

Wytyczne PPP

Tom I: Przygotowanie projektów
Tom II: Postępowanie przetargowe
Tom III: Umowa PPP

III

Publikacja Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej, Warszawa, 2019 r. Wersja 1.0.

Publikacja została opracowana w ramach projektu pozakonkursowego Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej „Rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014–2020, działanie 2.18 „Wysokiej jakości usługi administracyjne”.

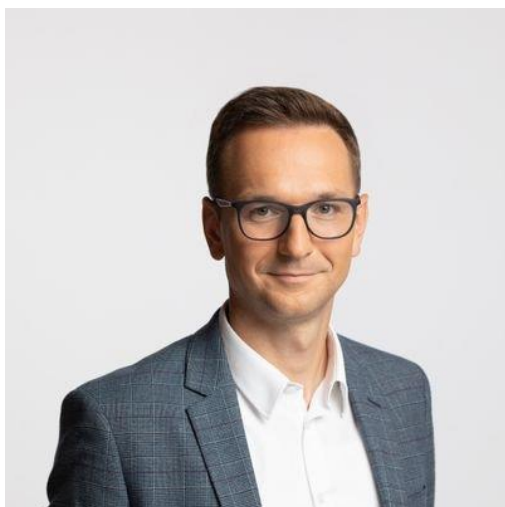
Warunki korzystania z niniejszej publikacji

Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej (MFIPR) oświadcza, że treść opracowania ma charakter informacyjny i pełni funkcję rekomendacji opartych o krajowe i międzynarodowe doświadczenia w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego.

MFIPR nie odpowiada za błędne interpretacje treści publikacji ani za następstwa czynności i decyzji podjętych w oparciu o niniejsze Wytoczne. W związku z tym użytkownik korzystający z informacji zawartych w niniejszej publikacji czyni to na swoją wyłączną odpowiedzialność. Opracowanie nie powinno być wprost stosowane, bez odpowiedniego dostosowania do konkretnego przedsięwzięcia.

MFIPR upoważnia odbiorców niniejszej publikacji do jej użytkowania, pobierania, wyświetlania, kopiowania i rozpowszechniania, w całości lub w części, ze wskazaniem źródła pochodzenia cytowanych materiałów. Bezwzględnie zabronione jest wykorzystywanie niniejszego dokumentu i jego treści do celów komercyjnych. Dokument może zawierać odesłania do serwisów internetowych podmiotów trzecich. MFIPR nie ponosi odpowiedzialności za takie serwisy, a korzystanie z nich może podlegać szczegółowym warunkom.

SŁOWO WSTĘPNE



Waldemar Buda

*Pełnomocnik Rządu ds. Partnerstwa
Publiczno-Prywatnego, Sekretarz Stanu
w Ministerstwie Funduszy i Polityki Regionalnej*

W trzecim tomie Wytycznych PPP opracowanych przez Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej omawiamy najistotniejsze elementy umowy o PPP. Kończymy tym samym cykl rozpoczęty tomem pierwszym Wytycznych dotyczącym przygotowania projektu i uzupełniony tomem drugim opisującym procedurę wyboru partnera prywatnego.

Wytyczne PPP są jednym z kluczowych narzędzi realizacji *Polityki Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego (Polityka PPP)*, przyjętej przez Radę Ministrów w lipcu 2017 r. i wpisują się w najlepsze standardy rozwiniętych rynków PPP, gdzie tego rodzaju opracowania obowiązują już od wielu lat.

Relacje pomiędzy stroną publiczną a stroną prywatną w projektach PPP regulowane są przez umowę PPP będącą wynikiem konkurencyjnego postępowania na wybór partnera prywatnego. Umowa PPP tworzona jest w trakcie procedury przetargowej i powinna być wypadkową dialogu prowadzonego również z uwzględnieniem wymagań instytucji finansujących. Umowa o PPP, jako kontrakt wieloletni, powinna być dla stron dobrze przygotowanym narzędziem do sprawnej realizacji przedsięwzięcia. Jest też koniecznym warunkiem realizacji celów projektu PPP.

W trzecim tomie Wytycznych PPP koncentrujemy się na najbardziej typowej formule partnerstwa publiczno-prywatnego – opartej na tzw. opłacie za dostępność. Wytyczne w zamierzeniu są praktycznym poradnikiem dla uczestników postępowania w zakresie formułowania konkretnych klauzul umownych i są pierwszym krokiem w kierunku standaryzacji rozwiązań prawnych w umowach PPP. Kolejnym krokiem i kontynuacją tych prac będą przykładowe klauzule umowne w typowych kontraktach PPP.

Jednocześnie zachęcam wszystkich (obecnych i potencjalnych) uczestników rynku PPP do współtworzenia standardów poprzez przygotowanie i realizację projektów PPP. Najlepsze praktyki kontraktowe tworzone są przecież nie w zaciszu ministerialnych gabinetów, lecz dzięki dobrze przygotowanym projektom.

Wszystkie tomy Wytycznych są dostępne w wersji elektronicznej na stronie Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej, poświęconej zagadnieniom partnerstwa publiczno-prywatnego: **ppp.gov.pl**.

Spis treści

SŁOWO WSTĘPNE	3
SPIS TREŚCI	4
SŁOWNIK POJĘĆ	5
1. WPROWADZENIE	9
1.1. Wytuczne Tom III	9
1.2. Korzystanie z Wytucznych	12
1.3. Podstawowe założenia do Wytucznych Tom III	12
2. UMOWA O PPP	13
2.1. Przedmiot Umowy	13
2.2. Obowiązki Umowy	13
2.3 Udostępnienie i zwrot nieruchomości	14
2.4 Kontrola i raportowanie Partnera Prywatnego	17
2.5 Projektowanie	19
2.6 Budowa	21
2.7 Utrzymanie i zarządzanie. Dostępność	26
2.8 Finansowanie	29
2.9 Umowa Bezpośrednia	33
2.10 Prawo interwencji Podmiotu Publicznego	35
2.11 Wynagrodzenie	37
2.12 Przypadki zewnętrzne	40
2.13 Ubezpieczenie i odpowiedzialność Partnera Prywatnego	45
2.14 Zakończenie Umowy	46
2.15 Zmiany umowy	49
2.16 Postanowienia końcowe	50
2.17 Załączniki do Umowy	57

SŁOWNIK POJĘĆ

Bankowalność Projektu – zdolność do pozyskania finansowania zewnętrznego dla Projektu PPP

Budowa – wybudowanie Infrastruktury Publicznej, na Nieruchomości przekazanej Partnerowi Prywatnemu przez Podmiot Publiczny w zakresie opisanym w PFU i zgodnie z Dokumentacją Projektową

Dialog Konkurencyjny – dialog konkurencyjny w rozumieniu Ustawy PZP

Dokumentacja Projektowa – dokumentacja służąca do opisu przedmiotu robót budowlanych (w szczególności projekt budowlany oraz projekt wykonawczy, przedmiar robót, informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów)

Dostępność/ Zasady Dostępności – zasady dostępności Infrastruktury Publicznej, które powinny zostać sprecyzowane w Umowie o PPP (najczęściej w formie załącznika)

Duży Projekt – Projekt PPP o szacunkowej wartości kosztów inwestycyjnych równej lub wyższej niż 40 mln PLN brutto

Generalny Wykonawca - podmiot, z którym Partner Prywatny zawiera umowę o budowę Infrastruktury Publicznej albo zaprojektowanie i budowę Infrastruktury Publicznej

Infrastruktura Publiczna – obiekt wybudowany przez Partnera Prywatnego na Nieruchomości wraz z niezbędną do korzystania z niego infrastrukturą techniczną, (np. parkingiem podziemnym i naziemnym, ciągami komunikacyjnymi, tj. chodnikami, drogami dojazdowymi, drogi ppoż.); zakres Robót dotyczących Infrastruktury Publicznej oraz jej funkcjonalność opisany powinien być w PFU

Instytucje Finansujące – łącznie wszystkie podmioty udzielające finansowania Partnerowi Prywatnemu w celu realizacji Projektu PPP

Koncesja – przedsięwzięcie prowadzone na podstawie umowy koncesji na roboty budowlane lub umowy koncesji na usługi w rozumieniu ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi

Mały Projekt – Projekt PPP o szacunkowej wartości kosztów inwestycyjnych niższej niż 40 mln PLN brutto

Model Finansowy – model finansowy, przygotowany przez Partnera Prywatnego który powinien stanowić załącznik do Oferty, aktualizowany zgodnie z postanowieniami Umowy o PPP

Negocjacje – etap negocjacyjny Postępowania, podczas którego dyskutowane są wszelkie kwestie dotyczące Projektu PPP pomiędzy Partnerami Prywatnymi a Podmiotem Publicznym

Nieruchomość – działki gruntu, które powinny zostać szczegółowo opisane w Umowie o PPP, prawo do korzystania z których stanowić może wkład własny Podmiotu Publicznego w Przedsięwzięcie

Niezależny Inżynier – podmiot działający na rzecz Projektu PPP wyznaczony przez strony Umowy o PPP do wykonywania usług niezależnego inżyniera, określonych w Umowie o PPP oraz umowie z Niezależnym Inżynierem zawartej zgodnie z postanowieniami Umowy o PPP, szczególnie dotyczącej Dużego Projektu

Oferta – oferta złożona przez Partnera Prywatnego w Postępowaniu

Okres Budowy – czas na realizację Budowy, zdefiniowany w Umowie o PPP

Okres Obowiązkiwania Umowy oznacza określony w Umowie okres od zawarcia Umowy i kończący się w dacie Zakończenia Umowy

Okres Utrzymania – okres liczony od zakończenia Budowy do zakończenia Umowy

Partner Prywatny – partner prywatny w rozumieniu Ustawy o PPP, z którym została zawarta Umowa o PPP

Podmiot Publiczny – podmiot publiczny w rozumieniu Ustawy o PPP, który zawarł Umowę o PPP z Partnerem Prywatnym

Podmiot Utrzymujący i Zarządzający – podmiot, z którym Partner Prywatny zawrze umowę o Utrzymanie i Zarządzanie Infrastrukturą Publiczną

Podwykonawca/ Podwykonawcy – osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna bez osobowości prawnej, z którą Partner Prywatny, zawrze umowę na wykonywanie określonego zakresu Umowy, w tym Generalny Wykonawca lub Podmiot Utrzymujący i Zarządzający Infrastrukturą Publiczną

Postępowanie – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego została zawarta Umowa o PPP

PPP – partnerstwo publiczno-prywatne w rozumieniu Ustawy o PPP

Prace Projektowe – prace obejmujące wykonanie projektu budowlanego, projektu wykonawczego, innej dokumentacji technicznej w celu zrealizowania Budowy zgodnie z Umową PPP

Prawo Interwencji – oznacza uprawnienie Instytucji Finansującej do rozpoczęcia określonych działań naprawczych zgodnie z postanowieniami Umowy Bezpośredniej

Prawo Interwencji Podmiotu Publicznego – oznacza uprawnienie Podmiotu Publicznego do wykonywania określonych działań w odniesieniu do Projektu, szczególnie jeśli Partner Prywatny uchybia obowiązkowi wynikającemu z Umowy o PPP

Program Funkcjonalno-Użytkowy/ PFU – dokument określający zakres Budowy, która ma zostać wykonana przez Partnera Prywatnego w Okresie Budowy

Projekt Hybrydowy – Projekt PPP w rozumieniu ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020

Projekt PPP – przedsięwzięcie realizowane w formule PPP

Przedsięwzięcie – wykonanie Prac Projektowych, Budowa, zapewnienie finansowania, Utrzymanie i Zarządzanie Infrastrukturą Publiczną na podstawie Umowy o PPP

Punkty Karne – określone w Umowie o PPP punkty karne za określony brak Dostępności lub niewykonanie, lub nienależyte wykonanie obowiązków

Roboty/ Roboty Budowlane – roboty budowlane prowadzone w celu zrealizowania Budowy

SIWZ – specyfikacja istotnych warunków zamówienia przygotowana na potrzeby Postępowania

Spółka Projektowa – spółka specjalnego przeznaczenia, utworzona przez Partnera Prywatnego w celu realizacji konkretnego Projektu PPP

Standardy Utrzymania – standardy utrzymania Infrastruktury Publicznej, które powinny zostać sprecyzowane w Umowie o PPP (najczęściej w formie załącznika)

Teren Budowy – teren, w tym Nieruchomość i wszelkie inne tereny, na których wykonywane będą Roboty Budowlane określone w Umowie o PPP

Umowa/Umowa o PPP – umowa zawierana pomiędzy Partnerem Prywatnym i Podmiotem Publicznym po przeprowadzeniu Postępowania

Umowa Bezpośrednia – umowa między stronami Umowy o PPP a Instytucją Finansującą (lub z wyznaczonym przez Instytucję Finansującą agentem działającym na ich rzecz), na podstawie której strony Umowy o PPP uzgadniają zasady współpracy z Instytucją Finansującą, w szczególności w przypadku nienależytego wykonywania przez Partnera Prywatnego lub Podmiot Publiczny zobowiązań z Umowy o PPP

Usługa Finansowa – usługa polegająca na rozłożeniu w czasie płatności wynagrodzenia za Roboty Budowlane ze spłatą odroczoną na Okres Utrzymania

Ustawa o PPP – ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-privatnym

Ustawa Prawo Budowlane – ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane

Ustawa PZP – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

Ustawa o VAT – ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług

Utrzymanie/ Utrzymywanie – wszelkie działania i czynności Partnera Prywatnego w celu wypełnienia standardów utrzymania Infrastruktury Publicznej oraz zapewnienia dostępności Infrastruktury Publicznej

Użytkownik/ Użytkownicy – podmioty korzystające z Infrastruktury Publicznej Podmiot Publiczny jako podmiot korzystający z Infrastruktury Publicznej, jego pracownicy lub współpracownicy Podmiotu Publicznego oraz klienci, (np. w przypadku urzędu gminy)

Wymagania przy Zwrocie – wymagania Podmiotu Publicznego dotyczące jakości Infrastruktury Publicznej w dacie Zakończenia Umowy określone w Umowie o PPP (najczęściej w formie załącznika)

Wynagrodzenie – ogół płatności należnych Partnerowi Prywatnemu i ponoszonych przez Podmiot Publiczny na rzecz Partnera Prywatnego z tytułu realizacji Przedsięwzięcia, określone szczegółowo w Umowie o PPP (najczęściej w formie załącznika)

Zakończenie Umowy – zakończenie Umowy o PPP niezależnie od jej podstawy

Zamknięcie Finansowe – podpisanie dokumentów dotyczących uzyskania przez Partnera Prywatnego finansowania, w łącznej kwocie wystarczającej do należytej realizacji Przedsięwzięcia

Zarządzanie – wszelkie działania i czynności Partnera Prywatnego w celu należytego zarządzania Infrastruktura Publiczną oraz usługami, które powinny zostać sprecyzowane w Umowie o PPP (najczęściej w formie załącznika)

Zespół Projektowy PPP – zespół pracowników Podmiotu Publicznego skierowanych do przygotowania, realizacji i monitorowania Projektu PPP

1. WPROWADZENIE

1.1. Wytyczne Tom III

Wytyczne Tom III stanowią omówienie typowej konstrukcji Umowy o PPP w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego realizowanych w oparciu o Opłatę za Dostępność.

W kontekście wykorzystania Wytycznych Tom III na potrzeby konkretnego projektu, należy podkreślić, że przy ich stosowaniu należy uwzględnić specyfikę danego sektora (np. z uwzględnieniem zasad ustalania taryf na rynkach regulowanych).

Wytyczne Tom III nie obejmują aspektów związanych z zawieraniem Umów o PPP w trybie koncesji ani w instytucjonalnym PPP, tj. realizowanym w formie spółki zgodnie z art. 14 ust. 1 Ustawy PPP.

Wytyczne Tom III zostały podzielone na części odpowiadające poszczególnym zagadnieniom, które znajdują odzwierciedlenie w standardowej Umowie o PPP.

Wytyczne wskazują m.in.:

- i. praktyczne przykłady;
- ii. wybrane zagadnienia podatkowe, o ile mają one szczególne znaczenie w kontekście konkretnych postanowień umownych;
- iii. odniesienie się do innych jurysdykcji, wytycznych, publikacji.

Tam, gdzie jest to konieczne, w celu ułatwienia rozumienia Wytycznych w kontekście praktyk międzynarodowych, posłużono się w nawiasach terminologią w języku angielskim odpowiadającą zastosowanej terminologii w języku polskim.

Umowa o PPP podlega ocenie pod kątem wpływu na **państwowy dług publiczny**, na zasadach uregulowanych w art. 18a Ustawy o PPP oraz pod kątem klasyfikacji statystycznej.

W odniesieniu do metodologii statystycznego ujęcia Umów o PPP uwzględnić należy stanowisko Eurostatu w odniesieniu do kwestii wrażliwych z punktu widzenia ujęcia statystycznego Umowy o PPP, wyrażone w treści opracowania EPEC oraz Eurostat pt. "A Guide to the Statistical Treatment of PPPs, September 2016".

W tym zakresie odwołać się można do nieoficjalnego tłumaczenia ww. Przewodnika EPEC z kwietnia 2017 r.¹

Przewodnik EPEC wypracowany został na podstawie dokumentu Eurostat pt. „Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of Esa 2010 – 2016 edition”. W dniu 2 sierpnia 2019 r. dokument ten doczekał się nowej edycji², która w zakresie materii objętej Przewodnikiem EPEC nie wprowadziła zmian.

¹ <https://www.ppp.gov.pl/media/system/podstrony/PRZEWODNIK-PL-GUS-FINAL-7042017.pdf>

² <https://www.ppp.gov.pl/file.php?i=przekladarka-plikow/Manual-2019.pdf>

W kwestii pozabilansowego charakteru Umów o PPP należy wskazać na pewną cechę rynku polskiego, polegającą na tym, że często zasadniczą motywacją dla Podmiotów Publicznych realizacji projektów w formule PPP jest brak wpływu Umowy o PPP na dług publiczny. Należy zauważyć w ślad za Polityką Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego³, że *„w sytuacji, kiedy główną motywacją podmiotów publicznych dla realizacji projektów PPP jest niepowiększanie długu publicznego, dochodzi częstokroć do wyboru nieadekwatnych modeli tej formuły”*.

Należy mieć na względzie, że kształtowanie treści Umów o PPP w sposób pozwalający na traktowanie jej w sposób neutralny dla bilansu Podmiotu Publicznego i państwowego długu publicznego, oznacza konieczność zaakceptowania określonych skutków z tym związanych, które mogą być oceniane negatywnie z punktu widzenia Bankowości Projektu PPP.

Podmioty Publiczne muszą zdawać sobie również sprawę z tego, że nie da pogodzić się potrzeby zapewnienia pozabilansowego charakteru Umowy o PPP i jednocześnie chęci uczestniczenia w sposób istotny w zyskach z Przedsięwzięcia (np. w przypadku refinansowania – przedterminowej spłaty finansowania – powyżej 1/3), czy wywierania istotnego wpływu na Przedsięwzięcie (np. poprzez istotną ingerencję w sposób wykonywania robót budowlanych).

Stąd przy formułowaniu postanowień Umowy o PPP należy rozważyć zasadność wyboru takiego podejścia z punktu widzenia korzyści dla konkretnego Projektu PPP.

Jednocześnie należy zwrócić szczególną uwagę na okoliczność, że ocena Umowy o PPP z punktu widzenia oceny powyższych kwestii często zależy od konkretnych wartości (np. wartość szacunkowych nakładów inwestycyjnych, wartość przychodów Podmiotu Publicznego itp.) i tym samym ostateczna ocena Umowy o PPP pod kątem wpływu na ujęcie statystyczne i państwowy dług publiczny, powinna być dokonana po ostatecznym ukształtowaniu Projektu PPP oraz ustaleniu treści Umowy o PPP.

W Wytycznych Tom III znajdują się odniesienia do Wytycznych Tom I: Przygotowanie projektów oraz Wytycznych Tom II: Postępowanie przetargowe.

Słowa pisane wielką literą posiadają znaczenie nadane im w Słowniku Pojęć.

Podczas przygotowywania projektu Umowy o PPP należy zwrócić uwagę na konieczność precyzyjnego zdefiniowania wykorzystywanych w Umowie pojęć i ich konsekwentne stosowanie w treści Umowy o PPP.

³ https://www.ppp.gov.pl/file.php?i=przegladarka-plikow/POLITYKA-PPP-0717_1.pdf

Wytyczne Tom III zawierają tabele i ramki wyróżniające określone zagadnienia, oznaczone w następujący sposób:

Tytuł ramki	Ikona	Znaczenie
Dobre praktyki		Wskazanie najlepszych praktyk w oparciu o doświadczenia międzynarodowe i krajowe
Przykład		Wskazanie praktycznych przykładów
Źródła Informacji		Wskazanie dodatkowych źródeł informacji rozszerzających treści zawarte w Wytycznych
Projekty Hybrydowe		Wskazanie w sposób ogólny najistotniejszych kwestii dotyczących specyfiki Projektów Hybrydowych.
Małe Projekty		Wskazanie rozwiązań specyficznych dla Małych Projektów.
Duże Projekty		Wskazanie rozwiązań specyficznych dla Dużych Projektów.

1.2. Korzystanie z Wytycznych

Podmioty korzystające z Wytycznych Tom III powinny mieć na względzie, że każdorazowo proponowane rozwiązania będą podlegały weryfikacji i dostosowaniu w kontekście konkretnego Projektu PPP i jego uwarunkowań, a przede wszystkim w kontekście konkretnego, zindywidualizowanego podziału zadań i ryzyk oraz wielkości danego Projektu.

Wytyczne Tom III nie zawierają kompleksowego katalogu rozwiązań możliwych do przyjęcia w Umowach o PPP, służą raczej zobrazowaniu najbardziej typowej konstrukcji takiej Umowy.

W każdym przypadku konieczne jest uwzględnienie specyfiki danego projektu, oczekiwań strony prywatnej i Instytucji Finansujących.

Wytyczne Tom III wskazują na ogólne zasady i cele poszczególnych elementów Umowy, nie przesądzając konkretnych rozwiązań i konstrukcji prawnych, które powinny zostać wykorzystane w Umowie o PPP.

Formułując postanowienia Umowy o PPP należy pamiętać, że powiązania pomiędzy poszczególnymi elementami kontraktu są tak dalece ze sobą powiązane, że muszą być analizowane zawsze powiązane w powiązaniu z innymi postanowieniami Umowy. Dotyczy to w szczególności zagadnień wpływających na rozkład ryzyk w Projekcie PPP.

1.3. Podstawowe założenia do Wytycznych Tom III

Dla zobrazowania konkretnych rozwiązań, Wytyczne Tom III zakładają następujące, ogólne warunki realizacji Projektu PPP polegającego na budowie budynku (np. urzędu miejskiego).

- przygotowanie Projektu PPP w sposób zgodny z Wytycznymi Tom I: Przygotowanie projektów,
- realizację Przedsięwzięcia w formule finansowania projektowego (ang. *project finance*), przy użyciu Spółki Projektowej,
- Partner Prywatny wybierany jest w Postępowaniu prowadzonym w trybie Dialogu Konkurencyjnego na podstawie przepisów Ustawy PZP, zgodnie z Wytycznymi Tom II: Postępowanie przetargowe,
- Projekt PPP oparty jest o Oplatę za Dostępność (a zatem ryzyko popytu ponosi Podmiot Publiczny),
- większość ryzyka projektowania, budowy i dostępności ponosi Partner Prywatny,
- brak jest przychodów komercyjnych od Użytkowników.

Przygotowanie Umowy o PPP dotyczącej projektu realizowanego w oparciu o inne założenia, wymaga odpowiednich dostosowań. W takim przypadku stanowiska sformułowane w Wytycznych Tom III mogą okazać się nieadekwatne do rozwiązań, które znajdą zastosowanie w Projekcie.

2. UMOWA O PPP

2.1. Przedmiot Umowy

Wstępna część Umowy o PPP, obejmująca komparację (oznaczenie stron), nie różni się znacząco od umów tradycyjnie zawieranych w wyniku tradycyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Umowa w początkowej części może także zawierać preambułę, określającą m.in. jaki jest zgodny zamiar stron, cele umowy lub poszczególnych jej postanowień, co ułatwi późniejszą wykładnię Umowy o PPP.

Umowa o PPP musi określać zobowiązania stron. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Ustawy PPP przez umowę o partnerstwie publiczno-privatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego.

Poza wyraźnie określonymi w Umowie przypadkami (np. przypadki kompensacyjne, czy siła wyższa) Partner Prywatny odpowiedzialny jest za należyte wykonanie Robót oraz za zapewnienie Standardów Utrzymania, Zarządzanie i Dostępność Infrastruktury Publicznej (większość ryzyka związanego z projektowaniem, budową oraz utrzymaniem jest po stronie prywatnej).

W typowym Projekcie PPP opartym o Opłatę za Dostępność Podmiot Publiczny zobowiązuje się do zapłaty Wynagrodzenia niezależnie od faktycznego wykorzystania Infrastruktury Publicznej przez Użytkowników (tj. ryzyko popytu jest alokowane po stronie publicznej).

Zobowiązania te powinny zostać precyzyjnie określone w Umowie o PPP.

2.2. Obowiązki Umowy

Umowa o PPP, będąc umową o zamówienie publiczne, jest zawierana na czas oznaczony. Podmiot Publiczny ustalając okres, na jaki powinna zostać zawarta Umowa o PPP, powinien kierować uzyskaniem jak najlepszej efektywności Projektu PPP (*Value for Money*) i powinien brać pod uwagę między innymi:

- potrzeby Podmiotu Publicznego w zakresie świadczonych usług publicznych zarówno w aspekcie ilościowym, jak i jakościowym,
- przewidywany okres trwałości Infrastruktury Publicznej, przy pomocy której świadczone są określone usługi publiczne, w tym potrzeby w zakresie istotnych remontów Infrastruktury Publicznej,
- optymalizację kosztów finansowania,
- możliwość w miarę dokładnego oszacowania kosztów Projektu PPP w planowanym okresie trwania Umowy.

Na faktyczny okres trwania Umowy o PPP wpływ mogą mieć okoliczności, których wystąpienie może skutkować rozwiązaniem Umowy przed upływem okresu, na jaki została zawarta.

2.3 Udostępnienie i zwrot nieruchomości

Umowa o PPP powinna przewidywać warunki wydania Nieruchomości Partnerowi Prywatnemu przez Podmiot Publiczny oraz zakres korzystania z Nieruchomości i Infrastruktury Publicznej przez Partnera Prywatnego.

Partner Prywatny może pełnić funkcję inwestora w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane. W takim przypadku wszelkie decyzje związane z realizacją procesu budowlanego będą uzyskiwane przez Partnera Prywatnego w swoim imieniu i na swoją rzecz.

Jako że wówczas Partner Prywatny będzie realizował inwestycję na cudzym gruncie, Umowa o PPP powinna zawierać również upoważnienie udzielone przez Podmiot Publiczny Partnerowi Prywatnemu do dysponowania Nieruchomością na cele budowlane.

W Projektach PPP Podmiot Publiczny oraz Partner Prywatny wnoszą do Przedsięwzięcia wkłady własne, przez które należy rozumieć świadczenia polegające, w szczególności, na poniesieniu części wydatków na realizację Przedsięwzięcia lub na wniesieniu składnika majątkowego.

Nieruchomość, jako składnik majątkowy będący (przeważnie) własnością Podmiotu Publicznego, jest wnoszona do Przedsięwzięcia przez Podmiot Publiczny w jednej z form przewidzianych w przepisie art. 9 ust. 1 Ustawy o PPP. Przepis ten stanowi samoistną podstawę wniesienia wkładu własnego w postaci Nieruchomości przez Podmiot Publiczny do Przedsięwzięcia na podstawie różnych zdarzeń, w szczególności, w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy. Katalog form prawnych udostępnienia Nieruchomości jest otwarty.

W celu udostępnienia Partnerowi Prywatnemu Nieruchomości dla celów należytego wykonania Umowy o PPP, nie jest konieczne zawieranie odrębnej umowy od Umowy o PPP. Większość wytycznych międzynarodowych oraz wzorów umów stosowanych w innych jurysdykcjach również nie przewiduje odrębnych umów dotyczących udostępniania Nieruchomości dla celów realizacji Przedsięwzięć PPP.

Wyjątkowo, w warunkach specyficznych dla danego Przedsięwzięcia, niektóre Umowy o PPP mogą przewidywać, że wniesienie wkładu własnego w postaci prawa do korzystania z Nieruchomości nastąpi w postaci zawarcia odrębnej umowy nazwanej lub nienazwanej, określającej warunki udostępnienia Nieruchomości Partnerowi Prywatnemu. W takim przypadku Umowa o PPP powinna określać rodzaj prawa, na podstawie którego Partner Prywatny będzie korzystał z nieruchomości.

PRZYKŁAD



Jeżeli Podmiot Publiczny zdecyduje się wnieść wkład własny w postaci Nieruchomości w drodze sprzedaży Nieruchomości, to zasadne jest zawarcie odrębnej umowy sprzedaży Nieruchomości w formie aktu notarialnego, w której to umowie strony mogą ustalić dodatkowo zasady odkupu Nieruchomości przez Podmiot Publiczny (jeżeli nie przewidziano w Umowie o PPP, że Nieruchomość pozostaje w majątku Partnera Prywatnego).

Udostępnienie Nieruchomości na podstawie odrębnej umowy nazwanej może wiązać się z następującymi ryzykami:

- powstaniem sprzeczności pomiędzy treścią Umowy o PPP, a odrębną umową,
- różnicami w okresach obowiązywania Umowy o PPP, a okresami obowiązywania odrębnej umowy.

Z zasady zawieranie odrębnej umowy w celu umożliwienia korzystania ze składnika majątkowego przez Partnera Prywatnego nie będzie uzasadnione, o ile nie przesądzą o tym szczególne wymagania. W przypadku braku odrębnej umowy (nazwanej lub nienazwanej) uprawnienia i obowiązki Partnera Prywatnego w zakresie korzystania z Nieruchomości (w tym wykonywanie prac w celu utrzymania Standardów Utrzymania i Zarządzania) określać powinna Umowa o PPP.

Zgodnie z art. 11 ust 1 Ustawy o PPP po zakończeniu czasu trwania Umowy o PPP, Partner Prywatny przekazuje Podmiotowi Publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji Przedsięwzięcia, chyba że Umowa o PPP stanowi inaczej.

Nieruchomość może być przekazywana nieodpłatnie w drodze umowy Partnerowi Prywatnemu na czas realizacji Przedsięwzięcia (art. 13 ust 1a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami). Ponadto zgodnie z przepisem art. 37 ww. ustawy, Nieruchomość może być sprzedana w drodze bezprzetargowej Partnerowi Prywatnemu.

Również, w przypadku gdyby strony zawierały dodatkową umowę o ustanowienie prawa użytkowania, umowy najmu lub dzierżawy jest to dopuszczalne na drodze bezprzetargowej, jeżeli oddanie w użytkowanie, najem albo dzierżawę stanowi wniesienie wkładu własnego Podmiotu Publicznego, a wybór Partnera Prywatnego nastąpił w trybie przewidzianym w art. 4 ust. 1 lub 2 Ustawy o PPP.

Umowa o PPP powinna również regulować kwestię zapewnienia możliwości korzystania, dostępu lub innych praw do nieruchomości leżących poza Nieruchomością, jeżeli będzie to konieczne dla celów Umowy o PPP, i przypisywać ryzyka z tym związane Partnerowi Prywatnemu. Dotyczy to na przykład zezwolenia na zajęcie pasa drogowego, albo umowy o korzystanie z dodatkowego placu na potrzeby placu budowy. Potrzeba zajęcia dodatkowego terenu może powstać dopiero po zawarciu Umowy o PPP i zależy od decyzji i sposobu organizacji Robót przez Partnera Prywatnego, stąd ryzyka tego nie może przyjąć na siebie Podmiot Publiczny.

Podmiot Publiczny może również posiadać status inwestora w rozumieniu przepisów prawa budowlanego.

Skutkiem takiego podejścia może być to, że Partner Prywatny na podstawie odpowiedniego umocowania uzyskuje decyzje administracyjne w imieniu i na rzecz Podmiotu Publicznego. W konsekwencji, zadania przypisane inwestorowi, takie jak np. nadzór inwestorski i dokonywanie odbioru robót budowlanych, należą do strony publicznej.

W związku z tym, Partner Prywatny nie musi być wyposażony w żaden szczególny tytuł prawny do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, gdyż na etapie budowy pełni on ewentualnie rolę inwestora zastępczego, a w Okresie Utrzymania – usługodawcy wobec strony publicznej.

W takich przypadkach szczególnie istotne jest rozstrzygnięcie w postanowieniach Umowy o PPP, czy wyłączona zostanie odpowiedzialność Podmiotu Publicznego za wynagrodzenie należne podwykonawcom Partnera Prywatnego (art. 7b Ustawy o PPP).

W konsekwencji w takich przypadkach, o ile status inwestora posiada Podmiot Publiczny, nie dochodzi do przekazania Nieruchomości na cele budowlane. Podmiot Publiczny zobowiązany jest natomiast do udostępnienia Partnerowi Prywatnemu Terenu Budowy, w celu wykonania Robót przez Partnera Prywatnego. W konsekwencji, nie następuje też formalny zwrot Nieruchomości rozumiany jako wygaśnięcie prawa do korzystania z Nieruchomości przez Partnera Prywatnego. Nie zmienia to faktu, że Partner Prywatny powinien wykonać w takich przypadkach wszelkie inne czynności określone Umową o PPP, związane ze zwrotem Infrastruktury Publicznej.

Uprawnienie do korzystania z Nieruchomości może wynikać wprost z Umowy o PPP i może nie wymagać zawarcia odrębnej umowy (przy uwzględnieniu m.in. przepisów dotyczących formy czynności prawnej). W razie przyjęcia takiego rozwiązania, Umowa o PPP stanowi samoistny tytuł prawny do korzystania z Nieruchomości przez Partnera Prywatnego, zawierając stosowne zobowiązania stron w tym zakresie.

Wybrane zagadnienia podatkowe

Ustawa o VAT posługuje się zakresem pojęciowym właściwym dla stosowania przepisów tej ustawy. Dotyczy to zarówno rodzajów czynności opodatkowanych, jak i definicji tych czynności.

W szczególności, w świetle Ustawy o VAT, przez opodatkowaną dostawę towarów rozumie się zasadniczo *"przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel"*. Zatem istotą dostawy towarów w rozumieniu Ustawy o VAT jest dokonanie czynności, która daje otrzymującemu towar prawo do postępowania z nim jak właściciel: chodzi tu przede wszystkim o możliwość faktycznego dysponowania rzeczą, a nie rozporządzania nią w sensie prawnym. Przy czym za odpłatną dostawę towarów uznaje się również nieodpłatne przekazanie towarów należących do przedsiębiorstwa podatnika, jeżeli podatnikowi przysługiwało, w całości lub w części, prawo do obniżenia kwoty podatku VAT należnego o kwotę podatku VAT naliczonego z tytułu nabycia, importu lub wytworzenia tych towarów lub ich części składowych. W konsekwencji, opodatkowaniu podatkiem VAT może podlegać zarówno sprzedaż, jak i udostępnienie przez Podmiot Publiczny Partnerowi Prywatnemu rzeczowego elementu aktywów do korzystania dla celów Umowy o PPP (zależnie od okoliczności).

Z kolei za odpłatne świadczenie usług uznaje się zarówno świadczenia odpłatne, jak i określone świadczenia nieodpłatne, w tym: (i) użycie towarów stanowiących część przedsiębiorstwa podatnika do celów innych niż działalność gospodarcza podatnika, jeżeli podatnikowi przysługiwało, w całości lub w części, prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego z tytułu nabycia, importu lub wytworzenia tych towarów lub ich części składowych; (ii) nieodpłatne świadczenie usług do celów innych niż działalność gospodarcza podatnika.

W kontekście powyższego, kluczowa jest ocena podatkowej kwalifikacji czynności "wydania" przez Podmiot Publiczny na rzecz Partnera Prywatnego aktywów niezbędnych dla wykonania Umowy o PPP. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy taka operacja ma charakter odpłatnej dostawy towarów lub odpłatnego świadczenia usług w rozumieniu Ustawy o VAT, uwzględniając treść Umowy o PPP oraz ekonomiczną charakterystykę relacji stron tej umowy.

Analogicznej analizie i kwalifikacji podatkowej powinien podlegać zwrot danego składnika majątkowego przez Partnera Prywatnego Podmiotowi Publicznemu po zakończeniu Umowy o PPP.

2.4 Kontrola i raportowanie Partnera Prywatnego

Kontrola

Ustawa o PPP w art. 8 wprost przewiduje uprawnienie Podmiotu Publicznego do bieżącej kontroli realizacji Przedsięwzięcia przez Partnera Prywatnego oraz kontroli składnika majątkowego wykorzystywanego do realizacji przedsięwzięcia. Zgodnie z przepisem art. 8 Ustawy o PPP określenie zasad oraz trybu prowadzenia kontroli powinno nastąpić w postanowieniach Umowy o PPP.

Umowa o PPP powinna określać zasady wykonywania kontroli przez Podmiot Publiczny w celu weryfikacji należytego wykonywania Umowy przez Partnera Prywatnego. Kontrola taka realizowana jest na różnych poziomach – poprzez weryfikację i zgłaszanie uwag do kluczowych dokumentów projektowych, w tym projektu budowlanego, po kontrole wyrywkowe wykonywania obowiązków w zakresie utrzymywania Standardów Utrzymania i Zasad Dostępności.

W odniesieniu do Standardów Utrzymania i Zasad Dostępności możliwe jest zastosowanie rozwiązania (powszechnego dla Umów o PPP), tj. monitorowanie przez Podmiot Publiczny działań Partnera Prywatnego w oparciu o raporty i sprawozdania Partnera Prywatnego. Partner Prywatny zgłasza w ramach swoich raportów wszelkie przypadki niedotrzymania Standardów Utrzymania i Zasad Dostępności, które następie są weryfikowane przez Podmiot Publiczny.

Niezależnie od powyższego wykonywanie przez Partnera Prywatnego obowiązków wynikających z Umowy o PPP, w tym w zakresie Utrzymania i Zarządzania, może być monitorowane przez Podmiot Publiczny, również w sposób aktywny, poprzez wykonywanie czynności kontrolnych w zakresie oraz o częstotliwości wedle uznania Podmiotu Publicznego. Dotyczy to w szczególności stanu technicznego Infrastruktury Publicznej, która zwykle wraz z Zakończeniem Umowy o PPP wróci do Podmiotu Publicznego.

Ustawa o PPP mówi o bieżącej kontroli, co nie oznacza, że Podmiot Publiczny powinien przeprowadzać ją w sposób nadmiernie (nieadekwatnie) uciążliwy.

Określając zakres uprawnień kontrolnych oraz tryb prowadzenia kontroli, należy mieć na względzie, aby działania Podmiotu Publicznego były adekwatne dla prowadzonej przez Partnera Prywatnego działalności w ramach Umowy o PPP.

Wzory umów prezentowane w innych jurysdykcjach przewidują określoną maksymalną częstotliwość kontroli przez Podmiot Publiczny ogólnego stanu technicznego składnika majątkowego na etapie utrzymania np. nie częściej niż raz na 5 lat (Nowa Zelandia) lub raz na 2 lata (Wielka Brytania). Częstotliwość kontroli należy dostosować do specyfiki projektu, w tym do zakresu czynności utrzymaniowych Partnera Prywatnego.

ŹRÓDŁA INFORMACJI



HM Treasury Standardisation of PF2 Contracts, Draft, December 2012, str. 72.

The Treasury Kaitohutohu Kaupapa Rawa, New Zealand Government, Standard Form Public Private Partnership (PPP) Project Agreement, Base Agreement, October 2013, str. 115.

Umowa o PPP może przewidywać, że Partner Prywatny ponosi koszty kontroli, jednak szczególnie w Dużych Projektach (np. z sektora drogowego), w których koszty kontroli są

wysokie, zasadne może okazać się limitowanie tego obowiązku, np. poprzez określenie w Umowie o PPP poziomu Punktów Karnych naliczonych w wyniku danej kontroli, powyżej którego powstaje obowiązek zwrotu kosztów kontroli.

Raportowanie

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 Ustawy o PPP Partner Prywatny ma obowiązek bieżącego raportowania Podmiotowi Publicznemu o stanie realizacji Przedsięwzięcia i stanie składnika majątkowego wykorzystywanego do realizacji Przedsięwzięcia, z tym, że szczegółowe zasady, tryb i częstotliwość raportowania określać powinna Umowa o PPP.

Podobnie jak zakres kontroli, zakres oraz częstotliwość raportowania powinna być dostosowana do konkretnego Projektu PPP.

Brak wywiązywania się przez Partnera Prywatnego z obowiązków raportowania, w tym błędy lub brak wykazania określonych zdarzeń, powinien być w proporcjonalny sposób sankcjonowany w Umowie o PPP (np. poprzez zwielokrotnienie Punktów Karnych).

W przypadku, gdy konkretne informacje dla celów statystycznych lub na potrzeby informacyjne w Projektach Hybrydowych potrzebne są Podmiotowi Publicznemu, można to uwzględnić w zakresie informacji, które raportuje Partner Prywatny (np. liczba obsłużonych klientów w określone dni).

PROJEKTY HYBRYDOWE



W przypadku Projektów Hybrydowych kontrola i obowiązki w zakresie raportowania Partnera Prywatnego powinny być rozszerzone o wymogi właściwej instytucji zarządzającej, związane z realizacją umowy o dofinansowanie projektu. W szczególności, Partner Prywatny powinien poddać się kontrolom uprawnionych do tego instytucji oraz współpracować z Podmiotem Publicznym przy rozliczaniu projektu w sposób wynikający z umowy o dofinansowanie i systemu realizacji danego programu operacyjnego.

W przypadku, kiedy beneficjentem jest Podmiot Publiczny, to on odpowiedzialny jest za prawidłowe wykorzystanie dofinansowania, ale bez współpracy z Partnerem Prywatnym nie będzie to możliwe.

2.5 Projektowanie

Budowa Infrastruktury Publicznej poprzedzona jest wykonaniem Prac Projektowych, w tym przygotowaniem projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego. W typowym Projekcie PPP wykonanie tych prac jest obowiązkiem Partnera Prywatnego i tym samym Partner Prywatny ponosi odpowiedzialność za zgodność Prac Projektowych z PFU oraz przepisami prawa.

W Projektach PPP, w których Podmiot Publiczny oczekuje wykorzystania posiadanego przez niego projektu budowlanego, ryzyko związane z Pracami Projektowymi ponosić powinien Podmiot Publiczny. W Projektach PPP zdarza się, że Podmiot Publiczny oczekuje przyjęcia ryzyka za taki projekt budowlany przez Partnera Prywatnego. Wówczas Partner Prywatny odpowiednio wyceni ryzyko związane z koniecznością wprowadzenia zmian do Dokumentacji Projektowej. Nie jest to podejście rekomendowane.

Umowa o PPP powinna przewidywać określone uprawnienia Podmiotu Publicznego w zakresie weryfikowania należytego wykonywania Prac Projektowych, jednak uprawnienia te nie powinny przenosić ryzyka związanego z Pracami Projektowymi na Podmiot Publiczny.

Na podstawie przygotowanej Dokumentacji Projektowej Partner Prywatny powinien ponosić odpowiedzialność za pozyskanie odpowiednich decyzji administracyjnych (np. pozwolenia na budowę, pozwolenia na użytkowanie). Na potrzeby Wytycznych Tom III zakładamy, iż Partner Prywatny w Przedsięwzięciu sprawować będzie funkcję inwestora w rozumieniu przepisów Ustawy Prawo Budowlane i uzyskiwać będzie decyzje administracyjne w swoim imieniu i na swoją rzecz.

Inwestorem jest podmiot dysponujący nieruchomością na cele budowlane. Ustawa Prawo budowlane nie zawiera definicji legalnej inwestora, tylko definiuje go poprzez wskazanie obowiązków na nim spoczywających (art. 18 Ustawy Prawo Budowlane). Tym samym inwestorem może być nie tylko właściciel, ale też podmiot uprawniony do realizacji inwestycji na cudzym gruncie (np. dzierżawca, najemca, Partner Prywatny, użytkownik), jeżeli ma uprawnienie umowne do prowadzenia inwestycji na Nieruchomości (w tym prawo do dysponowania Nieruchomością na cele budowlane).

Tym samym w Projekcie PPP, gdzie wprawdzie ostatecznie Infrastruktura Publiczna przypadnie Podmiotowi Publicznemu, to jednak Partner Prywatny finansuje i odbiera roboty od Generalnego Wykonawcy i tym samym najczęściej sprawuje funkcję inwestora w rozumieniu przepisów Ustawy Prawo Budowlane.

Zdarza się, że Podmiot Publiczny dysponuje już gotową dokumentacją projektową wraz z pozwoleniem na budowę. W takich przypadkach skutkiem jest, że odpowiedzialność za Dokumentację Projektową spoczywać będzie zazwyczaj na stronie publicznej.

W przypadkach, w których Partner Prywatny nie ma obowiązku przygotowania pełnej Dokumentacji Projektowej, powinien ciążyć na nim obowiązek przygotowania projektów wykonawczych.

Okoliczność, w której Podmiot Publiczny dostarcza własną Dokumentację Projektową i ponosi za nią odpowiedzialność ma także znaczenie dla oceny podziału ryzyka w ramach Projektu (por. art. 18a ust. 1 Ustawy o PPP oraz rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie; zagadnienie to omówione zostało w Wytycznych I: Przygotowanie projektu oraz Wytycznych II: Dokumentacja przetargowa).

PROJEKTY HYBRYDOWE



W przypadku Projektów Hybrydowych opartych o Opłatę za Dostępność, Partner Prywatny może uzyskać część wynagrodzenia już na etapie Prac Projektowych (w zakresie odpowiadającym części dofinansowania z UE przeznaczonego na pokrycie kosztów Dokumentacji Projektowej).

2.6 Budowa

W Projektach PPP z mechanizmem płatności opartym na Opłacie za Dostępność Partner Prywatny przyjmuje większość ryzyka budowlanego, co oznacza, że ponosi on odpowiedzialność za zgodność Budowy z Umową o PPP, w tym z PFU, Dokumentacją Projektową, decyzjami administracyjnymi oraz przepisami prawa. Partner Prywatny ponosi również odpowiedzialność za wykonanie Robót w terminach uzgodnionych z Podmiotem Publicznym w Umowie o PPP.

W przypadku opisywanym w niniejszych Wytycznych właścicielem środków trwałych (w ujęciu ekonomicznym, jak i cywilistycznym) będzie Podmiot Publiczny. Możliwe są jednak przypadki, gdy środki trwale ewidencjonowane będą zarówno w Okresie Budowy, jak i w Okresie Utrzymania w bilansie Partnera Prywatnego.

PROJEKTY HYBRYDOWE



W przypadku Projektów Hybrydowych opartych o Opłatę za Dostępność należy pamiętać, że najczęściej większość środków kwalifikowalnych zostanie rozliczona na etapie Budowy.

W tym kontekście szczególnie istotne jest, aby w Umowie zawarty został mechanizm rozliczenia wydatków poniesionych przez Partnera Prywatnego. Wydatki takie muszą być opłacone przez Partnera Prywatnego i udokumentowane w odpowiedni sposób (np. w formie protokołów odbioru robót budowlanych oraz faktur VAT). Na tej podstawie beneficjent (Podmiot Publiczny) może wystąpić do właściwej instytucji z wnioskiem o płatność. Płatności na rzecz beneficjenta wpłacane są na rachunek powierniczy, założony w tym celu na rzecz beneficjenta. Środki z tego rachunku są wykorzystywane na płatności zgodnie z Umową o PPP, w tym na płatności, które mają zostać dokonane w przypadku rozwiązania Umowy.

Wybrane zagadnienia podatkowe

Na marginesie rozważań dotyczących etapu Budowy, jak również współpracy z Podwykonawcami w trakcie realizacji całości Projektu należy zauważyć, że zgodnie z zasadami obowiązującymi od 1 listopada 2019 r. związanymi z wejściem w życie ustawy z dnia 9 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw, do rozliczeń pomiędzy Partnerem Prywatnym a jego dalszymi wykonawcami („podwykonawcami”) nie znajdzie zastosowania mechanizm odwrotnego obciążenia VAT.

Dotychczasowa praktyka organów podatkowych wskazywała, że usługi świadczone przez podwykonawców na rzecz Partnera Prywatnego powinny zostać objęte rozliczeniem VAT na zasadzie odwrotnego obciążenia. Oznaczało to, że usługodawca (podwykonawca) nie rozliczał podatku VAT należnego – obowiązek ten spoczywał na usługobiorcy (podatniku). W związku z wejściem w życie ustawy z dnia 9 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw, mechanizm odwrotnego obciążenia zastąpiony został mechanizmem podzielonej płatności (*split payment*).

Teren Budowy

Klauzule umowne w tym zakresie powinny obejmować odpowiedzialność za należyte i zgodne z przepisami prawa przygotowanie, utrzymywanie oraz zabezpieczenie Terenu Budowy, w tym m.in.:

- właściwe oznakowanie Terenu Budowy,
- zapewnienie dozoru mienia na Terenie Budowy,
- przestrzeganie przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, ochronę przeciwpożarową i dozór mienia na Terenie Budowy,
- zabezpieczenie instalacji, urządzeń i obiektów na Terenie Budowy przed ich zniszczeniem lub uszkodzeniem w trakcie wykonywania robót budowlanych,
- dbanie o porządek na Terenie Budowy, w tym uporządkowanie Terenu Budowy po zakończeniu robót budowlanych,
- wykonanie prac przygotowawczych na terenie Budowy zgodnie z przepisami prawa, w tym: wytyczenie geodezyjne obiektów w Terenie Budowy, wykonanie niwelacji Terenu Budowy, zagospodarowanie Terenu Budowy wraz z budową tymczasowych obiektów oraz wykonanie przyłączy do sieci infrastruktury technicznej na potrzeby Robót.

Wykonywanie Robót w Okresie Budowy

Klauzule umowne dotyczące wykonywania robót powinny obejmować m.in.:

- odpowiedzialność Partnera Prywatnego za wykonanie Budowy w sposób zgodny z Umową, w tym z PFU,
- obowiązek Partnera Prywatnego wykonywania robót budowlanych w sposób zgodny z przepisami prawa, sztuką budowlaną, przepisami dotyczącymi bezpieczeństwa i higieny pracy, ochrony przeciwpożarowej,
- częstotliwość przekazywania okresowych (miesięcznych) raportów z Budowy.

Z zastrzeżeniem przypadków określonych w Umowie o PPP, Partner Prywatny powinien ponosić ryzyko wzrostu kosztów i opóźnień wykonywania Budowy.

Terminy, opóźnienia i ich skutki

Termin ukończenia Budowy powinien zostać określony w Umowie o PPP. Umowa o PPP powinna też określać konsekwencje i zasady wprowadzania zmian wynikających ze skrócenia lub wydłużenia Okresu Budowy.

Umowa o PPP może przewidywać korzyść dla Partnera Prywatnego wynikającą z wcześniejszego zakończenia Budowy, na przykład w postaci wydłużenia Okresu Utrzymania i tym samym możliwości dłuższego pobierania Opłaty za Dostępność. Takie rozwiązanie może

być zasadne w Projektach PPP, w których termin wykonania Budowy jest bardzo istotny z punktu widzenia korzyści społecznych (np. w projektach liniowych).

Brak premiowania Partnera Prywatnego z tytułu wcześniejszego zakończenia Budowy może być adekwatny dla Projektów PPP, w których istotne dla Podmiotu Publicznego jest umożliwienie korzystania z Infrastruktury Publicznej w określonym terminie (nie wcześniej i nie później). Dotyczyć to będzie na przykład Infrastruktury Publicznej, która ma charakter sezonowy (pływalnie otwarte) lub takiej, która wymaga zaplanowanego wcześniej zaangażowania logistycznego po stronie Podmiotu Publicznego (przeniesienie szpitala z jednej do drugiej lokalizacji).

PRZYKŁAD



Podmiot Publiczny może nie być zainteresowany wcześniejszym zakończeniem Budowy obiektu szkoły i rozpoczęciem płatności, albowiem zaplanował z wyprzedzeniem przeprowadzkę z jednej lokalizacji do drugiej w okresie wakacyjnym.

Umowa o PPP powinna określać skutki przedłużenia Okresu Budowy.

Jeśli do przedłużenia dojdzie z przyczyn nieleżących po stronie Partnera Prywatnego, w takim przypadku Partner Prywatny nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji takiego przedłużenia.

Natomiast w razie opóźnienia w Zakończeniu Budowy z przyczyn, za które odpowiada Partner Prywatny (zwłoki Partnera Prywatnego), Umowa o PPP powinna przewidywać proporcjonalną sankcję, np. w formie kary umownej za zwłokę.

Jednocześnie w każdej sytuacji wprowadzanie do Umowy podstaw do naliczenia kar umownych za zwłokę musi zostać każdorazowo przeanalizowane pod kątem proporcjonalności i celowości i nie powodować w szczególności nadmiernego obciążenia czy podwójnego karania Partnera Prywatnego.

I tak, w Projektach PPP, w których termin wykonania Budowy nie jest jedną z kluczowych potrzeb Podmiotu Publicznego, może się okazać, że wystarczającą konsekwencją dla Partnera Prywatnego jest skrócenie Okresu Utrzymania o okres zwłoki Partnera Prywatnego i tym samym zmniejszenie przychodu o część Oplaty za Dostępność.

Zakończenie Budowy

W Projektach PPP procedury odbiorów Robót mają odmienny charakter od odbiorów Robót w tradycyjnych zamówieniach publicznych. Związane to jest przede wszystkim z okolicznością, że Podmiot Publiczny nie przejmuje odpowiedzialności za Infrastrukturę Publiczną po dokonany odbiorze końcowym, płaci Wynagrodzenie w sposób okresowy i w wysokości zależnej od jakości świadczonych w przyszłości usług Utrzymania i Dostępności.

Odbiory w Projektach PPP nie mają na celu faktycznego przejęcia Infrastruktury Publicznej przez Podmiot Publiczny, lecz przede wszystkim dostarczenie Podmiotowi Publicznemu informacji na temat postępu Robót na danym ich etapie i umożliwienie mu na tym etapie zgłoszenia uwag, co nie powinno zwalniać Partnera Prywatnego z odpowiedzialności na jakość Robót. Partner

Prywatny ponosi odpowiedzialność za jakość wykonanych Robót przez cały Okres Obowiązania Umowy w ramach odpowiedzialności za jakość Infrastruktury Publicznej. W Projektach, w których rolę inwestora pełnić będzie Podmiot Publiczny, odbiory dokonywane będą przez inspektora nadzoru właścicielskiego zakontraktowanego przez Podmiot Publiczny na zasadach ogólnych.

W tych Projektach PPP, w których z punktu widzenia technicznego istotna jest dla Podmiotu Publicznego wzmożona kontrola spełnienia wymagań przez infrastrukturę, w Umowie o PPP znaleźć powinny się klauzule dotyczące procedury "odbiorów" Robót częściowych i ulegających zakryciu. Procedura taka uwzględniona może zostać w PFU w ramach specyfikacji technicznych wykonania i odbiorów robót budowlanych.

Przeprowadzenie procedury odbiorowej i wydanie protokołu zakończenia Budowy nie powinno zwalniać Partnera Prywatnego z odpowiedzialności za jakość Budowy i tym samym ze zobowiązań dotyczących należytego Utrzymania Infrastruktury Publicznej.

Podstawą do rozpoczęcia otrzymywania przez Partnera Prywatnego powinien być dokument potwierdzający wykonanie Budowy.

W niektórych Projektach PPP zasadne będzie rozważenie protokołu wstępnego zakończenia Robót, jako dokumentu wystarczającego dla rozpoczęcia płatności ze strony Podmiotu Publicznego. Dotyczy to w szczególności takich projektów, w których Użytkownicy mogą korzystać z Infrastruktury Publicznej w sposób komfortowy w czasie kończenia drobnych Robót.

PRZYKŁAD



W projektach drogowych może być zasadne udostępnienie Infrastruktury Publicznej Użytkownikom i rozpoczęcie płatności przy jednoczesnym prowadzeniu drobnych prac wykończeniowych. Dla Użytkowników bowiem drobne prace wykończeniowe (na przykład nasadzenia) nie mają najczęściej wpływu na możliwość bezpiecznego korzystania z drogi. Podejście takie nie byłoby rekomendowane dla budynków użyteczności publicznej, gdzie prowadzenie dalszych prac w budynku mogłoby naruszać zasady bezpieczeństwa oraz komfort Użytkowników.

Umowy i PPP dotyczące jednego budynku najczęściej nie przewidują etapowania Robót.

Z kolei w Projektach PPP, w których można wyodrębnić niezależną od siebie Infrastrukturę Publiczną, z której mogą korzystać Użytkownicy, etapowanie Robót mogłoby być zasadne. Dotyczyć to będzie w szczególności pakietowych (grupowanych) Projektów PPP. W razie etapowania Robót, Umowa o PPP musi wprost wskazywać, od kiedy rozpoczyna się Okres Użytkowania. Musi też określać konsekwencje z tym związane, w tym zasady kalkulacji Wynagrodzenia przy częściowo odebranej i użytkowanej Infrastrukturze.

PRZYKŁAD



Jeżeli projekt PPP dotyczy budowy kompleksu sportowo rekreacyjnego obejmującego krytą pływalnię, halę sportową i boisko piłki nożnej, i możliwe jest oddawanie do korzystania Użytkownikom każdego obiektu z osobna, wówczas dokonywanie odbiorów poszczególnych etapów lub elementów Infrastruktury Publicznej może być dla Podmiotu Publicznego zasadne.

Pracownicy

W przypadku Umowy o PPP zawartej z zastosowaniem Ustawy PZP należy mieć na względzie przepisy art. 29 ust. 3a oraz 143e tej ustawy, zgodnie z którymi dokumentacja postępowania, w tym wzór umowy, powinny zawierać wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, a postanowienia dotyczące sposobu dokumentowania zatrudnienia oraz kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz postanowienia dotyczące sankcji z tytułu niespełnienia wymagań.

W przypadku, gdy zgodnie z Umową o PPP inwestorem jest Podmiot Publiczny, zastosowanie ww. przepisów do Umowy o PPP będzie bezdyskusyjne. Wątpliwości może budzić zasadność nakładania obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę pracowników Partnera Prywatnego, który pełni rolę inwestora. Partner Prywatny nie będzie zazwyczaj samodzielnie wykonywał robót budowlanych, dostaw lub usług niezbędnych do wykonania Umowy o PPP, a będzie posługiwał się Generalnym Wykonawcą lub Podwykonawcami.

Przepis art. 29 ust. 3a Ustawy PZP rozciąga się jednak także na podwykonawców, co pozwala przyjąć, że będzie on dotyczył Generalnego Wykonawcy zatrudnionego przez Partnera Prywatnego.

2.7 Utrzymanie i zarządzanie. Dostępność

Umowa o PPP, w zakresie dotyczącym obowiązków stron w Okresie Utrzymania, dotyczyć powinna zobowiązań stron w zakresie używania Infrastruktury Publicznej. W zależności od Projektu PPP zakres świadczeń Partnera Prywatnego będzie się różnił. W Okresie Utrzymania Partner Prywatny świadczyć może:

- usługi związane z zarządzaniem Infrastrukturą Publiczną (ang. *facility management, asset management*);
- usługi związane z utrzymaniem należytego stanu technicznego Infrastruktury Publicznej (ang. *heavy maintenance*);
- usługi związane z utrzymaniem elementów wyposażenia Infrastruktury Technicznej, zieleni (ang. *light maintenance*);
- usługi miękkie takie jak sprzątnięcie, catering, ochrona (ang. *soft services*).

Powyższa próba skatalogowania rodzaju usług Partnera Prywatnego nie wynika z jakiegokolwiek powszechnie uznanego podziału usług Partnera Prywatnego, ani też nie stanowi katalogu zamkniętego.

Uznaje się, że usługi Zarządzania stanowią kategorię pojemniejszą od usług Utrzymania i obejmują wszelkie usługi o charakterze zarządczym świadczone nie tylko w celu zapewnienia należytego wykonania pozostałych usług przez Partnera Prywatnego, ale też optymalnego wykorzystania Infrastruktury Publicznej pod kątem zarówno technicznym jak i finansowym. W ramach usług Zarządzania Partner Prywatny odpowiedzialny będzie na przykład za skoordynowanie działań pomiędzy wszystkimi Podwykonawcami, optymalizację usług Utrzymania, realizację planów remontowych, umożliwienie wykonywania kontroli przez Podmiot Publiczny itd.

W niektórych projektach można spotkać się z terminem „eksploatacja”. Termin ten właściwszy jest dla projektów, w których z samej Infrastruktury Publicznej generowany jest przychód (np. autostrady płatne).

Należy zauważyć, iż na rynkach rozwiniętych coraz częściej rezygnuje się z tzw. usług miękkich w Projektach PPP takich jak catering, czy sprzątnięcie (więcej na ten temat Wytyczne Tom I).

Brak jest wynikającego z przepisów obowiązku Partnera Prywatnego tworzenia jakichkolwiek rezerw finansowych na potrzeby wykonania zobowiązań w zakresie Utrzymania. Mogą tego jednak ewentualnie wymagać Instytucje Finansujące.

PROJEKTY HYBRYDOWE



Należy pamiętać, że wydatkowanie środków UE w związku z Budową Infrastruktury Publicznej nie oznacza jeszcze ich prawidłowego wykorzystania. Beneficjent funduszy UE zobowiązany jest zapewnić tzw. trwałość projektu, tj. jego niezakłócone funkcjonowanie, oparte o uzyskane rezultaty, w okresie 5 lat od rzeczowo-finansowego zakończenia realizacji dofinansowanego projektu.

Utrzymanie i Zarządzanie

Umowa o PPP powinna zawierać precyzyjne zobowiązania stron w zakresie standardów Utrzymania i Zarządzania. Często w Umowach o PPP spotyka się w tym zakresie odrębny załącznik do Umowy. Umowa powinna określać standardy, wedle których Partner Prywatny zobowiązany jest utrzymywać Infrastrukturę Publiczną, mierzone określonymi wskaźnikami jakości.

Niedotrzymanie takich wskaźników powinno być sankcjonowane (np. w postaci tzw. punktów karnych o określonej wartości). Sposób sformułowania takiej sankcji nie jest obwarowany Ustawą o PPP, powinna ona wynikać z postanowień Umowy o PPP z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa.

Ryzyko Dostępności

Umowa o PPP musi uregulować również kwestię Dostępności Infrastruktury Publicznej. Dostępność postrzegana jest jako możliwość korzystania z Infrastruktury Publicznej przez Użytkowników.

Nienależyte świadczenie usług Dostępności oznaczać będzie ograniczoną Dostępność Infrastruktury Publicznej i powinno powodować obniżenie Wynagrodzenia. Przypadki braku Dostępności i nienależytego świadczenia usług Dostępności, muszą zostać szczegółowo określone w Umowie o PPP (np. zamknięcie pasa ruchu, zanieczyszczona woda w basenie, niedziałające rampy dla osób niepełnosprawnych, niedziałający sprzęt audiowizualny w Sali konferencyjnej).

PRZYKŁAD



Z brakiem Dostępności mamy do czynienia na przykład w przypadku wyłączenia pasa ruchu w celu prowadzenia prac remontowych. W przypadku budynku użyteczności publicznej brak Dostępności oznaczać będzie niemożność korzystania z części lub wszystkich pomieszczeń budynku zgodnie z ich przeznaczeniem. Zdarzyć się może, iż brak Dostępności części Infrastruktury Publicznej, oznaczać będzie de facto całkowity jej brak (np. brak dostępności sal rozpraw w sądzie oznaczać może całkowitą nieprzydatność Infrastruktury Publicznej w tym czasie, pomimo, że dostępne są pomieszczenia administracji; brak Dostępności wszystkich sal operacyjnych może być uznany za brak Dostępności szpitala, pomimo dostępności pomieszczeń ambulatoryjnych).

Punkty karne. Korekty

Umowa o PPP określać musi odpowiedzialność za Utrzymanie i Zarządzanie Infrastrukturą Publiczną zgodnie z określonymi w Umowie standardami. Niedotrzymanie przez Partnera Prywatnego takich standardów zazwyczaj skutkuje naliczeniem przez Podmiot Publiczny punktów karnych. Ich liczba pomnożona przez ich wartość stanowi wartość obniżającą OzD.

Sposób sformułowania klauzul umownych dotyczących Dostępności oraz jej wpływu na wysokość wynagrodzenia ma istotny wpływ na przeniesienie na Partnera Prywatnego ryzyka Dostępności.

W tym zakresie należy mieć na uwadze również stanowisko instytucji finansujących, które zwykle oczekują zabezpieczenia swoich interesów poprzez zapewnienie co najmniej (w uproszczeniu) określonego poziomu wynagrodzenia zapewniającego spłatę kredytu udzielonego przez taką instytucję.

Pomocniczo można odwołać się w tym kontekście do Przewodnika EPEC (por. np. pkt 4.7), który zauważając takie oczekiwanie w odniesieniu do ujęcia statystycznego Projektów PPP wskazuje na możliwość zastosowania mechanizmu rolowania pomniejszeń wynagrodzenia, który pozwala na sankcjonowanie niedotrzymania przez Partnera Prywatnego zobowiązań w tym zakresie w danym czasie (np. jednego roku), powiązanego z prawem Podmiotu Publicznego do wcześniejszego zakończenia Umowy o PPP z partnerem, z jego winy, na koniec takiego okresu.

Konkretne rozwiązania w Umowie powinny zostać osadzone w polskim systemie prawnym, uwzględniając m.in. zasady potrącenia wzajemnych wierzytelności, czy zasad określania momentu wymagalności danego roszczenia.

2.8 Finansowanie

Wytyczne dotyczą finansowania Projektu oparte na modelu finansowania pojedynczego projektu (ang. *project finance*).

MAŁE PROJEKTY



W Małych Projektach model *project finance* nie jest stosowany. Często Partnerem Prywatnym będzie podmiot funkcjonujący na rynku w realizacji innych zadań, lub konsorcjum z udziałem takich podmiotów. W takim wypadku finansowanie Projektu PPP przedstawiać się może będzie inaczej niż w modelu *project finance*.

Prawdopodobny jest znacznie większy udział finansowego wkładu własnego Partnera Prywatnego. Skłonność do ekspozycji kredytowej Partnera Prywatnego będzie znacznie mniejsza niż w finansowaniu projektowym. Dług związany z finansowaniem dłużnym obciążał będzie bilans przedsiębiorstwa Partnera Prywatnego. Wystąpią także inne instrumenty zabezpieczeń Instytucji Finansującej i Podmiotu Publicznego.

Kontrola nad spółką Partnera Prywatnego będzie znacznie mniejsza niż w przypadku *project finance*. Partner Prywatny na określonym etapie (np. po wykonaniu Robót) nie będzie mógł zbyć Projektu PPP (np. poprzez zbycie udziałów w spółce projektowej) innemu przedsiębiorcy, jak mógłby pod pewnymi warunkami uczynić w przypadku *project finance*.

W zakresie ogólnych postanowień dotyczących finansowania Przedsięwzięcia, w standardowych Umowach o PPP zakłada się zasadę niezmienności Wynagrodzenia należnego Partnerowi Prywatnemu na skutek zmiany warunków finansowania (z zastrzeżeniem ustalonych wyjątków) oraz zobowiązanie Partnera Prywatnego do zapewnienia środków na realizację Przedsięwzięcia i konieczność ponoszenia związanego z tym ryzyka.

Umowa o PPP powinna określać uprawnienia kontrolne Podmiotu Publicznego oraz obowiązki informacyjne w zakresie dokumentów finansowania, dotyczących przyjętych form finansowania Projektu PPP.

PROJEKTY HYBRYDOWE



Projekty PPP oparte o Oplatę za Dostępność mogą być realizowane jako Projekty Hybrydowe (więcej na ten temat por. Wytyczne Tom I: Przygotowanie projektów oraz Wytyczne Tom II: Postępowanie przetargowe). Beneficjentem środków unijnych w takich przypadkach będzie najczęściej Podmiot Publiczny. Kwestia ta powinna być uregulowana w postanowieniach ogólnych Umowy o PPP.

Realizacja Projektu Hybrydowego wymaga od stron podjęcia szeregu dodatkowych czynności, związanych przede wszystkim z pozyskaniem dofinansowania oraz prawidłowego rozliczenia Projektu.

Montaż finansowy Projektu PPP, obejmujący środki unijne, powinien w przejrzysty sposób przewidywać sposób rozliczenia tych środków (np. w ramach zakładanego przez beneficjenta harmonogramu płatności).

Zamknięcie Finansowe

W Wytycznych Tom III przyjęto założenie, że Partner Prywatny pozyskuje finansowanie dłużne w trybie finansowania pojedynczego projektu (tzw. project finance), w którym środki pieniężne na realizację Projektu są w znacznej części pozyskiwane poprzez finansowanie udzielane przez Instytucje Finansujące, w ramach i na potrzeby konkretnego przedsięwzięcia.

Tym samym, kryteria udzielenia takiego finansowania nie będą oparte na aktualnej sytuacji bilansowej Partnera Prywatnego (który w takiej konfiguracji pozostanie spółką specjalnego przeznaczenia tzw. *special purpose vehicle*, nieprowadzącą regularnej działalności gospodarczej), a na ocenie Przedsięwzięcia, modelu finansowego, treści Umowy o PPP i innych dokumentów dotyczących konkretnego, zindywidualizowanego Projektu PPP.

W konsekwencji, jednym z warunków realizacji Umowy o PPP jest możliwie jak najszybsze doprowadzenie do Zamknięcia Finansowego. Zamknięcie Finansowe w tym kontekście rozumiane jest jako podpisanie umów dotyczących uzyskania przez Partnera Prywatnego finansowania w wysokości wystarczającej do realizacji Projektu PPP.

Należy także zwrócić uwagę, że wdrożenie warunków finansowania przedstawionych w ofercie w praktyce będzie uzależnione od spełnienia dodatkowych warunków przez Partnera Prywatnego, podlegających ocenie Instytucji Finansującej. Oprócz typowych warunków dokumentowych (takich jak np. ważne i skuteczne zawarcie umowy kredytu oraz powiązanych zabezpieczeń, dostarczenie wymaganych zgód i dokumentów korporacyjnych, zaświadczeń urzędowych i rejestrowych, itp.) jednym z podstawowych warunków będzie pozytywny audyt dokumentacji Postępowania, w tym projektu Umowy o PPP oraz projektu Modelu Finansowego złożonego wraz z Ofertą.

Poziom skomplikowania dokumentacji finansowej dotyczącej Projektu PPP może być na tyle znaczny, że osiągnięcie Zamknięcia Finansowego wymagało będzie kilku miesięcy intensywnego zaangażowania Partnera Prywatnego oraz Instytucji Finansujących. W tym czasie z reguły podejmowane są następujące działania:

- audyt dokumentacji Postępowania, w tym Umowy o PPP,
- audyt dokumentów Podmiotu Publicznego,
- audyt Modelu Finansowego,
- zawarcie dokumentacji finansowej, w tym umowy kredytu oraz powiązanych zabezpieczeń,
- zawarcie Transakcji Zabezpieczających (jeżeli ma to zastosowanie).

Z reguły w trakcie okresu przeznaczanego na Zamknięcie Finansowe, Partner Prywatny nie podejmuje działań w celu wykonywania swoich zobowiązań dotyczących prac przygotowawczych czy projektowych.

Terminy związane z Zamknięciem Finansowym i skutki braku Zamknięcia Finansowego w określonych terminach powinny zostać ujęte w Umowie o PPP w sposób precyzyjny. Okres na Zamknięcie Finansowe powinien natomiast być dyskutowany podczas Negocjacji w Postępowaniu. Okres ten powinien być nie dłuższy niż okres, w którym możliwe jest utrzymywanie warunków finansowania, uzgodnionych z Instytucją Finansującą.

Umowa o PPP powinna zawierać zobowiązanie Partnera Prywatnego do doprowadzenia do Zamknięcia Finansowego i określenie skutków braku takiego zamknięcia. Nałożony na Partnera Prywatnego obowiązek uzyskania finansowania powinien znaleźć odzwierciedlenie w odniesieniu do odpowiedniej sankcji za nieuzyskanie finansowania z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego.

Zmiana stóp procentowych

W większości projektów PPP finansowanych w formule finansowania pojedynczego projektu (ang. *project finance*), występuje problem związany z ryzykiem ekspozycji przez Partnera Prywatnego na zmiany wysokości zmiennej stopy procentowej oznaczonej w ofercie w odniesieniu do finansowania zewnętrznego (np. zmiany wskaźnika WIBOR).

Problematyka zabezpieczenia ryzyka ekspozycji przez Partnera Prywatnego na zmiany wysokości stopy procentowej lub kursów walut należy do złożonych zagadnień, ze względu na możliwe różne podejścia przy szczegółowym regulowaniu tego zagadnienia w Umowie o PPP. Stąd też negocjacje postanowień umownych w tej części zazwyczaj będą wymagać wsparcia przez odpowiednich doradców finansowych i prawnych już na etapie Dialogu Konkurencyjnego.

Przy Dużych Projektach PPP powyżej 300 milionów złotych standardem wykorzystywanym w Umowach o PPP jest zawieranie tzw. transakcji zabezpieczających (ang. *hedging*).

Model Finansowy

Podstawowym narzędziem stosowanym w Umowach o PPP, dotyczącym finansowania Projektu PPP, jest Model Finansowy. Model Finansowy może służyć rekalkulacji Wynagrodzenia w sytuacjach określonych w Umowie o PPP. W takim przypadku zasadna jest weryfikacja Modelu przez niezależnego audytora.

W przypadku Małych Projektów taki sposób dokonywania rekalkulacji może okazać się nieefektywny i zbyt kosztowny w stosunku do wartości Projektu PPP. W takich sytuacjach należy rozważyć w Umowie o PPP wykorzystanie alternatywnych form rozliczeń, przykładowo szersze zastosowanie automatycznych klauzul zmiany wynagrodzenia w miejsce roszczeń rozpatrywanych na wniosek jednej ze stron Umowy o PPP.

MAŁE PROJEKTY



Poziom szczegółowości Modelu Finansowego powinien być dostosowany do szczegółowości Projektu PPP, przy czym w Małych Projektach zasadniczo może być uproszczony. Dla Małych Projektów poziom szczegółowości Modelu Finansowego powinien uwzględniać uwagi zawarte w ramce zawartej na s. 146 Wytycznych PPP, Tom II: Postępowanie przetargowe.

Zmiana finansowania

Umowa o PPP powinna regulować również kwestie dotyczące zmiany finansowania. Pojęcie zmiany finansowania w kontekście Projektów PPP należy rozumieć szeroko, tj. zarówno jako zmianę warunków istniejącego (pierwotnego) finansowania jak również pozyskanie nowego finansowania przez Partnera Prywatnego lub zmianę proporcji pomiędzy poszczególnymi źródłami finansowania Projektu PPP (np. kredytem i wkładami kapitałowymi podmiotów posiadających udziały/akcje w Spółce Projektowej), za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w Modelu Finansowym.

W praktyce sytuacją, która będzie występować najczęściej, i która wymaga uregulowania w Umowie o PPP, jest kwestia podziału zysku ze zmiany warunków finansowania, tj. zmiany która w ujęciu netto (po odjęciu powiązanych kosztów zmiany) będzie prowadzić do zysku Partnera Prywatnego lub jego sponsorów w stosunku do wartości ujętej w Modelu Finansowym przed dokonaniem zmiany. Taką wartością może być np. wartość bieżąca netto (NPV) dla wkładu kapitałowego podmiotów posiadających udziały/akcje w Spółce Projektowej lub wartość netto planowanych dystrybucji do sponsorów. Konkretna proporcja podziału zysku ze zmiany finansowania będzie przedmiotem negocjacji w ramach konkretnego projektu PPP.

Proces zmiany warunków finansowania będzie w większości przypadków inicjowany przez Partnera Prywatnego, w określonych sytuacjach, jednak taka inicjatywa może leżeć także w gestii Podmiotu Publicznego. Ważne jest, aby nadmiernie nie ograniczać w tym zakresie swobody Partnera Prywatnego.

Zabezpieczenia

Umowa o PPP powinna regulować instrumenty zabezpieczenia umów kredytowych dotyczących finansowania i określać możliwe formy takich zabezpieczeń (takim instrumentem może być np. zastaw na udziałach w spółce będącej stroną Umowy o PPP).

Ponadto Umowa o PPP może zawierać klauzule dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dostosowane do rodzaju Przedsięwzięcia i stanowiące adekwatne zabezpieczenie obowiązków Partnera Prywatnego.

2.9 Umowa Bezpośrednia

Umowa Bezpośrednia oznacza umowę zawieraną pomiędzy Partnerem Prywatnym, Podmiotem Publicznym oraz Podmiotami Finansującymi, na podstawie której uzgadniane są ramy oraz podstawowe zasady współpracy pomiędzy Stronami oraz Podmiotami Finansującymi.

Umowa ta określa ramy oraz podstawowe zasady współpracy pomiędzy stronami Umowy o PPP oraz Instytucjami Finansującymi w toku Przedsięwzięcia.

Instytucje Finansujące jako podmioty zapewniające znaczną część kapitału, współdzielą z Partnerem Prywatnym ryzyko w procesie inwestycyjnym. Stąd mają one uzasadniony ekonomicznie interes w pomyślnej realizacji Przedsięwzięcia.

Takie zasady współpracy będą szczególnie pomocne wówczas, kiedy Partner Prywatny nienależycie wykonuje swoje zobowiązania wynikające z Umowy o PPP.

Postanowienia Umowy Bezpośredniej powinny szczegółowo regulować Prawo Interwencji Instytucji Finansującej, tj. uprawnienie Instytucji Finansującej do rozpoczęcia określonych działań naprawczych zgodnie z postanowieniami Umowy Bezpośredniej.

Uprawnienia takie dotyczą m.in. następujących zagadnień:

- sposób dokonywania płatności z tytułu Umowy o PPP przez Podmiot Publiczny na rzecz Partnera Prywatnego;
- obowiązki informacyjne Podmiotu Publicznego względem Instytucji Finansujących;
- obowiązki informacyjne Instytucji Finansujących względem Podmiotu Publicznego, w szczególności w zakresie zamiaru przedterminowego rozwiązania Umowy Kredytowej lub wszczęcia czynności egzekucyjnych względem Partnera Prywatnego;
- rozpoczęcia, zakończenia, biegu oraz długości okresu naprawczego, w czasie którego Instytucje Finansujące będą mogły podjąć działania mające na celu usunięcie przyczyn dających Podmiotowi Publicznemu prawo wypowiedzenia Umowy o PPP,
- procedura sporządzenia, uzgodnienia i wykonania odpowiedniego planu naprawczego;
- zasady powstrzymania się od naliczania kar przez Podmiot Publiczny podczas okresu naprawczego;
- zasady podejmowania działań zmierzających do zmiany (lub zmiany kontroli) Partnera Prywatnego przez Instytucje Finansujące.

Istotne postanowienia Umowy Bezpośredniej powinny znaleźć się w treści Umowy o PPP (np. w postaci załącznika do Umowy o PPP). Postanowienia takie powinny być uzależnione od specyfiki danego Projektu PPP oraz ustaleń Instytucji Finansującej, Partnera Prywatnego i Podmiotu Publicznego. Postanowienia takie powinny być uzgodnione na etapie Negocjacji.

Należy przy tym pamiętać, że zgodnie z normą art. 10a Ustawy o PPP postanowienia Umowy Bezpośredniej dotyczące przeniesienia na osobę trzecią całości lub części obowiązków Partnera Prywatnego nie mogą być sprzeczne z Umową o PPP.

Przykładowe, dodatkowe obszary regulowanej zapisami Umowy Bezpośredniej:

- (ewentualna) zgoda Podmiotu Publicznego na ustanowienie instrumentów zabezpieczeń na rzecz Instytucji Finansujących w związku z finansowaniem;
- przesłanki możliwości dokonywania przez Podmiot Publiczny płatności należnych Partnerowi Prywatnemu bezpośrednio na rachunek bankowy wskazany przez Instytucję Finansującą,
- prawo Instytucji Finansującej do udziału w odbiorach Robót Budowlanych oraz prawo do uzyskiwania w trakcie okresu kredytowania okresowych raportów z przebiegu realizacji Przedsięwzięcia;
- konieczność informowania, a niekiedy również zgody Instytucji Finansującej, na wprowadzanie zmian w Umowie o PPP, np. w zakresie wpływającym na harmonogram wypłaty wynagrodzenia.

Należy podkreślić, iż zabezpieczenia na rzecz Instytucji Finansującej ustanawiane są z reguły po zawarciu Umowy Bezpośredniej.

Na uwagę zasługuje wskazane powyżej zasady powstrzymania się od naliczania kar w okresie naprawczym. Taki mechanizm nie ma na celu ograniczenia uprawnień Podmiotu Publicznego. Celem takiego mechanizmu – zresztą typowego w standardach międzynarodowych – jest uratowanie Projektu PPP. Tym samym powstrzymanie się od naliczania kar ma określoną funkcję, którą nie jest przysporzeniem po stronie Partnera Prywatnego, lecz próba umożliwienia kontynuacji Projektu PPP i uniknięcia grożącej Podmiotowi Publicznemu szkody.

2.10 Prawo interwencji Podmiotu Publicznego

Wytyczne proponują zastosowanie w Umowach PPP instytucji Prawa Interwencji Podmiotu Publicznego dotychczas rzadko stosowaną w Umowach o PPP w Polsce, natomiast spotykaną w innych jurysdykcjach. Należy odróżnić Prawo Interwencji Podmiotu Publicznego od Prawa Interwencji Instytucji Finansującej, które regulowane jest postanowieniami Umowy Bezpośredniej. Prawo Interwencji Podmiotu Publicznego jest niezależne od postanowień odnoszących się do Zakończenia Umowy z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego.

Prawo Interwencji Podmiotu Publicznego jest instrumentem, z którego Podmiot Publiczny może skorzystać, jeżeli z różnych przyczyn zechce przyjąć na siebie wykonanie określonych działań, zastępujących działania Partnera Prywatnego i jest przydatnym narzędziem kontraktowym w przypadku, gdy Partner Prywatny uchybia pewnym obowiązkom – istotnym z punktu widzenia Podmiotu Publicznego, a na tyle nieistotnym z punktu widzenia całego projektu, że Zakończenie Umowy nie byłoby adekwatnym rozwiązaniem.

Prawo Interwencji Podmiotu Publicznego ma charakter zbliżony do wykonania zastępczego, określonego w przepisie art. 480 Kodeksu cywilnego, jednak stanowi odrębną podstawę (umowną) do wykonania określonych czynności bezpośrednio przez Podmiot Publiczny.

Prawo Interwencji Podmiotu Publicznego, w niektórych okolicznościach może zakłócić należyte wykonanie zobowiązań przez Partnera Prywatnego i dlatego też, jeżeli konieczność skorzystania z Prawa Interwencji Podmiotu Publicznego nie wynika z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego, Partner Prywatny nie powinien ponosić negatywnych skutków niedochowania Standardów Utrzymania oraz Zasad Dostępności wynikających z wykonania Prawa Interwencji Podmiotu Publicznego.

PRZYKŁAD



Przykład sytuacji, gdy Podmiot Publiczny potrzebuje skorzystać z Infrastruktury Publicznej w sposób, który nie pozwala na należyte wykonywanie obowiązków przez Partnera Prywatnego, a potrzeba wykonania Prawa Interwencji Podmiotu Publicznego, nie wynika z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego.

W Infrastrukturze Publicznej (np. muzeum) została zaplanowana wizyta polityka wysokiej rangi, względem którego stosuje się nadzwyczajne środki ochrony, wymagające bezpośredniego zaangażowania Podmiotu Publicznego z wyłączeniem możliwości używania Infrastruktury Publicznej przez Partnera Prywatnego. W takim przypadku Partner Prywatny nie powinien być karany za brak dostępności Infrastruktury Publicznej w tym czasie, czy też brak świadczenia usług, które był gotowy świadczyć.

Prawo Interwencji Podmiotu Publicznego obejmuje też sytuacje, w których Podmiot Publiczny angażuje się bezpośrednio w wykonywanie określonych działań z uwagi na nienależyte wykonywanie tych obowiązków przez Partnera Prywatnego (np. Partner Prywatny nie usuwa skutków awarii w terminie wyznaczonym i Podmiot Publiczny postanawia z różnych przyczyn np. społecznych, wykonać tę czynność zamiast Partnera Prywatnego). Wówczas Partner Prywatny powinien pokryć koszty takiej interwencji. Prawo Interwencji Podmiotu Publicznego w tym przypadku nie ogranicza prawa Podmiotu Publicznego do Zakończenia Umowy z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego.

PRZYKŁAD



Przykład sytuacji, gdy Podmiot Publiczny wykonuje Prawo Interwencji Podmiotu Publicznego, a Partner Prywatny uchybia określonym zobowiązaniom:

Partner Prywatny utrzymuje i zarządza kompleksem basenów. Odpowiedzialny jest również za obsługę Użytkowników, w tym zapewnienie obecności wykwalifikowanych ratowników. Z uwagi na strajk pracowników Partner Prywatny nie dysponuje potencjałem kadrowym, aby zapewnić obecność ratowników i planuje zamknąć baseny dla Użytkowników. Uzyskawszy taką informację Podmiot Publiczny deleguje wykwalifikowanych ratowników z podległej mu jednostki MOSiR. Koszty takiej interwencji pokrywa Partner Prywatny.

Ponieważ wykonywanie Prawa Interwencji Podmiotu Publicznego oznacza w każdym scenariuszu ingerencję w wykonywanie Umowy o PPP przez Partnera Prywatnego, kwestia ta może być przedmiotem dyskusji podczas Negocjacji. Partnerzy Prywatni mogą oczekiwać zawężenia przesłanek wykonywania Prawa Interwencji Podmiotu Publicznego, jak również wprowadzenia możliwości zablokowania wykonywania Prawa Interwencji Podmiotu Publicznego w przypadku np. wykazania przez Partnera Prywatnego braku zasadności wykonania Prawa Interwencji Podmiotu Publicznego lub planu wykonania określonych działań przez Partnera Prywatnego.

Przesłanki zastosowania Prawa Interwencji Podmiotu Publicznego powinny być przedmiotem negocjacji w trakcie Postępowania. Oczekiwaniem Instytucji Finansujących jest przy tym obowiązek Podmiotu Publicznego wcześniejszego powiadomienia Instytucji Finansującej dot. zamiaru skorzystania z Prawa Interwencji, a także uzgodnienie wpływu wykonywania Prawa Interwencji na realizację Umowy PPP i umów kredytowych.

2.11 Wynagrodzenie

Wytyczne dotyczą Umowy o PPP przewidującej wynagrodzenie w formule Opłaty za Dostępność zgodnie z przyjętym założeniem, adekwatnym do budynku urzędu miejskiego, że nie istnieje lub jest ograniczona możliwość pozyskiwania opłat od Użytkowników. Tym samym ryzyko popytu alokowane jest po stronie Podmiotu Publicznego.

Mechanizm Wynagrodzenia powinien odzwierciedlać podział ryzyka pomiędzy Podmiotem Publicznym i Partnerem Prywatnym, zapewnienie Bankowości Projektu oraz motywowanie Partnera Prywatnego do świadczenia usług zgodnie z Umową o PPP. Znaczenie mechanizmu Wynagrodzenia zostało szczegółowo opisane w Wytycznych PPP Tom I: Przygotowanie projektów, w Części I, pkt 1.5 oraz 5.2, a także w Części II pkt 1.3 oraz 3.8.3.

Mechanizm Płatności powinien odnosić się do określonych w Umowie rezultatów, nie zaś ponoszonych przez Partnera Prywatnego nakładów i kosztów. Ma na celu jednoznaczne określenie Wynagrodzenia w całym okresie życia Przedsięwzięcia, wraz ze składowymi Wynagrodzenia, które są mierzalne, a sposób ich uzyskania jest jasno określony.

Opłata za Dostępność może dzielić się na następujące elementy:

- opłata za Prace Projektowe i Roboty Budowlane, zawierająca koszt nakładów inwestycyjnych oraz koszt finansowania tych nakładów w Okresie Projektowania i Budowy;
- opłata za Usługę Finansową, polegającą na rozłożeniu płatności w czasie;
- opłata za Utrzymanie i Zarządzanie.

Wynagrodzenie Partnera Prywatnego podlega najczęściej indeksacji (waloryzacji) w części obejmującej Opłatę za Zarządzanie i Utrzymanie., w oparciu o ustalone w Umowie wskaźniki makroekonomiczne.

Mechanizm Płatności powinien być elementem motywującym Partnera Prywatnego do świadczenia wysokiej jakości usług zgodnie ze Standardami Utrzymania i Zasadami Dostępności.

OzD w przyjętym w Umowie okresie rozliczeniowym może wymagać korekty (zostać obniżona) ze względu na brak lub ograniczenie dostępności Infrastruktury Publicznej dla Użytkowników oraz brak jakości. Mechanizm Płatności powinien uwzględniać pomniejszenie wynagrodzenia w sytuacji niedotrzymania dostępności i jakości, zgodnie z określonymi w Umowie PPP obiektywnymi i mierzalnymi kryteriami pomiaru jakości usług (np. w formie katalogu tzw. punktów karnych). Katalogi punktów karnych powinny być odzwierciedleniem podziału ryzyka pomiędzy stronami i oczekiwań Podmiotu Publicznego co do standardów jakości usług i dla każdego Projektu PPP będą się różnić uwzględniając specyfikę konkretnego projektu.

Punkt karny powinien mieć w Umowie o PPP uzgodnioną wartość pieniężną, która w okresie trwania Umowy o PPP jest indeksowana zgodnie ze wskaźnikiem indeksacji. W celu wyliczenia pomniejszenia wynagrodzenia, Punkty Karne w przyjętym okresie rozliczeniowym są sumowane, a następnie mnożone przez zindeksowaną wartość pieniężną i wynik takiej kalkulacji stanowi kwotę korekty wynagrodzenia. W przypadku braku lub ograniczenia Dostępności wynagrodzenie powinno zostać proporcjonalnie obniżone zgodnie z zasadami określonymi w Umowie.

Zgodnie z proponowanym podejściem Opłata za Dostępność należna jest dopiero po zakończeniu Okresu Budowy.

W przypadku, gdy Podmiotowi Publicznemu zależy na terminie oddania do użytkowania Infrastruktury Publicznej, strony mogą uzgodnić, że nastąpi wcześniejsza wypłata OzD, co będzie stanowiło premię dla Partnera Prywatnego.

Wybrane zagadnienia podatkowe

W dniu 1 grudnia 2017 r. korzystając z ustawowych uprawnień Minister Finansów opublikował objaśnienia podatkowe dotyczące rozliczeń w zakresie niektórych podatków transakcji realizowanych w ramach Umów o PPP (dalej jako: "Objaśnienia podatkowe"). Objasnienia podatkowe zostały wydane na podstawie art. 14a § 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa. Zgodnie z przepisami ordynacji podatkowej, zastosowanie się przez podatnika w danym okresie rozliczeniowym do objaśnień podatkowych powoduje objęcie go stosowną ochroną przewidzianą w tej ustawie.

Jak wynika z Objasnień podatkowych, dotyczą one wybranych kwestii rozliczania przez Partnera Prywatnego na gruncie podatku VAT oraz podatków dochodowych transakcji realizowanych w ramach Umów o PPP w rozumieniu Ustawy o PPP.

Mając na względzie, że partnerstwo publiczno-prywatne może być realizowane w wariantach różniących się w znacznej mierze stopniem przeniesienia na stronę prywatną ryzyka związanego z budową, finansowaniem i eksploatacją (utrzymaniem) przedmiotu Umowy o PPP, w Objasnieniach podatkowych wyraźnie wskazano, że objęto nimi jeden przykładowy wariant partnerstwa publiczno-prywatnego, w którym Podmiot Publiczny zleca Partnerowi Prywatnemu, na podstawie Umowy o PPP, usługę projektową obejmującą zaprojektowanie obiektu oraz usługę budowlaną (budowlano-montażową), obejmującą wybudowanie obiektu ("etap robót"), a także usługę utrzymania (eksploatacji) i zarządzania obiektem wybudowanym na nieruchomości będącej przez cały okres obowiązywania Umowy o PPP (zazwyczaj) własnością Podmiotu Publicznego ("etap utrzymania i zarządzania obiektem"). Ponadto, w ramach Umowy o PPP, Partner Prywatny zobowiązuje się do zapewnienia finansowania "etapu robót" poprzez rozłożenie płatności wynagrodzenia za ten etap w czasie. Przyjęto, że Partner Prywatny ewidencjonuje zdarzenia gospodarcze w księgach rachunkowych. Po zakończeniu okresu trwania Umowy o PPP obiekt zostaje przekazany Podmiotowi Publicznemu. Wynagrodzenie za realizację przedsięwzięcia należne Partnerowi Prywatnemu stanowi opłata za dostępność, płatna przez Podmiot Publiczny dopiero na etapie utrzymania i zarządzania obiektem (po oddaniu obiektu do użytkowania), w cyklicznych okresach rozliczeniowych, przez okres wskazany w Umowie o PPP. Taka konstrukcja zakłada, że okresowa płatność (opłata za dostępność) na rzecz Partnera Prywatnego pokrywa nie tylko bieżące utrzymanie obiektu, ale także zawiera odpowiednią część wynagrodzenia za czynności wykonane w "etapie robót" dotyczące zaprojektowania obiektu oraz wybudowanie obiektu, a także, jeżeli strony tak postanowiły, zawiera opłatę za rozłożenie płatności wynagrodzenia za "etap robót" w czasie.

Objasnienia podatkowe dotyczą wariantu PPP, w którym Partner Prywatny świadczy na rzecz Podmiotu Publicznego następujące usługi:

- usługę projektową,
- usługę budowlaną (budowlano-montażową),
- usługę utrzymania (eksploatacji) i zarządzania obiektem oraz
- usługę finansową polegającą na rozłożeniu w czasie płatności wynagrodzenia za usługę projektową oraz usługę budowlaną (budowlano-montażową), ze spłatą odroczoną na etap utrzymania i zarządzania obiektem, jeżeli strony wyodrębnią taką usługę za wynagrodzeniem.

W świetle Objasnień podatkowych, każda z tych usług podlega opodatkowaniu podatkiem VAT oraz podatkiem dochodowym na odrębnych zasadach.

Umowa o PPP może także przewidywać dokonywanie przez jej strony płatności pozostających poza zakresem opodatkowania podatkiem VAT. Do takich płatności należą przykładowo kary umowne i odszkodowania (ale również: wadium wniesione w postępowaniu, zabezpieczenie należytego wykonania umowy, inne zabezpieczenia wnoszone przez Partnera Prywatnego - niezależnie od ich formy).

Umowa o PPP może umożliwiać dokonywanie przez strony potrąceń wzajemnych wierzytelności. Należy przyjąć, że operacje polegające na potrąceniu (kompensacie) wzajemnych należności mają charakter wyłącznie finansowy (rozliczeniowy) i w żadnej mierze nie wpływają na treść faktur wystawianych przez Podmiot Publiczny lub Partnera Prywatnego z tytułu Umowy o PPP, w tym, na wysokość wykazywanych w nich kwot, podstawę opodatkowania podatkiem VAT z tytułu wykonywanych przez strony czynności lub kwotę należnego podatku VAT.

W kontekście VAT istotnym zagadnieniem jest mechanizm split payment. W lipcu 2019 r. ustawa z dnia 9 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw wprowadziła zasady określające stosowanie tzw. mechanizmu podzielonej płatności (ang. *split payment*). Poczawszy od 1 listopada 2019 r. stosowanie mechanizmu podzielonej płatności pod groźbą sankcji jest obowiązkowe. Dotyczy to transakcji spełniających następujące cechy:

- (a) dotyczą transakcji dokonywanych pomiędzy podatnikami, których jednorazowa wartość, bez względu na liczbę wynikających z niej płatności, przekracza 15.000 zł lub równowartość tej kwoty, oraz
- (b) dotyczących nabycia towarów lub usług wymienionych w projektowanym załączniku nr 15 do Ustawy o VAT.

Obowiązku stosowania *split payment* nie stosuje się w przypadku dokonywania płatności kwoty należności wynikającej z faktury dokumentującej transakcje realizowane w wykonaniu Umowy o PPP, jeżeli podmiot, na rzecz którego dokonywana jest płatność, na dzień dokonania dostawy był Partnerem Prywatnym, z którym Podmiot Publiczny zawarł Umowę o PPP, lub jednoosobową spółką Partnera Prywatnego albo spółką kapitałową, której jedynymi wspólnikami są Partnerzy Prywatni, z którą podmiot publiczny zawarł Umowę o PPP (art. 108a ust. 1e Ustawy o VAT).

Art. 13 ustawy z dnia 9 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw wskazuje jednoznacznie, że przepis art. 108a ust. 1e Ustawy o VAT – tj. wyłączenie obowiązku stosowania mechanizmu *split payment* – ma zastosowanie również do płatności realizowanych w zakresie umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, zawartych w wyniku postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy.

PROJEKTY HYBRYDOWE



W Projektach PPP opartych o Oplatę za Dostępność, środki unijne z reguły przeznaczone na płatności dla Partnera Prywatnego przekazywane mu są w formie wynagrodzenia przeważnie w formie jednorazowej płatności. W konsekwencji tej płatności zmniejsza się pozostała do zapłaty Partnerowi Prywatnemu część Oplaty za Dostępność.

2.12 Przypadki zewnętrzne

Umowa o PPP powinna opisywać precyzyjnie skutki (finansowe i czasowe) określonych zdarzeń, które nie zawsze wynikają z określonego działania lub zaniechania Stron w ramach wykonywania zobowiązań określonych w Umowie o PPP, a mogą wpływać na zobowiązania stron. Uregulowanie tych zagadnień jest ściśle związane z podziałem ryzyk, który jest jednym z istotnych elementów Umowy o PPP i ich określenie w Umowie musi odzwierciedlać.

Umowa o PPP powinna obejmować również skutki (w tym ewentualne roszczenia jednej ze stron) wystąpienia okoliczności, których zaistnienie nie wynika z przyczyn leżących po jednej ze stron kontraktu.

Dla celów Wytycznych Tom III określone w Umowie zdarzenia, które mogą skutkować zmianą zobowiązań stron, określane są łącznie mianem przypadków zewnętrznych.

Praktyka międzynarodowa wyodrębniła określone katalogi takich zdarzeń, które różnią się w zależności od jurysdykcji, ale też konkretnego Projektu PPP. Przypadki zewnętrzne można przykładowo podzielić na następujące kategorie:

- przypadki kompensacyjne (ang. *compensation events*)
- przypadki dostosowania (ang. *adjustment events*)
- przypadek siły wyższej
- zmiana prawa
- polecenie zmiany (ang. *change order*),
- zmiany własnościowe po stronie Partnera Prywatnego.

Podział i przypisanie określonych zdarzeń w praktyce może się różnić. Przykładowo, zdarzenia określone w Umowach o PPP mianem istotnych negatywnych działań Podmiotu Publicznego (ang. *Material Adverse Government Actions/MAGA*) ujmowane mogą być, jako odrębna podstawa do rozliczenia z Partnerem Prywatnym.

Z uwagi jednak na zbliżony charakter MAGA i przypadku kompensacyjnego, a przede wszystkim okoliczność, iż w razie wystąpienia MAGA Partner Prywatny powinien zostać zrekompensowany w taki sposób, ażeby znalazł się w sytuacji gospodarczej takiej, jak gdyby zdarzenie to nie wystąpiło, możliwe jest także uwzględnienie zdarzeń mających charakter istotnych negatywnych działań Podmiotu Publicznego w katalogu przypadków kompensacyjnych.

Niektóre Umowy o PPP na innych rynkach uwzględniają jako odrębną kategorię tzw. przypadki zwalniające (ang. *relief events*), których wystąpienie powoduje zwolnienie Partnera Prywatnego z wykonywania określonych zobowiązań w czasie działania przypadku zwalniającego. Jednocześnie wstąpienie przypadku zwalniającego nie upoważnia Partnera Prywatnego do odszkodowania ani też nie powoduje obowiązku zapłaty kary (nie są dokonywane potrącenia za niedotrzymanie standardów utrzymania) ale też powoduje przesunięcia terminów (jeżeli wpłynęło na terminy). Ponadto brak świadczenia ze strony Partnera Prywatnego spowodowane wystąpieniem przypadku zwalniającego nie może stanowić podstawy do jednostronnego rozwiązania Umowy o PPP przez Podmiot Publiczny.

Wskazany w Wytycznych katalog przypadków zewnętrznych, jak i poszczególnych sytuacji wystąpienia przypadków zewnętrznych, ma charakter wyłącznie przykładowy i należy go dostosować do specyfiki danego Przedsięwzięcia.

Nawet jeśli postanowienia dotyczące odpowiedzialności stron Umowy o PPP mogą wydawać się zbyt szczegółowe w stosunku do projektów realizowanych w metodzie tradycyjnej, warto mieć na uwadze, że te postanowienia umożliwiają stosunkowo szybkie usunięcie skutków sytuacji nieprzewidzianych w projekcie. Zastosowanie w Umowie PPP możliwie szerokiego katalogu przypadków zewnętrznych oraz postanowień dotyczących ich rozpatrywania zmniejsza ryzyko sporów pomiędzy stronami oraz długotrwałych negocjacji dotyczących sposobu rozstrzygnięcia konkretnych sytuacji.

Jednocześnie należy podkreślić, że ponieważ odpowiedzialność stron Umowy opiera się zasadniczo na ogólnych zasadach kontraktowych, zastosowanie mechanizmu, powodującego obciążenie jednej lub obu stron odpowiedzialnością za wystąpienie danego zdarzenia, a wykraczającej poza normalną odpowiedzialność kontraktową (co do zasady w polskim prawie kontraktowym opartą na zasadzie winy), wymaga wyraźnego wskazania w treści Umowy.

Umowa o PPP, powinna zawierać możliwie precyzyjne i jednoznaczne postanowienia dotyczące wystąpienia przypadków zewnętrznych i zrekompensowania ich skutków (w tym sposób ustalenia skutków zdarzenia, sposób wykazania wpływu na zobowiązania wynikające z Umowy, sposób procedowania roszczenia oraz tryb dokonania zmiany zobowiązań stron) powinna zostać precyzyjnie wskazana w Umowie o PPP, przy uwzględnieniu przepisów Prawa zamówień publicznych.

Przypadki kompensacyjne

Przypadkiem kompensacyjnym w Umowach o PPP jest zdarzenie powodujące po stronie Partnera Prywatnego:

- a) podwyższenie kosztów wykonania zobowiązań przez Partnera Prywatnego lub
- b) inne skutki określone zgodnie Umową np. konieczność wydłużenia terminu realizacji określonego zadania,

- którego zaistnienie, jako ryzyko przyjął na siebie w Umowie o PPP Podmiot Publiczny.

W takim ujęciu wystąpienie przypadku kompensacyjnego powinno spowodować korektę odpowiednich zobowiązań każdej ze stron, w tym w zakresie terminów wykonania zobowiązań stron lub zobowiązań finansowych Podmiotu Publicznego, wynikających z Umowy o PPP, w celu spowodowania, aby Partner Prywatny w zakresie Przedsięwzięcia znalazł się w takiej sytuacji gospodarczej, w jakiej znajdowałby się, gdyby taki przypadek kompensacyjny nie nastąpił. Oznacza to, że poza kosztami, również wszelkie korzyści, jakie Partner Prywatny uzyskał wraz z wystąpieniem przypadku kompensacyjnego powinny być ujęte przy obliczaniu wartości przypadku kompensacyjnego (np. wypłata odszkodowań z tytułu umów ubezpieczenia).

PRZYKŁAD



Przykłady przypadków kompensacyjnych:

- Prawa lub roszczenia osób trzecich do Nieruchomości, na której posadowiona ma być Infrastruktura Publiczna;
- Natrafienie na znalezisko (np. archeologiczne);
- Wystąpienie ryzyka geologicznego

Przypadki dostosowania

Przypadek dostosowania ujmowany jest w praktyce międzynarodowej jako zdarzenie powodujące po stronie Partnera Prywatnego obniżenie określonych kosztów wykonania zobowiązań przez Partnera Prywatnego. Zasadą jest, że wystąpienie przypadku dostosowania powoduje korektę odpowiednich zobowiązań finansowych Podmiotu Publicznego, wynikających z Umowy o PPP, w celu spowodowania, aby Partner Prywatny znalazł się w takiej sytuacji gospodarczej, w jakiej znajdowałby się, gdyby taki przypadek nie nastąpił.

Lista przypadków dostosowania powinna zostać wskazana w Umowie o PPP.

PRZYKŁAD



Przykłady przypadków dostosowania:

- Zmiana prawa powodująca obniżenie kosztów
- Polecenie zmiany obniżające koszty

Siła wyższa

Umowy o PPP w różnych porządkach prawnych prezentują różne podejścia przy definiowaniu przypadku siły wyższej. Takie, w którym definicja nie ma charakteru zamkniętego czy na przykład zawierające enumeratywnie wymienione przypadków siły wyższej (Model holenderski, PF2, Infra Australia Guidelines). Definicja siły wyższej w Umowie o PPP powiązana bywa z tzw. przypadkami nieubezpieczalnymi – zdarzeniami, ryzyko wystąpienia którego nie jest obejmowane ochroną ubezpieczeniową na rynku ubezpieczeń (albo składki ubezpieczeniowe w tym zakresie są zaporowe).

W ramach Umów PPP siłę wyższą definiuje się najczęściej jako zdarzenia mające istotny wpływ na wykonywanie Umowy, na które żadna ze Stron nie ma wpływu, ani też nie mogła się zabezpieczyć przed zawarciem Umowy i których żadna ze Stron nie mogła uniknąć czy mu zapobiec oraz które nie zostały wywołane przez żadną ze Stron.

W polskiej praktyce kontraktowej najczęściej wskazuje się cechy wyróżniające siłę wyższą i otwarty katalog przykładowych zdarzeń stanowiących siłę wyższą.

PRZYKŁAD



Przykłady przypadków siły wyższej:

- Wojna, wojna domowa, zamieszki, konflikt zbrojny, rewolucja, akt terroryzmu
- Eksplozje atomowe, promieniowanie, skażenie chemiczne lub biologiczne
- Katastrofy lotnicze
- Katastrofy naturalne, tj. trzęsienia ziemi, osunięcia gruntu, pioruny, powódzie, burze, cyklony czy inne ekstremalne warunki klimatyczne lub środowiskowe, które władze uznają za katastrofy naturalne

Niewykonanie umowy z powodu siły wyższej powoduje najczęściej brak odpowiedzialności za szkody powstałe z tego powodu – brak jest obowiązku zapłaty odszkodowania, również w formie kary umownej. W Umowach PPP regułą jest, że ryzyko związane ze skutkami wystąpienia siły wyższej dzielone jest pomiędzy obie strony. Konkretnie rozwiązania związane z usunięciem skutków siły wyższej zależne są od specyfiki Projektu i analizy konkretnego przypadku.

Zmiana prawa

Praktyką na rozwiniętych rynkach PPP jest wskazywanie w Umowach o PPP postanowień przypisujących ryzyko konkretnych zmian prawa (ang. *change in law*), które mogą mieć miejsce po określonej dacie (np. po dniu składania ofert w Postępowaniu) i które spełniają określone w Umowie kryteria.

Podejście do ryzyka związanego ze zmianami prawa powinno być uzależnione od rodzaju możliwych zmian i ich potencjalnego wpływu na dany projekt PPP.

Możliwe jest ujęcie skutków określonych przypadków związanych ze zmianą prawa analogicznie do skutków innych zdarzeń mogących powodować zmiany w Projekcie PPP, np. stanowić podstawę do podniesienia przez Partnera Prywatnego roszczenia w ramach uprawnień związanych z wystąpieniem tzw. przypadku kompensacyjnego.

Polecenie zmiany

Umowa o PPP może przewidywać uregulowania dotyczące polecenia zmiany względem sposobu wykonywania Umowy o PPP, w tym sposobu wykonywania Prac Projektowych, wykonywania Budowy lub w zakresie Standardów Utrzymania.

W przypadku, gdy uwzględnienie polecenia zmiany skutkować będzie zwiększeniem kosztów Partnera Prywatnego, wówczas do rozliczenia takiego polecenia zmiany przewidzieć odpowiednio postanowienia dotyczące przypadku kompensacyjnego, czyli Partner Prywatny pozostanie w takiej samej sytuacji ekonomicznej, jak gdyby polecenie zmiany nie miało miejsca.

Umowa powinna przewidywać szczegółową procedurę ustalania wartości polecenia zmiany oraz tryb dokonania zmiany zobowiązań stron.

Zmiany własnościowe Partnera Prywatnego

Odrębną kategorię stanowią przypadki zmian własnościowych po stronie Partnera Prywatnego. W przypadku *project finance*, gdzie Partnerem Prywatny jest spółka celowa powołana do realizacji zindywidualizowanego Projektu, Podmiot Publiczny często przez określony czas (np. Okres Budowy) zachowuje możliwość kontroli i akceptacji zmian Partnera Prywatnego stanowiącego Spółkę Projektową, takich jak przykładowo:

- a) zbycie całości lub części udziałów w Spółce Projektowej na rzecz spółek z grupy kapitałowej; lub
- b) zbycia części udziałów w spółce na rzecz osób trzecich, jeżeli transakcja nie będzie skutkować zmianą kontroli nad Partnerem Prywatnym; lub
- c) zbycia całości lub części udziałów na rzecz Instytucji Finansującej.

MAŁE PROJEKTY



Wytyczne oparte są na zasadzie realizacji Projektu PPP przez spółkę Partnera Prywatnego utworzoną na potrzebę realizacji konkretnego Przedsięwzięcia w modelu project finance. W przypadku Małych Projektów model project finance nie jest stosowany. Dla spółki Partnera Prywatnego Przedsięwzięcie będzie jednym z wielu realizowanych zadań. Partner Prywatny nie będzie podmiotem powołanym wyłącznie do realizacji konkretnego Projektu PPP. W takich sytuacjach przyznanie Podmiotowi Publicznemu prawa do kontroli i akceptacji określonych zmian własnościowych Partnera Prywatnego byłoby rozwiązaniem nieakceptowalnym przez wykonawców.

2.13 Ubezpieczenie i odpowiedzialność Partnera Prywatnego

Umowa o PPP powinna przewidywać zobowiązanie Partnera Prywatnego w zakresie zawarcia umów ubezpieczenia w odniesieniu do Robót oraz Infrastruktury Publicznej. Partner Prywatny zobowiązany być powinien nieprzerwanie utrzymywać wymagane umowy ubezpieczenia, na warunkach zgodnych z Umową o PPP, przez cały Okres Obowiązania Umowy.

Uzasadnione jest wymaganie, aby każda z umów ubezpieczenia, zawierała zrzeczenie się przez ubezpieczyciela regresu lub jego wyłączenie w stosunku do Podmiotu Publicznego, za wyjątkiem zdarzeń ubezpieczeniowych spowodowanych z winy umyślnej Podmiotu Publicznego

W przypadku niektórych Projektów PPP można rozważyć zawarcie przez Podmiot Publiczny niektórych umów ubezpieczenia (np. majątkowego ubezpieczenia budynku), jeżeli rozwiązanie takie byłoby efektywniejsze kosztowo, niż zawarcie analogicznego ubezpieczenia przez Partnera Prywatnego. Rozwiązanie takie nie powinno jednak przenosić odpowiedzialności z tego tytułu na stronę publiczną.

Umowa Bezpośrednia może przewidywać wyrażenie zgody Podmiotu Publicznego na cesję wymagalnych wierzytelności z umowy ubezpieczenia na rzecz Instytucji Finansującej z umów ubezpieczenia majątkowego Przedsięwzięcia.

2.14 Zakończenie Umowy

Umowa o PPP może ulec rozwiązaniu przed jej zrealizowaniem z różnych przyczyn, określonych zarówno w przepisach powszechnie obowiązujących, jak i wskazanych w Umowie (np. w postaci umownego prawa odstąpienia).

W Projektach PPP istotna jest ich trwałość i stabilność. Dlatego uwzględnia się w Umowach o PPP szereg postanowień zabezpieczających nieprzerwane świadczenie usług publicznych, takich jak na przykład mechanizmy naprawcze przewidywane w Umowie Bezpośredniej, czy unikanie postanowień pozwalających na zbyt pochopne złożenie oświadczenia o rozwiązaniu Umowy o PPP przez którąkolwiek ze stron, przewidywanie mechanizmów umożliwiających zaniechanie określonych działań, które stanowiłyby przesłankę jednostronnego rozwiązania Umowy.

Jednym z takich zagadnień, które wiążą się ze stabilnością Umów o PPP, jest sposób podejścia do katalogu przesłanek wypowiedzenia Umowy o PPP przez Partnera Prywatnego oraz przez Podmiot Publiczny z winy drugiej strony.

Analizując inne jurysdykcje można wyodrębnić dwa wiodące podejścia – jedno, w którym w Umowach o PPP przewidziana jest zamknięta lista enumeratywnie wymienionych przesłanek wypowiedzenia albo katalog otwarty uwzględniający również klauzule generalne (np. rażące naruszenie Umowy o PPP).

Z uwagi na dotkliwe skutki wypowiedzenia Umowy o PPP oraz podejście oparte na ochronie stabilności Projektu PPP, w Umowach o PPP zasadne jest przewidywanie zamkniętego katalogu umownych przesłanek jednostronnego rozwiązania Umowy uwzględniających tzw. okresy naprawcze, w czasie których strona naruszająca Umowę o PPP może usunąć zaistniałe naruszenia i doprowadzić do stanu zgodnego z Umową.

Jedną z podstaw rozwiązania umowy jest także prawo odstąpienia od Umowy przez Podmiot Publiczny określone w art. 145 Ustawy PZP, jak również podstawa do wypowiedzenia Umowy zgodnie z art. 145a Ustawy PZP. Ten drugi przepis określa, że Podmiot Publiczny może wypowiedzieć Umowę niezależnie od jej postanowień, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- zmiana umowy została dokonana z naruszeniem art. 144 ust. 1-1b, 1d i 1e Ustawy PZP;
- wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 Ustawy PZP;
- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, że państwo polskie uchybiło zobowiązaniom, które ciążą na nim na mocy Traktatów, dyrektywy 2014/24/UE i dyrektywy 2014/25/UE, z uwagi na to, że zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem przepisów prawa Unii Europejskiej

Umowa powinna określać również skutki rozwiązania Umowy z przyczyn leżących po jednej ze stron i uzależniać od tego zasady wzajemnych rozliczeń.

Rozliczenia stron na wypadek wcześniejszego zakończenia Umowy o PPP

W Umowie o PPP niezwykle ważne jest uregulowanie w sposób szczegółowy kwestii rozliczeń pomiędzy stronami na wypadek jej wcześniejszego zakończenia.

W odmiennym przypadku wartość rozliczenia poddana byłaby rozstrzygnięciu w trybie rozwiązywania sporów.

Institucje Finansujące nie są skłonne finansować Projektu PPP bez racjonalnego mechanizmu spłaty zaciągniętego finansowania. Nawet w przypadku rozwiązania Umowy o PPP z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego, gdzie to na dostawcach kapitału ciążyć będzie ciężar ich skutków, Umowa o PPP nadal powinna przewidywać płatność dla Partnera Prywatnego. Przedterminowe rozwiązanie Umowy nie może bowiem prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Podmiotu Publicznego.

Wysoki poziom czytelności regulacji dot. rozliczeń i określona ochrona Partnera Prywatnego są niezbędne dla Bankowości Projektu. Sposób rozliczenia Projektu na wypadek Zakończenia Umowy może mieć decydujące znaczenie z punktu widzenia finansowania Projektu PPP.

Nie istnieje jeden przyjęty model ustalania wartości płatności należnej Partnerowi Prywatnemu na wypadek rozwiązania Umowy o PPP. Można wyróżnić trzy wiodące podejścia:

- Podejście oparte o wartość zobowiązań wobec podmiotów finansujących projekt (ang. *financing-based compensation*) („Metoda Rozliczeń Finansowych”),
- Podejście oparte o wartość rynkową (rezydualną) projektu („Metoda Rynkowa”),
- Podejście oparte o wartość Infrastruktury Publicznej (ang. *book value compensation*) („Metoda Księgowa”).

Najczęściej stosowana na polskim rynku PPP jest Metoda Rozliczeń Finansowych, oparta o wartość zobowiązań wobec Instytucji Finansujących. W przypadku rozwiązania Umowy z winy Podmiotu Publicznego zwracany jest dług senioralny, podporządkowany (kapitał, odsetki, koszty) oraz kapitał własny (kapitał, IRR). Dodatkowo koszty podmiotów trzecich (ang. *breakage costs*). W przypadku rozwiązania Umowy z winy Partnera Prywatnego zwracany jest dług senioralny i koszty podmiotów trzecich. Zastosowanie Metody Rozliczeń Finansowych pozytywnie wpływa na Bankowość Projektu PPP, ponieważ Instytucje Finansujące mają gwarancję zwrotu finansowania.

Metoda Rynkowa rozwinęła się w latach '90 w Wielkiej Brytanii. Płatność dla Partnera Prywatnego oparta jest o wartość, która mogłaby zostać uzyskana za projekt w dacie jego zakończenia. Na rynkach rozwiniętych funkcjonują dwa sposoby ustalenia Wartości Rynkowej projektu tj. faktyczna „sprzedaż” projektu na rynku. Cena rynkowa jest ceną faktycznie uzyskaną od następcy Partnera Prywatnego. W Polsce z uwagi na ograniczenia prawne - brak podstaw prawnych dla sprzedaży projektu - metoda ta jest niemożliwa do zastosowania. Drugi sposób polega na szacowaniu wartości rynkowej (tzw. *desktop approach*), z wykorzystaniem modelu finansowego projektu. Metoda ta jest możliwa do zastosowania w Polsce, lecz należy wziąć pod uwagę (i) zasady aktualizacji modelu finansowego (np. w jakim zakresie należy wziąć pod uwagę dotychczasową efektywność finansową Partnera Prywatnego) (ii) sposób oszacowania kosztów potrzebnych do doprowadzenia Infrastruktury Publicznej do wymaganego standardu (ang. *rectification costs*) oraz (iii) kwestię obniżki w zależności od przypadku rozwiązania Umowy o PPP. Metoda Rynkowa uważana jest za metodę sprawiedliwą. Podmiot Publiczny płaci faktycznie tyle, ile projekt jest wart. W konsekwencji jest dość niskie ryzyko przepłacenia lub niedoszacowania odszkodowania.

Najmniej preferowana przez Instytucje Finansujące będzie najpewniej Metoda Księgowa, w której odszkodowanie oparte jest o wartość poniesionych kosztów inwestycyjnych

Wybór konkretnej metody zależeć będzie od wielu czynników, przede wszystkim od poziomu skomplikowania projektu.

ŹRÓDŁA INFORMACJI



International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank, Guidance on PPP Contractual Provisions, 2017 Edition, str. 65.

PROJEKTY HYBRYDOWE



Wcześniejsze Zakończenie Umowy w przypadku, gdy mamy do czynienia z Projektem Hybrydowym, może mieć istotne konsekwencje dla podmiotu, który jest beneficjentem, jak też dla całego Projektu PPP.

Jeżeli zakończenie Umowy następuje przed Okresem Utrzymania Infrastruktury Publicznej, a Partner Prywatny udokumentował poniesienie określonych wydatków na etapie Budowy, środki finansowe z funduszy UE mogą mu zostać wypłacone z rachunku powierniczego.

2.15 Zmiany Umowy

Zmiany Umowy o PPP są nieuniknione a nawet niezbędne z uwagi na długoterminowy charakter Projektów PPP.

Na podstawie przepisu z art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP dopuszczona została możliwość określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznych postanowień umownych, które określałyby zakres **istotnych** zmian Umowy, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Wprowadzenie do Umowy o PPP możliwości istotnej zmiany Umowy jest możliwe także w przypadku, gdyby zakres zmian wykraczał poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika to z wykładni językowej art. 144 PZP, a dodatkowym wsparciem dla tej tezy jest jednocześnie wprowadzenie do art. 140 ust. 3 PZP zastrzeżenia „z uwzględnieniem art. 144 (PZP)”.

Oznacza to, że strony są upoważnione do daleko posuniętej ingerencji w treść Umów w **zakresie zmian istotnych**, o ile przypadki te zostaną wcześniej przez zamawiającego przewidziane i opisane w postaci skonkretyzowanych postanowień przyszłej Umowy. Granicą takiej ingerencji jest zakaz zmiany charakteru pierwotnej umowy o zamówienie publiczne, do którego zmiany te nie mogą w żadnym razie prowadzić (art. 144 ust. 1b PZP).

Należy mieć na względzie, że z uwagi na konieczność zapewnienia dużej elastyczności Umowy o PPP, która zawierana jest na wiele lat, postanowienia dotyczące możliwości zmian Umowy będą elementem istotnym w ramach rozmów prowadzonych podczas Dialogu Konkurencyjnego.

Możliwe jest zastosowanie konstrukcji, zgodnie z którą w przypadku, gdy zmiana Umowy skutkować będzie zmianą wynagrodzenia, strony zastosują określone w Umowie reguły obliczania wynagrodzenia oraz uwzględnią ceny jednostkowe ujęte w możliwie najbardziej aktualnym i powszechnie stosowanym w branży budownictwa katalogu nakładów roboczych i cen.

Należy podkreślić, że Umowa o PPP zawierać może postanowienia, które nie wymagają zawarcia aneksu do Umowy, jakkolwiek ich wykonanie powoduje zbliżone skutki (np. wzrost wynagrodzenia, zmiany terminów). W tym zakresie należy zwrócić uwagę na precyzję takich postanowień.

Należy również mieć na względzie, że zmiany nieistotne mogą być na zasadzie swobody kontraktowania wprowadzane przez strony Umowy o PPP.

2.16 Postanowienia końcowe

Poufność

Umowa o PPP powinna regulować zasady zachowania poufności danych uzyskanych w ramach realizacji Umowy, w tym zasady dozwolonego ujawnienia danych. Umowa powinna również wskazywać na informacje, które nie mogą być zastrzeżone jako poufne z uwagi na ich charakter (przykładowo podlegają one ujawnieniu zgodnie z przepisami o dostępie do informacji publicznej)

Zawiadomienia

Umowa o PPP powinna zawierać informacje dotyczące sposobu doręczania korespondencji w związku z realizacją postanowień Umowy i momentu, który strony uznają za doręczenie, dane adresowe stron, obowiązek stron informowania o zmianie danych i skutków niedokonania takiej zmiany (uznanie korespondencji za doręczoną w przypadku jej wysłania na ostatni znany adres) itp.

Prawa Własności Intelktualnej

W wykonaniu Umowy o PPP można zastrzec, że Partner Prywatny przekaze Podmiotowi Publicznemu utwory w rozumieniu przepisów o prawie autorskim. Utworami przekazywanymi przez Partnera Prywatnego mogą być w szczególności dokumenty (w tym projekty budowlane), jak również programy komputerowe.

W celu zapewnienia, że Podmiot Publiczny nabędzie prawo do korzystania z dostarczonych mu utworów w odpowiednim zakresie, w Umowie o PPP należy uregulować kwestię nabycia przez Podmiot Publiczny praw do utworów oraz uzyskania odpowiednich licencji.

Przed przystąpieniem do projektowania Umowy o PPP należy w pierwszej kolejności ustalić, jakie utwory powstaną w wykonaniu Umowy o PPP. Pozwoli to na określenie właściwych pól eksploatacji, które powinny być objęte przeniesieniem praw lub licencją (ustawa o prawie autorskim przewiduje inne pola eksploatacji w przypadku dokumentacji i inne w przypadku oprogramowania).

Istotnym zagadnieniem jest również ustalenie, jaki zakres praw autorskich do utworów przysługuje Partnerowi Prywatnemu oraz jaki zakres praw może być udzielony Podmiotowi Publicznemu. Jeżeli okaże się, że przeniesienie praw autorskich na Podmiot Publiczny do danych utworów nie będzie możliwe, właściwym rozwiązaniem będzie udzielenie licencji.

Ochrona Danych Osobowych

W Umowie PPP należy uwzględnić kwestie związane z ochroną danych osobowych. Jeżeli w ramach wykonania przedmiotu Umowy PPP strony będą przekazywać sobie dane osobowe, Umowa PPP powinna zawierać regulacje dotyczące ochrony danych osobowych zgodne z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (dalej jako „**RODO**”) oraz przepisami krajowymi.

Przed przystąpieniem do projektowania Umowy o PPP należy rozstrzygnąć w jakim charakterze Podmiot Publiczny będzie występował w relacji z Partnerem Prywatnym w odniesieniu do przetwarzania (operacji na) danych osobowych.

Rozstrzygnięcie tej kwestii będzie decydowało o tym jakie obowiązki będą ciążyć na Podmiocie Publicznym, a jakie na Partnerze Prywatnym oraz jakie postanowienia będzie zawierała Umowa PPP.

Podmiot Publiczny może w tej relacji pełnić trzy role:

- 1) administratora;
- 2) współadministratora; lub
- 3) podmiotu przetwarzającego.

Należy pamiętać, że przyjęcie określonej roli w stosunku do danych osobowych będzie skutkowało nie tylko powstaniem określonych obowiązków we wzajemnych relacjach pomiędzy Podmiotem Publicznym a Partnerem Prywatnym, ale będzie także skutkowało nałożeniem odpowiednich obowiązków publicznoprawnych określonych w RODO.

Administratorem jest ten podmiot, który decyduje o sposobach i celach przetwarzania danych osobowych. Innymi słowy, jest to ten podmiot, który określa „jak” i „dlaczego” dane osobowe będą przetwarzane.

Współadministratorami są z kolei te podmioty, które wspólnie decydują o sposobach i celach przetwarzania. Zakres zastosowania tej koncepcji nie jest jeszcze do końca jasny, jednakże zgodnie z najnowszym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, związek pomiędzy współadministratorami nie musi być bardzo ścisły, tj. aby zostać uznanym za współadministratora wystarczy, że dany podmiot ma jedynie określony **wpływ** na przetwarzanie danych osobowych przez inny podmiot (współadministratora). Co więcej wystarczy, że wpływ ten będzie przejawiał się jedynie na niektórych etapach przetwarzania.

Podmiotem przetwarzającym będzie natomiast ten podmiot, który przetwarza dane osobowe na zlecenie (w imieniu) administratora. Zakres swobody decyzyjnej podmiotu przetwarzającego jest znacznie ograniczony i, co do zasady, może sprowadzać się jedynie do wyboru środków przetwarzania (np. monitoring będzie prowadzony przy użyciu kamer X oraz systemu monitoringowego Y), o ile takie uprawnienie zostało na podmiot przetwarzający sędowane przez administratora. Nawet jednak w takiej sytuacji administrator powinien sprawować kontrolę nad wykorzystywanymi przez podmiot przetwarzający środkami i to do niego powinna należeć ostateczna decyzja co do ich wykorzystania.

DOBRE PRAKTYKI



Należy pamiętać, że pojęcie administratora jest pojęciem funkcjonalnym, którego funkcją jest przypisanie odpowiedzialności temu podmiotowi, który faktycznie decyduje o tym co będzie się działo z danymi osobowymi tak, aby zapewnić jak najpełniejszą ochronę osobom których dane będą przetwarzane.

O tym, który podmiot będzie administratorem (współadministratorem), a który podmiotem przetwarzającym mogą decydować przepisy prawa powszechnie obowiązującego wskazujące na dany podmiot jako administratora danych. Gdy takich przepisów brak, konieczne będzie przeprowadzenie szczegółowej analizy stanu faktycznego w celu ustalenia, gdzie leży faktyczne, a nie jedynie formalne, władztwo nad danymi osobowymi.

Aby rozstrzygnąć jaką faktycznie rolę pełni dany podmiot pomocne będzie ustalenie który podmiot decyduje o następujących kwestiach związanych z przetwarzaniem danych, tj. o:

- celu przetwarzania,
- kategoriach danych osobowych, które będą przetwarzane,
- kategoriach operacji na danych koniecznych do realizacji celu (np. zbieranie, łączenie, przesyłanie, modyfikowanie itd.),
- tym które podmioty będą miały dostęp do danych osobowych,
- czasie przetwarzania (np. przechowywania) danych osobowych,
- technicznych środkach przetwarzania (np. jakie oprogramowanie, komputer, kamera).

Przy ustalaniu faktycznej roli danego podmiotu należy wziąć pod uwagę całość okoliczności. Szczególnie istotne jest zwrócenie uwagi na to, kto, komu, wydaje instrukcje w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz jaki jest stopień ich szczegółowości. Im bardziej sprecyzowane polecenia, a tym samym mniejsza swoboda podmiotu, który otrzymuje polecenie, tym bardziej jest prawdopodobne, że podmiot wydający polecenie jest administratorem, a podmiot realizujący polecenie jest podmiotem przetwarzającym.

Należy pamiętać, że postanowienia umowy łączącej Podmiot Publiczny z Podmiotem Prywatnym nie są przesądzające dla ustalenia faktycznej roli tych podmiotów w przetwarzaniu danych osobowych. Postanowienia te mogą pełnić jednak rolę pomocniczą..

W związku z przetwarzaniem danych osobowych mogą tu wystąpić cztery podstawowe sytuacje:

- a) Podmiot Publiczny jest administratorem danych, natomiast Partner Prywatny jest podmiotem przetwarzającym;
- b) sytuacja odwrotna, tj. Partner Prywatny jest administratorem, a Podmiot Publiczny jest podmiotem przetwarzającym;
- c) Podmiot Publiczny oraz Partner Prywatny są współadministratorami danych osobowych;
- d) Podmiot Publiczny oraz Partner Prywatny są odrębnymi administratorami w stosunku do tych samych danych osobowych (wykorzystują je, każdy, w swoim własnym celu). Pomiędzy tymi podmiotami dochodzi do udostępnienia (a nie powierzenia) danych osobowych.

W kontekście Umowy o PPP najbardziej prawdopodobne będzie wystąpienie sytuacji (a) lub (d), chociaż nie można oczywiście z góry wykluczyć wystąpienia sytuacji odmiennych. Umowa PPP przewiduje wystąpienie tylko tych dwóch sytuacji.

PRZYKŁAD



Przykład powierzenia przetwarzania danych osobowych (sytuacja (a)):

Podmiot Publiczny zleca Partnerowi Prywatnemu instalację i obsługę systemu kontroli dostępu do obszaru/pomieszczeń służbowych w celu zapewnienia bezpieczeństwa osób i informacji;

Podmiot Publiczny określa, po co i jakie dane osobowe będą przetwarzane przez Partnera Prywatnego (np. imię, nazwisko, nr identyfikatora). Wyłącznym uprawnieniem Podmiotu Publicznego powinno także być uprawnienie do decydowania o tym jak długo dane te będą przechowywane oraz kto będzie miał do nich dostęp.

Przykład udostępnienia danych osobowych (sytuacja (d)):

Podmiot Publiczny udostępnia dane osobowe swoich pracowników Partnerowi Prywatnemu w celu wykonania wspólnego zadania;

Jeżeli chodzi o sytuację (a) tj. gdy Podmiot Publiczny powierza przetwarzanie danych osobowych Partnerowi Prywatnemu, RODO wprost wymaga zawarcia klauzuli powierzenia przetwarzania określającej co najmniej elementy wskazane w przepisie art. 28 RODO.

Sytuacja (d) tj. gdy Podmiot Publiczny udostępnia dane osobowe Partnerowi Prywatnemu nie wymaga regulacji umownej (obowiązek taki nie wynika wprost z RODO). Jednakże, aby zapewnić odpowiedni poziom bezpieczeństwa danych, rekomendowane jest zawarcie pewnych regulacji w tym zakresie, aby ograniczyć swobodę Podmiotu Prywatnego w dysponowaniu otrzymanymi danymi oraz zapewnić ich bezpieczeństwo.

Przed zawarciem Umowy z Podmiotem Prywatnym, Podmiot Publiczny powinien zweryfikować czy Partner Prywatny zapewnia wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi RODO i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Weryfikacja ta może zostać przeprowadzona np. poprzez wypełnienie odpowiedniego kwestionariusza przez Partnera Prywatnego i ocenę jego odpowiedzi przez Podmiot Publiczny. Weryfikacja taka może zostać pominięta, jeżeli podmiot będzie legitymował się odpowiednim certyfikatem (o którym mowa w RODO).

Należy pamiętać, że o ile weryfikacja ta jest obowiązkowa tylko w przypadku powierzenia przetwarzania (art. 28 RODO) to jednak przeprowadzanie takiej weryfikacji jest rekomendowane także w przypadku udostępnienia danych.

ŹRÓDŁA INFORMACJI



Article 29 Data Protection Working Party Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor” adopted on 16 February 2010 (WP 169);

Handbook on European data protection law 2018 edition;

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 czerwca 2018 r. Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein przeciwko Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH (C-210/16)

Procedura Rozwiązywania Sporów

Każda Umowa o PPP powinna zawierać postanowienia regulujące Procedurę Rozwiązywania Sporów. Obowiązek taki nie wynika z Przepisów Prawa, tylko ze względów praktycznych. Zwykle bowiem, procedury rozwiązywania sporów konstruowane są jako wielostopniowe klauzule, zgodnie z którymi ewentualne wszczęcie postępowania sądowego lub arbitrażowego musi być poprzedzone próbą polubownego zakończenia sporu. Stwarza to okazję dla Stron do szybszego i tańszego rozwiązania konfliktu, a w efekcie ma pozytywny wpływ na możliwość kontynuowania Umowy o PPP. W Umowach o PPP oraz w obrocie gospodarczym klauzule arbitrażowe są równouprawnioną alternatywą dla ścieżki sądowej.

PRZYKŁAD



Wzorce umowne brytyjskie zakładają trzystopniową procedurę rozstrzygnięcia sporów:

Podmiot Publiczny i Partner Prywatny, przez określony czas wskazany w Umowie, negocjują wzajemnie satysfakcjonujące porozumienie.

Jeśli taka próba się nie powiedzie, Strony mogą przekazać sprawę do rozstrzygnięcia przez eksperta (z wyjątkiem niektórych rodzajów sporów). Ekspert powoływany jest na zasadach określonych w Umowie. W pewnych sytuacjach dopuszczalne jest zastosowanie innych form alternatywnego rozwiązywania sporów (tzw. ADR, ang. *Alternative Dispute Resolution*), np. mediacji.

Jeśli którakolwiek ze Stron nie jest usatysfakcjonowana decyzją eksperta, może skierować sprawę do sądu arbitrażowego (jedna z form ADR) lub do sądu powszechnego w celu wydania ostatecznego i wiążącego rozstrzygnięcia. Sposób wyznaczenia arbitra powinien być określony w umowie.

DUŻE PROJEKTY



Rekomendowane jest powołanie niezależnego od żadnej ze stron podmiotu, który będzie brał udział w podejmowaniu istotnych dla Przedsięwzięcia, potencjalnie spornych decyzji, a także rozstrzygał będzie spory między stronami dotyczące wykonania Umowy, zwanego dalej „Niezależnym Inżynierem”. Niezależny Inżynier (nazwa nie jest zdefiniowana w przepisach prawa; używa się również określeń „inżynier kontraktu”, „niezależny doradca”) to podmiot działający na rzecz Projektu PPP, podejmujący działania związane zarówno z bieżącym, rzetelnym administrowaniem Umową o PPP, jak i z zapobieganiem sporom, łagodzeniem ich na wczesnym etapie, a także rozstrzyganiem spraw, w których wymiana sprzecznych stanowisk stron nie doprowadziła do konsensusu.

Zakres działań Niezależnego Inżyniera może obejmować następujące funkcje:

- koordynujące (np. ocena i opiniowanie harmonogramu realizacji Umowy, uczestniczenie w zebraniach koordynacyjnych, prowadzenie dokumentacji wszelkich spotkań, inspekcji i dyskusji itp.);
- kontrolne (np. monitorowanie postępów przygotowywania Dokumentacji Projektowej, kontrola zgodności prowadzonych robót, w tym materiałów, wykonawstwa i jakości z Umową o PPP, monitorowanie postępów robót w stosunku do harmonogramów itp.);
- dotyczące rozstrzygnięcia kwestii do uzgodnienia pomiędzy stronami (np. wydawanie rozstrzygnięć Niezależnego Inżyniera w odniesieniu do przypadków zewnętrznych, wskazywanie działań jakie należy podjąć w celu złagodzenia skutków wystąpienia siły wyższej; konieczności zmiany projektu budowlanego lub projektu wykonawczego itp.);
- dotyczące rozstrzygnięcia kwestii spornych (jako etap poprzedzający wszczęcie procedury rozwiązywania sporów).

Należy zauważyć, że w niektórych przypadkach rozstrzygnięcie Niezależnego Inżyniera może modyfikować prawa i obowiązki stron, skutkujące niekiedy (ale nie zawsze) koniecznością zmiany Umowy.

Przy wykonywaniu ww. funkcji Niezależny Inżynier powinien działać w sposób bezstronny, w oparciu o profesjonalną wiedzę, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy.

Sposób wyboru Niezależnego Inżyniera określa Umowa o PPP. W tym zakresie możliwe są różne podejścia. Najczęściej proponuje się zawarcie umowy trójstronnej, z udziałem Niezależnego Inżyniera, Podmiotu Publicznego oraz Partnera Prywatnego, przy czym możliwe są dodatkowe warianty:

- wyboru dokonuje Partner Prywatny w uzgodnieniu z Podmiotem Publicznym;
- wyboru dokonuje Podmiot Publiczny.

Praktyka wskazuje, że Instytucje Finansujące nie akceptują sytuacji, w której wpływ na wybór Niezależnego Inżyniera ma wyłącznie Podmiot Publiczny. W poniższych zapisach zaproponowano zawarcie umowy z Niezależnym Inżynierem przez Partnera Prywatnego, przy udziale Podmiotu Publicznego - jako strony, na rzecz której również wykonywane są świadczenia wynikające z ww. umowy. Jest to przykład tzw. umowy na rzecz osoby trzeciej (*pactum in favorem tertii*). Zgodnie z tą konstrukcją Partner Prywatny i Niezależny Inżynier postanawiają, że jeden z nich (Niezależny Inżynier) spełni świadczenie na rzecz Podmiotu Publicznego, tj. osoby trzeciej, niebiorącej udziału w zawieraniu kontraktu. W wyniku takiego zastrzeżenia umownego Podmiot Publiczny nabędzie uprawnienie do żądania bezpośrednio od Niezależnego Inżyniera spełnienia świadczenia na jego rzecz.

Wynagrodzenie Niezależnego Inżyniera reguluje umowa z Niezależnym Inżynierem. Wynagrodzenie W należne Niezależnemu Inżynierowi może być płatne przez Partnera Prywatnego. Wynagrodzenie Niezależnego Inżyniera za świadczenie usług stanowi koszt projektu, który będzie uwzględniony w ramach Opłaty za Dostępność.

Niezależny Inżynier powinien funkcjonować w sposób ciągły w Okresie Budowy, natomiast w Okresie Utrzymania mógłby być powoływany w przypadkach tego wymagających (*ad hoc*). Takie rozwiązanie pozwala ograniczyć koszty związane z funkcjonowaniem Niezależnego Inżyniera, przy jednoczesnym zachowaniu korzyści tej instytucji.

Jednocześnie model ten jest akceptowalny z punktu widzenia międzynarodowych standardów przyjętych dla projektów typu PPP, czy project finance, a tym samym jest akceptowalny z punktu widzenia ryzyka, co może mieć wpływ na pozyskanie korzystnego finansowania. Warto zaznaczyć, że Instytucje Finansujące przy Dużych Projektach właściwie zawsze korzystają z usług doradców technicznych, wykonujących na ich rzecz usługi, które częściowo mogą się pokrywać z kompetencjami Niezależnego Inżyniera.

Poniżej przedstawiono zakres typowych działań i obowiązków Niezależnego Inżyniera oraz podmioty, w braku takiej roli w Umowie o PPP powinny przejąć określone funkcje lub instrumenty niezbędne do zastosowania.

- (a) rola koordynująca (np. ocena i opiniowanie harmonogramu, uczestniczenie w zebraniach koordynacyjnych, prowadzenie dokumentacji wszelkich spotkań, inspekcji i dyskusji itp.) – Zespół Projektowy PPP/ doradcy Podmiotu Publicznego/ zewnętrzni, niezależni eksperci
- (b) funkcje kontrolne (np. monitorowanie postępów przygotowywania Dokumentacji Projektowej, kontrola zgodności prowadzonych robót, w tym materiałów, wykonawstwa i jakości z Umową o PPP, monitorowanie postępów robót w stosunku do harmonogramu itp.) – Zespół Projektowy PPP/ inspektor nadzoru inwestorskiego/ rozbudowanie klauzul umownych dotyczących odbiorów prac projektowych oraz robót;
- (c) działania dotyczące rozstrzygania kwestii do uzgodnienia pomiędzy stronami (np. wydawanie rozstrzygnięć Niezależnego Inżyniera w odniesieniu do przypadków zewnętrznych, wskazywanie działań jakie należy podjąć w celu złagodzenia skutków wystąpienia siły wyższej; konieczności zmiany projektu budowlanego lub projektu wykonawczego itp.) – doradcy Podmiotu Publicznego/ zewnętrzni, niezależni eksperci / procedura rozwiązywania sporów;
- (d) działania dotyczące rozstrzygania kwestii spornych (jako etap poprzedzający wszczęcie procedury rozwiązywania sporów).

MAŁE PROJEKTY



W każdym przypadku, również w Umowach o PPP przewidujących instytucję Niezależnego Inżyniera, Podmiot Publiczny powinien powołać odpowiednią osobę albo zespół do oceny poszczególnych zdarzeń (np. w ramach Zespołu Projektowego PPP lub zespołu nadzorującego wykonywanie Budowy). Szczególnie w przypadku Małych Projektów i nieskomplikowanych Projektów, gdzie z reguły nie ma potrzeby stosowania instytucji Niezależnego Inżyniera, Podmiot Publiczny powinien upewnić się, że zespół, którym dysponuje posiada wystarczające kompetencje i kwalifikacje, by umożliwić podejmowanie działań i rozstrzygnięć. W takich przypadkach szczególnej roli nabiera Zespół Projektowy PPP wraz z zespołem nadzorującym wykonywanie Budowy.

PROJEKTY HYBRYDOWE



Zaangażowanie Niezależnego Inżyniera zazwyczaj kwalifikowało się będzie do objęcia wsparciem ze środków UE. W takim przypadku wybór Niezależnego Inżyniera musi odbyć się w sposób wyznaczony zasadami określonymi w systemie realizacji danego programu operacyjnego, w szczególności z wykorzystaniem otwartych i konkurencyjnych procedur przetargowych.

Prawo właściwe

Dla zagwarantowania pewności obu stron Umowy o PPP, powinna ona zawierać klauzulę dotyczącą prawa właściwego.

Egzemplarze Umowy

Umowa powinna wskazywać liczbę egzemplarzy uznawanych za oryginał. Kwestia ta należy do porządkujących, warto jednak ją uwzględnić w Umowie.

2.17 Załączniki do Umowy

Załączniki są często wykorzystywane w Umowach o PPP. Poniżej znajduje się lista przykładowych załączników, które mogą (choć niekoniecznie muszą) znaleźć się w Umowie o PPP:

- Program Funkcjonalno-Użytkowy
- Harmonogram
- Oferta złożona w Postępowaniu
- Wzór Protokołu Przekazania Nieruchomości
- Standardy Utrzymania, Zarządzanie i Zasady Dostępności
- Wzory Raportów
- Wynagrodzenie. Mechanizm Płatności
- Ubezpieczenia
- Rozliczenia Stron na Wypadek Przedterminowego Zakończenia Umowy
- Istotne Postanowienia Umowy Bezpośredniej
- Wymagania Przy Zwrocie Infrastruktury Publicznej
- Procedura Rozwiązywania Sporów