

## 9. MIĘDZYNARODOWA NATURA PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO

Regulacja partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP) funkcjonuje w polskim systemie prawnym od blisko czterech lat<sup>233</sup>, jednak samo PPP nie jest – bynajmniej – koncepcją polską. Powszechnie lansowany pogląd o jego brytyjskim pochodzeniu – choć nie pozbawiony argumentów – wydaje się nadmiernie upraszczać genezę PPP. Bliższe prawdy wydaje się mniej komfortowe założenie, wedle którego PPP nie jest oryginalnym wytworem myśli prawnej któregoś z państw, lecz jest niedookreślone genealogicznie. Nie chodzi tu bynajmniej o niemożność ustalenia, skąd się wzięło PPP, lecz o założenie, iż jego rodowód stanowi międzynarodowy kompromis koncepcyjny. Takie stanowisko znacząco uatrakcyjnia PPP jako zagadnienie naukowe, a przedmiotowo je (PPP) umiędzynarodawia. Widać to wyraźnie – zarówno w płaszczyźnie programowania, jak i praktyki.

Zacznijmy od programowania. Zasadniczym układem odniesienia – stosownie do założeń opracowania zbiorowego – jest tu prawo. W prawie międzynarodowym właściwie brak jest regulacji bezpośrednio dotyczących PPP. To ostatnie występuje pośrednio – w obszarach deficytu efektywności operacyjnej państw (eksploatacja dna oceanicznego<sup>234</sup>, działalność satelitar-na<sup>235</sup>). Natomiast w „wersji jednostkowej” pojawia się głównie jako postulat w pracach UNDP, UNDESA, UNCSD itp.<sup>236</sup>. W takiej sytuacji warto zwrócić uwagę na nieco „zapomniane” oblicze prawa międzynarodowego, tj. prawo zwyczajowe.

Zasadniczymi elementami zwyczaju są: praktyka oraz przeświadcze-

---

233 Zapoczątkowała je ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz. U. nr 169, poz. 1420 i akty wykonawcze doń, a obecnie opiera się na ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U. z 2009 r., nr 19, poz. 100.

234 W szczególności warto zwrócić uwagę na praktykę Organizacji Dna Morskiego, zwłaszcza w kwestii porozumień eksploatacyjnych, których stronami mogą być konsorcja publiczno – prywatne. Interesującym przykładem może być Wspólna Organizacja INTE-ROCEANMETAL, do której przynależy Polska.

235 Tu warto przyjrzeć się założeniom funkcjonowania organizacji INTELSAT oraz INMAR-SAT (stroną jest Polska).

236 Por.: T. Borysa, *Partnerstwo jako zasada zrównoważonego rozwoju* oraz E. J. Stroes, *Partnerstwo Publiczno – Prywatne na rzecz zrównoważonego rozwoju*, w: *Zarządzanie zrównoważonym rozwojem. Agenda 21 w Polsce – 10 lat po Rio*, pod red. T. Borysa, Białystok 2003, s. 196 i n. oraz 213 i n.

nie o jej prawotwórczym lub prawnie wiążącym charakterze. Interesująco przedstawia się w tym kontekście funkcjonowanie tzw. najemników, czyli specjalistów wszelkiej walki zbrojnej kontraktujących swe usługi dowolnym (najczęściej rządowym!) podmiotom na całym świecie. Do niedawna – zarówno w świetle prawa międzynarodowego, jak i większości krajowych porządków prawnych<sup>237</sup> – najemnicy posiadali status „banity”. Nie tylko nie podlegali żadnej niemal ochronie, ale sami przez się stanowili „a’prioritycznych” naruszcycieli prawa międzynarodowego! Coś się jednak w ostatnim czasie zmieniło. Społeczność międzynarodowa i poszczególne państwa coraz częściej stają wobec konieczności przeciwstawiania się specyficznym, „kłopotliwym” naruszeniom prawa międzynarodowego... Chodzi tu o terroryzm, naruszenia praw człowieka w peryferyjnych regionach świata, interwencje stabilizacyjne w obszarach „wojny permanentnej” itp.<sup>238</sup> W dobie społeczeństw demokratycznych, które coraz trudniej przekonać do akceptacji udziału ich przedstawicieli w działaniach nacechowanych znacznym ryzykiem oraz mediów masowych, które z „pasją” szokują owe społeczeństwa brutalnym i nachalnym przekazem informacyjnym, łatwo byłoby niebawem o patową sytuację międzynarodowej bezradności. Jednocześnie – od zawsze - „trudne wyzwania” stanowią rezerwar zbrojnych najemników. W takiej sytuacji – bez promocji i formalizacji – podjęto szereg kroków *de facto*, by po najemników sięgać... standardowo! Od Afganistanu, poprzez Irak, obszar sporny izraelsko-palestyński, aż po misje ONZ-owskie – wszędzie „dyskretne” pojawiły się międzynarodowe „firmy ochraniarskie” (złożone z byłych komandosów itp.). Wszędzie zawierane są odpowiednie porozumienia, wydawane stosowne umocowania itd. Co więcej – opinia publiczna wydaje się tę sytuację nie tylko akceptować, ale wręcz popierać. W konsekwencji – należy rozważyć kształtowanie się normy zwyczajowej legalizującej międzynarodowych najemników! Skoro zaś *pacta sunt servanda* – regulacje krajowe nie powinny się temu sprzeciwiać. Zwłaszcza, że legalizowani w ten sposób międzynarodowi najemnicy zazwyczaj mają już uregulowany status krajowy.

Powyższa zależność przybiera cechy sprzężenia zwrotnego widzianego w dwóch wymiarach. Z jednej strony obserwujemy oddziaływanie prawa międzynarodowego na prawo krajowe, z drugiej zaś – sytuację odwrotną. W dodatku dzieje się to na zasadzie ustawicznej interakcji! Przykładowo – organizacje międzynarodowe (np. UNDP, UNDESA, UNCSD czy UE) – za-

---

237 Znanym odstępstwem jest „francuski” przykład Legii Cudzoziemskiej.

238 Por.: M. Perkowski, *Wojna współczesna w świetle prawa międzynarodowego. Uwagi definicyjne*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 3, s. 3 i n.

również starają się określone standardy państwo narzucić, jak i stosowne rozwiązania krajowe inwentaryzować – ku ich przyszłej harmonizacji. Podobnie podmioty zajmujące się eksploatacją dna oceanicznego czy działalnością satelitarną – opierając się w wielu aspektach na rozwiązaniach krajowych różnych państw – same niejednokrotnie stają się swoistym układem odniesienia dla praktyki krajowej<sup>239</sup>. Tym dobitniej można więc powtórzyć tezę, iż PPP stanowi międzynarodowy kompromis koncepcyjny! Tyle w kwestii genezy... Jednocześnie – nie sposób uniknąć odpowiedzi na słuszne pytanie o perspektywy tej zależności.

Wydaje się, że paradygmaty globalizacji i internacjonalizacji bezpowrotnie zdominowały „krajowość”. Innymi słowy – czas ściśle krajowych modeli PPP, które stały się inspiracją dla społeczności międzynarodowej – wydaje się odchodzić do historii. Obecnie obserwujemy syntezę doświadczeń, a właściwie jej projekcję – w wykonaniu organizacji międzynarodowych, które pozytywnie – bezpośrednio i pośrednio – wdrażają względnie jednolity model PPP<sup>240</sup>. Interesującym przykładem – zwłaszcza z polskiej perspektywy – wydaje się być podejście UE do problematyki PPP, oczywiście w prawnym układzie odniesienia.

W prawie Unii Europejskiej – póki co – mamy do czynienia jedynie z programowaniem PPP, zarówno w znaczeniu strategii ekonomiczno-społecznej, jak również przymiarek legislacyjnych. Można żargonowo rzec, że mamy tu do czynienia z „miękkim prawem”<sup>241</sup>. W szczególności warto wskazać na:

- Wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego z 2003 r. (I/II)<sup>242</sup>;
- Zieloną Księgę w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego i pra-

---

239 Zob. np. planowaną przez Rosję budowę tunelu pod Cieśniną Beringa, która to inwestycja ma opierać się na partnerskiej współpracy publiczno – prywatnej.

240 Doświadczyła tego Polska – w związku z członkostwem w Unii Europejskiej – próbując „z marszu” wdrożyć promowane przez UE ppp. W tym wypadku jednak wdrażanie unijnego modelu ppp okazało się wyraźnie wybrakowane...

241 A. Łazowski, *Zróżdła prawa Unii Europejskiej*, w: *Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, pod red. M. Perkowskiego, Warszawa 2003, s. 24 i n. Szerzej na temat unijnych dokumentów dotyczących PPP: B. Korbus, *Wskazówki Komisji Europejskiej dotyczące Partnerstwa Publiczno-Prywatnego*, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej/Instytut Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, Warszawa 2005; ponadto: K. Brzozowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Przesłanki, możliwości, bariery*, Warszawa 2006, s. 135 i n.; J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Partnerstwo publiczno-prywatne na tle regulacji prawnych*, pod red. R. Kujawskiego, Warszawa 2005, s. 15 i n.; M. Moszoro, *Partnerstwo publiczno-prywatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej*, Warszawa 2005, s. 209 i n.

242 Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, opublikowane przez KE w marcu 2003 r.

wa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji z dnia 30 kwietnia 2004 r.<sup>243</sup>;

- Opinię Komitetu Regionów w sprawie Zielonej Księgi nt. partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji z dn. 17 października 2004 r.;
- Opinię Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie Zielonej Księgi nt. partnerstwa publiczno-prywatnego i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji z dn. 27 października 2004 r.;
- Opinię Komitetu Regionów w sprawie komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów — Biała księga nt. usług użyteczności publicznej z dn. 23 lutego 2005 r.;
- Wytoczne Eurostatu dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego z dn. 11.02.2004 r.<sup>244</sup>.

Choć w zasadzie brak unijnych „twardych” regulacji PPP – trzeba pamiętać o kanonach „twardego prawa” UE. Realizując PPP prędzej czy później natknijemy się na unijny zbiór żelaznych zasad prawnych, jak np.: zakaz dyskryminacji, wolność gospodarczą, ochronę konkurencji, troskę o interes publiczny oraz systemowy prymat i bezpośredniość. Polskie PPP musi je szanować! Dlatego cokolwiek tworzy polski ustawodawca – winien odnosić swe poczynania względem prawa Unii Europejskiej<sup>245</sup>.

Komisja Europejska nie definiuje jednoznacznie PPP, a jedynie określiła pewne ramy, w których mieszczą się zróżnicowane, zależne od specyfiki przedsięwzięcia i jego aktorów, relacje pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. Kluczowe kwestie z punktu widzenia Komisji Europejskiej w ramach realizacji przedsięwzięcia w systemie PPP to:

- 1) zapewnienie otwartego dostępu podmiotów prywatnych do realizacji zadań publicznych,
- 2) zapewnienie uczciwej konkurencji w procedurze wyboru partnera,
- 3) ochrona szeroko pojętego interesu publicznego,
- 4) przejrzyste i precyzyjne określenie optymalnego poziomu zaangażowania środków publicznych niezbędnych dla osiągnięcia celu przed-

---

243 Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004)327 final.

244 Decyzja Eurostatu (18/2004) z 11 lutego 2004 r.

245 Pamiętać musimy też o orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a ciekawym przykładem może być niedawny wyrok Trybunału (z 11 maja br.) w sprawie *C-340/04 Carbotermo SpA, Consorzio Alisei/ Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA*. Por. orzeczenie ETS z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie *Altmark Trans GmbH*.

siewzięcia, jak i zapobieżenia pozyskania nienależnego zysku przez partnera prywatnego,

- 5) wybór optymalnego modelu PPP,
- 6) maksymalizacja wartości dodanej uzyskiwanej dzięki PPP w stosunku do innych sposobów realizacji zadań z zapewnieniem jasnych zasad ogólnych i szczegółowych realizacji projektu<sup>246</sup>.

Szczególnie newralgiczną kwestią – w opinii Komisji – wydają się być relacje PPP z prawem wspólnotowym dotyczącym przetargów publicznych i koncesji. Wiele miejsca poświęcono procedurze przetargowej. Komisja Europejska jest zdania, iż wprowadzona nową dyrektywą procedura dialogu konkurencyjnego, ze względu na swą strukturę może okazać się najbardziej odpowiednią przy przyznawaniu kontraktów PPP. Procedura dialogu konkurencyjnego stosowana będzie przy szczególnie skomplikowanych zamówieniach, gdy podmiot przeprowadzający przetarg nie jest w stanie obiektywnie zdefiniować wymagań co do swoich potrzeb lub wybrać najbardziej właściwej formy realizacji projektu<sup>247</sup>. Mimo obaw o praktyczne funkcjonowanie dialogu konkurencyjnego i o jego nieznaną podatność na rozmaite patologie – także polski ustawodawca – doskonaląc prawo zamówień publicznych i rozważając sanację prawa PPP skłania się ku tej formule.

Komisja stara się wspierać wysiłki poszczególnych państw mające na celu maksymalizację wykorzystania zasobów funduszy strukturalnych poprzez aktywizację prywatnych źródeł finansowania. Jak dotąd – mimo upowszechniania się PPP - przypadki wykorzystywania do ich realizacji środków finansowych UE są nader rzadkie. Wpływa na to głównie niewiedza, kadłubowa – nieomal – praktyka, brak podmiotowej determinacji oraz towarzyszący PPP „megaformalizm”. Należy sądzić, że Komisja nie zlekceważy tego stanu rzeczy i znacząco udoskonali programowanie unijnych środków finansowych na użytek przedsięwzięć realizowanych w ramach PPP.

Działalność Komisji Europejskiej znakomicie wypełnia lukę zapotrzebowania na powszechnie uznawany międzynarodowy ośrodek promocji i rozwoju PPP<sup>248</sup>. Prawda, że oddziaływanie Komisji nie jest i nie może być uniwersalne, ale przynajmniej w części wypełnia wskazany deficyt. Czy jednak to, co udaje się w Europie (obszarze zbliżonych kultur prawnych i systemów społeczno – ekonomicznych) będzie możliwe np. w Afryce?

---

246 *Partnerstwo publiczno–prywatne jako metoda realizacji zadań publicznych*, Ministerstwo Gospodarki i Pracy, Departament Polityki Regionalnej, Warszawa 2005, s. 10.

247 *Ibidem*.

248 Wydaje się, że – póki co – żaden podmiot zaangażowany w międzynarodową promocję i rozwój PPP nie cieszy się wystarczającym autorytetem, by pretendować do takiej roli.

Początkowo – zapewne nie. Docelowo jednak – zdecydowanie tak! Jak pokazują krzepiące przykłady transferu koncepcji PPP na grunt europejskich państw postsocjalistycznych – nawet długoletnie zaszczości udaje się w końcu zniwelować. Niebagatelną rolę odegrała tu ekonomia<sup>249</sup>, a w szczególności efektywne programowanie środków z funduszy europejskich<sup>250</sup>.

Nie wdając się w dogłębną analizę rozmaitych dokumentów międzynarodowych i detali właściwej przedmiotowo praktyki – można łatwo zauważyć, że PPP – nie tylko w wymiarze genealogicznym, ale i perspektywicznym – stanowi międzynarodowy kompromis koncepcyjny. To spostrzeżenie skłania zaś do wniosku, że PPP jest międzynarodowe... z natury.

---

249 Por. L. Balcerowicz, *Prawo a ekonomia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 2, s. 87 i n.

250 Metodologicznie – znakomitym przewodnikiem może tu być opracowanie zbiorowe *Zarządzanie projektem europejskim*, pod red. M. Trockiego i B. Gruczy, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2007.