany przez nich zwrot w momencie zamknięcia finansowego. Jej walorem jest wysoki stopień pewności i prostota; oraz
- **wady** – podejście to nie uwzględnia rzeczywistych wyników projektu do dnia rozwiązania umowy (tj. odstępstw od pierwotnego „scenariusza podstawowego”, zarówno pozytywnych jak i negatywnych). W związku z tym kara nakładana jest na Partnera prywatnego o dobrych wynikach, a wysokie odszkodowanie przyznaje się Partnerowi o wynikach słabych. Podejście to może powodować pokusę nadużyć po stronie Zamawiającego, gdyż może on znajdować się pod polityczną presją, aby dobrowolnie rozwiązać umowę PPP, aby uniemożliwić Partnerowi prywatnemu osiągnięcie zwrotu wyższego niż zakładany.

### Podejście „wartości rynkowej”

- **zalety** – podejście to uwzględnia rzeczywiste wyniki Partnera prywatnego do dnia rozwiązania umowy, w związku z czym jest bardziej uczciwe niż podejście „pierwotnego zwrotu”; oraz
- **wady** – metoda ta gwarantuje stronom umowy niższy poziom pewności. Jej zastosowanie może skutkować wyższymi płatnościami niż Zamawiający planował/oczekiwał. Inwestorzy mogą mieć poczucie, że ich interesy nie są w dostateczny sposób chronione w okolicznościach, które znajdują się generalnie poza ich kontrolą. Poza tym ustalenie wartości rynkowej kapitału może sprawiać trudności, co naraża strony na ryzyko wywiązania się sporów.

---

<sup>7</sup> W tym kontekście pokusa nadużyć ma miejsce, gdy bodźce do osiągnięcia dobrych wyników ulegają zaburzeniu wskutek usunięcia czynników ryzyka czy stosowania nagród.

### **Podejście „przyszłego zwrotu”**

- **zalety** – podejście to uwzględnia rzeczywiste wyniki Partnera prywatnego do dnia rozwiązania umowy. Jest ono dość nieskomplikowane i naraża strony na mniejsze ryzyko niż podejście „wartości rynkowej”; oraz
- **wady** – w ramach tego podejścia Partner prywatny pozbawiany jest korzyści wynikających z nadmiernie dobrych wyników, jakie może osiągnąć przed rozwiązaniem umowy. Jest ono więc bardziej uczciwe niż podejście „pierwotnego zwrotu”, lecz mniej od podejścia „wartości rynkowej”. Tak jak w przypadku podejścia „wartości rynkowej”, jego zastosowanie może skutkować wyższymi płatnościami niż Zamawiający planował/oczekiwał.

## Podrozdział 4.3

### Odszkodowanie z tytułu kosztów poniesionych przez osoby trzecie

#### Wprowadzenie

Jak już wspomniano w ramach rozdziału 4, odszkodowanie dla Partnera prywatnego z tytułu niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego lub dobrowolnego jej rozwiązania powinno uwzględniać koszty poniesione przez osoby trzecie w wyniku przedterminowego rozwiązania umowy. Przykładowo podwykonawcy usług Partnera prywatnego mogą być zmuszeni do przeniesienia pracowników lub zwolnienia ich, jeżeli wiążące ich umowy zostają rozwiązane przedterminowo. Jeśli chodzi o odszkodowanie dla pożyczkodawców i inwestorów kapitałowych, ogólna zasada jest taka, że sytuacja finansowa Partnera prywatnego i jego podwykonawców nie powinna ulec pogorszeniu ani poprawie na skutek przedterminowego rozwiązania umowy PPP.

#### Ustalenia

Według badania A&O prawie wszystkie analizowane kraje przewidują odszkodowanie z tytułu kosztów poniesionych przez podwykonawców w związku z rozwiązaniem umowy, odprawami dla pracowników, jak również z tytułu strat poniesionych w wyniku przedterminowego jej rozwiązania. W większości przypadków Zamawiający ograniczają zakres swojej odpowiedzialności określając te wydatki jako koszty dające prawo do otrzymania odszkodowania, a nie przez ustalenie finansowych limitów odpowiedzialności.

#### Wskazówki EPEC

Rozpatrując problem odszkodowań z tytułu kosztów poniesionych przez osoby trzecie, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **przegląd głównych umów** – przed podpisaniem umowy PPP Zamawiający powinien ocenić płatności, które mogą być należne Partnerowi prywatnemu w ramach odszkodowania za koszty poniesione przez osoby trzecie. Obejmuje to przegląd głównych umów zawartych przez Partnera prywatnego lub które planuje on zawrzeć, a także ocenę zasadności zapisów dotyczących przedterminowego rozwiązania umowy;
- **zdefiniowanie i ograniczenie odpowiedzialności** – Zamawiający powinien określić w umowie PPP dokładny zakres odszkodowania z tytułu kosztów poniesionych przez osoby trzecie;

Umowa powinna szczegółowo wskazywać pozycje kosztów, z tytułu których przysługuje odszkodowanie i jego zakres. Z uwagi na fakt, że koszty osób trzecich mogą być znaczne i podlegać zmianom, Zamawiający może dążyć do ustalenia limitu swojej odpowiedzialności w tym zakresie;

- **odszkodowanie z tytułu utraty zysku** – jedną z podstawowych kwestii biznesowych, które musi rozstrzygnąć Zamawiający jest zakres, w jakim odszkodowanie ma pokryć utratę przyszłych zysków podwykonawców; oraz

- **uwzględnienie kosztów związanych z odprawami dla pracowników** – należy dokładnie przeanalizować odszkodowanie z tytułu zwolnienia pracowników zatrudnianych przez Partnera prywatnego i/lub jego podwykonawców. Zamawiający powinien również zagwarantować wprowadzenie obowiązku maksymalnego możliwego ograniczenia kosztów przez Partnera prywatnego.

## Rozdział 5

### Termin wypłaty odszkodowania

#### Wprowadzenie

Po ustaleniu wysokości odszkodowania, które Zamawiający będzie musiał zapłacić z tytułu dobrowolnego rozwiązania umowy, lub rozwiązania jej na skutek niedotrzymania przez niego jej warunków, musi on zdecydować o terminie wypłaty odszkodowania Partnerowi prywatnemu. Zamawiający może wybrać opcję jednorazowej wypłaty całej kwoty lub wypłaty w ratach.

#### Ustalenia

Badanie A&O wskazuje, że częściej stosowanym rozwiązaniem jest wypłata odszkodowania z tytułu niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego lub dobrowolnego jej rozwiązania w całości niż wypłata w ratach. Takie rozwiązanie jest stosowane w Belgii, Niemczech, Holandii, Polsce, Hiszpanii i we Włoszech. Natomiast na Słowacji Zamawiający może wybrać opcję płatności w ratach. W niektórych wcześniej realizowanych projektach greckich normą była wypłata odszkodowania w ratach rozłożonych na 18 miesięcy.

#### Wskazówki EPEC

Rozpatrując problem terminu wypłaty odszkodowań, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **interes Zamawiającego** – Zamawiający często będzie wolał wypłacić odszkodowanie w ratach, gdyż jednorazowa wypłata całej kwoty spowodowałaby znaczny odpływ środków, które w normalnych warunkach nie byłyby przewidziane lub trudno byłoby je sfinansować;
- **interes Partnera prywatnego** – wypłaty w ratach mogą nie zaakceptować sponsorzy, inwestorzy czy pożyczkodawcy Partnera prywatnego. Jedną z najbardziej prawdopodobnych przyczyn niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego jest niewypłacalność, co rodzi pytanie czy kiedykolwiek będzie on w stanie wypełnić swoje zobowiązania i wypłacić odszkodowanie. W rezultacie Partner prywatny często zgadza się tylko na krótki okres na wypłatę, wystarczający na zebranie niezbędnych funduszy. Partner prywatny woli również otrzymać wypłatę całej kwoty jednorazowo, gdyż ani on ani jego pożyczkobiorcy nie chcą być zaangażowani w projekt, który został zakończony;
- **warunki dotyczące wypłaty w ratach** – jak wspomniano powyżej wypłata w ratach to dobre rozwiązanie tylko wtedy, gdy umowa PPP nie została rozwiązana w wyniku niedotrzymania przez Zamawiającego warunków umowy dotyczących płatności. Ważne jest również upewnienie się, że pożyczkodawcy i inwestorzy kapitałowi akceptują:
  - poziom ryzyka kontrahenta po stronie Zamawiającego,
  - termin płatności (która nie powinna być rozłożona na okres przekraczający okres spłaty pierwotnego zobowiązania) oraz
  - fakt, że kwoty odszkodowań generują odsetki (zob. niżej). Partner prywatny,

jego inwestorzy i pożyczkodawcy mogą niechętnie odnosić się do uruchomienia aktywów projektu lub zabezpieczeń do czasu otrzymania całej płatności. Może to utrudnić przekazanie aktywów projektu Zamawiającemu po rozwiązaniu umowy; oraz

- **koszt płatności rozłożonej na raty** – rozłożenie płatności z tytułu rozwiązania umowy na raty spowoduje powstanie dodatkowych kosztów dla Zamawiającego. Partnerzy prywatni i finansujące ich podmioty zwykle nalegają na wypłatę odsetek od kwoty odszkodowania począwszy od daty powstania takiego zobowiązania do czasu realizacji płatności. Zamawiający musi uzgodnić z Partnerem prywatnym i jego pożyczkodawcami obowiązujące warunki dotyczące odsetek.

## Sekcja 2

### Niedotrzymanie warunków umowy przez Partnera prywatnego

W sekcji 2 opisane zostały ustalenia dotyczące rozwiązania umowy PPP na skutek niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego. Określono i omówiono siedem zagadnień.

#### Rozdział 6

#### Definicja niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego

##### Wprowadzenie

Umowa PPP powinna wyraźnie określać podstawy uprawniające Zamawiającego do jej rozwiązania z przyczyn leżących po stronie Partnera prywatnego. Obejmuje to zdefiniowanie określonych zdarzeń lub naruszeń (np. działań lub zaniedbań Partnera), które mogą do tego prowadzić.

##### Ustalenia

Badanie A&O pokazało, że stosowane są dwa podstawowe podejścia: definiowanie konkretnych zdarzeń stanowiących przypadki niedotrzymania warunków umowy („szczegółowa lista”), lub zastosowanie szerszej definicji niedotrzymania jej warunków. Jak pokazuje poniższa tabela, w większości badanych krajów stosowana jest szczegółowa lista. W Belgii większość umów PPP zawiera jednak ogólną definicję niedotrzymania warunków umowy.

|          |         |            |           |
|----------|---------|------------|-----------|
| Belgia   | Francja | Włochy     | Rumunia   |
| Bułgaria | Niemcy  | Holandia*  | Słowacja  |
| Czechy   | Grecja  | Polska     | Hiszpania |
| Anglia   | Węgry   | Portugalia | Turcja    |

\*Brak dominującego modelu

|                   |                       |
|-------------------|-----------------------|
| Szeroka definicja | Szczegółowa definicja |
|-------------------|-----------------------|

Jeżeli umowa PPP zawiera szczegółową listę przypadków niedotrzymania jej warunków, na liście tej znajdują się zazwyczaj następujące zdarzenia:

- niewypłacalność/bankructwo Partnera prywatnego;
- niezrealizowanie przez Partnera prywatnego określonych etapów budowy lub nieukończenie realizacji projektu;
- niezrealizowanie przez Partnera prywatnego usług według uzgodnionych specyfikacji;
- punkty karne (za sporadyczne przypadki niezrealizowania usług) w przypadku przekroczenia określonych progów;
- zmiana w strukturze własności Partnera prywatnego bez zgody Zamawiającego; oraz
- brak wymaganego ubezpieczenia aktywów/działań projektu PPP.

Szczegółowe listy przypadków niedotrzymania warunków umowy często nie są zamknięte i zawierają postanowienia stanowiące, że również inne zdarzenia nieujęte na liście mogą stanowić przypadki niedotrzymania warunków (tzw. klauzula *catch-all*).

Gdy w umowach stosowana jest szeroka definicja, często znajdują się w nich odniesienia do „wszelkich istotnych naruszeń”, a co za tym idzie mogą one zawierać znacznie bardziej obszerną listę zdarzeń i budzić pewne wątpliwości.

Przypadki niedotrzymania warunków umowy są kwalifikowane za pomocą testów istotności i określany jest dla nich czas na naprawienie sytuacji, po upływie którego Zamawiający uzyskuje prawo do rozwiązania umowy PPP. Takie uprawnienie jest przyznawane tylko w przypadku, gdy takie naprawienie jest możliwe, a jego długość definiuje się jako konkretny okres czasu (np. 30 dni) lub jako okres uznawany za uzasadniony.

Należy zauważyć, że zapisy dotyczące interwencji pożyczkodawców (zob. rozdział 9) skutkują wydłużeniem okresu na naprawienie niedotrzymania warunków umowy, który musi upłynąć zanim możliwe będzie rozwiązanie umowy PPP.

## **Wskazówki EPEC**

Podczas negocjacji zapisów umów PPP dotyczących niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **zwiększanie możliwości pozyskania finansowania i ograniczanie niepewności** – jasne i obiektywne zdefiniowanie przypadków niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego zapewnia Zamawiającemu większą przewidywalność i zmniejsza ryzyko sporów umownych. Ścisła określona lista przypadków zwiększy możliwości pozyskania finansowania i zainteresowanie inwestorów z sektora prywatnego;
- **preferencje Partnera prywatnego** – Partner prywatny zazwyczaj preferuje jasne zdefiniowanie wszystkich przypadków/działań, jak również procesu prowadzącego do niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego (np. szczegółową listę) i będzie przeciwny niejednoznacznym sformułowaniom w umowie, jak również bardzo ogólnym zapisom umowy;



- **interes Zamawiającego** – Zamawiający zazwyczaj opowiada się za wprowadzeniem długiej lub otwartej listy przypadków niedotrzymania warunków umowy, aby zachować kontrolę nad sytuacjami nieprzewidywanymi w momencie podpisywania umowy. Chociaż pewien stopień ogólności definicji niedotrzymania warunków umowy może pomóc w uwzględnieniu wszystkich możliwych scenariuszy zdarzeń, Zamawiający powinien dążyć do jak najbardziej precyzyjnego zdefiniowania przypadków niedotrzymania warunków umowy;
- **przeniesienie ryzyka na stronę, która jest najlepiej przygotowana do zarządzania nim** – istotne jest również zagwarantowanie, że zdarzenia mogące spowodować niedotrzymanie warunków umowy przez Partnera prywatnego będą obejmować tylko te rodzaje ryzyka, za które Partner prywatny odpowiada na mocy ustaleń umowy PPP;
- **zachęty a sankcje** – przypadki niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego należy określić w sposób gwarantujący równowagę pomiędzy zachętą do działania a sankcjami za niewykonanie zobowiązań. Zamawiający powinien unikać stosowania zbyt nakazowych systemów, gdyż może to zwiększyć postrzegane ryzyko dla Partnera prywatnego i przełożyć się na większy koszt umowy;
- **progi istotności i czas na naprawienie niedotrzymania warunków** – przypadki niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego należy kwalifikować przeprowadzając testy istotności i udzielać czasu na naprawienie niedotrzymania warunków; oraz
- **powtarzające się nieznaczne naruszenia umowy** – Zamawiający musi rozstrzygnąć problem powtarzających się nieznacznych naruszeń umowy przez Partnera prywatnego i ustalić, kiedy powinny one być uznawane za podstawę do rozwiązania umowy. Może to obejmować wprowadzenie mechanizmu przesyłania ostrzeżeń/przyznawania punktów karnych.

### Ramka 5

#### **Studium przypadku: niedotrzymanie warunków umowy przez Partnera prywatnego: National Physical Laboratory (Wielka Brytania)**

(NPL) to jedno z czołowych laboratoriów na świecie zajmujących się pomiarami właściwości fizycznych, takich jak czas, długość i masa.

W lipcu 1998 r. Ministerstwo Handlu i Przemysłu (Ministerstwo) i Laser, spółka celowa należąca do Serco Group i John Laing, podpisali 25-letnią umowę w systemie *Private Finance Initiative* (PFI – inicjatywa prywatnego finansowania). Zgodnie z umową spółka Laser miała wybudować na rzecz NPL nowe obiekty i zarządzać nimi. Projekt obejmował 16 połączonych ze sobą modułów z ponad 400 laboratoriami, które zastąpić miały wiele już istniejących budynków. Planowany koszt nowych budynków wynosił około 96 mln GBP i miał być sfinansowany głównie przez kredyty udzielone przez bank komercyjny. Ministerstwo miało przekazywać na rzecz spółki Laser jednorazową płatność w wysokości 11,5 mln GBP (ceny z 1998 r.) rocznie po ukończeniu nowych budynków. Pod koniec obowiązywania umowy przekazywanie tej jednorazowej płatności miało się zakończyć a budynki miały przejść na własność Ministerstwa.

Projekt miał znaczne opóźnienia w budowie obiektów. Występowały również trudności w uzyskaniu specyfikacji niektórych części budynków. W wyniku tych trudności opóźniona została realizacja korzyści związanych z nowymi budynkami, chociaż działania łagodzące ich skutki pozwoliły na zachowanie jakości badań naukowych prowadzonych w istniejących obiektach. W grudniu 2004 r. Ministerstwo i spółka Laser porozumiały się w sprawie rozwiązania umowy PFI. Ministerstwo zapłaciło spółce Laser 75 mln GBP za jej udziały w nowych budynkach, przejęło odpowiedzialność za ukończenie niektórych niewykonanych prac budowlanych a obowiązek uiszczenia jednorazowej płatności przez Ministerstwo wygasł. Spółka Laser przekazała płatność w całości pożyczkodawcom i została zlikwidowana. Wysokość płatności z tytułu rozwiązania umowy została obliczona zgodnie z postanowieniami standardowej umowy PFI obowiązującej w Zjednoczonym Królestwie. Sektor prywatny stracił łącznie 100 mln GBP.

NPL był pierwszym przypadkiem rozwiązania umowy PFI o dużej wartości w Zjednoczonym Królestwie, gdzie nastąpiło poważne naruszenie warunków umowy przez Partnera prywatnego.

Źródło: Raport National Audit Office "The Termination of the PFI Contract for the National Physical Laboratory (May 2006)" dostępny na stronie [www.nao.org.uk/publications/0506/the\\_termination\\_of\\_the\\_pfi\\_con.aspx](http://www.nao.org.uk/publications/0506/the_termination_of_the_pfi_con.aspx)

## Rozdział 7

### Odszkodowanie

#### Wprowadzenie

W początkowym okresie stosowania PPP w Europie (np. brytyjskie projekty drogowe) Zamawiający nie zawsze miał obowiązek wypłaty odszkodowania na rzecz Partnera prywatnego z tytułu rozwiązania umowy na skutek niedotrzymania przez niego jej warunków. Obecnie panuje powszechna zgoda co do tego, że chociaż udziałowcy Partnera prywatnego nie powinni otrzymywać odszkodowań z tytułu niewykonania umowy, system nieprzewidujący odszkodowania budzi wątpliwości z punktu widzenia sprawiedliwego traktowania stron (tj. Zamawiający uzyskiwałby nadzwyczajne zyski) i utrudnia przyciągnięcie inwestorów i pożyczkodawców.

#### Ustalenia

Badanie A&O pokazało, że umowy PPP zwykle przewidują jakiegoś rodzaju odszkodowanie w następstwie ich rozwiązania na skutek niedotrzymania warunków przez Partnera prywatnego. W poniższej tabeli przedstawiono trzy podstawowe podejścia w tym zakresie:

- **podejście oparte na wartości rynkowej** – w tym podejściu odszkodowanie zależy od wartości rynkowej zamówienia w momencie rozwiązania umowy. Takie podejście stosuje się m.in. w Anglii, Holandii i Belgii. Zostało ono szczegółowo omówione w ramach podrozdziału 7.1;
- **podejście oparte na wartości księgowej** – odszkodowanie zależy od rzeczywistych kosztów inwestycyjnych poniesionych na realizację projektu. Ta metoda obliczeń jest stosowana w Bułgarii, we Włoszech, w Niemczech i w Hiszpanii. Podejście to zostało szczegółowo omówione w ramach podrozdziału 7.2; oraz
- **podejście oparte na zadłużeniu** – wysokość odszkodowania oblicza się przez odniesienie do długu uprzywilejowanego należnego w momencie rozwiązania umowy. Podejście to stosuje się w Turcji, Francji (w niektórych projektach PPP finansowanych przez rząd) i w Niemczech (np. projekty drogowe). Zostało ono szczegółowo omówione w ramach podrozdziału 7.3.

|          |          |              |           |
|----------|----------|--------------|-----------|
| Belgia   | Francja* | Włochy       | Rumunia   |
| Bułgaria | Niemcy*  | Holandia     | Słowacja  |
| Czechy   | Grecja   | Polska       | Hiszpania |
| Anglia   | Węgry    | Portugalia** | Turcja    |

\* Głównie \*\* Nie dotyczy

|                 |                  |            |
|-----------------|------------------|------------|
| Wartość rynkowa | Wartość księgowa | Zadłużenie |
|-----------------|------------------|------------|

W Portugalii umowy PPP rzadko zawierają zapisy dotyczące odszkodowań. Wysokość odszkodowania może zostać określona przez sądy w poszczególnych przypadkach (na podstawie określonej w prawie ogólnej zasady bezpodstawnego wzbogacenia się).

### **Wskazówki EPEC**

Rozpatrując problem odszkodowań z tytułu niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **zasada przyznawania odszkodowań** – wypłacenie na rzecz Partnera prywatnego odszkodowania z tytułu rozwiązania umowy na skutek niedotrzymania przez niego warunków jest potrzebne, aby uniknąć bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego i zachęcić pożyczkodawców do uczestnictwa w projektach PPP. Zbyt hojne odszkodowania budzą jednak kontrowersje z punktu widzenia stosunku wartości do ceny i tworzą pokusę nadużyć (tj. Partner prywatny i jego pożyczkodawcy mogą być niewystarczająco motywowani do wykonania umowy). Wybór jednego z trzech wskazanych wyżej podejść wymaga przeprowadzenia analizy zalet i wad każdego rozwiązania, biorąc pod uwagę sytuację na danym rynku/w danym kraju (zob. podrozdziały 7.1, 7.2 i 7.3);
- **prostota** – proste i obiektywne metody obliczeń dają większe poczucie pewności zainteresowanym podmiotom z sektora prywatnego (i tym samym pozwalają osiągnąć lepsze wyniki) i ograniczają do minimum ryzyko sporów;
- **preferencje pożyczkodawców** – pożyczkodawcy to najprawdopodobniej główne zainteresowane strony zaangażowane w dyskusje na temat odszkodowania z tytułu rozwiązania umowy na skutek niedotrzymania warunków przez Partnera prywatnego. Zwykle dążą oni do uzyskania najwyższej możliwej stopy odzysku udzielonej pożyczki i wprowadzenia jak najprostszych/najbardziej obiektywnych rozwiązań. W rezultacie preferują oni zazwyczaj rozwiązania oparte na zadłużeniu; oraz
- **wpływ Eurostatu** – Zamawiający powinien pamiętać, że zapisy dotyczące odszkodowań z tytułu rozwiązania umowy na skutek niedotrzymania warunków przez Partnera prywatnego stanowią istotny czynnik wpływający na ujęcie aktywów PPP w statystykach przez Eurostat. Według Eurostatu zapisy dotyczące odszkodowań mogą mieć wpływ na podział ryzyka w projekcie i tym samym mogą wpływać na ujęcie aktywów projektu w bilansie budżetu państwa.

## Podrozdział 7.1

### Odszkodowanie ustalane metodą wartości rynkowej

#### Wprowadzenie

Podejście oparte na wartości rynkowej zostało opracowane w Wielkiej Brytanii pod koniec lat 90. XX w. Polega ono na określaniu wysokości każdego odszkodowania należnego Partnerowi prywatnemu, który nie dotrzymuje warunków umowy, przez odniesienie do wartości rynkowej zamówienia PPP w dniu rozwiązania dotyczącej go umowy. Zakłada ono, że należy ponownie ogłosić przetarg na realizację objętego rozwiązaniem umową zamówienia w celu ustalenia jego wartości końcowej. Wysokość odszkodowania wypłacanego przez Zamawiającego oblicza się zatem przez odjęcie poniesionych przez niego kosztów w wyniku rozwiązania umowy (np. kosztów ponownego przeprowadzenia przetargu) od najwyższej oferty otrzymanej w ponownym przetargu. Gdy nie jest możliwe ponowne przeprowadzenie przetargu, szacowaną wartość rynkową oblicza się za pomocą analizy dokumentów i danych zastanych z wykorzystaniem modelu finansowego opracowanego dla projektu.

#### Wskazówki EPEC

Rozpatrując problem obliczania wysokości odszkodowania na podstawie wartości rynkowej, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **sprawiedliwość** – podejście oparte na wartości rynkowej jest w zasadzie najbardziej sprawiedliwe, gdyż Zamawiający wypłaca odszkodowania w wysokości odpowiadającej rzeczywistej wartości zamówienia. Ryzyko bezpodstawnego wzbogacenia lub przepłacenia jest zatem znacznie niższe;
- **warunki ponownego przeprowadzenia przetargu** – obliczenie wartości rynkowej przez ponowne przeprowadzenie przetargu jest możliwe tylko w przypadku istnienia wystarczająco płynnego i dojrzałego rynku zamówień PPP w momencie ponownego przeprowadzania przetargu. Metodę należy zatem stosować tylko w krajach posiadających dobrze rozwinięty rynek PPP i wystarczającą liczbę aktywnych uczestników rynku. Ustalenie czy istnieje płynny rynek może w praktyce nastręczać trudności. Pożyczkodawcy często niechętnie odnoszą się do ponownego przeprowadzania przetargu, gdyż rynek może podlegać wahaniom i przynieść niekorzystne rezultaty. Ponowne przeprowadzenie przetargu wiąże się również z wysokimi kosztami transakcyjnymi, wymaga umiejętności i czasu.
- **uzyskiwanie „szacunkowej wartości rynkowej”** – podejście oparte na analizie danych zastanych można stosować jako substytut ponownego przetargu w celu ustalenia wartości rynkowej zamówienia. Ta metoda może być znacznie szybsza i tańsza, ale może nie odzwierciedlać rzeczywistej wartości rynkowej zamówienia. W celu zdefiniowania parametrów wykorzystywanych do obliczeń należy rozpatrzyć kilka kwestii, a zwłaszcza:
  - na jakim poziomie należy ustalić nową „wartość podstawową” (np. w jakim zakresie należy brać pod uwagę wyniki osiągnięte w przeszłości)?
  - jak oszacować koszty przywrócenia (koszty ponoszone w celu doprowadzenia aktywów projektu do wymaganego stanu), które mają być odliczone od wartości zamówienia?

- jaką stopę dyskontową zastosować?
- **elastyczność** – w przypadku wyboru podejścia opartego na wartości rynkowej, umowa PPP powinna przewidywać opcję ponownego przeprowadzenia przetargu i analizę danych zastanych w celu uwzględnienia sytuacji, gdy nie istnieje płynny rynek na podobne zamówienia. Istotne znaczenie ma ustalenie już na początku, jakie są kryteria wyboru jednej lub drugiej opcji.

## Podrozdział 7.2

### Odszkodowanie ustalane metodą wartości księgowej

#### Wprowadzenie

Podjęcie to jest stosowane głównie w krajach, gdzie obowiązuje system prawa kontynentalnego, i jest często definiowane przez przepisy prawa a nie zapisy umowy. Jest to podejście retrospektywne, które bierze pod uwagę kwoty zainwestowane przez Partnera prywatnego podczas realizacji projektu. W przeciwieństwie do podejścia opartego na wartości rynkowej, koncentruje się ono bardziej na wartości aktywów projektu niż na wartości zamówienia. Wysokość odszkodowania jest obliczana na podstawie wartości księgowej aktywów PPP w momencie rozwiązania umowy, przy zastosowaniu określonych zasad rachunkowości.

#### Wskazówki EPEC

Rozpatrując zagadnienie obliczania wysokości odszkodowania na podstawie wartości księgowej, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **prostota** – podejście wykorzystujące wartość księgową jest stosunkowo proste w stosowaniu i wiąże się z minimalnymi kosztami. Gwarantuje ono Partnerowi prywatnemu wysoki poziom pewności i ogranicza ryzyko sporów (np. niepotrzebne jest prognozowanie warunków w przyszłości, jak ma to miejsce w przypadku podejścia opartego na wartości rynkowej);
- **sprawiedliwość i zniekształcone bodźce** – podejście wykorzystujące wartość księgową może jednak określić rzeczywistą wartość końcową zamówienia PPP tylko w przybliżeniu i będzie ono prowadziło do powstania bodźców o niepożądanych skutkach. Z uwagi na fakt, że kwota odszkodowania jest niezależna od finansowania pozyskanego dla projektu PPP, istnieje ryzyko powstania niedopłaty (co spowodowałoby problem z pozyskaniem finansowania od pożyczkodawców) lub nadpłaty (co może skłonić sponsorów lub pożyczkodawców do sprowokowania niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego). W przypadku nadpłaty inwestorzy kapitałowi mogą np. odzyskać część zainwestowanych środków pomimo niedotrzymania przez Partnera prywatnego niektórych warunków umowy;
- **koszty przywrócenia i koszty rozwiązania umowy** – wartość księgowa aktywów projektu zwykle nie uwzględnia ich stanu fizycznego. Może zaistnieć potrzeba poniesienia kosztów w celu przywrócenia aktywów projektu do wymaganego stanu. Kwota odszkodowania wypłacana przez Zamawiającego powinna zatem uwzględniać (tj. odjąć od należnego odszkodowania) koszty przywrócenia pożądanego stanu aktywów i koszty rozwiązania umowy, które będzie musiał ponieść Zamawiający; oraz
- **uwzględnianie zmian zasad rachunkowości** – obliczanie kwoty odszkodowania na podstawie wartości księgowej może stwarzać problemy, ponieważ zasady rachunkowości mogą ulegać zmianie. W związku z tym w umowie PPP należy uwzględnić zapisy dotyczące zmian zasad rachunkowości.

## Podrozdział 7.3

### Odszkodowanie ustalane na podstawie zadłużenia

#### Wprowadzenie

Podejście to dotyczy wyłącznie długu zaciągniętego przez Partnera prywatnego i de facto wyklucza jakiegokolwiek odszkodowanie dla inwestorów kapitałowych. Zakłada ono, że to inwestorzy kapitałowi ponoszą przede wszystkim odpowiedzialność za niewykonanie projektu PPP a pożyczkodawcy powinni mieć uprzywilejowaną pozycję, dzięki czemu zostanie spłacona większa część (a czasem całość) długu uprzywilejowanego i kosztów powiązanych. Co zrozumiałe, ta forma odszkodowania może być bardziej atrakcyjna dla pożyczkodawców i ułatwić pozyskanie finansowania zamówienia PPP.

Wysokość odszkodowania obliczana na podstawie zadłużenia zwykle wyrażana jest jako procent zadłużenia pozostałego do spłaty w momencie rozwiązania umowy (np. we Francji i w Niemczech) lub, rzadziej, jako całkowita wartość zadłużenia (np. w Turcji). Postanowienia tego rodzaju zwykle uwzględniają następujące elementy zadłużenia:

- niespłacone pożyczki na dzień rozwiązania umowy;
- należne płatności z tytułu odsetek na dzień rozwiązania umowy;
- odroczone odsetki, kary z tytułu opóźnionych płatności i nieuiszczonych opłat; oraz
- koszty rozwiązania umowy związane z zamknięciem umów hedgingowych oraz pożyczek o stałym oprocentowaniu.

#### Wskazówki EPEC

Rozpatrując zagadnienie obliczania wysokości odszkodowania na podstawie zadłużenia, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **możliwość pozyskania finansowania PPP** – możliwość pozyskania finansowania zamówień PPP często zależy od tego, w jakim procencie odszkodowanie pokrywa zadłużenie, i z jakiego tytułu dokonywane są ewentualne potrącenia;
- **pokusa nadużyć** – Zamawiający powinien dostosować obciążenie pożyczkodawców ryzykiem i zachęty dla nich do odpowiedniego organizowania, analizowania i monitorowania projektu PPP. Odszkodowanie w postaci zwrotu całej kwoty stanowi gwarancję pośrednią i może ograniczyć zainteresowanie pożyczkodawców osiągnięciem przez projekt PPP zadowalających wyników<sup>8</sup>;
- **stosunek wartości do ceny** – kwota odszkodowania wypłacanego przez Zamawiającego powinna być współmierna do wartości projektu, który otrzyma. Ustalenie powiązania pomiędzy kwotami należnymi pożyczkodawcom a wartością projektu może jednak nastroić trudności.

---

<sup>8</sup> Zob. dokument EPEC dotyczący gwarancji państwa w projektach PPP, dostępny na stronie: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-state-guarantees-in-ppps-public.pdf>



- **zrozumienie umów o finansowanie** – z uwagi na fakt, że Zamawiający może mieć obowiązek wypłaty kwot odszkodowania określonych przez odniesienie do umów o finansowanie, niezwykle istotne jest, aby on i jego doradcy dokonali przeglądu tych umów przed zamknięciem finansowym projektu. Starannie i jasno należy zdefiniować zwłaszcza różne elementy składowe długu uprzywilejowanego, który obejmuje odszkodowanie wypłacane przez Zamawiającego;
- **uwzględnienie kosztów rozwiązania umowy** – jak wskazano w temacie 4.1, kwoty, które Zamawiający musi wypłacić jako odszkodowanie z tytułu poniesionych przez Partnera prywatnego kosztów rozwiązania umowy wynikających z umów hedgingowych i umów pożyczek o stałym oprocentowaniu, mogą być znaczne. Istotne jest zatem wyraźne określenie tych potencjalnych kosztów w umowach hedgingowych i umowach pożyczek o stałym oprocentowaniu oraz uwzględnienie ich przez Zamawiającego jako zobowiązań warunkowych; oraz
- **odliczenia od kwot odszkodowania** – Zamawiający powinien zagwarantować odliczenie następujących elementów od kwoty odszkodowania<sup>9</sup>: zysk z tytułu rozwiązania umowy, który uzyskuje Partner prywatny na skutek przedterminowego rozwiązania umów hedgingowych;
- **kwoty na rachunkach rezerwowych dostępnych dla pożyczkodawców** (np. rachunek rezerwy obsługi długu); oraz gotówka i przychody z tytułu ubezpieczenia dostępne dla pożyczkodawców.

---

<sup>9</sup> Należy zauważyć, że koszty przywrócenia ponoszone w związku z aktywami projektu również są czasami odliczane od kwoty długu uprzywilejowanego, chociaż jest to raczej działanie oportunistyczne a nie w oparciu o jakąś logikę.

## Ramka 6

### **Przejęcie długu w Turcji**

Od początku lat 90. XX wieku w niektórych tureckich projektach PPP stosowano mechanizmy ustalania wysokości odszkodowania na podstawie zadłużenia po rozwiązaniu umowy na skutek niedotrzymania jej warunków przez Partnera prywatnego. Główną motywacją do stosowania tego typu rozwiązań była potrzeba przyciągnięcia pożyczkodawców do projektów PPP. Określanie wysokości odszkodowania na podstawie zadłużenia po raz pierwszy zastosowano w umowach PPP w sektorze energetyki, a ostatnio proponowano zastosowanie tego rozwiązania w transporcie i w niektórych zakrojonych na dużą skalę projektach PPP w sektorze ochrony zdrowia (choć te transakcje nie osiągnęły jeszcze etapu zamknięcia finansowego). Dotychczas nie zakończył się jeszcze żaden projekt przewidujący taki sposób obliczania wysokości odszkodowania.

Ogólnie rzecz biorąc, odszkodowanie ma tu formę przejęcia przez turecki Skarb Państwa niespłaconego długu uprzywilejowanego i pewnych powiązanych z nim elementów (np. nieuiszczonych opłat i narosłych odsetek) od Partnera prywatnego. Mechanizm ten nie obejmuje kapitału własnego i długu podporządkowanego.

Przed podpisaniem umów pożyczki Skarb Państwa negocjuje i zawiera z pożyczkodawcami umowę przejęcia długu określającą procedurę odszkodowawczą. Umowa przejęcia długu jest podpisywana razem z umowami pożyczki. Rozwiązanie to polega na przejęciu aktywów PPP przez Zamawiającego i przejęciu odpowiedzialności za zadłużenie przez Skarb Państwa po rozwiązaniu umowy PPP. Skarb Państwa zwykle ma możliwość spłaty zadłużenia jednorazowo lub w ratach. W celu uniknięcia nadmiernego zadłużenia (przelewarowania) projektów, przepisy prawne dotyczące PPP ustalają limit 80/20 dla wskaźnika zadłużenia do kapitału własnego.

## Rozdział 8

### Jak i kiedy wypłacać odszkodowanie

#### Wprowadzenie

Po ustaleniu przez Zamawiającego kwoty odszkodowania, które będzie musiał zapłacić po rozwiązaniu umowy na skutek niedotrzymania warunków, należy podjąć decyzję o terminie wypłaty odszkodowania Partnerowi prywatnemu. Zamawiający może wybrać opcję jednorazowej wypłaty całej kwoty lub wypłaty w ratach. Musi on również rozstrzygnąć kwestię praw do dokonywania odliczeń (odliczanie od sumy kwoty odszkodowania, którą Partner prywatny może być winny Zamawiającemu na mocy umowy PPP).

#### Ustalenia

Badanie A&O pokazało, że w kilku krajach termin wypłat z tytułu rozwiązania umowy na skutek niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego jest zbieżny z terminem stosowanym w przypadku niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego. W krajach, gdzie terminy te różnią się, Zamawiający musi zwykle wypłacić odszkodowanie w całości jednorazowo, gdy to on nie dotrzymał warunków umowy, ale ma możliwość jego wypłaty w ratach w przypadku niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego. Natomiast w Anglii i na Słowacji w przypadku rozwiązania umowy na skutek niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego Zamawiający może wybrać, czy chce dokonać wypłaty całości jednorazowo czy też wypłacić odszkodowanie w ratach znacznej wysokości. We Francji odszkodowanie jest wypłacane w całości jednorazowo.

#### Wskazówki EPEC

Rozpatrując zagadnienie formy i terminu wypłacania odszkodowania, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **interes Zamawiającego** – Zamawiający często będzie wolał wypłacić kwotę odszkodowania w ratach, gdyż jednorazowa wypłata całej kwoty spowodowałaby znaczny odpływ środków, które w normalnych warunkach nie byłyby przewidziane lub objęte są instrumentami Skarbu Państwa;
- **interes Partnera prywatnego** – w przypadku rozwiązania umowy na skutek niedotrzymania warunków umowy przez Partnera prywatnego, jedyną stroną prywatną, która skorzysta z odszkodowania wypłacanego przez Zamawiającego, będą pożyczkodawcy. Pożyczkodawcy zwykle są przeciwni wypłacie w ratach, gdyż mogą nie chcieć być zaangażowani w projekt, na który umowa została rozwiązana, i nie akceptować poziomu ryzyka kredytowego Zamawiającego. Pożyczkodawcy sprzeciwiają się również wypłacie w ratach rozłożonych na dłuższy okres niż okres pozostały do spłaty zadłużenia;
- **koszt płatności rozłożonej na raty** – rozłożenie płatności z tytułu rozwiązania umowy na raty generuje koszty dla Zamawiającego. W okresie od daty uznania płatności za należną do zrealizowania płatności końcowej od kwoty odszkodowania prawdopodobnie naliczone zostaną odsetki. Zamawiający musi

uzgodnić z Partnerem prywatnym i jego pożyczkodawcami obowiązującą stopę procentową odsetek.

- **przeniesienie aktywów** – pożyczkodawcy mogą nie chcieć uruchomić zabezpieczeń na aktywach projektu do czasu otrzymania wypłaty odszkodowania w całości. Może to utrudnić przekazanie aktywów projektu Zamawiającemu; oraz
- **prawo do dokonywania odliczeń** – pożyczkodawcy zwykle są przeciwni prawu Zamawiającego do dokonywania odliczeń, zwłaszcza w przypadku, gdy wysokość odszkodowania jest ustalana na podstawie zadłużenia.

## Rozdział 9

### Prawo pożyczkodawców do interwencji (*step-in rights*)

#### Wprowadzenie

Prawa pożyczkodawców do interwencji (*step-in rights*) mają istotne znaczenie dla możliwości pozyskania finansowania przez projekty PPP. Dają one pożyczkodawcom możliwość uratowania projektu, jeżeli Partner prywatny nie zrealizował jednego z głównych zobowiązań, dzięki podjęciu działań naprawczych przed rozwiązaniem umowy przez Zamawiającego. Pożyczkodawcy starają się zabezpieczyć udzielone przez siebie pożyczki. Interwencja zwykle obejmuje wyznaczenie odpowiedniego zastępczego Partnera prywatnego.

#### Ustalenia

##### Forma interwencji

Badanie A&O pokazuje, że większość krajów przewiduje prawo pożyczkodawców do interwencji.

|           |         |            |           |
|-----------|---------|------------|-----------|
| Belgia    | Francja | Włochy     | Rumunia   |
| Bułgaria* | Niemcy  | Holandia   | Słowacja  |
| Czechy    | Grecja  | Polska     | Hiszpania |
| Anglia    | Węgry   | Portugalia | Turcja    |

\*Zwykle nie przewiduje się prawa do interwencji

|                      |                           |
|----------------------|---------------------------|
| Prawo do interwencji | Przejęcie prawa własności |
|----------------------|---------------------------|

Jak pokazuje powyższa tabela, Hiszpania, Słowacja i Polska to wyjątki od ogólnej zasady. W tych krajach stosuje się alternatywne rozwiązania do praw interwencji, oparte głównie na przejmowaniu przez pożyczkodawców własności Partnera prywatnego przez realizację zabezpieczeń posiadanych przez nich na jego udziałach.

W Polsce pożyczkodawcy mają możliwość uratowania projektu przez przejęcie prawa własności udziałów w spółce Partnera prywatnego.

W Hiszpanii prawo oferuje dwie możliwości: pożyczkodawcy mogą (w pewnych okolicznościach) wstąpić w prawa Partnera prywatnego na mocy umowy PPP lub zaangażować się przez zrealizowanie zastawu na jego udziałach.

Na Słowacji pożyczkodawcy mają możliwość zaangażowania się w projekt przez realizację zastawu na udziałach oraz przez plan naprawczy uzgodniony między pożyczkodawcami i Zamawiającym. Ostatecznie Partner prywatny nadal wykonuje swoje zobowiązania na mocy umowy PPP zmodyfikowanej przez plan naprawczy.

W Bułgarii prawa do interwencji przyznawane są rzadko.

## Środki prawne dotyczące interwencji

Jak wskazuje poniższa tabela, badanie A&O pokazało również, że istnieją dwa główne sposoby przyznania pożyczkodawcom praw do interwencji:

- bezpośrednia umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym, pożyczkodawcami i Partnerem prywatnym w momencie finansowego zamknięcia. Jest to model dominujący; oraz
- połączenie szczegółowych zapisów umowy PPP i przepisów prawnych.

|          |         |            |           |
|----------|---------|------------|-----------|
| Belgia   | Francja | Włochy     | Rumunia   |
| Bułgaria | Niemcy  | Holandia   | Słowacja  |
| Czechy   | Grecja  | Polska     | Hiszpania |
| Anglia   | Węgry   | Portugalia | Turcja    |

|                     |                    |
|---------------------|--------------------|
| Umowa ppp lub prawo | Umowa bezpośrednia |
|---------------------|--------------------|

## Zobowiązania pożyczkodawców

Badanie A&O wskazuje na szereg różnic dotyczących zobowiązań, które przyjmują na siebie pożyczkodawcy podejmując interwencję. Przykładowo:

- na Węgrzech wszystkie podmioty podejmujące interwencję ponoszą solidarną odpowiedzialność za zobowiązania Partnera prywatnego, włączając w to zobowiązania powstałe przed interwencją;
- w Niemczech strona podejmująca interwencję nie ponosi odpowiedzialności za realizację wcześniejszych zobowiązań Partnera prywatnego. Ma jednak obowiązek zajęcia się sytuacją, która doprowadziła do niedotrzymania warunków umowy; oraz
- w Anglii i w Belgii pożyczkodawcy i zastępczy Partner prywatny otrzymują pewne ulgi w odniesieniu do naruszeń powstałych przed interwencją, w zamian za podjęcie się naprawienia konsekwencji tych naruszeń.

## Zgoda Zamawiającego

Badanie A&O wskazuje również na główne różnice dotyczące prawa Zamawiającego do wyrażenia zgody na interwencję pożyczkodawcy i/lub zastąpienie Partnera prywatnego niewypełniającego zobowiązań. Przykładowo:

- we Francji i w Niemczech Zamawiający musi udzielić zgody przed przeprowadzeniem interwencji;
- w Belgii i w Holandii Zamawiający może wstrzymać udzielenie zgody tylko w określonych okolicznościach;
- w Anglii zgoda Zamawiającego nie jest wymagana do wykonania prawa interwencji w podstawowym zakresie, ale jest wymagana, gdy pożyczkodawcy po przeprowadzeniu interwencji chcą dokonać nowacji umowy PPP w celu włączenia nowego Partnera prywatnego;

- na Węgrzech zgoda Zamawiającego na interwencję nie jest wymagana, ale Zamawiający musi zatwierdzić zaproponowany plan naprawczy; oraz
- we Włoszech sytuacja techniczna i finansowa zastępczego Partnera prywatnego musi w znacznym stopniu odpowiadać sytuacji Partnera pierwotnego w momencie udzielenia zamówienia.

## **Wskazówki EPEC**

Rozpatrując zagadnienia związane z prawami pożyczkodawców do interwencji, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące elementy:

- **korzyści z interwencji pożyczkodawców** – prawa pożyczkodawców do interwencji stanowią praktykę rynkową i mają kluczowe znaczenie dla możliwości pozyskania finansowania przez projekty PPP. Mogą one pomóc wszystkim stronom: pożyczkodawcy mają możliwość zabezpieczenia udzielonych pożyczek a Zamawiający i użytkownicy projektu mogą skorzystać na ich próbie uratowania projektu. Przy prowadzeniu interwencji interesy pożyczkodawców i Zamawiającego są w znacznym stopniu zbieżne;
- **przegląd ram prawnych** – Zamawiający powinien dokonać przeglądu ram prawnych (ogólnych lub dotyczących PPP) i ocenić w jaki sposób, jeśli w ogóle, uwzględnić prawa pożyczkodawców do interwencji. Zamawiający powinien dążyć do uwzględnienia w bezpośredniej umowie lub umowie PPP kwestii, w przypadku których istniejące przepisy prawne nie są wystarczająco jasne i precyzyjne. Bezpośrednia umowa pomiędzy Zamawiającym i pożyczkodawcami stanowi skuteczną formę udzielenia pożyczkodawcom (którzy zazwyczaj nie są stroną umowy PPP) praw do interwencji. Jednak na zawarcie bezpośredniej umowy może czasem nie pozwolić lokalna praktyka prawna lub ograniczenia zawarte w obowiązujących przepisach;
- **interes Zamawiającego** – Zamawiający chce zwykle zagwarantować, że w przypadku interwencji zachowany zostanie podział ryzyka i świadczone będą usługi. Powinien zwłaszcza zagwarantować, że ktoś poniesie odpowiedzialność za naruszenia popełnione przed przeprowadzeniem interwencji i po niej;
- **skuteczność interwencji pożyczkodawców** – aby postanowienia dotyczące interwencji były skuteczne, muszą być wykonalne w praktyce. Obejmuje to w szczególności:
  - przyznanie pożyczkodawcom wystarczająco dużo czasu na ocenę dostępnych opcji po tym, jak Zamawiający zawiadomi o możliwym rozwiązaniu umowy;
  - przyznanie pożyczkodawcom wystarczająco dużo czasu na wybór i powołanie odpowiedniego zastępczego Partnera prywatnego;
  - ograniczenie odpowiedzialności pożyczkodawców z tytułu zobowiązań Partnera prywatnego, który nie dotrzymał warunków umowy, w stosunku do Zamawiającego, osób trzecich lub z tytułu zobowiązań powstałych podczas interwencji;
  - unieważnienie roszczeń z tytułu niedotrzymania umowy przez Partnera prywatnego w przeszłości;
- **zakres wymaganej zgody Zamawiającego** – Zamawiający powinien mieć możliwość kontroli (w pewnym zakresie) nad wyborem zastępczego Partnera prywatnego proponowanego przez pożyczkodawców. Nie zgodzą się oni na bezwzględne prawo weta, ale często gotowi są zaakceptować wcześniej za-

twierdzony zestaw kryteriów wyboru w momencie zamknięcia finansowego; oraz

- **nowe proponowane przepisy prawne UE** – proponowane dyrektywy UE dotyczące zamówień publicznych i koncesji (zmieniające obecną dyrektywę UE nr 2004/18) dążą do ograniczenia prawa instytucji zamawiających do wprowadzania istotnych zmian do podpisanych umów bez przeprowadzenia ponownego przetargu na realizację zamówienia. Ma to na celu zagwarantowanie, że istotne elementy umowy (np. wartość, zakres) nie ulegną zmianom niekorzystnym dla oferentów starających się o zamówienie objęte pierwotną umową lub skutkującym zwiększeniem zysku zwycięskiego oferenta. Uznaje się jednak, że takie przypadki jak restrukturyzacja lub niewypłacalność, często wymagające zastąpienia Partnera prywatnego w projektach PPP, stanowią istotne kwestie umowne, które mogą być zgodne z proponowanymi dyrektywami, o ile zachowana zostanie ogólna integralność umowy. Uwzględnienie praw pożyczkodawców do interwencji w pierwotnej umowie PPP prawdopodobnie wzmocni taką interpretację.

#### **Ramka 7**

##### **Interwencja pożyczkodawców. Studium przypadku: Jarvis (Wielka Brytania)**

Jarvis to grupa brytyjskich firm, które zdobywały zamówienia w ramach projektów PPP w wielu różnych sektorach (np. kolej, ośrodki pomocy w nagłych przypadkach i szkoły). W wyniku katastrofy kolejowej w 2002 r., kiedy uznano grupę Jarvis za winną zaniedbań, Zamawiający w całym Zjednoczonym Królestwie zaczęli odrzucać ją jako potencjalnego Partnera prywatnego w realizowanych projektach, nawet w przypadku gdy grupa ta oferowała najkorzystniejszą cenę.

Spowodowało to pogorszenie się sytuacji finansowej grupy, co doprowadziło do naruszenia przez Jarvis bankowych klauzul umownych w 2004 r. Pomimo przeprowadzenia restrukturyzacji partnerzy grupy (np. podwykonawcy) wstrzymali prace i zażądali zapłaty za pracę z góry. Doprowadziło to do znacznych opóźnień w niektórych znajdujących się w fazie budowy projektach PPP, w które zaangażowana była grupa.

Ze względu na fakt, że Zamawiającym zależało na zakończeniu budowy projektów, zwłaszcza projektów obejmujących budowę szkół, gdyż zbliżał się początek roku szkolnego, zachęcali oni pożyczkodawców do skorzystania z praw do interwencji w celu uratowania projektów. Udanej restrukturyzacji z wykorzystaniem różnych środków poddano łącznie 11 projektów znajdujących się na etapie budowy.

Z punktu widzenia banków projekty zostały refinansowane przez zmianę harmonogramu spłaty i zwiększenie długu uprzywilejowanego w ramach projektów. Choć Zamawiający otrzymali niektóre aktywa z opóźnieniem, nie ponieśli żadnych strat finansowych i obecnie projekty działają normalnie. Grupa Jarvis została ostatecznie uznana za niewypłacalną w 2010 r.



## **Sekcja 3**

### **Siła wyższa**

W sekcji opisano postanowienia dotyczące siły wyższej w projektach PPP. Wyróżniono trzy główne zagadnienia, które zostały omówione poniżej.

#### **Rozdział 10**

#### **Siła wyższa: definicja i skutki**

##### **Wprowadzenie**

Postanowienia dotyczące siły wyższej odnoszą się do okoliczności, na które umawiające się strony nie mają wpływu i które uniemożliwiają stronie dotkniętej jej działaniem wypełnienie zobowiązań. Ich celem jest udzielenie pomocy stronie poszkodowanej. W projektach PPP wystąpienie przypadku działania siły wyższej wymaga rozstrzygnięcia dwóch ważnych kwestii: ustalenia zakresu odszkodowania dla Partnera prywatnego w przypadku działania siły wyższej oraz ustalenia czy umowę PPP należy rozwiązać, jeżeli jej działanie utrzymuje się przez dłuższy okres.

##### **Ustalenia**

Badanie A&O pokazało, że we wszystkich badanych w umowach PPP krajach istnieje koncepcja siły wyższej lub pojęcie do niej zbliżone, bądź też odniesienie do prawa ogólnego lub orzecznictwa. W celu uniknięcia wątpliwości lub opóźnień w przypadku odwoływania się do ogólnych ram prawnych, w większości umów PPP znajdują się szczegółowe postanowienia dotyczące siły wyższej. Badanie A&O wykazało, że w takich przypadkach stosuje się dwa główne podejścia:

- szeroka definicja siły wyższej, jak np. we Francji, gdzie jest ona zdefiniowana w orzecznictwie jako każde zdarzenie, które jest nieprzewidziane, niezależne od stron i uniemożliwia jednej ze stron wykonywanie zobowiązań na mocy umowy; oraz
- zdefiniowanie siły wyższej w formie szczegółowej listy zdarzeń. Na liście znajdują się zazwyczaj zdarzenia polityczne, takie jak wojna, zamachy terrorystyczne, wybuchy jądrowe, katastrofy naturalne (np. trzęsienia ziemi, osunięcia się ziemi, powódzie), strajki i protesty.

W praktyce te dwa podejścia nie różnią się znacznie, gdyż szczegółowe listy często nie są zamknięte (z pewnymi wyjątkami, jak np. w Belgii) i zawierają zapisy przewidujące, że również inne zdarzenia mogą zostać objęte danymi regulacjami.

Badanie A&O pokazało również, że:

- stosowane są różne podejścia w stosunku do płatności należnych w okresie, gdy działanie siły wyższej zakłóca wykonywanie zobowiązań na mocy umowy PPP. W Bułgarii Zamawiający nie ma obowiązku realizowania płatności na rzecz Partnera prywatnego w tym okresie, podczas gdy w Czechach Partner prywatny musi otrzymywać płatności tak jak w przypadku normalnego wyko-

nywania zobowiązań. W Holandii Partnerowi prywatnemu wypłacana jest „skorygowana” kwota, obejmująca koszty obsługi długu, ale nie oszczędności z tytułu mniejszych kosztów działania i konserwacji, które mogą się pojawić; oraz

- zazwyczaj określony jest okres, jaki musi upłynąć zanim przedłużające się działanie siły wyższej może być podstawą rozwiązania umowy PPP. Okres ten wynosi zazwyczaj od 6 do 12 miesięcy.

## **Wskazówki EPEC**

Rozpatrując postanowienia dotyczące siły wyższej, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące kwestie:

- **ograniczanie niepewności** – Inwestorzy i pożyczkodawcy chcą wiedzieć, w jakim zakresie obejmują ich postanowienia dotyczące siły wyższej. Dążą oni do uzyskania zabezpieczenia przed wszystkimi nieprzewidywalnymi zdarzeniami, które są niezależne od Partnera prywatnego. Preferują też zwykle zdefiniowanie/wymienienie zdarzeń stanowiących siłę wyższą (np. szczegółowa lista) i wprowadzenie postanowień przewidujących, że również inne zdarzenia mogą zostać zaliczone do tego typu zdarzeń. Jasno określone i szczegółowe postanowienia pomogą przyciągnąć inwestorów i pożyczkodawców do projektów PPP;
- **przegląd ram prawnych** – Zamawiający powinien sprawdzić, w jakim zakresie obowiązujące ramy prawne (np. odpowiednie przepisy prawne dotyczące PPP, o ile istnieją) uwzględniają siłę wyższą i ocenić, czy przepisy te są wystarczająco jasno sformułowane i wykonalne. Wszelkie luki w tym zakresie należy w miarę możliwości wypełnić przez dokonanie odpowiednich zapisów w umowie PPP.
- **zwolnienie z zobowiązań z tytułu działania siły wyższej i ograniczenie skutków działania siły wyższej** - zwolnienie z zobowiązań z tytułu działania siły wyższej powinno być udzielane Partnerowi prywatnemu tylko w przypadku, gdy dane zdarzenie uniemożliwia mu wypełnienie wszystkich lub istotnej części zobowiązań. Partner prywatny powinien ponosić odpowiedzialność za ograniczenie skutków działania siły wyższej, jeśli tylko jest to możliwe;
- **płatności podczas zdarzeń stanowiących działanie siły wyższej** – w wyniku zdarzenia stanowiącego działanie siły wyższej (i podczas gdy ono trwa) Partner prywatny może nie otrzymywać przychodów, ponosząc jednocześnie koszty stałe (np. obsługa zadłużenia), co może mieć wpływ na jego sytuację finansową. Zamawiający powinien ocenić w jakim stopniu jest gotowy wypłacić Partnerowi prywatnemu odszkodowanie, aby zapobiec niedotrzymaniu warunków w ramach projektu lub umów o finansowaniu;
- **ubezpieczenie** – należy starannie rozważyć relację pomiędzy zwolnieniem z zobowiązań z tytułu działania siły wyższej a ochroną ubezpieczeniową (zob. podrozdział 12); oraz
- **przedłużające się działanie siły wyższej** – umowa PPP powinna przewidywać prawo do jej rozwiązania w przypadku długotrwałego działania siły wyższej. Obie umawiające się strony powinny mieć możliwość jej rozwiązania po określonym czasie, jeżeli jest mało prawdopodobne, że warunki realizacji projektu powrócą do stanu normalnego.

## Ramka 8

### **Interwencja Zamawiającego**

Pewne okoliczności, choć nie stanowią działania siły wyższej, mogą wymagać zaangażowania się Zamawiającego w zarządzanie projektem PPP, pomimo braku naruszenia przez Partnera prywatnego zobowiązań. Tego rodzaju interwencja Zamawiającego może mieć miejsce np. w celu ograniczenia poważnego zagrożenia dla zdrowia, bezpieczeństwa i środowiska lub w celu wykonania obowiązku ustawowego. W niektórych krajach interwencja Zamawiającego obejmuje również prawo do interwencji u podwykonawców Partnera prywatnego po rozwiązaniu umowy PPP.

Chociaż Zamawiający może chcieć zachować jak największą elastyczność jeśli chodzi o termin i sposób interwencji, jego działania mogą mieć istotny wpływ na projekt PPP i na Partnera prywatnego. Partner będzie zatem dążył do ograniczenia zakresu interwencji Zamawiającego i zapewnienia sobie odpowiedniej rekompensaty, gdy do niej dojdzie.

## Rozdział 11

### Odszkodowanie z tytułu rozwiązania umowy na skutek działania siły wyższej

#### Wprowadzenie

Jak wspomniano w ramach rozdziału 10, przedłużające się działanie siły wyższej powinno dawać obu umawiającym się stronom prawo do rozwiązania umowy PPP. Z uwagi na fakt, że nie ma tu winy Partnera prywatnego, powszechnie uważa się, że Zamawiający powinien wypłacić Partnerowi odszkodowanie. Kluczowe pytanie brzmi czy Partner prywatny i jego pożyczkodawcy powinni ponosić jakieś konsekwencje finansowe w wyniku rozwiązania umowy na skutek działania siły wyższej.

#### Ustalenia

Prawie wszystkie kraje objęte badaniem A&O przewidują pewien rodzaj odszkodowania w przypadku rozwiązania umowy na skutek działania siły wyższej. W większości państw uznaje się, że jej działanie nie jest zawinione przez żadną ze stron, a zatem finansowe skutki jej działania powinny być podzielone między strony. W ogólnym ujęciu:

- odszkodowanie zwykle obejmuje kwoty należne uprzywilejowanym pożyczkodawcom (np. niespłacony dług, nieuiszczone odsetki, koszty z tytułu rozwiązania umów hedgingowych), wkłady kapitałowe inwestorów, jak również płatności należne podwykonawcom; oraz
- odszkodowanie zwykle nie obejmuje rekompensaty za utratę przyszłych dochodów. Kwoty należne inwestorom kapitałowym to kwoty po odliczeniu wypłaconych już kwot wypłat z zysku (np. w Belgii, Anglii, Czechach i Niemczech).

#### Wskazówki EPEC

Rozpatrując zagadnienia związane z odszkodowaniem z tytułu rozwiązania umowy na skutek działania siły wyższej, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące elementy:

- **oczekiwania pożyczkodawców** – pożyczkodawcy praktycznie nigdy nie zgodzą się na poniesienie ryzyka strat finansowych w wyniku rozwiązania umowy na skutek działania siły wyższej. W rezultacie Zamawiający powinien zagwarantować, że odszkodowanie obejmie przynajmniej wszystkie kwoty im należne (np. niespłacony dług, koszty rozwiązania umów hedgingowych); oraz
- **równowaga interesów** – powszechnie uznaje się, że Partner prywatny nie powinien otrzymać takiego samego odszkodowania z tytułu rozwiązania umowy na skutek działania siły wyższej i z tytułu jej rozwiązania na skutek niedotrzymania warunków przez Zamawiającego. Wypłata odszkodowania w pełnej kwocie na rzecz Partnera prywatnego może oznaczać uzyskanie niekorzystnego stosunku wartości do ceny przez Zamawiającego. Jednak bezpodstawne karanie Partnera prywatnego za zdarzenia, na które nie miał wpływu, również nie znajduje uzasadnienia.

## Rozdział 12

### Kwestie zdolności ubezpieczeniowej

#### Wprowadzenie

Umowy PPP zawierają zwykle wymóg zapewnienia przez Partnera prywatnego ubezpieczenia od głównych czynników ryzyka w projekcie (np. szkody w następstwie wypadków, odpowiedzialność cywilna). W początkowym okresie realizacji projektów PPP, siłę wyższą definiowano na podstawie tego, czy od wystąpienia danego zdarzenia można się ubezpieczyć. Jeśli istniało ubezpieczenie od określonego zdarzenia o charakterze politycznym lub zjawiska naturalnego, nie były one uznawane za przypadek działania siły wyższej. I odwrotnie, zdarzenia, od których nie można było się ubezpieczyć, uznawano za działanie siły wyższej. Obecnie relacja pomiędzy zdolnością ubezpieczeniową i siłą wyższą jest bardziej skomplikowana.

#### Ustalenia

Według badania A&O, w większości krajów kwestia zdolności ubezpieczeniowej jest brana pod uwagę, ale nie w powiązaniu z siłą wyższą.

Brak zdolności ubezpieczeniowej jest spowodowany głównie:

- niedostępnością ubezpieczenia na międzynarodowym rynku, oferowanego przez ubezpieczycieli o odpowiedniej zdolności kredytowej, lub
- zaporowymi składkami ubezpieczeniowymi. Przykładowo w Niemczech definicja braku zdolności ubezpieczeniowej mówi o niedostępności odpowiedniego ubezpieczenia na rynku europejskim lub wzroście składki o ponad 300%. Podobną koncepcję spotykamy w Belgii, Czechach, Grecji, na Węgrzech, w Holandii i na Słowacji.

W badaniu A&O zwrócono uwagę na dwa wyjątki:

- Bułgaria, gdzie nie bierze się pod uwagę braku zdolności ubezpieczeniowej; oraz
- Francja, gdzie klauzule dotyczące braku zdolności ubezpieczeniowej są rzadko spotykane w umowach PPP. Czynnikiem ryzyka, od których nie można się ubezpieczyć, nie obejmuje pojęcie *imprevision* (tj. zdarzeń, które są nieprzewidywalne, niezależne od stron i mają istotny wpływ na realizację umowy), z tytułu których Partnerowi prywatnemu przysługuje odszkodowanie.

Zapisy dotyczące braku zdolności ubezpieczeniowej przewidują, że jeżeli od danego rodzaju ryzyka nie można się ubezpieczyć, strony negocjują rozwiązanie satysfakcjonujące dla wszystkich, a w przypadku niepowodzenia Zamawiający zwykle ma prawo wzięcia tego ryzyka na siebie lub rozwiązania umowy PPP.

#### Wskazówki EPEC

- **klauzule dotyczące braku zdolności ubezpieczeniowej** – Partnerowi prywatnemu można udzielić zwolnienia z zobowiązań na skutek braku zdolności ubezpieczeniowej tylko wówczas, gdy niedostępność ubezpieczenia nie wy-

nika z jego działania lub zaniedbania. Umowa PPP powinna określać szczegółowo, w jakich przypadkach uznaje się ubezpieczenie za niedostępne (np. minimalny wzrost składek);

- **interes sektora prywatnego** – podobnie jak w przypadku siły wyższej, inwestorzy i pożyczkodawcy chcą wiedzieć, w jakim zakresie obejmują ich postanowienia dotyczące braku zdolności ubezpieczeniowej. Będą się starali uzyskać zabezpieczenie dla Partnera prywatnego w przypadku gdy wymagana ochrona ubezpieczeniowa jest niedostępna, ma mniejszy zakres lub staje się droższa;
- **Zamawiający jako ubezpieczyciel** – postanowienia dotyczące braku zdolności ubezpieczeniowej często wymagają, aby w ostateczności to Zamawiający stał się ubezpieczycielem. W takim wypadku ponosi on odpowiedzialność za skutki wystąpienia ryzyka, od którego nie można się ubezpieczyć. Istotne jest zatem, aby był on w stanie zarządzać ryzykiem, które zostaje na niego przeniesione (na przykład przez wykupienie polis ubezpieczeniowych), i miał prawo rozwiązania umowy PPP; oraz
- **rozwiązanie umowy na skutek braku zdolności ubezpieczeniowej a odszkodowanie** – jak zauważono powyżej, umowa PPP powinna dawać Zamawiającemu prawo do rozwiązania umowy z powodu braku zdolności ubezpieczeniowej. Z uwagi na fakt, że Partner prywatny nie powinien być bezpodstawnie karany za niezależne od niego zdarzenia, powszechnie uznaje się, że powinien on otrzymać odszkodowanie, którego wysokość mieści się w przedziale pomiędzy odszkodowaniem z tytułu niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego a odszkodowaniem z tytułu niedotrzymania warunków przez Partnera prywatnego. W wielu przypadkach odszkodowanie, które Zamawiający ma wypłacić z tytułu rozwiązania umowy na skutek braku zdolności ubezpieczeniowej, jest takie samo jak w przypadku działania siły wyższej.

## **Podsumowanie**

Jak podkreślono w niniejszym dokumencie, w umowach PPP niezwykle istotne są postanowienia dotyczące rozwiązania umowy i działania siły wyższej. Przepisy te zajmują centralną pozycję w podziale ryzyka między zamawiającym będącym podmiotem publicznym a jego partnerem z sektora prywatnego. Chociaż dokument ten może pomóc decydom publicznym i instytucjom zamawiającym uzyskać właściwą równowagę pomiędzy stosunkiem wartości do ceny i możliwością pozyskania finansowania, przy opracowywaniu umów odpowiednich dla konkretnego przypadku lub standardowych umów PPP i wytycznych należy jednak korzystać ze specjalistycznych porad prawnych.

Warto również podkreślić, że zapisy dotyczące rozwiązania umowy i działania siły wyższej są rzadko stosowane w formie opracowanej w umowie PPP. Wynika to głównie z faktu, że organy publiczne są przede wszystkim zainteresowane zapewnieniem ciągłości świadczenia usługi publicznej, a nie rozwiązaniem umowy PPP jako takiej. Umieszczenie odpowiednich postanowień w umowie określa jednak parametry, w ramach których można prowadzić negocjacje w przypadku niewykonania warunków umowy lub wystąpienia nieprzewidzianych zdarzeń.