

## Załącznik nr 6 do Analizy

# PRZYGOTOWANIE I PRZEPROWADZENIE POSTĘPOWANIA ORAZ UMOWA O PPP

## 1. Przygotowanie postępowania realizowanego w ramach PPP

### 1) podjęcie odpowiednich działań organizacyjnych zgodnych z Wytocznymi PPP

Przed zorganizowaniem i wszczęciem Postępowania Podmiot Publiczny może rozważyć skorzystanie z Opinii PPP. Zgodnie z art. 3b u.p.p.p., Podmiot Publiczny może wystąpić do ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego z wnioskiem o opinię na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Do wniosku należy dołączyć Ocenę Efektywności. Minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego opiniuje przedłożoną dokumentację w zakresie poprawności i kompletności przeprowadzonych analiz, przyjętego modelu prawno-organizacyjnego, Mechanizmu Wynagrodzenia, w tym wysokości Opłat od Użytkowników oraz warunków ich zmiany (jeżeli takie opłaty są planowane), a także proponowanego podziału ryzyk w Projekcie PPP. W przypadku Pakietowego Projektu PPP skorzystanie z Opinii PPP jest szczególnie uzasadnione biorąc pod uwagę zakres i wartość przedsięwzięcia, jak również poziom jego skomplikowania.

### 2) organizacja Postępowania zgodnie z u.p.z.p.

Za przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania odpowiada kierownik zamawiającego (Podmiotu Publicznego), a także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności z tym związane. Kierownik zamawiającego (Podmiotu Publicznego) może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom zamawiającego (Podmiotu Publicznego)<sup>1</sup>.

**Tabela 1 Kierownik zamawiającego (Podmiotu Publicznego) w poszczególnych formach organizacyjnych**

Kierownik zamawiającego (Podmiotu Publicznego)	
Spółka komunalna	Prezes tej spółki
Związek JST	Zarząd związku
Porozumienie administracyjnoprawne	Wójt, burmistrz, prezydent JST, która jest pełnomocnikiem porozumienia
Umowa cywilnoprawna	Wójt/burmistrz/prezydent lub zarząd powiatu

**W odniesieniu do poszczególnych form współdziałania JST, rolę zamawiającego będą pełnić:**

- **spółka komunalna** – w przypadku współpracy JST w formie spółki z o.o.,
- **związek JST** - w przypadku współpracy JST w formie związku,
- **jedna z JST** – wskazana w porozumieniu administracyjnoprawnym,
- **wszystkie JST biorące udział w Projekcie** – w przypadku współpracy JST na podstawie umowy cywilnoprawnej.

<sup>1</sup> por. art. 18 u.p.z.p.

JST biorąc udział w Projekcie powinny precyzyjnie ustalić zasady współpracy w zakresie przeprowadzenia Postępowania dotyczące:

- powołania członków i sposobu działania komisji przetargowej,
- opracowania dokumentacji Postępowania, w tym ustalenia kryteriów oceny ofert, warunków udziału w Postępowaniu,
- przeprowadzenia postępowania na wybór Doradców<sup>2</sup>.

**Zasady współpracy powinny być określone w odniesieniu do poszczególnych form działania:**

- w umowie o współpracy zawartej pomiędzy JST biorącymi udział w Projekcie, a spółką komunalną,
- w umowie o współpracy zawartej pomiędzy JST biorącymi udział w Projekcie, a związkiem JST, lub w statucie związku JST (wydaje się, że właściwym rozwiązaniem byłoby również przyjęcie, iż statut związku będzie określać obowiązki poszczególnych JST w sposób ramowy i ogólny, natomiast zasady ich realizacji doszczegółowione zostaną w odrębnej umowie),
- w porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej zawartej pomiędzy JST (ewentualnie, porozumienie/umowa mogą określać obowiązki poszczególnych JST w sposób ramowy i ogólny, natomiast zasady ich realizacji doszczegółowione zostaną w odrębnej umowie o współpracy).

### **3) powołanie członków i sposób działania komisji przetargowej**

Jednym z elementów umowy o współpracy w zakresie przeprowadzenia Postępowania będzie określenie zasad powołania członków i sposób działania komisji przetargowej.

W fazie przygotowawczej Projekt PPP prowadzony jest zazwyczaj przez Zespół Projektowy PPP oraz Komitet Sterujący. Członkowie Zespołu Projektowego najczęściej powoływani są do składu komisji przetargowej. Skład Komisji Przetargowej oraz zadania poszczególnych jej członków powinny być dostosowane do potrzeb Pakietowego Projektu PPP i w tym zakresie rekomenduje się, aby:

- funkcję przewodniczącego komisji przetargowej pełnił upoważniony pracownik zamawiającego (jednej z JST będącej Liderem Projektu/związku JST/spółki komunalnej),
- członkami komisji powinni być pracownicy zamawiającego (jednej z JST będącej Liderem Projektu/związku JST/spółki komunalnej) oraz reprezentanci JST biorących udział w Projekcie (ewentualnie reprezentanci JST mogą występować w roli innych osób uczestniczących w postępowaniu).

Jak wspomniano w pkt 1.2 Wytocznych Tom II, w pracach Komisji Przetargowej mogą brać również inne osoby z jednostki Podmiotu Publicznego, w zależności od zakresu Projektu PPP i jego cech.

Poza składem Komisji Przetargowej kierownik zamawiającego (Podmiotu Publicznego) ma prawo do powołania biegłych – zarówno z grona pracowników jednostki, jak i z instytucji/firm zewnętrznych. Może to nastąpić w sytuacji, gdy dokonanie określonych czynności związanych z Postępowaniem wymaga specjalistycznej wiedzy. Z fachowej wiedzy tych osób można korzystać na każdym etapie Postępowania, również w trakcie jego przygotowywania. **Rolę biegłych** w Pakietowym Projekcie PPP powinni pełnić Doradcy (prawni, ekonomiczni oraz techniczni).

---

<sup>2</sup> W zakresie przygotowania merytoryczno-technicznego vide rozdział 2 ppkt 1 i 2 Analizy

Rekomendowanym jest przygotowanie i przyjęcie regulaminu prowadzenia Postępowania, **zwłaszcza w przypadku współdziałania JST w formie związku JST lub spółki komunalnej. W przypadku współdziałania w formie porozumienia administracyjnoprawnego lub umowy cywilnoprawnej, przygotowanie i przyjęcie regulaminu będzie konieczne**, jeśli obowiązujące w danej JST regulacje wewnętrzne (np. regulamin udzielania zamówień publicznych) zostaną uznane za niewystarczająco precyzyjne i przez to uniemożliwiające sprawne i prawidłowe przeprowadzenie Postępowania<sup>3</sup>.

W przypadku, gdy JST zdecydują się na współpracę w formie umowy cywilnoprawnej, zastosowanie znajdzie art. 16 u.p.z.p., regulujący wspólne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia. W tej sytuacji JST mogą skorzystać z przepisu art. 15 ust. 2 u.p.z.p.<sup>4</sup> i powierzyć pomocnicze działania zakupowe jednej z nich. Podstawą umocowania jednej JST do reprezentacji pozostałych JST w postępowaniu jest umowa cywilnoprawna.

#### 4) wynagrodzenie dla podmiotu przeprowadzającego Postępowanie

Jak wskazano w rozdziale 1.3. Analizy (w odniesieniu do każdej formy organizacyjnoprawnej) koszt realizacji Pakietowego Projektu PPP leżeć będzie po stronie JST biorących udział w Projekcie. Należy do nich zaliczyć m.in. koszty przygotowania i przeprowadzenia Postępowania – w szczególności w tym zakresie istotne będą koszty osobowe, koszty doradców itp.

W związku z powyższym, w ramach Pakietowego Projektu PPP nie przewiduje się oddzielnego wynagrodzenia na rzecz Lidera Projektu (jednej z JST/związku JST/spółki komunalnej), uwzględniającego np. również zysk, ale rekomendowane jest jedynie przekazywanie środków finansowych w wysokości niezbędnej na pokrycie kosztów przygotowania i przeprowadzenia Postępowania. Sposób przekazania środków finansowych determinowana jest od przyjętej przez JST formy organizacyjno-prawnej.

W tym zakresie, warto zwrócić uwagę, że w odniesieniu do związku JST oraz spółki komunalnej koszty te będą wyższe, głównie ze względu na konieczność zatrudnienia osób odpowiedzialnych za realizację Projektu. W przypadku porozumienia administracyjnoprawnego lub umowy cywilnoprawnej możliwe jest skorzystanie (choćby w części) z zasobów JST pełniącej rolę Lidera Projektu.

---

<sup>3</sup> Regulamin powinien zawierać:

- (i) cel oraz podstawę prawną wszczętego Postępowania – w szczególności określenia wymaga tryb wyboru Partnera Prywatnego,
- (ii) podstawowe zasady prowadzenia Postępowania, które będą obowiązywać w jego trakcie,
- (iii) zakres poufności informacji przekazywanych Zamawiającemu przez uczestników Postępowania – w szczególności sposób postępowania z informacjami mogącymi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a w przypadku Dialogu Konkurencyjnego – poufności przekazywanych informacji technicznych i handlowych,
- (iv) sposobu komunikacji uczestników w trakcie Postępowania,
- (v) opis przebiegu Negocjacji – w szczególności wskazanie planowanego harmonogramu negocjacji, sposobu organizacji spotkań/tur negocjacyjnych, a także zasad przekazywania informacji pomiędzy spotkaniami,
- (vi) zasady dokumentowania przebiegu Postępowania – sposobu prowadzenia protokołu i utrwalania przebiegu Negocjacji oraz wskazania osoby odpowiedzialnej za wykonywanie ww. czynności, (vii) organizację i tryb pracy Komisji Przetargowej – w szczególności poprzez określenie zasad procedowania i podejmowania decyzji w ramach Komisji Przetargowej,
- (viii) skład Komisji Przetargowej – z określeniem funkcji pełnionych przez poszczególne osoby oraz przyporządkowaniem zadań organizacyjnych i merytorycznych.

<sup>4</sup> Zamawiający może powierzyć pomocnicze działania zakupowe własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.

**Tabela 2 Sposób ustalenia wynagrodzenia w poszczególnych wariantach**

<b>Sposób ustalenia wynagrodzenia w poszczególnych wariantach</b>	
Spółka komunalna	W przypadku spółki komunalnej problem zapewnienia wynagrodzenia może zostać rozwiązany poprzez ustalenie odpowiedniej wysokości wkładu wnoszonego przez poszczególne JST. Po określeniu kwoty rekompensującej spółce komunalnej przeprowadzenie Postępowania, należy określić w umowie/statucie tej spółki, minimalną wysokość wymaganego wkładu na takim poziomie, aby zapewnić spółce rekompensatę z tytułu przeprowadzenia Postępowania.
Związek JST	W odniesieniu do związku JST, wynagrodzenie za przeprowadzenie Postępowania powinno wynikać z postanowień statutu, w którym JST określą zasady wypłacenia środków finansowych niezbędnych na realizację zadania (w tym przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). W tym zakresie, pokrycie kosztów przeprowadzenia Postępowania może być pokryty z wpłat/składek. Istnieje możliwość przekazania środków również na podstawie odrębnej umowy o dotację celową.
Porozumienie administracyjnoprawne	Zasadniczo, porozumienie administracyjnoprawne powinno określać warunki i terminy wypłaty środków finansowych w formie dotacji celowej koniecznych do wykonania zadania (w tym przeprowadzenia Postępowania)
Umowa cywilnoprawna	Wynagrodzenie za przeprowadzenie Postępowania zostanie przekazane na podstawie udzielanej przez JST będące stronami umowy, pomocy finansowej w formie dotacji celowej. Warunki i terminy przekazania dotacji powinna określać umowa cywilnoprawna.

## 2. Sposób przeprowadzenia Postępowania

### 1) rekomendowany tryb

Po podjęciu ostatecznej decyzji o realizacji przedsięwzięcia w formule PPP konieczne jest ustalenie, w jakim trybie należy dokonać wyboru Partnera Prywatnego. Podstawową regulację w tym zakresie stanowi art. 4 u.p.p.p.

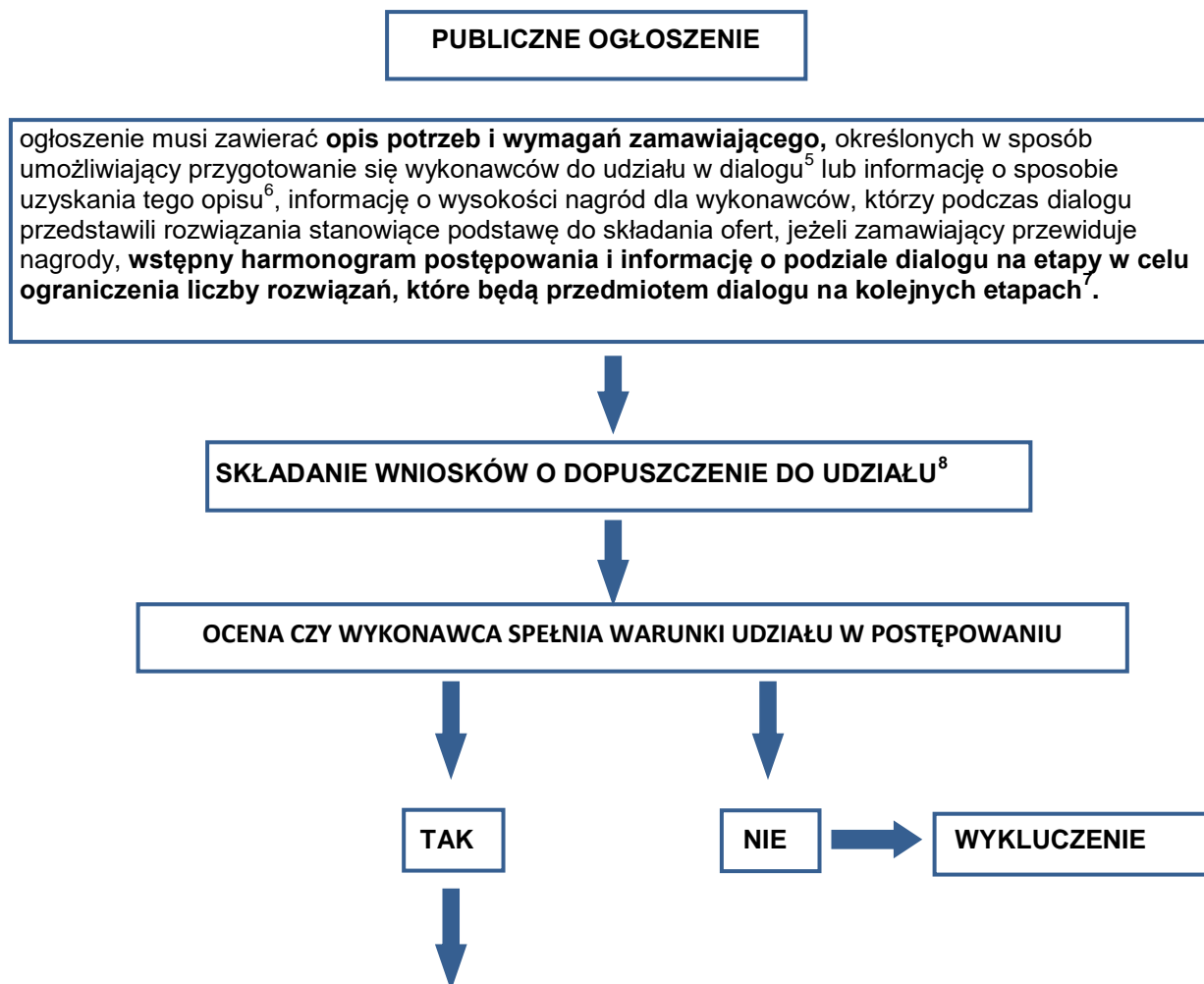
W przypadku Pakietowego Projektu PPP najwłaściwszym trybem Postępowania jest dialog konkurencyjny uregulowany w u.p.z.p.

### **W ramach Pakietowego Projektu PPP najodpowiedniejszym trybem Postępowania jest dialog konkurencyjny, ponieważ:**

- jest to tryb postępowania uregulowany w u.p.z.p., która to ustawa, ze względu na rygorystyczne zasady udzielania zamówienia publicznego, daje JST biorącym udział w Projekcie gwarancję prawidłowego wydatkowania środków publicznych,
- założeniem Pakietowego Projektu PPP ma być Opłata za Dostępność, a zatem całość wynagrodzenia należnego Partnerowi Prywatnemu będzie pochodzić ze środków publicznych, co ten model współpracy zbliża się do klasycznego zamówienia publicznego,
- dialog konkurencyjny daje możliwość negocjacji pomiędzy Podmiotem Publicznym (zamawiającym) a potencjalnymi Partnerami Prywatnymi (wykonawcami), dzięki czemu warunki postępowania mogą być elastycznie dostosowane do potrzeb obu stron, z uwzględnieniem specyfiki Pakietowego Projektu PPP,
- jest to procedura stosowana powszechnie i od wielu lat, stąd też podmioty publiczne niejednokrotnie mają już szerokie doświadczenie w zakresie jej wykorzystywania. Należy wskazać, że dialog konkurencyjny doczekał się już szerokiej i wieloaspektowej literatury, a także bogatego orzecznictwa. Niemal każdy element budzący wątpliwości w ramach tej procedury został już przeanalizowany przez ekspertów. Dlatego też jego stosowanie jest obecnie łatwiejsze i bardziej przewidywalne. Wiele wątpliwości i niejednoznaczności prawnych zostało już skonfrontowanych z praktyką, a na bazie tego opracowane zostały sprawdzone rozwiązania.

Po nowelizacji u.p.z.p. (ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz.1020), nie ma już żadnych wątpliwości co do zastosowania tej procedury w każdym z rodzajów projektów.

## Schemat dojścia do zawarcia Umowy o PPP w oparciu o u.p.z.p. (dialog konkurencyjny)



<sup>5</sup> W n.p.z.p. dialog ma być prowadzony wyłącznie w zakresie rozwiązań zaproponowanych przez wykonawców (por. art. 169 zd. 2 n.p.z.p.). Jest to istotna zmiana w stosunku do obecnego stanu prawnego, gdzie ustawodawca nie precyzuje zakresu dialogu.

<sup>6</sup> W n.p.z.p. powyższe zostało zastąpione jednoznacznym wymogiem opisu potrzeb i wymagań zamawiającego dotyczących dostaw, usług lub robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia

<sup>7</sup> N.p.z.p. nie wymienia, w przeciwieństwie do u.p.z.p., elementów, jakie powinno zawierać ogłoszenie o zamówieniu; w art. 87 ust. 1 u.p.z.p. wskazuje natomiast, że zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.)

<sup>8</sup> Złożenie wniosku po terminie skutkuje jego zwrotem (art. 50 ust. 2 w zw. z art. 60c ust. 2 u.p.z.p.). Natomiast w n.p.z.p., zgodnie z jej art. 176 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1, złożenie wniosku po terminie będzie skutkowało jego odrzuceniem przez zamawiającego.

**ocena wniosków + klasyfikacja wykonawców spełniających warunki** (**w praktyce** może to być **kilka – kilkadziesiąt dni** od dnia złożenia wniosków) - zamawiający informuje o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawców, którzy złożyli wnioski.

Wykonawca może nie zostać zaproszony do dialogu nawet w sytuacji, gdy spełnia warunki udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona przez zamawiającego w ogłoszeniu. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania (zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców wyłonionych **na podstawie kryteriów selekcji**).

#### ZAPROSZENIE WYKONAWCÓW DOPUSZCZONYCH DO UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU DO DIALOGU<sup>9</sup>

(w liczbie określonej w ogłoszeniu nie mniej **niż 3**)

liczba wykonawców spełniających warunki większa niż w ogłoszeniu - zaprasza wykonawców **wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji**.

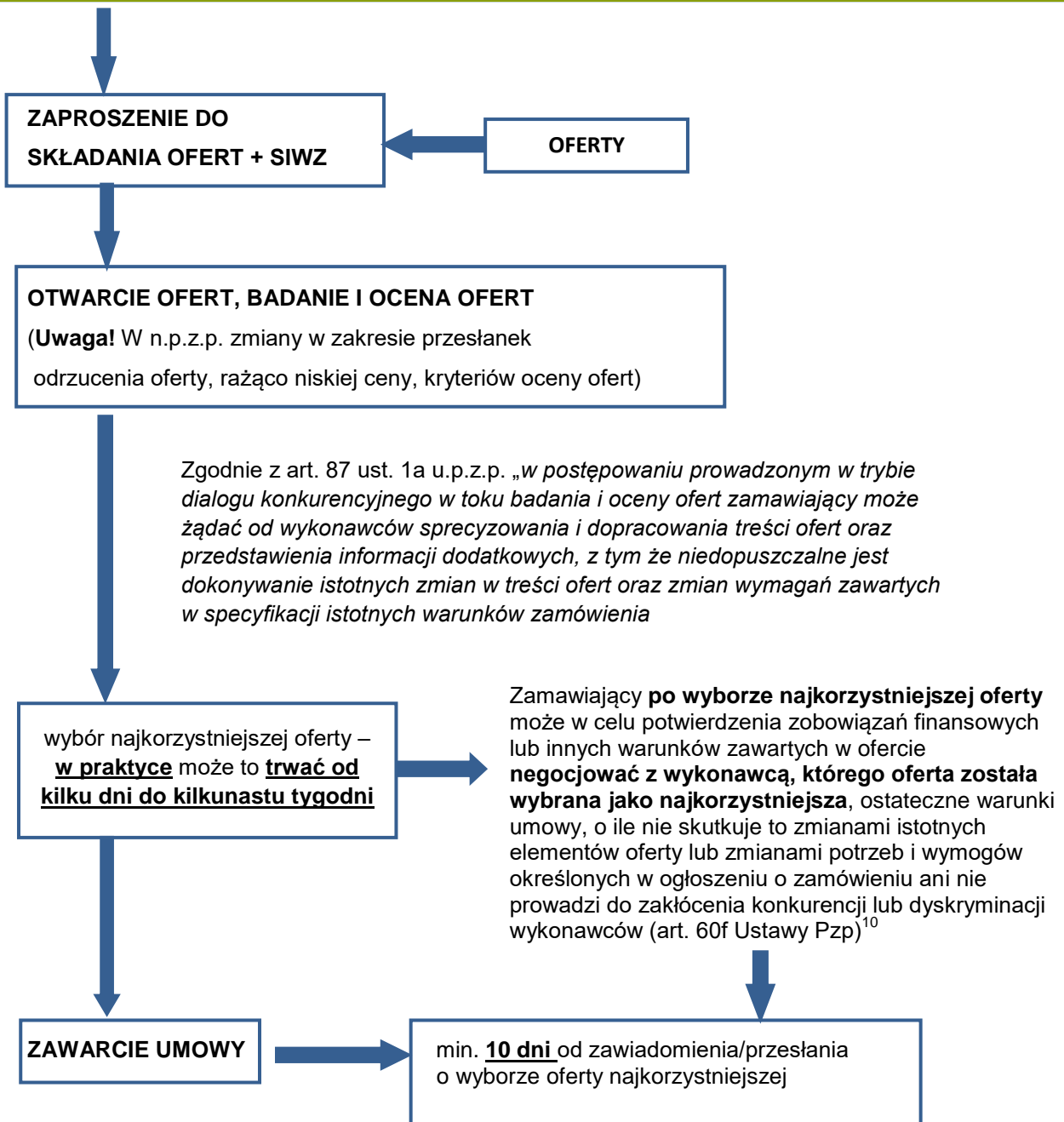
liczba wykonawców spełniających warunki mniejsza niż w ogłoszeniu - zaprasza wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

#### DIALOG

- Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu
- **w praktyce** może trwać **kilka, kilkanaście miesięcy** (ustawowo czas prowadzenia dialogu nie jest ograniczony)
- **Zamawiający może podzielić dialog na etapy w celu ograniczenia liczby rozwiązań.**
- **Zamawiający ogranicza liczbę rozwiązań na poszczególnych etapach dialogu, stosując wszystkie lub niektóre kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu.**
- określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby,
- Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby;
- Dialog ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia.

<sup>9</sup> W n.p.z.p. zrezygnowano z obowiązku zamieszczania przez zamawiającego w zaproszeniu do dialogu lub zaproszeniu do składania ofert informacji na temat wykazu podmiotowych środków dowodowych (obecnie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia, odpowiednio art. 60d ust. 5 pkt 6 oraz art. 60e ust. 3a pkt 4 u.p.z.p.). Zgodnie z art. 179 ust. 1 pkt 4 n.p.z.p. informacja o podmiotowych środkach dowodowych będzie zamieszczana wyłącznie w przypadku, gdy zamawiający przewiduje wymóg składania wszystkich lub wybranych podmiotowych środków dowodowych na etapie dialogu. Powyższy wymóg będzie więc zależny od charakteru danego postępowania





<sup>10</sup> Zgodnie z art. 188 n.p.z.p. zamawiający **przed wyborem najkorzystniejszej oferty** może, w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie, negocjować z wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub nierównego traktowania wykonawców



- Ogłoszenia (art. 60c odsyłający odpowiednio do art. 40 – przetarg nieograniczony, oraz odpowiednio do art. 48 ust. 2 – przetarg ograniczony)
  - **siedziba/strona www**
  - wartość zamówienia równa lub przekracza progi unijne - **przekazanie UPUE**
  - oprócz standardowej treści wskazanej w przepisie art. 48 ust. 2 w ogłoszeniu o dialogu konkurencyjnym muszą znaleźć się:
    - 1) opis potrzeb i wymagań zamawiającego, określony w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informacja o sposobie uzyskania tego opisu;
    - 2) informacja o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody,
    - 3) wstępny harmonogram Postępowania,
    - 4) informacja o podziale dialogu na etapy w celu ograniczenia liczby rozwiązań, które będą przedmiotem dialogu na kolejnych etapach.

- Termin składania wniosków (art. 60c odsyłający do art. 49 ust. 1 i 2 odpowiednio)  
**≥ progi unijne** → min. **30 dni** – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu do UPUE

Termin składania ofert (art. 60e ust. 4)  
z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty → min. **10 dni** od przekazania zaproszenia

- Wadium (art. 60e odsyłający do art. 45 i 46)
  - <<do 3%>>
  - **Obligatoryjne ≥ progi unijne**

### **PRZESŁANKI (ŁĄCZNIE) (art. 60b):**

- odesłanie do art. 55 ust. 1 u.p.z.p., który dotyczy negocjacji z ogłoszeniem.

Z powyższego schematu dojścia do zawarcia umowy w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie u.p.z.p. wynika, że cały proces wyboru może potrwać nawet kilkanaście miesięcy.

#### **2) sposób opisanie przedmiotu zamówienia<sup>11</sup>**

**Opis przedmiotu zamówienia w Pakietowym Projekcie PPP powinien być opracowany przez Podmiot Publiczny (jedną z JST będącą Liderem Projektu/zwiazek JST/spółkę komunalną) przy udziale wszystkich JST biorących udział w Projekcie oraz wsparciu Doradców. W szczególności powinien być ujęty:**

**na etapie ogłoszenia Postępowania:**

- a) **w opisie potrzeb i wymagań:** który w dialogu konkurencyjnym stanowi wstępny opis przedsięwzięcia. Jego brzmienie powinno być opracowane przez Podmiot Publiczny (jedną z JST będącą Liderem Projektu/zwiazek JST/spółkę komunalną) i powinno być wynikiem konsensusu poszczególnych JST biorących udział w Projekcie. W opisie potrzeb i wymagań do minimalnego zakresu planowanego przedsięwzięcia powinno należeć: wykonanie prac projektowych, zrealizowanie robót budowlanych (remont lub budowa dróg) oraz utrzymanie wyremontowanych/wybudowanych dróg publicznych. Do rozważenia pozostanie, czy Podmiot Publiczny zdecyduje się rozszerzyć przedmiot zamówienia o usługi zarządzania wyremontowanej/wybudowanej drogi publicznej. Przy czym, z pewnością, ze względu na specyfikę sektora drogowego, zarządzanie nie będzie obejmować usług eksploatacji dróg publicznych, ze względu na fakt, iż nie będą one generować przychodu. Kwestię rozszerzenia przedmiotu zamówienia o usługi zarządzania można przesądzić na etapie negocjacji, kiedy na podstawie rozmów z potencjalnymi Partnerami Prywatnymi, Podmiot Publiczny zdoła ustalić, czy koszt wykonania usług zarządzania przez Partnera Prywatnego nie przewyższy kosztów samodzielnego zarządzania wyremontowanymi/wybudowanymi drogami publicznymi. Stąd, ważne, aby w opisie potrzeb i wymagań, w odniesieniu do usług zarządzania (jeżeli są brane pod uwagę) Podmiot Publiczny zaznaczył, iż będą one przedmiotem negocjacji i że w wyniku rozmów z potencjalnymi Partnerami Prywatnymi zostanie przesądzone, czy będą one wchodzić w zakres umowy,

**po przeprowadzeniu negocjacji z potencjalnymi Partnerami Prywatnymi (wykonawcami):**

- b) **w Programie Funkcjonalno – Użytkowym (PFU):** PFU jest obligatoryjnym dokumentem w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (art. 31 ust. 2 u.p.z.p.). W ramach Pakietowego Projektu PPP nie rekomenduje się sporządzania projektu budowlanego przez poszczególne JST, jak również JST będącą Liderem Projektu/zwiazek JST/spółkę komunalną i tym samym ograniczenie przedmiotu zamówienia wyłącznie do budowy/remontu i utrzymania dróg publicznych. Celowym jest natomiast rozszerzenie przedmiotu zamówienia również na usługi projektowania budowanej/remontowanej drogi publicznej. W związku z powyższym, zamawiający (Podmiot Publiczny), czyli jedna z JST będąca Liderem Projektu/zwiazek JST/spółka komunalna powinna opisać przedmiot zamówienia za pomocą PFU. Nie rekomenduje się sporządzania PFU przez poszczególne JST biorące udział w Projekcie, ponieważ może to spowodować niespójność dokumentu. Z pewnością jednak JST będą musiały dostarczyć Podmiotowi Publicznemu wszystkich niezbędnych informacji i dokumentów pozwalających na sporządzenie jednolitego PFU dla całego przedsięwzięcia. PFU powinno w sposób ogólny przedstawiać wymagane rozwiązania konstrukcyjne, pozostawiając swobodę projektowania Partnerowi Prywatnemu, jednak konieczne będzie wskazanie odstępstw od ogólnych wymagań

<sup>11</sup> Odnośnie opisu przedmiotu zamówienia patrz Wytoczne do PPP Tom II rozdział 6.5.5.1. Postępowanie PZP – Program Funkcjonalno-Użytkowy

projektowania i budowy/remontu dróg publicznych wynikających ze szczególnych uwarunkowań występujących w poszczególnych JST (np. w związku z odmiennym ukształtowaniem terenu),

- c) w standardach utrzymania:** podobnie jak PFU, powinien być to jednolity dokument sporządzony nie przez poszczególne JST, ale Podmiot Publiczny (w zależności od wariantu: jedna z JST/związek JST/spółka komunalna). Zasadniczo, standardy utrzymania (w tym wymagania dla usług utrzymania dróg publicznych oraz standardów ich dostępności) powinny być jednakowe. Biorąc jednak pod uwagę, że w ramach Pakietowego Projektu PPP w odniesieniu do poszczególnych dróg mogą występować szczególne uwarunkowania, JST powinny wziąć pod uwagę możliwość podziału budowanych/remontowanych dróg na klasy/grupy/kategorie, dla których zostaną określone odmienne standardy utrzymania (np. wyższe wymagania dla dróg bardziej uczęszczanych lub o większym znaczeniu). W zależności od wyników negocjacji pomiędzy Podmiotem Publicznym a potencjalnymi Partnerami Prywatnymi biorącymi udział w dialogu, jeżeli przewidziane będą w ramach przedsięwzięcia również usługi zarządzania, dokument powinien określać również standardy zarządzania wyremontowanymi/wybudowanymi drogami publicznymi.

### 3) rozważenie podziału Projektu na części/zadania

Udzielając „klasycznych” zamówień publicznych zamawiający powinien podjąć decyzję, czy ma faktycznie do czynienia z jednym zamówieniem, czy z kilkoma odrębnymi zamówieniami, jak również czy dokonywać będzie podziału takiego zamówienia<sup>12</sup>. Pozwoli mu to zastosować właściwe przepisy jak również ochroni przed ewentualnym zarzutem naruszenia zasad zamówień publicznych wynikających z art. 7 u.p.z.p.<sup>13</sup>

Choć obowiązek podziału zamówienia na części nie wynika bezpośrednio z przepisów u.p.z.p., to zamawiający powinien podjąć decyzję odnośnie ewentualnego dokonania takiego podziału jeszcze przed wszczęciem Postępowania. W pierwszej kolejności powinien odnieść się do skali zamówienia oraz wpływu jego decyzji dotyczącej podziału zamówienia na rynek małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP). Po ustaleniu powyższych przesłanek zamawiający powinien przystąpić do oceny argumentów przemawiających za tym, aby zamówienie podzielić bądź nie, pamiętając, że jego zadaniem jest ocena wpływu prowadzonego Postępowania na rynek MŚP, jak również wpływu realizacji zamówienia na jego uzasadniony interes oraz potrzeby<sup>14</sup>.

W Projekcie jednak jednym z przyjętych założeń jest konsolidacja „Małych Projektów”, w celu uzyskania efektu skali, co będzie przemawiać za brakiem konieczności dokonywania podziału zamówienia na części. Odpowiednie uzasadnienie, zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 11 u.p.z.p., będzie musiało jednak znaleźć się w protokole postępowania o udzielenie zamówienia<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówienia na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu (motyw 78 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE).

<sup>13</sup> Art. 16 n.p.z.p.

<sup>14</sup> Przy czym, nie można zgodzić się z poglądem, że z u.p.z.p. wynika nakaz dzielenia zamówienia na części w każdym przypadku, gdy podział taki jest możliwy.

<sup>15</sup> Zgodnie z art. 91 ust. 2 n.p.z.p., powody niedokonania podziału zamówienia na części zamawiający będzie miał obowiązek wskazać w dokumentach zamówienia. Natomiast samą możliwość takiego podziału będzie obligatoryjnie zawierać analiza potrzeb i wymagań (art. 83 ust. 3 pkt 2 n.p.z.p.)

#### 4) sposób opisanie kryteriów oceny ofert

Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.p.p.p. najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia Partnera Prywatnego albo spółki, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a u.p.p.p., lub kosztu przedsięwzięcia ponoszonego przez Podmiot Publiczny i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia.

Kryteriami oceny ofert mogą być w szczególności:

- a) **podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy Podmiotem Publicznym i Partnerem Prywatnym, w tym dochodów w postaci udziału w zysku spółki, o której mowa w art. 14 ust. 1 albo 1a:** ponieważ założeniem Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym jest wypłacanie wynagrodzenia Partnerowi Prywatnemu w całości w formie Opłaty za Dostępność, kryterium to nie znajdzie zastosowania;
- b) **stosunek wkładu własnego Podmiotu Publicznego do wkładu Partnera Prywatnego:** ponieważ przedsięwzięcie nie będzie miało charakteru dochodowego, to kryterium również nie znajdzie zastosowania w Pakietowym Projekcie PPP w sektorze drogowym
- c) **efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych:** ze względu na specyfikę Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym (również w związku z tym, że przedsięwzięcie nie będzie miało charakteru dochodowego) to kryterium zasadniczo również nie będzie przydatne;
- d) **kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania, serwis:** to kryterium będzie mieć istotne znaczenie w Pakietowym Projekcie PPP, zwłaszcza, jeżeli JST zdecydują się na określenie standardów utrzymania w sposób odmienny w odniesieniu do poszczególnych klas/grup/kategorii dróg. W takim przypadku, np. dodatkowo punktowane mogą być standardy dostępności deklarowane przez Partnera Prywatnego na wyższym poziomie w odniesieniu do dróg o mniejszym znaczeniu (w ten sposób preferowani będą ci partnerzy, którzy zapewnią jednolity stan utrzymania dróg niezależnie od ich znaczenia);
- e) **podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy Podmiotem Publicznym i Partnerem Prywatnym:** to kryterium powinno być stosowane w Pakietowym Projekcie PPP i może stanowić ważny instrument ustandaryzowania ryzyk związanych z realizacją Pakietu inwestycji. Należy zwrócić uwagę, że w ramach Pakietowego Projektu PPP zakres zadań i ryzyk może się różnić w odniesieniu do poszczególnych JST biorących udział w Projekcie (choć przed wszczęciem Postępowania JST powinny dążyć do zminimalizowania tych różnic). Najprostszym rozwiązaniem byłoby wyłonienie spośród zadań i ryzyk wspólnych dla wszystkich JST, tych, które Partner Prywatny mógłby przyjąć na siebie (z wyłączeniem ryzyka politycznego, które niezaprzeczalnie powinno leżeć wyłącznie po stronie Podmiotu Publicznego). Innym rozwiązaniem jest wyłonienie tych zadań i ryzyk, które są właściwe dla poszczególnych JST, powodujących dysproporcje pomiędzy nimi, i które to ryzyka może przyjąć na siebie Partner Prywatny. W ten sposób różnice te mogą zostać zniwelowane przez stronę prywatną. Oczywiście, wśród ryzyk, które Partner Prywatny może na siebie przyjąć, nie mogą znaleźć się te, które wynikają z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Podmiotu Publicznego (i JST biorących udział w Projekcie);
- f) **terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń Podmiotu Publicznego, jeżeli są one planowane:** ponieważ założeniem Pakietowego Projektu PPP jest płatność całego wynagrodzenia na rzecz Partnera Prywatnego ze środków publicznych (w formie Opłaty za Dostępność), wskazane kryterium znajdzie do niego zastosowanie.

Powyższe oznacza, iż w zależności od wyboru Podmiotu Publicznego obligatoryjnym kryterium oceny będzie:

- najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia Partnera Prywatnego lub spółek PPP<sup>16</sup> i innych kryteriów lub
- najkorzystniejszy bilans kosztu przedsięwzięcia ponoszonego przez Podmiot Publiczny i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia.

### 5) opracowanie SIWZ17

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zawiera informacje i wskazówki niezbędne do przygotowania oferty.

Obligatoryjne elementy SIWZ zawarte są w art. 36 u.p.z.p.<sup>18</sup> Obowiązek jej sporządzenia dotyczy niemal wszystkich trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dialogu konkurencyjnego.

W przypadku Pakietowego Projektu PPP, gdzie przedmiot zamówienia będzie dotyczył kilku JST, przy sporządzeniu SIWZ powinno się uwzględnić potrzeby i wymagania wszystkich jednostek, dla których przeprowadzane jest Postępowanie. W tym celu zasadne jest wyłonienie z każdej JST zespołu specjalistów (finansowych, prawnych oraz od kwestii technicznych), którzy w ramach Zespołu Projektowego PPP (o którym jest mowa w rozdziale 2 Analizy) będą zgłaszali propozycje do projektowanej SIWZ. Obowiązki poszczególnych JST biorących udział w Projekcie w zakresie udziału w przygotowaniu dokumentacji Postępowania, w tym SIWZ, powinny być określone w umowie o współpracy i/lub porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej/statucie związku/umowie spółki.

### 3. Rekomendacje w zakresie zagadnień, które powinny zostać uregulowane w umowie z Partnerem Prywatnym

Zasadniczo kwestie związane z Umową o PPP opisane zostały w Wytycznych PPP Tom III. Do najistotniejszych obszarów, które winny zostać uregulowane w ramach Pakietowego Projektu PPP, zaliczyć należy:

**1) przedmiot umowy:** Partner Prywatny będzie co najmniej zobowiązany do zaprojektowania, sfinansowania, budowy/remontu oraz utrzymania dróg publicznych, z kolei Podmiot Publiczny będzie zobowiązany do ponoszenia Opłaty za Dostępność (po wybudowaniu/przeprowadzeniu remontu dróg). W zależności od wyników negocjacji pomiędzy Podmiotem Publicznym a potencjalnymi Partnerami Prywatnymi, przedmiot umowy może obejmować również usługi zarządzania. W umowie, w szczególności w preambule, należy wskazać na pakietowy charakter przedsięwzięcia. Podmiot Publiczny będzie również odpowiedzialny za koordynację działań poszczególnych JST biorących udział w Projekcie (np. zawarcie z Partnerem Prywatnym przez

<sup>16</sup> Spółka PPP przewidzianych w art. 7a u.p.p.p.

<sup>17</sup> W n.p.z.p. zrezygnowano z ogólnej regulacji dotyczącej specyfikacji istotnych warunków zamówienia i mającej odpowiednie zastosowanie do wszystkich trybów (obecnie art. 36 u.p.z.p.). Specyfika każdego z trybów wymusiła uregulowanie zakresu informacji zawartych w tym dokumencie zamówienia oraz momentu jego udostępnienia zależnie od danego trybu. Ponadto, w n.p.z.p. rozrózono dokumenty zamówienia określone jako „specyfikacja warunków zamówienia” (która zawiera wszystkie warunki zamówienia) od dokumentów zamówienia określonych jako „opis potrzeb i wymagań” (udostępnianych przez zamawiającego na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego m.in. w trybie dialogu konkurencyjnego, które zawierają istotne warunki zamówienia, a więc informacje i dane dotyczące przedmiotu zamówienia oraz wymagania proceduralne dotyczące postępowania, umożliwiające ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

<sup>18</sup> W n.p.z.p., w związku z nową systematyką ustawy, informacje, o których mowa w art. 36 u.p.z.p., zawiera opis potrzeb i wymagań (art. 174 ust. 1 i 2 n.p.z.p.)



każdą JST umowy przekazania prawa do dysponowania nieruchomością zajętą lub przeznaczoną pod drogi publiczne, wydanie określonych aktów administracyjnych itp.),

**2) udostępnienie nieruchomości:** jak rekomendowano w rozdziale 1.1.2. Analizy, udostępnienie nieruchomości, na której będzie dokonywana budowa/remont oraz utrzymanie drogi publicznej, powinno nastąpić na podstawie bezpośredniej umowy pomiędzy JST biorącymi udział w Projekcie, a Partnerem Prywatnym (niezależnie od przyjętej formy współdziałania JST). Przekazanie prawa do dysponowania nieruchomością powinno się odbyć bez przenoszenia prawa własności do nieruchomości. Wraz z zakończeniem Umowy o PPP, rozwiązaniu ulegałaby umowa, na podstawie której przekazano Partnerowi Prywatnemu prawo do dysponowania nieruchomością, a wybudowane/wyremontowane drogi publiczne stanowiłyby przez cały czas realizacji Projektu własność JST. Kontrolę nad korzystaniem przez Partnera Prywatnego z udostępnionej nieruchomości sprawowałby Podmiot Publiczny, upoważniony w tym zakresie do działania w imieniu JST.

**3) projektowanie:** dla potrzeb Pakietowego Projektu PPP, projektowanie powinno leżeć po stronie Partnera Prywatnego. Do jego obowiązków powinno należeć również pozyskanie stosownych decyzji administracyjnych. Z kolei funkcję inwestora powinien pełnić Podmiot Publiczny.

**4) budowa/remont:** rekomendowane jest etapowanie prac przewidzianych w Umowie o PPP. Dla ułatwienia rozliczeń (w szczególności kar umownych) można rozważyć etapowanie prac w taki sposób, aby Partner Prywatny po kolei realizował roboty budowlane u poszczególnych JST biorących udział w Projekcie. JST mogą też przewidzieć grupowanie planowanych/remontowanych dróg w klasy/kategorie/grupy, a etapowanie może dotyczyć ustalonych grup dróg (np. najpierw będą realizowane drogi o największym znaczeniu, potem te o mniejszym). Etapowanie może również wynikać z podziału na rodzaj prac: budowa nowych dróg i remont istniejących.

**5) utrzymanie:** w przypadku Pakietowego Projektu PPP w sektorze drogowym utrzymanie głównie polegać będzie na realizacji usług związanych z utrzymaniem należytego stanu technicznego dróg (*heavy maintenance*). Nic nie stoi na przeszkodzie, a nawet może być celowym, aby rozszerzyć utrzymanie również na usługi utrzymania letniego i zimowego wybudowanych/wyremontowanych dróg. Jak wskazano w pkt 2 pkt 2) lit. b) powyżej, zasadniczo, standardy utrzymania powinny być jednakowe dla wszystkich JST. Jednak mając szczególne uwarunkowania w odniesieniu do niektórych dróg objętych Projektem, JST powinny wziąć pod uwagę możliwość podziału budowanych/remontowanych dróg na klasy/grupy/kategorie, dla których zostaną określone odmienne standardy utrzymania (np. wyższe wymagania dla dróg bardziej uczęszczanych lub o większym znaczeniu). W wyniku negocjacji pomiędzy Podmiotem Publicznym a potencjalnymi Partnerami Prywatnymi, przedmiot umowy może obejmować również usługi zarządzania. W takim przypadku, umowa powinna określać również standardy zarządzania.

Niedotrzymanie standardów utrzymania (dostępności) musi być związane z naliczeniem punktów karnych, skutkujących korektą (obniżeniem) wynagrodzenia. Na podstawie dokumentów rozliczeniowych powinna być możliwa identyfikacja drogi, na której doszło do niedochowania standardów utrzymania oraz jej właściciela (JST biorącej udział w Projekcie).

W związku z obniżeniem wynagrodzenia (Opłaty za Dostępność), koszt realizacji Projektu zmniejszy się, a co za tym idzie, JST biorące udział w Projekcie będą mogły przekazać środki finansowe na realizację inwestycji w mniejszej wysokości.

W tym zakresie warto przewidzieć zasadę, iż z możliwości obniżenia środków finansowych przekazywanych na realizację Projektu (dotacji/wpłat/składek/dopłat itd.) będą mogły skorzystać te JST, w odniesieniu do których wystąpiły przypadki niedotrzymania standardów utrzymania (dostępności) przez Partnera Prywatnego, skutkujące korektą Opłaty za Dostępność. Zasada ta uzasadniona byłaby powstaniem szkody, jaka występowałaby w odniesieniu do tych JST, w związku z niedotrzymaniem określonego standardu na drodze stanowiącej ich własność.

W przypadku, gdy niedotrzymanie standardów wystąpi u kilku lub wszystkich JST lub nie będzie można ustalić zakresu szkody u każdej z nich, pomniejszenie środków przekazywanych Liderowi Projektu/Podmiotowi Publicznemu powinno nastąpić w częściach równych w odniesieniu do każdej z nich.

Obniżenie środków finansowych mogłoby następować w dwojaki sposób:

- poprzez korektę przekazanych już środków finansowych przeznaczonych na pokrycie obniżonej Opłaty za Dostępność oraz zwrot nadpłaconej różnicy,
- poprzez obniżenie przyszłych środków finansowych (dotacji/wpłat/składek/dopłat itd.), które JST biorące udział w Projekcie mają przekazać w najbliższym okresie rozliczeniowym.

Zasady rozliczenia korekt naliczanych ze względu na niedotrzymanie standardów utrzymania, dokonywane pomiędzy Podmiotem Publicznym, a JST biorącymi udział w Projekcie, nie powinny być określone w Umowie o PPP, ale w poprzedzających ją: porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej/statucie związku/umowie spółki.

**Innym sposobem rozliczania wynagrodzenia należnego Partnerowi Prywatnemu w przypadku niedotrzymania standardów utrzymania, jest naliczanie kar umownych, określonych kwotowo, bądź procentowo w Umowie o PPP.** Kary umowne naliczone w danym okresie rozliczeniowym powinny być potrącone przez Podmiot Publiczny z wynagrodzenia należnego Partnerowi Prywatnemu.

W relacjach pomiędzy Podmiotem Publicznym (jedną z JST/związkiem JST/spółką komunalną) kary umowne wyegzekwowane od Partnera Prywatnego będą rozliczane według zasad określonych w ppkt 9) poniżej, tj.

- kara umowna wynikająca z niedotrzymania standardów utrzymania (stanowiącego nienależyte wykonanie zobowiązania przez Partnera Prywatnego) będzie należąca Podmiotowi Publicznemu. Równowartość kwot wyegzekwowanych kar umownych (potrąconych z wynagrodzenia) nie będzie przekazywana przez Podmiot Publiczny na rzecz JST biorących udział w Projekcie, ale powinny być przeznaczane na pokrywanie kosztów realizacji Projektu (w tym na pokrycie szkód powstałych w związku z nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem Umowy o PPP),
- jeżeli niedotrzymanie standardów utrzymania przez Partnera Prywatnego spowodowało powstanie szkody po stronie jednej JST biorącej udział w Projekcie, zasadne jest przyjęcie reguły, iż poszkodowana JST będzie zobowiązana do przekazania środków finansowych na realizację zadania Podmiotowi Publicznemu (jednej z JST/związkowi JST/spółce komunalnej) w wysokości pomniejszonej o kwotę kary umownej/kar umownych naliczonych w związku z powstałą u niej szkodą. Jeżeli szkoda wystąpi u kilku lub wszystkich JST i nie będzie można ustalić zakresu szkody u każdej z nich, pomniejszenie środków przekazywanych Liderowi Projektu powinno nastąpić w częściach równych w odniesieniu do każdej z nich.

#### **6) kwestie dotyczące finansowania Projektu, w szczególności zapewnienia jego bankowości, możliwości interwencji banków w przypadku zagrożenia Projektu (umowa bezpośrednia):**

Klauzulami, kluczowymi z punktu widzenia powodzenia Projektu są te, które regulują kwestie zobowiązania Partnera Prywatnego do zapewnienia finansowania oraz te, które dają komfort Instytucjom Finansującym, że strumień przychodów będzie możliwie najbardziej stabilny, czyli że przepływy pieniężne które mają być generowane przez ukończony projekt będą nie tylko w stanie obsłużyć i docelowo zamortyzować zadłużenie zewnętrzne zaciągnięte w celu realizacji Projektu, ale także pokryć oczekiwaną stopę zwrotu sponsorów. W kontekście Pakietowego Projektu PPP, sytuacja jest nieco bardziej problematyczna, bo strumień płatności za Opłatę za Dostępność, jest funkcją dotrzymania zobowiązań poszczególnych JST dotyczących przekazywania środków finansowych na rzecz formy organizacyjnoprawnej realizującej Projekt.



Zatem banki w swoim due diligence analizują przewidywaną formę organizacyjnoprawną i stabilność jej przychodów, czyli finansowania zapewnionego przez JST

Sposób i tytuł przekazywania środków finansowych jest opisany w rozdziale 5 Analizy [Finansowanie]. Relatywnie najmniej stabilny strumień jest w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego/umowy cywilnoprawnej, gdyż przekazywane przez JST dotacje celowe mają charakter jednoroczny i nie mogą być wpisane w WPF. W takiej sytuacji banki analizują postanowienia porozumienia administracyjnoprawnego/umowy cywilnoprawnej pod kątem gwarancji przekazywania strumienia środków finansowych. W przypadku związku JST lub spółki komunalnej finansowanych odpowiednio za pomocą składek/wkładów oraz dopłat (z możliwością dofinansowania za pomocą dopłat celowych, niemniej te nie podlegają wpisowi do WPF), oba instrumenty mogą być wpisane do WPF – daje to większe bezpieczeństwo bankom.

Główne klauzule przy założeniu finansowania typu Project Finance to:

#### **Postanowienia dotyczące zamknięcia finansowego**

- a) Zobowiązanie Partnera Prywatnego do doprowadzenia do Zamknięcia Finansowego oraz uruchomienia finansowania oraz wkładu kapitałowego w terminach określonych w Umowie o PPP;
- b) Określenie skutków braku wystąpienia zamknięcia finansowego lub uruchomienia finansowania w terminach określonych w Umowie o PPP (w szczególności w zakresie uprawnień Podmiotu Publicznego), oraz opcjonalnie opis procedury naprawczej i długość okresu naprawczego;
- c) Określenie zabezpieczeń rzeczowych (w przypadku Pakietowego Projektu PPP w branży drogowej, zasadniczo brak będzie możliwości przewidzenia ustanowienia hipoteki na nieruchomościach, na których będzie budowana/remontowana droga publiczna);
- d) Postanowień dotyczących monitoringu Projektu w tym zakresie;
- e) Postanowień dotyczących refinansowania po fazie budowy, przede wszystkim podziału zysku z tytułu refinansowania (korzyści z tego tytułu byłyby dzielone pomiędzy poszczególne JST uczestniczące w Pakietowym Projekcie PPP)

#### **Postanowienia dotyczące Umowy Bezpośredniej**

Umowa Bezpośrednia jest umową pomiędzy Partnerem Prywatnym, Podmiotem Publicznym (reprezentującym wszystkie JST w Pakietowym Projekcie PPP) i wszystkimi instytucjami finansującymi, która reguluje zasady współpracy, w szczególności, kiedy strony Umowy o PPP nie wykonują należycie zobowiązań.

Warto dodać, że konieczność podpisania Umowy Bezpośredniej dodatkowo przez JST biorące udział w Projekcie będzie miało miejsce jedynie w przypadku, gdy Pakietowy Projekt PPP będzie realizowany w formie porozumienia administracyjnoprawnego/związku JST/spółki komunalnej. W przypadku umowy cywilnoprawnej, wszystkie JST będą pełniły rolę Podmiotu Publicznego, a zatem na gruncie samego art. 10a ust. 1 u.p.p.p. będą stronami Umowy Bezpośredniej.

Na marginesie, należy wskazać, że Instytucje Finansujące prawdopodobnie będą zainteresowane zawarciem Umowy Bezpośredniej z JST biorącymi udział w Projekcie, w sytuacji, gdy nie będą one pełniły roli Podmiotu Publicznego (gdy Pakietowy Projekt PPP będzie realizowany w formie porozumienia administracyjnoprawnego/związku JST/spółki komunalnej).

**7) przypadki zewnętrzne:** przypadki zewnętrzne odnoszą się do zdarzeń, które nie zawsze wynikają z określonego działania lub zaniechania stron Umowy o PPP, a mogą wpływać na zobowiązania stron (podwyższenie/obniżenie wynagrodzenia, wydłużenie terminu realizacji).

Na gruncie Umowy o PPP, względem Partnera Prywatnego, odpowiedzialność z tytułu przypadków zewnętrznych (których ryzyko przyjął na siebie Podmiot Publiczny) będzie ponosić Podmiot Publiczny, czyli:

- **w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego:** JST przejmująca zadanie,
- **w przypadku umowy cywilnoprawnej:** JST biorące udział w Projekcie,
- **w przypadku związku JST:** związek,
- **w przypadku spółki komunalnej:** spółka.

Zatem to te podmioty będą zobowiązane do: płatności zwiększonego wynagrodzenia Partnerowi Prywatnemu lub wydłużenia terminu realizacji Umowy o PPP bądź będą uprawnione do obniżenia tego wynagrodzenia lub skrócenia czasu trwania Umowy o PPP.

W ramach Pakietowego Projektu PPP zasadniczą trudność będą natomiast powodować zasady rozliczeń pomiędzy Podmiotem Publicznym, a JST biorącymi udział w Projekcie. W tym zakresie, należy wskazać, że zasady dotyczące przypadków zewnętrznych powinny obejmować:

- a) przypadki kompensacyjne:** w Pakietowym Projekcie PPP przypadki kompensacyjne zazwyczaj będą występować u poszczególnych JST w różnym stopniu (np. znalezisko archeologiczne, ryzyko geologiczne). Jeżeli dane ryzyka zostały przyjęte przez Podmiot Publiczny, to, należy przyjąć zasadę, iż ciężar przypadków kompensacyjnych ponosić będą te JST, u których one wystąpiły.

Gdy przypadek kompensacyjny prowadzić będzie do zmiany wynagrodzenia, **JST, u której ten przypadek wystąpił, będzie zobowiązana do przekazania Liderowi Projektu (jednej z JST/związkowi JST/spółce komunalnej) środków finansowych w zmienionej wysokości (zwiększoną o kwotę wynikającą z Umowy o PPP).** Podmiot Publiczny następnie wypłaci te środki Partnerowi Prywatnemu. **W przypadku umowy cywilnoprawnej, JST będzie mogła te środki wypłacić bezpośrednio Partnerowi Prywatnemu** (aczkolwiek rekomendowanym rozwiązaniem w tym przypadku jest korzystanie z Lidera Projektu jako pełnomocnika wszystkich JST, który będzie pełnić rolę pośrednika rozliczeń pomiędzy stronami Umowy o PPP).

Jeżeli przypadek kompensacyjny prowadzić będzie do wydłużenia terminu realizacji Umowy o PPP, to Podmiot Publiczny poniesie w związku z tym szkodę. Dlatego, aby zapobiegać takim sytuacjom i aby motywować JST do zapobiegania przypadkom kompensacyjnym, warto uregulować kwestię rozliczania szkody powstałej z tego tytułu w porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej/statucie związku/umowie spółki komunalnej (ewentualnie umowie ze spółką komunalną). Zasadne jest, aby **JST, u której ten przypadek kompensacyjny wystąpił, zapłaciła karę umowną/odszkodowanie Podmiotowi Publicznemu (w przypadku umowy cywilnoprawnej: pozostałym JST/ w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego: JST przejmującej zadanie/ związkowi JST / spółce komunalnej).**

Porozumienie administracyjnoprawne, umowa cywilnoprawna, statut związku, umowa spółki komunalnej (lub umowa ze spółką komunalną) powinny określać zasady odpowiedzialności JST za występujące u nich przypadki kompensacyjne.

- b) przypadki dostosowania:** powodujące obniżenie kosztów realizacji zadania, powinny wpływać w równym stopniu na obniżenie środków finansowych (dotacji/składek/wpłat/dopłat itd.) przekazywanych przez JST biorące udział w Projekcie Liderowi Projektu.
- c) przypadek siły wyższej:** należy pamiętać, że poszczególne ryzyka związane z wystąpieniem siły wyższej mogą być przypisane w różnym zakresie do stron Umowy o PPP, które zwłaszcza w toku negocjacji, mogą ustalić, która z nich przyjmie określone ryzyka z tym związane.

Siła wyższa może wystąpić zarówno u poszczególnych JST (np. wyjątkowo silne opady deszczu w jednej JST), jak i u wszystkich JST biorących udział w Projekcie (np. stan zagrożenia epidemiologicznego występujący w całym kraju).

W pierwszym przypadku, **jeżeli dane ryzyko siły wyższej zostanie przyjęte przez stronę publiczną, ciężar zwiększonego wynagrodzenia Partnera Prywatnego lub wydłużenia terminu realizacji Umowy o PPP spoczywać będzie na tej JST, u której przypadek siły wyższej wystąpił.** Zasady rozliczania powinny być analogiczne do tych, które zostały opisane w lit. a) [przypadki kompensacyjne].

**Jeżeli dane ryzyko siły wyższej przyjęte przez stronę publiczną, wystąpi u wszystkich JST, ciężar zwiększonego wynagrodzenia Partnera Prywatnego spoczywać będzie na nich wszystkich.** W takim przypadku, JST będą zobowiązane do przekazania zwiększonych środków finansowych na rzecz Lidera Projektu (pełniącego rolę Podmiotu Publicznego), w celu pokrycia należności Partnera Prywatnego wynikających z Umowy o PPP. W przypadku umowy cywilnoprawnej, JST biorące udział w Projekcie, jako Podmioty Publiczne mogą przekazać zwiększone środki bezpośrednio Partnerowi Prywatnemu (aczkolwiek rekomendowanym rozwiązaniem w tym przypadku jest korzystanie w tym zakresie z Lidera Projektu jako pełnomocnika wszystkich JST, który będzie pełnił rolę pośrednika rozliczeń pomiędzy stronami Umowy o PPP).

Zwiększenie środków finansowych przekazywanych Liderowi Projektu (jednej z JST/związkowi JST/spółce komunalnej) powinno nastąpić zgodnie z zasadami partycypowania w kosztach realizacji zadania przyjętymi w umowie cywilnoprawnej, porozumieniu administracyjnoprawnym, statucie związku, umowie spółki.

Z kolei zmiana terminu Umowy o PPP w związku z wystąpieniem u wszystkich JST ryzyka siły wyższej nie powinno mieć wpływu na ich wzajemne rozliczenia, gdyż wynika z tego szkoda ma wpływ na każdą z nich.

- d) zmianę prawa:** zmiana prawa zazwyczaj będzie miała wpływ na wszystkie JST biorące udział w Projekcie. W związku z powyższym, wszystkie będą partycypować w kosztach wynikających ze zmiany prawa zgodnie z zasadami przyjętymi w umowie cywilnoprawnej, porozumieniu administracyjnoprawnym, statucie związku, umowie spółki. Jeżeli jednak zmiana dotyczy prawa miejscowego, ewentualny koszt takiej zmiany powinien ciążyć na tej JST, która tę zmianę wprowadziła.
- e) polecenie zmiany:** zmiany mogą wystąpić zarówno u poszczególnych JST, jak i u wszystkich JST biorących udział w Projekcie.

Decyzje w zakresie polecenia zmiany w Umowie o PPP muszą być podjęte zarówno na poziomie poszczególnych JST, jak i grupy uczestników Projektu. Przy czym, kluczową decyzję podejmuje JST w ramach wybranej formy organizacyjnoprawnej, na zasadach przewidzianych w porozumieniu administracyjnym/umowie cywilnoprawnej/statucie związku JST/spółki komunalnej<sup>19</sup>.

W przypadku:

- **porozumienia administracyjnoprawnego/umowy cywilnoprawnej:** JST będąca Liderem Projektu będzie mogła wprowadzać część poleceń zmiany Umowy o PPP (opisanych w porozumieniu lub umowie) po uzyskaniu większości zgód od JST biorących udział w Projekcie, natomiast w odniesieniu do pewnych istotnych zmian (np. wpływających na wskaźnik zadłużenia JST), porozumienie lub umowa powinny przewidywać konieczność uzyskania zgód od wszystkich JST biorących udział w Projekcie,

<sup>19</sup> Jak wskazano w rozdziale 1.3. Analizy w odniesieniu do wszystkich form, JST biorące udział w Projekcie powinny w porozumieniu administracyjnym/umowie cywilnoprawnej/statucie związku JST/spółki komunalnej uregulować mechanizmy podejmowania decyzji dotyczących realizacji Pakietowego Projektu PPP.

- **związku JST:** decyzje dotyczące niektórych zmian w Umowie o PPP powinny być podejmowane za pomocą głosowania większościowego przez przedstawicieli JST w zgromadzeniu związku, jednak w odniesieniu do zmian kluczowych dla Pakietowego Projektu PPP (wymienionych enumeratywnie w statucie, np. poleceń zmian, które będą miały wpływ na wskaźnik zadłużenia JST biorących udział w Projekcie) – za pomocą głosowania jednomyślnego,
- **spółki komunalnej:** decyzje dotyczące niektórych zmian w Umowie o PPP powinny być podejmowane za pomocą głosowania większościowego przez przedstawicieli JST w zgromadzeniu wspólników, jednak w odniesieniu do zmian kluczowych dla Pakietowego Projektu PPP (wymienionych enumeratywnie w statucie, np. poleceń zmian, które będą miały wpływ na wskaźnik zadłużenia JST biorących udział w Projekcie) – za pomocą głosowania jednomyślnego,

W zakresie ponoszenia odpowiedzialności za polecenie zmiany, należy przyjąć zasadę, że ciężar ewentualnego dodatkowego wynagrodzenia dla Partnera Prywatnego lub wydłużenia terminu Umowy o PPP, powinny ponosić te JST, których te zmiany dotyczą.

Zatem zasady rozliczania powinny być analogiczne do tych, które zostały opisane w lit. a) [przypadki kompensacyjne] oraz lit. c) [przypadek siły wyższej].

- f) zmiany własnościowe po stronie Partnera Prywatnego:** zmiana własnościowa po stronie Partnera Prywatnego zazwyczaj będzie miała wpływ na wszystkie JST biorące udział w Projekcie. W związku z powyższym, wszystkie będą partycypować w kosztach wynikających z tej zmiany zgodnie z zasadami przyjętymi w umowie cywilnoprawnej, porozumieniu administracyjnoprawnym, statucie związku, umowie spółki.

## **8) postanowienia dotyczące zapewnienia stabilności Projektu, w tym dotyczące odstąpienia/wypowiedzenia umowy oraz rozliczeń na wypadek przedterminowego zakończenia Umowy o PPP:**

W tym zakresie należy wskazać, że w Umowie o PPP ryzyko polityczne powinno bezwzględnie leżeć wyłącznie po stronie Podmiotu Publicznego, z wszystkimi wiążącymi się z nim negatywnymi konsekwencjami:

### **a) postanowienia powinny określać możliwe przypadki przedterminowego zakończenia Umowy o PPP:**

- odstąpienie od umowy przez Podmiot Publiczny z uwagi na interes publiczny
- zakończenie umowy z powodu siły wyższej
- odstąpienie/wypowiedzenie umowy przez Podmiot Publiczny
- odstąpienie/wypowiedzenie umowy przez Partnera Prywatnego
- wypowiedzenie umowy na skutek porozumienia stron

W szczególności w przypadku, gdy odstąpienie/wypowiedzenie Umowy o PPP nastąpi z przyczyn leżących po stronie Podmiotu Publicznego (w związku z wystąpieniem JST z formy współdziałania: porozumienia administracyjnoprawnego, umowy cywilnoprawnej, związku JST lub spółki komunalnej), zasadnym jest przewidzenie odpowiedniej kary umownej i/lub odszkodowania należnej Partnerowi Prywatnemu z tego tytułu. Istotne przy tym jest ustalenie poziomu kary umownej/i lub odszkodowania na odpowiednim poziomie, tak, aby po pierwsze, stanowiła ona istotny czynnik hamujący podejmowanie decyzji przez JST o wycofaniu się z Projektu, a po drugie, aby zapewnić bankowalność Umowy o PPP.

W zależności od przyjętej formy współdziałania JST, karę umowną i/lub odszkodowanie będzie można wyegzekwować bezpośrednio od JST (np. w przypadku umowy cywilnoprawnej pomiędzy JST), bądź pośrednio poprzez związek JST lub spółkę komunalną (przy czym, w przypadku związku, ze względu na jego silne powiązania organizacyjne i finansowe z JST, naliczona kara umowna i/lub odszkodowanie będą miały wpływ na ich budżet).

**Odpowiedzialność za odstąpienie/wypowiedzenie Umowy o PPP względem Partnera Prywatnego będzie ponosić Podmiot Publiczny** (jedna z JST/związek JST/spółka komunalna, a w przypadku umowy cywilnoprawnej – wszystkie JST biorące udział w Projekcie).

Ponieważ jednak w ramach analizowanych form współdziałania, to JST partycypują w kosztach realizacji zadania, na gruncie umowy cywilnoprawnej, porozumienia administracyjnoprawnego, statutu związku JST lub umowy spółki należy przyjąć zasadę, iż **ciężar przedterminowego zakończenia Umowy o PPP (kara umowna/odszkodowanie) będzie leżeć po stronie tej JST, która się do tego przyczyniła**. Jeżeli okoliczności powodujące przedterminowe zakończenie Umowy o PPP leżeć będą po stronie wszystkich JST lub samego Podmiotu Publicznego, partycypowanie w kosztach odszkodowania należnego Partnerowi Prywatnemu powinno następować na ogólnych zasadach wynikających z umowy cywilnoprawnej, porozumienia administracyjnoprawnego, statutu związku JST lub umowy spółki.

**b) postanowienia mogą przewidywać możliwość częściowego odstąpienia/wypowiedzenia Umowy o PPP albo zmiany zakresu przedmiotowego Umowy o PPP:**

Dla zapewnienia trwałości Projektu, w Umowie o PPP można rozważyć przewidzenie możliwości częściowego odstąpienia/wypowiedzenia Umowy o PPP albo zmiany zakresu przedmiotowego Umowy o PPP, w przypadku, gdyby w trakcie jej realizacji jedna z JST wystąpiła z formy współdziałania (porozumienia administracyjnoprawnego, umowy cywilnoprawnej, związku lub spółki komunalnej). W takim przypadku, Umowa o PPP mogłaby być nadal realizowana, lecz w ograniczonym zakresie.

Należy jednak zwrócić uwagę, że zasady takiego ograniczenia zakresu przedmiotu Umowy o PPP musiałyby być bardzo szczegółowo opisane w postanowieniach umownych. W szczególności, należałoby opisać minimalny poziom realizowanych prac, tak, aby Partner Prywatny oraz instytucje finansujące miały pewność w jakim zakresie Umowa o PPP będzie zrealizowana. Do zastanowienia pozostaje, na jakim poziomie zakres minimalnych świadczeń wynikających z umowy powinien być określony. W tym zakresie trzeba brać pod uwagę, iż im ten poziom jest niższy, tym mniejsze będzie zainteresowanie potencjalnych Partnerów Prywatnych i instytucji finansujących ze względu na duże ryzyko realizacji Projektu i jego nieopłacalność.

Mając na uwadze rozważania przedstawione w lit. a) powyżej, **koszty częściowego odstąpienia/wypowiedzenia Umowy o PPP (np. kary umowne lub odszkodowanie wynikające z Umowy o PPP) będą leżeć po stronie tej JST, która doprowadziła do częściowego odstąpienia/wypowiedzenia Umowy o PPP.**

Należy jednak podkreślić, że możliwość częściowego odstąpienia/wypowiedzenia Umowy o PPP albo zmiany zakresu przedmiotowego Umowy o PPP, w sytuacji rezygnacji jednej JST z dalszego udziału w Projekcie, może nie znaleźć zastosowania w przypadku każdego Pakietowego Projektu PPP. W większości tego rodzaju Projektów, rezygnacja jednej JST będzie się bowiem wiązać z koniecznością rozwiązania całej Umowy o PPP, ze względu na brak możliwości kontynuacji Projektu w zmienionych warunkach.



**c) postanowienia powinny określać rozliczenia na wypadek przedterminowego zakończenia Umowy o PPP:**

Ponad możliwość przewidzenia kar umownych i/lub odszkodowania (ze względów wskazanych powyżej), w Umowie o PPP powinny zostać uregulowane kwestie rozliczeń stron w przypadku przedterminowego zakończenia umowy. Postanowienia te mają na celu ochronę instytucji finansujących przed ciężarem skutków rozwiązania Umowy o PPP.

Postanowienia umowne w tym zakresie, oczywiście powinny regulować rozliczenia pomiędzy stronami w różny sposób, w zależności od tego, która ze stron przyczyniła się do przedterminowego zakończenia umowy (czy też miał na to wpływ przypadek zewnętrzny).

Odnosnie rozliczeń pomiędzy stronami, należy wskazać, że w tym zakresie konieczne będzie uregulowanie kwestii inwentaryzacji zrealizowanych prac i ich przekazania na rzecz JST oraz wypłaty należnego Partnerowi Prywatnemu wynagrodzenia. Jeżeli dojdzie wyłącznie do częściowego odstąpienia/wypowiedzenia Umowy o PPP, w związku z rezygnacją jednej z JST z przewidzianej formy współdziałania, postanowienia umowne będą musiały przewidywać zasady wydzielenia spośród rezultatów prac tych, które zostały wykonane na rzecz występującej JST, dokonanie ich inwentaryzacji, a następnie rozliczenie należności. Przy czym, w zależności od przyjętej formy współdziałania JST, takie rozliczenie będzie następować pomiędzy Partnerem Prywatnym, a:

- **JST przejmującą zadanie:** w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego,
- **JST biorącymi udział w Projekcie poprzez JST będącą Liderem Projektu:** w przypadku umowy cywilnoprawnej,
- **związkiem:** w przypadku związku JST,
- **spółką:** w przypadku spółki komunalnej.

Ponadto, postanowienia umowne powinny gwarantować spłatę zadłużenia w przypadku zakończenia Umowy o PPP przed terminem.

Wymienione wyżej postanowienia powinny zostać uregulowane również w porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej/ statucie związku JST/ umowie spółki (lub osobnej umowie pomiędzy związkiem JST/spółką komunalną a JST biorącymi udział w Projekcie). Prawdopodobnie dla stwierdzenia Bankowości Projektu, Instytucje Finansujące będą wymagać przedłożenia dokumentu potwierdzającego uregulowanie tych kwestii w relacjach pomiędzy JST biorącymi udział w Projekcie.

**9) postanowienia dotyczące wzajemnych rozliczeń uczestników, w tym rozliczenie kar umownych między JST (w pozostałych przypadkach, innych niż opisane w pkt 1) – 8) powyżej):**

Kary umowne przewidziane na gruncie Umowy o PPP w ramach Pakietowego Projektu PPP będą rozliczane na dwóch poziomach:

- pomiędzy Partnerem Prywatnym, a Podmiotem Publicznym na zasadach określonych w Umowie o PPP,
- pomiędzy Podmiotem Publicznym, a JST biorącymi udział w Projekcie (na zasadach regresu określonych w porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej/statucie związku/umowie spółki).

**Kara umowna wynikająca z nienależytego wykonania zobowiązania przez Partnera Prywatnego będzie płacona na rzecz Podmiotu Publicznego:**

- w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego: JST przejmującej zadanie,
- w przypadku umowy cywilnoprawnej: JST będącej właścicielem drogi poprzez JST będącą Liderem Projektu,
- w przypadku związku JST: związkowi,
- w przypadku spółki komunalnej: spółce.

W tym zakresie, warto przewidzieć, iż kara umowna będzie wpłacana na rzecz Podmiotu Publicznego i nie będzie ona przekazywana następnie poszczególnym JST biorącym udział w Projekcie. Kwoty wyegzekwowanych kar umownych powinny być przeznaczone na pokrywanie kosztów realizacji zadania przez jedną z JST/związek JST/spółkę komunalną (w tym na pokrycie szkód powstałych w związku z nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem Umowy o PPP).

Taka konstrukcja w szczególności znajduje uzasadnienie, gdy szkoda, wywołana nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem Umowy o PPP, powstaje wyłącznie po stronie Podmiotu Publicznego.

Z drugiej strony, na gruncie Pakietowego Projektu PPP z pewnością dojdzie do sytuacji, w których nienależyte wykonanie lub niewykonanie Umowy o PPP spowoduje bezpośrednio szkodę u JST biorących udział w Projekcie.

W takich sytuacjach, zasadne jest przyjęcie reguły, iż poszkodowana JST będzie zobowiązana do przekazania środków finansowych na realizację zadania Podmiotowi Publicznemu (jednej z JST/związkowi JST/spółce komunalnej) w wysokości pomniejszonej o karę umowną/kary umowne naliczone w związku z powstałą u niej szkodą. Jeżeli szkoda wystąpi u kilku lub wszystkich JST i nie będzie można ustalić zakresu szkody u każdej z nich, pomniejszenie środków przekazywanych Liderowi Projektu powinno nastąpić w częściach równych w odniesieniu do każdej z nich.

**Zasady rozliczenia kar umownych wyegzekwowanych od Partnera Prywatnego, dokonywane pomiędzy Podmiotem Publicznym, a JST biorącymi udział w Projekcie, nie powinny być określone w Umowie o PPP, ale w poprzedzających ją: porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej/statucie związku/umowie spółki.**

W przypadku umowy cywilnoprawnej, stronami Umowy o PPP będą wszystkie JST biorące udział w Projekcie. W związku z powyższym, w tym wariantcie JST będąca Liderem Projektu pełni jedynie funkcję pośrednika rozliczeń pomiędzy Podmiotami Publicznymi, a Partnerem Prywatnym. W takim przypadku, kwoty wyegzekwowanych kar umownych będą należne tej JST biorącej udział w Projekcie, po której stronie doszło do wystąpienia szkody w wyniku nienależytego wykonania lub niewykonania Umowy o PPP przez Partnera Prywatnego.

Natomiast przewidziane w Umowie o PPP kary umowne obciążające Podmiot Publiczny w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez niego zobowiązań wynikających z umowy oczywiście będą płacone przez Podmiot Publiczny na rzecz Partnera



Prywatnego. Natomiast koszt tych kar będą ponosić JST biorące udział w Projekcie według ustalonych przez siebie zasad.

Kwestia wzajemnych rozliczeń pomiędzy JST (w tym rozliczanie kar umownych) zasadniczo powinna zostać uregulowana w statucie związku lub umowie spółki komunalnej/porozumieniu administracyjnoprawnym/umowie cywilnoprawnej, które to dokumenty będą stanowić podstawę działania JST biorących udział w Projekcie.

W tym zakresie, zasady rozliczeń JST będą mogły kształtować się stosunkowo swobodnie. Przy czym, warto zwrócić uwagę, że ponieważ JST będą zobowiązane do przekazywania środków finansowych niezbędnych do realizacji Pakietowego Projektu PPP na rzecz związku JST, spółki komunalnej lub innej JST wykonującej powierzone zadanie, udział poszczególnych JST w partycypowaniu kosztów będzie zróżnicowany (uzależniony od zakresu powierzonego zadania przez poszczególne JST).

Ponieważ w ramach analizowanych form współdziałania, to JST partycypować będą w kosztach realizacji zadania, na gruncie umowy cywilnoprawnej, porozumienia administracyjnoprawnego, statutu związku JST lub umowy spółki należy przyjąć zasadę, iż **ciężar ponoszenia kar umownych leży po stronie tej JST, która się do jej naliczenia przyczyniła**. Jeżeli okoliczności powodujące naliczenie kary umownej leżeć będą po stronie wszystkich JST lub samego Podmiotu Publicznego, partycypowanie w kosztach kary umownej/odszkodowania należnego Partnerowi Prywatnemu powinno następować na ogólnych zasadach wynikających z umowy cywilnoprawnej, porozumienia administracyjnoprawnego, statutu związku JST lub umowy spółki (w zależności od udziału każdej JST w realizację zadania).

Jeżeli chodzi o skutki podatkowe (dla Podmiotu Publicznego) wynikające z wyegzekwowania kar umownych/odszkodowań wynikających z Umowy o PPP, należy wskazać, że niezależnie od statusu podmiotu otrzymującego odszkodowania oraz kary umowne (czy będzie to JST, czy związek JST, czy spółka komunalna), skutki podatkowe na gruncie podatku CIT oraz podatku VAT będą takie same.

### 1) otrzymanie odszkodowania oraz środków pieniężnych wynikających z kary umownej na gruncie podatku CIT

Zgodnie z art. 7 ust. 1 u.p.d.o.p. przedmiotem opodatkowania podatkiem dochodowym jest dochód stanowiący sumę dochodu osiągniętego z zysków kapitałowych oraz dochodu osiągniętego z innych źródeł przychodów. W świetle art. 12 ust. 1 pkt 1 u.p.d.o.p. przychodami, są w szczególności otrzymane pieniądze, wartości pieniężne, w tym również różnice kursowe. Natomiast, art. 12 ust. 4 u.p.d.o.p., określa w enumeratywny sposób, jakie zdarzenia nie stanowią przychodu podatkowego. Generalnie trzeba wskazać, że przychód powstaje w każdej sytuacji, w której podatnik uzyskuje realną korzyść. Dodatkowo, przychodem jest także przysporzenie majątkowe, które ma trwały charakter.

Tak szeroko określony zakres przysporzeń, które stanowią przychody wskazuje, że również **otrzymane odszkodowania oraz kary umowne stanowią przychód podlegający opodatkowaniu podatkiem CIT.**

### 2) otrzymanie odszkodowania oraz środków pieniężnych wynikających z kary umownej na gruncie podatku VAT

Co do zasady, odszkodowania oraz kary umowne, nie podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT. Płatności takie nie stanowią ekwiwalentu za świadczenie usług czy dostawę towaru. Pełnią funkcję rekompensacyjną, nie mieszczą się w katalogu czynności opodatkowanych, wymienionych w art. 5 ust. 1 u.p.t.u.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt. 1 u.p.t.u., opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, podlegają wykonywane w ramach prowadzonej przez podatnika działalności gospodarczej: odpłatna dostawa towarów oraz odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że samo dokonanie wypłaty środków pieniężnych (jak i ich otrzymanie), co do zasady, nie może być uznane za czynność opodatkowaną ze względu na to, że wypłacane środki nie są towarem, a ich przekazanie nie stanowi dostawy.

Kary umowne oraz odszkodowania, jako czynności jednostronne, pełniąc funkcję rekompensaty za poniesioną szkodę – nie wiążą się one z otrzymaniem żadnego świadczenia wzajemnego. Nie stanowią zatem odpłatnego świadczenia usług. Nie zostały także wymienione w art. 5 ust. 1 u.p.t.u., wśród innych czynności opodatkowanych.

Zasadniczo, wypłata odszkodowania bądź kary umownej związana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań umownych przez wypłacającego karę i nie jest związana z działaniem strony otrzymującej zapłatę. W związku z tym, nie może ona zostać uznana za świadczenie wzajemne. Strona otrzymująca wynagrodzenie (w postaci odszkodowania bądź kary umownej) nie świadczy żadnej usługi na rzecz wypłacającego. Mimo, że związana jest z brakiem realizacji lub niewłaściwą realizacją umowy dwustronnie zobowiązującej, wypłata tego świadczenia ma charakter jednostronnej czynności prawnej.

Trzeba jednak zaznaczyć, że w sytuacji, gdy po stronie odbiorcy płatności pojawi się jednak świadczenie wzajemne, może dojść do sytuacji, w której odszkodowanie bądź kara umowna podlegać będą opodatkowaniu podatkiem VAT.<sup>20</sup>

Podsumowując, **odszkodowania czy kary umowne**, niestanowiące wynagrodzenia za wzajemne świadczenie, **nie są objęte podatkiem VAT.**

---

<sup>20</sup> interpretacja indywidualna przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia z dnia 9 czerwca 2015 r., sygn. IPPP3/4512-307/15-2/RD:

*Dana czynność podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług wówczas, gdy istnieje bezpośredni związek o charakterze przyczynowym pomiędzy świadczoną usługą, a otrzymanym świadczeniem wzajemnym, w ten sposób, że zapłacone kwoty stanowią rzeczywiste wynagrodzenie za wyodrębnioną usługę świadczoną w ramach stosunku prawnego lub dochodzi do wymiany świadczeń wzajemnych. Otrzymana zapłata powinna być konsekwencją wykonania świadczenia. Wynagrodzenie musi być należne za wykonanie tego świadczenia.*

W odniesieniu do relacji Podmiot Publiczny – Partner Prywatny, w zakresie rozliczeń pomiędzy stronami, w Umowie o PPP konieczne będzie złożenie przez Podmiot Publiczny oświadczenia o zapewnieniu finansowania wynagrodzenia Partnera Prywatnego ze wskazaniem uchwał poszczególnych JST w sprawie WPF.

Oświadczenie takie złoży:

- **JST przejmująca zadanie:** w przypadku porozumienia administracyjnoprawnego,
- **wszystkie JST biorące udział w Projekcie poprzez JST będącą Liderem Projektu:** w przypadku umowy cywilnoprawnej,
- **związek:** w przypadku związku JST,
- **spółka:** w przypadku spółki komunalnej.

**10) postanowienia właściwe dla umów z zakresu branży drogowej:**

Ponieważ Pakietowy Projekt PPP ma dotyczyć inwestycji drogowych, należy w Umowie o PPP ująć te postanowienia, które są specyficzne dla tej branży.