



## UMOWA PPP - UKSZTAŁTOWANIE JEJ TREŚCI

w trybie ustawy z 9 stycznia 2009 r.  
o koncesji na roboty budowlane lub usługi

**Tomasz Srokosz** - Radca Prawny, Partner w kancelarii Krupa, Srokosz, Patryas

Postępowanie o wybór partnera prywatnego dla inwestycji w postaci rewitalizacji terenów przydworcowych w Sopocie zostało zakończone.

Komisja Przetargowa podjęła uchwałę o wyborze partnera prywatnego, tym samym Prezydent Miasta może przystąpić do kolejnych czynności związanych z zawarciem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

W sopockim postępowaniu projekt umowy PPP stanowił załącznik do Opisu warunków PPP a jej treść to wynik wielomiesięcznych negocjacji z zainteresowanymi podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu przetargowym.

Przypomnieć należy, że postępowanie w Sopocie prowadzone było w trybie ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (ustawa). W ostatniej fazie postępowania pojawiła się kwestia możliwości zmian umowy PPP w chwili jej zawierania w stosunku do załącznika do ogłoszenia.

Uczestnicy postępowania musieli postawić teoretyczne pytanie czy taka zmiana jest dopuszczalna i na jakich warunkach. Poniżej chciałbym przedstawić elastyczne rozwiązania pozwalające na ostateczne ukształtowanie umowy PPP po wyborze partnera prywatnego tym samym rozwiązaniem, które jest przeciwstawne do zamówień publicznych.

Innymi słowy, ustawa o koncesji na roboty budowlane zastosowana do zawierania umowy PPP pozwala na większą elastyczność w ukształtowaniu umowy PPP, z tym zastrzeżeniem, aby sama umowa rażąco nie odbiegała od opisu warunków oraz oferty złożonej przez zainteresowane podmioty.

Umowa PPP, to wynik wielomiesięcznych negocjacji.

Samo ustalenie pomiędzy stronami najważniejszych postanowień umowy nie przesądza jeszcze o jej zawarciu.

Rozbieżności w szczegółach, postanowieniach dodatkowych lub dodatkowych regulacjach umownych np. w postaci zabezpieczeń finansowych mogą doprowadzić do zerwania negocjacji, pomimo zgodności co do kluczowych zapisów umowy.

Analizując przepisy ustawy można postawić pytanie: na którym etapie postępowania o zawarcie umowy, a może już po jego zakończeniu powinna zostać ukształtowana (wynegocjowana) treść umowy PPP? Wątpliwości czy treść umowy powinna zostać ukształtowana w trakcie postępowania czy też już po nim wynikają chociażby z systematyki ustawy, rozdział 2 zatytułowany jest: postępowanie o zawarcie umowy koncesji, natomiast tytuł rozdziału 3 brzmi: umowa koncesji. Innymi słowy, treść umowy oraz zasady jej zawarcia zostały przez ustawodawcę uregulowane poza trybem postępowania koncesyjnego w tym przypadku odnoszącego się do PPP. Jeżeli samo zawarcie umowy nie stanowi elementu postępowania, to czy ustalenie ostatecznej treści umowy przez strony, może nastąpić po zakończeniu negocjacji, a dalej idąc po zakończeniu postępowania i wyborze partnera prywatnego?

Aby odpowiedzieć na to pytanie należy przeanalizować chronologię samego postępowania oraz zakres składanych przez strony umowy PPP oświadczeń na każdym z etapów postępowania.

Z punktu widzenia treści umowy kluczowym jest opis przedmiotu PPP, o którym mowa w art. 7 Ustawy. Opis przedmiotu PPP przewija się przez całe postępowanie. Partner publiczny powinien przygotować opis przedmiotu PPP jako wyjściowy dla postępowania. Kolejnym oświadczeniem jest opis potrzeb i wymagań, który powinien zostać zamieszczony w ogłoszeniu, o którym mowa

w art. 10 oraz 11 Ustawy. Opis potrzeb i wymagań, powinien dodatkowo zostać uzupełniony na etapie ogłoszenia o wskazanie terminu realizacji umowy.

Można powiedzieć to już prawie umowa, a jednak daleko do dokumentu (umowa musi mieć formę pisemną), który czasami nawet na 15 lat ukształtuje relacje w kluczowych dla wielu samorządów sferach życia publicznego.

Chronologicznie dochodzimy do kwestii negocjacji. Art. 14 Ustawy odnosi się do negocjacji, jednak nie umowy, ale „wszystkich aspektów koncesji (PPP)", zatem, „te" negocjacje nie mają na celu ukształtowania treści umowy, ale wyjaśnienie aspektów koncesji tj. ramowych ustaleń współdziałania stron.

Z punktu widzenia kodeksu cywilnego, do którego Ustawa odwołuje się w art. 5 najdalej idącą w zakresie ukształtowania treści przyszłej umowy PPP jest oferta składana zgodnie art. 15 Ustawy.

Z chwilą złożenia oferty, oferenci definiują zakres swoich obowiązków w odniesieniu do opisu przedmiotu PPP, terminu realizacji oraz zasad odpłatności za korzystanie z przedmiotu koncesji. To, oferta w zależności od tego jak szczegółowo został sformułowany opis przedmiotu koncesji oraz ogłoszenie o koncesji będzie wiązać strony przyszłej umowy. Umowa może uszczegóławiać, ale nie zmieniać oferty.

Znaczenie treści oferty w stosunku do przyszłej umowy wprost reguluje art. 23 Ustawy, który zakazuje zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, chyba że konieczność zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili składania oferty. Oferta nie musi jednak regulować wszystkich kwestii przyszłej umowy PPP, odnosi się głównie do opisu przedmiotu, terminu i zasad odpłatności, a więc do istotnych postanowień przyszłej umowy.



Foto: Robert Ujsiecki

Wraz z zakończeniem postępowania i wyborem partnera prywatnego, strony mają obowiązek zawrzeć umowę zgodnie z art. 21 ustawy nie wcześniej niż 10 lub 15 dni od dnia przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednak termin maksymalny do zawarcia umowy nie został określony.

Ponieważ zgodnie z art. 23 Ustawy jedyny zakaz dotyczy modyfikacji oferty, strony faktycznie mogą tak długo negocjować umowę, jak długo partner publiczny nie uzna, że partner prywatny uchyla się od zawarcia umowy, jest to przywilej podmiotu publicznego co stanowi o jego silniejszej pozycji negocjacyjnej. Tym samym treść umowy może zostać ukształtowana po postępowaniu, o ile nie pozostaje w sprzeczności z ofertą oraz głównymi zasadami postępowania, tj. jawnością, transparentnością, konkurencyjnością postępowania zgodnie z art. 6 Ustawy.

Przykładem nieuczciwej konkurencji, może być sytuacja negocjowania treści umowy ze wszystkimi zainteresowanymi podmiotami, w wyniku czego dojdzie do ukształtowania jej projektu, natomiast umowa zostanie zawarta na warunkach istotnie odbiegających od projektu, pomimo zgodności z ofertą.

Z praktycznego punktu widzenia, powyższe rozważania są kluczowe dla rozdzielenia postępowania koncesyjnego od postępowania prowadzonego w trybie prawa zamówień publicznych.

O ile, w zamówieniach publicznych strony nie mają możliwości kształtowania treści umowy po wygranym przetargu, o tyle warunki PPP prowadzone w trybie ustawy o koncesji, są ukształtowane w trakcie postępowania koncesyjnego, natomiast treść umowy wiążącej strony może być negocjowana dopiero z wybranym partnerem.

Oczywiście wniosek ten rodzi ryzyko. Strony po przeprowadzonym postępowaniu mogą nie dojść do porozumienia w zakresie kwestii nie objętych ofertą. Negocjacje tego zakresu umowy mogą zatem prowadzić do odmowy zawarcia umowy przez czy to partnera publicznego lub prywatnego, jest to ryzyko gospodarcze.



Tomasz Srokosz

Radca Prawny, Partner  
w kancelarii Krupa, Srokosz, Patryas