

# NEGOCJACJE UMOWY



**Michał Antosiuk**  
advokat  
Kancelaria Doradztwa Gospodarczego  
Cieślak & Kordasiewicz



**Jakub Kot**  
aplikant adwokacki  
Kancelaria Doradztwa Gospodarczego  
Cieślak & Kordasiewicz

W przeciwieństwie do klasycznych zamówień publicznych, w których to zamawiający jest jedynym autorem dokumentacji postępowania, w projektach PPP wykonawca – przy odpowiednim zaangażowaniu – może w znaczący sposób wpłynąć na kształt dokumentów, a w szczególności posiada uprawnienia do kreowania postanowień umowy.

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie ogranicza się w swej treści jedynie do określenia praw i obowiązków stron, skomplikowana struktura takich projektów wymaga bowiem, aby taka umowa precyzowała wszelkie aspekty związane z przedsięwzięciem – techniczne, finansowe, podatkowe, organizacyjne i wiele innych. Powyższe wynika przede wszystkim z tego, że postępowanie o wybór partnera prywatnego łączy w sobie jednocześnie kilka zamówień: projektowanie, finansowanie, prace budowlane oraz etap eksploatacyjny przedsięwzięcia.

Negocjacje w swoim założeniu mają wielopłaszczyznowy charakter – umożliwiają obu partnerom osiągnięcie porozumienia w zakresie wszystkich istotnych dla stron aspektów przedsięwzięcia. Jest to o tyle istotne, że ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym wymaga od stron kontraktu kompleksowego działania, w szczególności wniesienia wkładów własnych w przedsięwzięcie, poniesienia wydatków na jego realizację, a także szczegółowego podziału zadań i ryzyk w ramach projektu. Nie można również zapominać o tym, że współpraca w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego to proces długoterminowy (tego typu kontrakty najczęściej zawierane są na kilkanaście lat).

## Jak można negocjować?

Negocjacje umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym odbywają się w ramach trybów wyboru partnera prywatnego, które przewidują bądź ustawa Prawo zamówień publicznych, bądź ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. W niniejszym artykule omówimy jednak wyłącznie tryby negocjacyjne przewidziane ustawą Prawo zamówień publicznych.

Do trybów negocjacyjnych przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych należą w szczególności:

- negocjacje z ogłoszeniem,
- dialog konkurencyjny,
- negocjacje bez ogłoszenia,
- partnerstwo innowacyjne.

Dotychczasowa praktyka rynku PPP w Polsce pokazuje, że tego typu kontrakty najczęściej są zawierane w trybie dialogu konkurencyjnego. Ponadto, ze względu na zbliżony charakter oraz fakt, że zamawiający niekiedy stosują w postępowaniach PPP także tryb negocjacji z ogłoszeniem,

poniżej zawarto także uwagi odnoszące się do negocjacji z ogłoszeniem.

Po ostatniej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanki dla zastosowania obu wyżej wymienionych trybów są tożsame. Zatem najczęściej zamawiający będą wszczynać postępowanie o wybór partnera prywatnego w ramach przedmiotowych trybów w następujących sytuacjach:

- rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego,
- roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne,
- zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych, lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami.

Wydaje się, że to właśnie ostatnia z wymienionych przesłanek w szczególny sposób wpisuje się w specyfikę projektów PPP.

Dotychczasowe doświadczenia wskazują bezspornie, że to właśnie dialog konkurencyjny – jako tryb rekomendowany przez Komisję Europejską do realizacji tego typu przedsięwzięć – stanowi optymalny tryb wyłaniania partnera prywatnego. Wynika to przede wszystkim z faktu, że procedura ta nie ma ściśle określonych ram czasowych i może być prowadzona do momentu, gdy podmiot publiczny jest w stanie określić rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby.

Z kolei tryb negocjacji z ogłoszeniem stosuje się wtedy, gdy podmiot publiczny posiada opracowaną dokumentację techniczną projektu, a także sprecyzowane oczekiwania odnośnie do współpracy z partnerem prywatnym na etapie eksploatacji infrastruktury. Wobec powyższego celem takiego postępowania jest nie tyle ustalenie zakresu i form współpracy (jak w przypadku dialogu konkurencyjnego), ile dookreślenie i doprecyzowanie zaproponowanych przez podmiot publiczny rozwiązań.

## Aspekty praktyczne negocjacji

Etap negocjacji jest kluczowym elementem procedury wyboru partnera prywatnego. Każda decyzja podjęta w ramach złożonej procedury wyboru partnera prywat-

nego wiąże się z konsekwencjami na dalszych etapach realizacji projektu i w efekcie może stanowić o powodzeniu (bądź porażce) całego przedsięwzięcia.

Poniżej – uwzględniając przebieg procesu zawierania umowy PPP – przedstawiamy praktyczne wskazówki, jakimi partner prywatny powinien się kierować, przystępując do procesu negocjacyjnego z podmiotem publicznym (nie tylko w zakresie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym).

Negocjacje, podobnie jak całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone są w języku polskim. W przypadku udziału w negocjacjach osób obcojęzycznych (w szczególności przedstawicieli przedsiębiorców zagranicznych) potencjalni partnerzy prywatni powinni zapewnić tłumaczy we własnym zakresie, względnie ustalić tę kwestię z podmiotem publicznym.

Warto zaproponować sporządzenie ramowego harmonogramu negocjacji, określającego przybliżoną liczbę oraz zakres planowanych spotkań – tego typu harmonogram ułatwi i przyspieszy proces negocjacyjny.

Pierwsze spotkanie w ramach procedury powinno mieć charakter organizacyjny, pozwalający na uzyskanie szczegółowych informacji na temat uwarunkowań prawno-organizacyjnych projektu.

Newralgicznym obszarem negocjacji w projektach PPP jest często kwestia finansowania projektu. Potencjalny partner prywatny, gdy zapozna się z potrzebami podmiotu publicznego, winien rozważyć wszelkie dostępne sposoby finansowania projektu. Najczęściej przedsiębiorcy finansują projekt, zaciągając kredyt bankowy, choć w ostatnim czasie znaczenia nabierają również alternatywne formy finansowania projektów – w tym w szczególności mechanizm wykupu wierzytelności. Dobrą praktyką jest, aby potencjalny partner prywatny uzgodnił z instytucją finansującą warunki udzielenia finansowania już w toku procedury wyboru partnera prywatnego – może to w sposób znaczący ograniczyć ryzyko braku bankowości projektu.

Wykonawca powinien na podstawie posiadanych know-how i doświadczenia przedstawić własną koncepcję wykonalności projektu, co stanowić będzie podstawę dyskusji z podmiotem publicznym.

Osoby występujące po stronie podmiotu publicznego muszą wykonywać swoje czynności w sposób transparentny, bezstronny i obiektywny, zarówno na etapie przygotowania, jak i przeprowadzania postępowania. Przejawem zachowania zasady przejrzystości w ramach prowadzenia dialogu konkurencyjnego jest jednoczesne przekazywanie partnerom prywatnym wszelkich wymagań, wyjaśnień i informacji, a także dokumentów związanych z dialogiem na równych zasadach. Sposób prowadzenia dialogu nie może prowadzić do uprzywilejowania jednego lub kilku partnerów prywatnych kosztem pozostałych.

Żadna ze stron – ani podmiot publiczny, ani też partner prywatny – nie mogą bez zgody drugiej strony ujawniać informacji technicznych oraz handlowych związanych z prowadzonym dialogiem. Zdarza się, że zamawiający próbują wykorzystać satysfakcjonujące rozwiązanie otrzymane od jednego z wykonawców w negocjacjach z innym

wykonawcą. Powyższe stanowi naruszenie zasady poufności oraz równego traktowania uczestników dialogu.

Obowiązek zachowania poufnego przebiegu negocjacji oznacza, iż rozmowy powinny być prowadzone oddzielnie z każdym z potencjalnych partnerów prywatnych.

Aktywność partnerów prywatnych nie powinna ograniczać się jedynie do działań w ramach poszczególnych tur negocjacyjnych – procedura wyboru partnera prywatnego wymaga udziału potencjalnych partnerów także w okresie między poszczególnymi turami. W szczególności warto prowadzić z podmiotem publicznym stałą komunikację za pośrednictwem kanałów elektronicznych.

Powyższe wskazówki powinny prowadzić do satysfakcjonującego wynegocjowania konkretnych postanowień umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, regulującej przede wszystkim następujące aspekty: przedmiot umowy, okres trwania umowy, podział zadań i ryzyk w ramach przedsięwzięcia, zasady wnoszenia wkładów własnych w ramach przedsięwzięcia, sposób wynagradzania partnera prywatnego, odpowiedzialność za nienależyte wykonywanie umowy, zasady dysponowania składnikami majątkowymi po wygaśnięciu (rozwiązaniu) umowy.

Wymienione powyżej elementy umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stanowią kolejną wskazówkę dla potencjalnych partnerów prywatnych dotyczącą tego, na co warto zwrócić szczególną uwagę w trakcie negocjacji.

Warto wspomnieć, że ostatnia nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dialogu konkurencyjnego wprowadziła dodatkowy etap negocjacji. W obecnym stanie prawnym po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający może w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie negocjować z wykonawcą – którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza – ostateczne warunki umowy. Możliwość ta została dopuszczona w przypadku, jeśli powyższe negocjacje nie skutkują zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, ani nie prowadzą do zakłócenia konkurencji lub dyskryminacji wykonawców.

### Zakończenie negocjacji

Zwieńczeniem każdego negocjacji prowadzonych między stronami zainteresowanymi nawiązaniem współpracy biznesowej powinno być zawarcie umowy. Przepisy nie precyzują, w jakim czasie powinny się zakończyć rozmowy na etapie dialogu czy negocjacji. Jak wskazano wcześniej – ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi, że podmiot publiczny prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby.

O zakończeniu dialogu podmiot publiczny powinien niezwłocznie poinformować uczestniczących w nim wykonawców, a następnie, na podstawie poczynionych na tym etapie ustaleń, przygotować specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, w tym z istotnymi postanowieniami umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. W dalszej kolejności podmiot publiczny zaprasza do składania ofert, a po ich ocenie dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. ■

### Przypisy:

- [1] Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 696 z późn. zm.).
- [2] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.).
- [3] Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 113).

Dialog konkurencyjny – jako tryb rekomendowany przez Komisję Europejską do realizacji tego typu przedsięwzięć – stanowi optymalny tryb wyłaniania partnera prywatnego.