

# Zabezpieczenie interesów samorządu w umowach PPP

W teorii partnerstwo publiczno-prywatne ma wiele zalet. Niestety, w praktyce to rozwiązanie stosowane jest niezwykle rzadko, a przedstawiciele samorządów często nie mają dostatecznej wiedzy o zasadach i korzyściach płynących z realizacji zadań we współpracy z partnerem prywatnym.

**Autor: Natalia Chyb\***

**W**wielu przypadkach umowy negocjowane z podmiotami prywatnymi nie dochodzą do skutku, ponieważ podmioty publiczne próbują przenieść całe ryzyko przedsięwzięcia na partnera prywatnego albo wręcz odwrotnie, zawierane są umowy na warunkach niekorzystnych dla podmiotów publicznych. Odpowiednie sformułowanie postanowień umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest niezwykle ważne, ale też wymaga przeprowadzenia wcześniejszych badań i analiz. Pomimo że etap przygotowawczy projektów PPP może być dość długi i wymagać zaangażowania różnych doradców, pozwala on jednak już na początku na identyfikację potencjalnych ryzyk i odpowiednie zabezpieczenie interesów podmiotu publicznego w umowie z partnerem prywatnym.

## Treść umowy

Przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wy-

grozzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Umowa o PPP jest kluczowym dokumentem regulującym relacje pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym. Dobrze przygotowana, zabezpiecza interesy podmiotu publicznego oraz realizację wspólnego przedsięwzięcia i określa adekwatne do projektu zasady wynagrodzenia podmiotu prywatnego oraz podziału ryzyk. Co istotne, zabezpieczenie interesu jednostki samorządowej opiera się nie tylko na rozpisaniu systemu kar umownych czy szczególnych zasad odpowiedzialności podmiotu prywatnego, ale przede wszystkim na precyzyjnym opisanu projektu.

Szczegółowe wskazanie parametrów projektu, wymagań technicznych i jakościowych, standardu czy harmonogramu realizacji przedsięwzięcia precyzuje

zobowiązanie partnera prywatnego oraz stanowi zabezpieczenie dla podmiotu publicznego realizacji konkretnego zadania publicznego, odpowiadającego określonym potrzebom lokalnej społeczności. Regulacje dotyczące kar umownych czy zasad obniżania wynagrodzenia, choć są niezwykle istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa interesów podmiotu publicznego, mogą w rzeczywistości nie spełniać swojej ochronnej funkcji, jeśli zakres zobowiązań partnera prywatnego nie zostanie właściwie opisany. Szczegółowy opis projektu umożliwia również późniejszą weryfikację wywiązywania się przez podmiot prywatny z jego umownych zobowiązań wobec jednostki samorządowej oraz ustalenia ewentualnej odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązań. Kontrola realizacji przedsięwzięcia ma w tym kontekście niezwykle istotne znaczenie. Stanowi ona narzędzie dyscyplinujące partnera prywatnego oraz pozwala jednostce samorządowej na weryfikację, czy projekt na każdym jego etapie realizowany jest zgodnie z umową. Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym przewiduje co prawda prawo podmiotu publicznego do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego, jednak zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli musi określać umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Niezwykle istotne jest również opisanie zasad angażowania przez partnera prywatnego podwykonawców oraz odpowiedzialności za ich działania, procedury dokonywania zmian w planowanym przedsięwzięciu, wskazania zabezpieczeń należytego wykonania zobowiązań, jak na przykład gwarancje bankowe czy poręczenia, a w przypadku realizacji projektów budowlanych połączonych z ich późniejszą eksploatacją również zasady utrzymania i eksploatacji obiektu.

## Wynagrodzenie

Bardzo ważnym elementem umowy PPP są również postanowienia dotyczące wynagrodzenia podmiotu prywatnego. Zgodnie z ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym, źródłem wynagrodzenia podmiotu prywatnego mogą być korzyści z przedmiotu partnerstwa, korzyści wraz z wynagrodzeniem pieniężnym od podmiotu

publicznego albo wyłącznie zapłata sumy pieniężnej. Umowa o partnerstwie powinna zatem precyzyjnie określać, z jakiego źródła ma pochodzić wynagrodzenie partnera prywatnego oraz wskazywać odpowiednie mechanizmy jego obliczania oraz harmonogramy płatności. Jeśli wynagrodzenie partnera prywatnego ma pochodzić w całości bądź w części z przychodów z przedsięwzięcia, umowa PPP powinna zawierać szereg dodatkowych postanowień określających bardziej szczegółowe kwestie związane z obliczaniem takiego wynagrodzenia. Można na przykład wskazać minimalne lub maksymalne wynagrodzenie partnera prywatnego i skutki jego nieosiągnięcia bądź przekroczenia. Umowa może zatem przewidywać zasady ewentualnego uzupełnienia wynagrodzenia przez podmiot publiczny w przypadku nieosiągnięcia minimalnych wskaźników albo przeznaczenie nadwyżki na ulepszenie projektu czy podwyższenie jakości świadczonych usług, jeśli podmiot prywatny przekroczy maksymalny poziom zysku. Takie uregulowanie pozwala dostosować wysokość wynagrodzenia do konkretnego projektu i zabezpieczyć interesy obu stron umowy. Z zasadami określania wynagrodzenia za realizację wspólnego przedsięwzięcia ściśle wiąże się również wskazanie okresu trwania umowy, który powinien być adekwatny do okresu zwrotu nakładów. Zbyt długi czas trwania umowy może bezzasadnie zwiększyć wynagrodzenie partnera prywatnego i narazić jednostkę samorządową na bezpośrednie straty. Z tego powodu zawarcie każdej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym powinno być poprzedzone odpowiednimi badaniami i analizami przez podmiot publiczny. Ponadto, jeśli projekt w formule PPP ma być realizowany przez spółkę celową, utworzoną przez podmiot publiczny i partnera prywatnego, konieczne jest ustalenie treści umowy lub statutu takiej spółki i odpowiednie zabezpieczenie pozycji jednostki samorządowej jako współnika, a w szczególności określenie zasad podziału i wypłaty dywidendy.

## Podział ryzyk

Jednym z najtrudniejszych zadań związanych z konstruowaniem umowy partnerstwa publiczno-prywatnego

jest jednak odpowiedni podział ryzyk związanych z realizacją wspólnego przedsięwzięcia. Co istotne, w wielu przypadkach zbyt restrykcyjne sformułowanie postanowień umownych i przeniesienie na partnera prywatnego zbyt wielu ryzyk, może się okazać niekorzystne dla podmiotu publicznego, a nawet uniemożliwić realizację projektu. Szczególnie w przypadku finansowania przez podmiot prywatny realizacji przedsięwzięcia ze środków pochodzących z kredytu, zbyt restrykcyjne warunki współpracy, polegające na przykład na wygórowanych karach umownych czy zasadach potrąceń wynagrodzenia partnera prywatnego, mogą znacząco zwiększyć koszty kredytowania czy wręcz uczynić całe przedsięwzięcie nieopłacalnym. Również unikanie przez podmiot publiczny zaangażowania w kwestie finansowania przedsięwzięcia przez podmiot prywatny mogą stanowić istotną przeszkodę w sprawnej i optymalnej finansowo realizacji przedsięwzięcia. Odmowa zawarcia umowy bezpośredniej z bankiem kredytującym czy ustanowienia zabezpieczeń na rzecz banku w postaci hipoteki czy zastawu na składnikach majątkowych należących do jednostek samorządowych może w istocie zwiększyć ryzyko niepowodzenia wspólnego projektu zamiast wzmocnić pozycję podmiotu publicznego i zabezpieczyć mienie samorządu.

Jak pokazuje praktyka, główną przyczyną niepowodzeń projektów partnerstwa publiczno-prywatnego jest ich niedostateczne przygotowanie, w tym niedostateczne rozpoznanie ryzyk i brak odpowiednich analiz, co następnie znajduje odzwierciedlenie w nieprawidłowo przygotowanych umowach PPP. Zabezpieczenie interesów podmiotu publicznego w projektach PPP polega przede wszystkim na odpowiednim przygotowaniu do realizacji zadań we współpracy z partnerem prywatnym i właściwym uregulowaniu wzajemnych zobowiązań stron w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym z uwzględnieniem szczególnego charakteru tych umów, opierających się na elemencie współ-

*\*prawnik w kancelarii FKA Furtek Komosa Aleksandrowicz*