

## 11. WYBÓR DOKUMENTÓW

### REGULACJE EUROPEJSKIE/WSPÓLNOTOWE

#### **ROZPORZĄDZENIE (WE) nr 1081/2006 PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY**

**z dnia 5 lipca 2006 r.**

**w sprawie Europejskiego Funduszu Społecznego i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1784/1999**

#### **PARLAMENT EUROPEJSKI I RADA UNII EUROPEJSKIEJ,**

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 148,

uwzględniając wniosek Komisji,

uwzględniając opinię Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego,

uwzględniając opinię Komitetu Regionów,

działając zgodnie z procedurą określoną w art. 251 Traktatu,

a także mając na uwadze, co następuje:

(1) Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności (4) wyznacza ramy działań funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności oraz określa w szczególności cele, zasady i reguły dotyczące partnerstwa, programowania, oceny i zarządzania. Niezbędne jest zatem zdefiniowanie misji Europejskiego Funduszu Społecznego (EFS) w odniesieniu do zadań przewidzianych w art. 146 Traktatu oraz w kontekście działań państw członkowskich i Wspólnoty w celu wypracowania skoordynowanej strategii dla zatrudnienia w ramach art. 125 Traktatu.

(...)

(14) Sprawna i skuteczna realizacja działań wspieranych z EFS zależy od dobrego zarządzania i partnerstwa między wszystkimi właściwymi podmiotami szczebla tery-

torialnego i podmiotami sfery społeczno-gospodarczej, a w szczególności partnerami społecznymi oraz innymi zainteresowanymi stronami, w tym na poziomie krajowym, regionalnym i lokalnym. Partnerzy społeczni odgrywają zasadniczą rolę w szerokim partnerstwie na rzecz zmian, a ich zaangażowanie we wzmacnianie spójności gospodarczej i społecznej przez poprawę możliwości zatrudnienia i pracy jest nieodzowne. W tym kontekście, w przypadkach gdy pracodawcy i pracownicy wspólnie przyczyniają się do finansowego wspierania działań EFS, ten wkład finansowy, mimo że jest wydatkiem prywatnym, byłby uwzględniany w celu obliczania współfinansowania z EFS.

(...)

## **PRZYJMUJĄ NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:**

(...)

### *Artykuł 3*

#### **Zakres pomocy**

1. W ramach celów: Konwergencja oraz Konkurencyjność regionalna i zatrudnienie EFS wspiera działania w państwach członkowskich objęte wymienionymi poniżej priorytetami:

(...)

e) wspieranie partnerstw, paktów i inicjatyw poprzez tworzenie sieci obejmujących odnośne zainteresowane strony, takie jak partnerzy społeczni i organizacje pozarządowe, na poziomie transnarodowym, krajowym, regionalnym i lokalnym w celu mobilizacji na rzecz reform w obszarze zatrudnienia i integracji na rynku pracy.

(...)

### *Artykuł 5*

#### **Dobre zarządzanie i partnerstwo**

1. EFS promuje dobre zarządzanie i partnerstwo. Wsparcie z funduszu jest opracowywane i wdrażane na odpowiednim szczeblu terytorialnym z uwzględnieniem poziomu krajowego, regionalnego i lokalnego, zgodnie z uregulowaniami instytucjonalnymi właściwymi dla każdego państwa członkowskiego.

2. Państwa członkowskie zapewniają, na odpowiednim szczeblu terytorialnym, włączenie partnerów społecznych w przygotowywanie, wdrażanie i monitorowanie wsparcia z EFS, przy zapewnieniu odpowiednich konsultacji i udziału innych zainteresowanych stron.

3. Instytucja zarządzająca każdym programem operacyjnym zachęca do odpowiedniego udziału partnerów społecznych w działaniach finansowanych na podstawie art. 3. W ramach celu Konwergencja z zasobów EFS przydzielana jest odpowiednia kwota na budowę zdolności, w tym na szkolenia, działania mające na celu tworzenie sieci współpracy, wzmacnianie dialogu społecznego oraz działalność podejmowaną wspólnie przez partnerów społecznych, w szczegól-

ności w odniesieniu do zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw, o których mowa w art. 3 ust. 1 lit. a).

4. Instytucja zarządzająca każdym programem operacyjnym zachęca organizacje pozarządowe do odpowiedniego udziału w finansowanej działalności i umożliwia im dostęp do niej, w szczególności w dziedzinie integracji społecznej, równości płci i równości szans.

(...)

**Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego**  
**KOMISJA EUROPEJSKA**  
**DYREKTORIAT GENERALNY**  
**POLITYKA REGIONALNA**

Bruksela, luty 2003 r.

Zrzeczenie się: Niniejsze wytyczne zostały opracowane przez służby Komisji Europejskiej. Powstały w wyniku niezależnego przeglądu i niekoniecznie odzwierciedlają poglądy i opinie Komisji Europejskiej jako całości. Nie stanowią też próby określania bieżącej czy przyszłej polityki.

(...)

## **Streszczenie**

### **Wstęp**

1. W ostatnich latach odnotowano natężenie współpracy między sektorami prywatnymi i publicznymi w zakresie rozwoju i funkcjonowania infrastruktury środowiska i transportu. W europejskich Państwach Członkowskich stanowi to bezpośredni wynik wysiłków na rzecz poprawy jakości i efektywności usług publicznych, niewystarczających zasobów finansowych sektora publicznego na pokrycie potrzeb inwestycyjnych, wraz z ograniczeniami w zakresie wydatkowania, oraz zamiaru osiągnięcia efektywności sektora prywatnego.

2. Długie doświadczenie w zakresie prywatnego udziału w sektorze drogowym i gospodarki wodnej oraz istniejące rosnące poparcie dla wykorzystania uzgodnień partnerstwa publiczno - prywatnego jako dodatkowych instrumentów, które wraz z innymi mogą zaspokoić potrzeby w zakresie infrastruktury oraz usług w wielu sektorach, począwszy od usług związanych ze środowiskiem po świadczenia zdrowotne lub kształcenie.

3. PPP przedstawiają wiele uznanych zalet, które można wykorzystać w sektorze publicznym. Obejmują one możliwość zwiększenia dodatkowego finansowania w obliczu ograniczeń budżetowych, jak najlepszego wykorzystania skuteczności sektora prywatnego w zakresie ograniczenia kosztów i poprawy jakości z korzyścią dla społeczeństwa, oraz możliwość zwiększenia tempa rozwoju infrastrukturalnego.

4. Pozytywne cechy uzgodnień PPP w rozwijającej się infrastrukturze wydają się być

szczególnie atrakcyjne dla krajów kandydujących Europy Środkowej, ze względu na ogromne zapotrzebowanie na finansowanie, równie duże niedobory środków finansowych, zapotrzebowanie na efektywne usługi publiczne oraz ze względu na rosnące tendencje w zakresie stabilności i prywatyzacji rynku, stwarzające korzystne warunki dla inwestycji prywatnych.

5. Uzgodnienia PPP przybierają różne formy, a ich nieustannie zmieniającą się koncepcję trzeba dostosować do indywidualnych potrzeb oraz do właściwości każdego projektu i partnerów biorących udział w takim projekcie. Pomyślne funkcjonowanie PPP wymaga skutecznych ram legislacyjnych i kontrolnych, a każdy z partnerów musi uznawać cele i potrzeby innych. Komisja Europejska uznała znaczenie PPP oraz potrzebę skutecznych ram legislacyjnych, w celu zapewnienia stosowania reguł i zasad Traktatu. Z tej przyczyny, Komisja ostatnio skierowała do Rady Rynku Wewnętrznego<sup>261</sup> deklarację, zgodną z wnioskami dotyczącymi zmiany przepisów w zakresie zamówień publicznych i Komunikatu wyjaśniającego w sprawie koncesji<sup>262</sup>. Niniejsze wytyczne zostały opracowane w celu scalenia tych istotnych dokumentów i w pełni się na nich opierają.

6. Podczas gdy korzyści z partnerstwa z sektorem prywatnym są jasne, takich związków nie należy postrzegać jako jedyne go sposobu działania, są one istotnie związane z projektowaniem, wdrażaniem i funkcjonowaniem. Dostępnych jest wiele alternatywnych źródeł finansowania, łącznie z uzgodnieniami instytucjonalnymi typu „publiczny - publicznemu”, których nie należy lekceważyć w nadziei, że to PPP stanowią cudowne Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno – prywatnego rozwiązanie. Zatem PPP powinno być uważnie oceniane w kontekście projektu, korzyści społecznych i odpowiednich zysków, które można osiągnąć zgodnie z różnymi podejściami. Zwłaszcza uwarunkowania krajowe, poszczególne sytuacje makroekonomiczne i ramy polityki lokalnej muszą również dopuszczać i ułatwiać funkcjonowanie PPP.

7. Komisja Europejska jest zainteresowana wspieraniem i rozwojem PPP w ramach dotacji, których udziela. Komisja Europejska wyraziła swoją gotowość do pomocy w zakresie rozwoju i wdrożenia projektów PPP oraz wykorzystania finansowania dotacyjnego, w celu umocnienia takich uzgodnień. Jednakże, wykorzystanie dotacji nałoży na projekty uwarunkowania, w szczególności w zakresie celów Komisji w odniesieniu do finansowania, ograniczeń i nadrzędnego wymogu związanego z ochroną interesu publicznego.

---

261 COM(2000)275, wersja ostateczna.

262 JOCE C/121 z dnia 29 kwietnia 2000 r., Zielona księga...

8. Niniejsze wytyczne mają za zadanie pomóc twórcy projektu w dopasowaniu celów sektorów publicznego i prywatnego.

9. Niniejsze wytyczne mają na celu skierowanie kwestii rozwijania udanych projektów PPP w krajach kandydujących, na ogólny poziom i ze szczególnym odniesieniem do finansowania dotacyjnego na rzecz projektów w zakresie infrastruktury w dziedzinie ochrony środowiska i transportu. Stanowią one krótkie wprowadzenie do koncepcji PPP, omawiają kluczowe kwestie i stanowią wskazówki robocze w zakresie rozwoju PPP. Przede wszystkim, usiłują one zapełnić dostrzegalną lukę w naszej wiedzy na temat praktycznej strony wdrażania PPP w krajach kandydujących.

### **Zakres i Cel Wytycznych**

10. Celem niniejszych wytycznych nie jest dostarczenie szczegółowych wskazówek w zakresie opracowywania projektów, ich oceny i wdrożenia. Koncentrują się one raczej na kilku kwestiach krytycznych, mających wpływ na udaną integrację dotacji publicznych, prywatnych środków finansowych, pożyczek w ramach Instrumentów dla Przemysłu (IFI) (takich jak EBI lub EBOiR) oraz finansowania przez Komisję Europejską. Dokonano odniesienia do szeregu technik analitycznych, które są dobrze znane i udokumentowane. Ich przedstawienie nie ma na celu wspierania znormalizowanej metodologii, lecz raczej stanowi próbę zaznaczenia dziedzin, którym należy poświęcić szczególną uwagę i poddać ocenie. Celem wytycznych nie jest dostarczenie wyczerpującego wykazu struktur PPP ani przedstawienie jakichkolwiek struktur popieranych przez Komisję.

11. Wytyczne składają się z pięciu tematycznych części, które dotyczą odpowiednio:

- struktur PPP, ich odpowiedności i czynników gwarantujących powodzenie
- struktur prawnych i regulacyjnych
- finansowych i gospodarczych następstw PPP
- integracji finansowania dotacyjnego z celami PPP
- koncepcji, planowania i wdrożenia PPP.

12. *Część pierwsza* „Alternatywne struktury PPP” przedstawia cztery obszerne kategorie struktur PPP, przy czym każda z nich uwzględnia większy stopień zaangażowania sektora prywatnego. Podkreśla się, że pomimo powszechnego uznania PPP za efektywną alternatywę mobilizacji i wykorzystania zasobów finansowych oraz wykorzystania efektywności sektora prywatnego, PPP pozostaje zmieniającą się koncepcją i nie stanowi ona jedyne czy preferowanego rozwiązania w odniesieniu do finan-

sowania projektów. Istotnie, debata nad terminologią w zakresie definicji kategorii PPP odzwierciedla ewolucję koncepcji PPP oraz zmiany w systemach regulacyjnych w zakresie definiowania PPP w Państwach Członkowskich. Wynika to z faktu, że te PPP muszą zostać w sposób rozważny dopasowane do właściwości konkretnego projektu. Zapewnienie korzyści z PPP wymaga uznania odpowiednich mocnych i słabych stron każdego rodzaju struktury oraz dążeń i celów każdej ze stron. Szczególne znaczenie ma rola sektora publicznego, który może przekształcić się z usługodawcy w nadzorującego umowy o świadczenie usług.

13. *Część druga* „Struktury prawne i regulacyjne” określa uwarunkowania prawne projektów PPP. Znaczenie efektywnych struktur prawnych jest podkreślane wraz z faktem, że wdrażanie PPP może wymagać przeglądu obowiązujących przepisów prawnych, w celu zapewnienia wzajemnej zgodności. PPP będą funkcjonowały w złożonym stanie prawnym, charakteryzującym się wzajemnym oddziaływaniem dorobku wspólnotowego UE, krajowych, regionalnych i samorządowych przepisów prawnych, szczegółowej dokumentacji umownej projektu, a co ważniejsze, szczególnych regulacji w zakresie zamówień publicznych. Sytuacja prawna w wielu krajach kandydujących nieustannie zmienia się, czyniąc z dokładnego sprawdzenia stanu prawnego bezwzględny wymóg.

14. *Część trzecia* „Finansowe i gospodarcze następstwa PPP” omawia kwestię zarządzania ryzykiem i jego finansowego wpływu na projekt. Uwzględniając fakt, że sektor publiczny odpowiedzialny jest przede wszystkim za zapewnienie wartości pieniądza dla społeczeństwa, przedstawiono kilka technik i uwag w odniesieniu do określania i szacowania wartości. Finansowanie dotacyjne uznaje się za przydatny instrument w finansowaniu projektu, lecz wiążący się z pewnym ryzykiem. Dotacje należy rozważnie dostosować do faktycznych potrzeb projektu i beneficjenta, w celu zminimalizowania wszelkich negatywnych skutków, zapewnienia wykonalności projektu oraz wartości pieniądza.

15. *Część czwarta* „Integracja finansowania dotacyjnego z właściwościami PPP” zawiera omówienie odpowiednich mocnych i słabych stron finansowania dotacyjnego oraz oferowanych możliwości. Możliwość wykorzystania dotacji w PPP zależy od możliwości spełnienia związanych z nimi uwarunkowań oraz możliwości zapewnienia dostatecznych gwarancji ochrony celów strony przekazującej dotację. Sekcja ta będzie także obejmowała szczególną dyskusję na temat integrowania dotacji Komisji Europejskiej na rzecz PPP.

16. *Część piąta* „Koncepcja, planowanie i wdrażanie PPP” zawiera rozważania doty-

czące cyklu projektowania PPP, ukierunkowane na szczegółową dyskusję w zakresie napotkanych kwestii i możliwych rozwiązań. Nie dąży ona do udzielania szczegółowych wskazówek, lecz raczej koncentruje się na kluczowych kwestiach, które mogą wpływać na skuteczny projekt i jego wdrożenie. Kwestie te są odrębnie rozpatrywane poniżej.

### **Kluczowe kwestie dotyczące PPP**

17. Podczas opracowywania wytycznych określono szereg kluczowych kwestii, mających wpływ na opracowanie projektów i ich wdrożenie. Dotyczą one zasadniczo właściwości finansowania dotacyjnego oraz w szczególności współpracy z Komisją Europejską. Ich uznanie i integracja we wczesnym etapie ma na celu zarówno ułatwienie przyjęcia projektu przez Komisję jak i bardziej skuteczne wdrożenie.

18. *Zapewnienie otwartego dostępu do rynku i konkurencji.* Kluczowy wymóg finansowania przez Komisję, a nawet wymóg części dorobku wspólnotowego określa, że PPP nie mogą negatywnie wpływać na funkcjonowanie otwartych rynków ani na jasne i przejrzyste zasady tych rynków. Kwestia ta ma szczególne znaczenie w odniesieniu do procedur przetargowych i procedur doboru partnerów z sektora prywatnego, z określeniem wykorzystania dotacji i ustanowieniem przepisów dotyczących odnawiania kontraktów (ze szczególnym odniesieniem do czasu trwania umów koncesyjnych). Pomimo, że należy zwrócić uwagę na zapewnienie, aby strony prywatne były w stanie zrealizować zwroty finansowe, przez zagwarantowanie dostatecznej możliwości generowania przychodów, musi to być połączone z troską o zapobieżenie tworzeniu niekonkurencyjnych lub zamkniętych rynków. Szczególny nacisk kładzie się na planowany czas trwania umów koncesyjnych, ale procedury udzielania zamówień publicznych muszą także uwzględniać obowiązujące dyrektywy, a przede wszystkim – zasady i reguły Traktatu określające potrzebę otwartej i uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności.

19. *Chronienie interesu publicznego.* Celem Komisji Europejskiej przy rozwijaniu mechanizmów kontroli jest przede wszystkim ochrona interesu publicznego. Przejawia się ona w wielu formach i będzie miała wpływ na opracowywanie projektów, ich zakres i wdrożenie. Dotacje Komisji będą uwarunkowane przede wszystkim przyjęciem norm europejskich, norm jakości i wykonania, wraz z systemami efektywnego monitorowania i zarządzania lokalnych partnerów sektora publicznego. Na etapie składania ofert, ich oceny oraz zawierania umów uzyska się także pewien stopień dodatkowej pewności, w tym, jeżeli będzie to wymagane, możliwość ponownego negocjowania dotacji szczególnie uzależnionej od trwałej lokalnej zdolności wdrażania

nia. Jednakże, ważną rolę odgrywało będzie samo społeczeństwo i dlatego popierane będzie tworzenie się niezależnych grup konsumentów i stowarzyszeń, pełniących funkcję „stróżów”.

20. *Zapewnienie pełnej zgodności między uzgodnieniami PPP a regulami pomocy państwa.* Finansowanie dotacyjne musi odpowiadać faktycznemu zapotrzebowaniu na dotacje. W szczególności należy zadbać, aby dotacje nie prowadziły do nieuczciwego wsparcia w budowie lub funkcjonowaniu, stanowiącego tym samym, zgodnie z wykładnią UE, niedopuszczalną pomoc państwa.

21. *Określenie właściwego poziomu dotacji.* Uzasadnioną troską Komisji Europejskiej jest zapewnienie, aby udzielane przez nią dotacje ściśle odpowiadały faktycznym potrzebom. Celem nie jest wyłącznie zapewnienie efektywności finansowej, lecz także maksymalne wykorzystanie ograniczonych środków finansowych. Kolejną sprawą jest osiągnięcie efektywnej równowagi między zamiarem ułatwienia realizacji projektu a korzyścią publiczną, celem ograniczenia możliwości osiągnięcia przez sektor prywatny nienależnych zysków z dotacji. Wymaga to rozważnego obliczenia rzeczywistych wymagań finansowych projektu, aby zapewnić jego wykonalność. Należy także zwrócić uwagę na zapobieżenie możliwości, aby dotacje stanowiły niezgodną ze wspólnym rynkiem pomoc państwa.

22. *Wybór najodpowiedniejszego rodzaju PPP.* Uzgodnienia PPP nie powinny być zawierane wyłącznie w celu podjęcia projektu PPP. Konieczne jest przeprowadzenie szczegółowego przeglądu kosztów i korzyści z zaangażowania sektora prywatnego w odniesieniu do alternatyw publicznych, w celu zapewnienia, aby PPP zwiększyło korzyści publiczne. Stopień zaangażowania sektora prywatnego musi zostać w ważny sposób dopasowany do celów i potrzeb projektu oraz społeczeństwa. Trafność, koszt oraz zdolność efektywnego wdrożenia i zarządzania powinny być najważniejszymi czynnikami w wyborze struktury PPP.

23. *Powodzenie i czynniki ograniczające.* Właściwości projektów, partnerzy oraz uzgodnienia dotyczące wdrożenia będą stwarzały szereg ograniczeń. Muszą one być całkowicie uznane i zintegrowane. PPP musi być postrzegane jako aktywne partnerstwo, wymagające od każdej ze stron pewnej elastyczności. Jednakże, zakres elastyczności musi również zostać wyraźnie określony w celu zapewnienia, aby granice projektu były wyraźnie wyznaczone. Zarządzanie dotacjami publicznymi nakłada przejrzyste zasady dotyczące sposobu wyboru partnerów z sektora prywatnego, sposobów wykorzystania finansowania oraz korzyści z projektu, na jakie mogą liczyć strony, wraz z wymogami w zakresie wdrożenia i jakości. Komisja Europejska może jednakże odegrać znaczącą

rolę we wspomaganiu publicznych beneficjentów w ochronie interesów obywateli.

24. *Harmonogram.* Pomyślność projektu PPP wymaga zebrania się stron na jego wczesnym etapie. Jest to szczególnie istotne dla Komisji Europejskiej, która ze względu na konieczność rozważnego uzasadnienia wykorzystania swoich dotacji, musi przeprowadzać uważną analizę proponowanych uzgodnień PPP, aby zapewnić osiągnięcie ich celów. Zaangażowanie Komisji na wczesnym etapie oraz rozdzielenie funkcji jest zatem decydujące i pożądane w przypadku, gdy przewidywane jest udzielenie dotacji. Gdy harmonogram ma niezwykle istotne znaczenie w odniesieniu do przyznania kompetencji, można rozważyć cztery sytuacje, mianowicie: sytuację, w której PPP już istnieje, przypadek, gdy PPP jest przedmiotem negocjacji, lecz jego ostateczne ustanowienie uzależnione jest od dotacji, sytuację, w której Komisja udziela dotacji i PPP zawiązuje się, i ostatecznie, kiedy powstanie PPP jest pożądane bez względu na dotację. W każdej z tych sytuacji istnieje możliwość dotacji ze strony Komisji, lecz konieczne jest spełnienie niektórych warunków wstępnych, w celu spełnienia jej wymagań.

25. *Uznanie celów finansowania dotacyjnego Komisji Europejskiej i jak najlepsze wykorzystanie finansowania dotacyjnego.* Finansowanie dotacyjne, pomimo swojej atrakcyjności, niesie ze sobą szereg ograniczeń. Dotacje mają szczególne cele związane z finansowaniem, oraz podlegają uwarunkowaniom i ograniczeniom. Projekt oraz jego różni partnerzy muszą być w stanie skutecznie je ze sobą połączyć oraz zaakceptować i ponieść ich konsekwencje.

26. *Przyszłe wymogi.* PPP stanowią koncepcję rozwijającą się i w niektórych przypadkach wymagały istotnej reformy systemów prawnych i finansowych w Państwach Członkowskich, aby umożliwić ich zastosowanie. Można spodziewać się, że kraje kandydujące napotkają na podobne trudności w opracowywaniu przyszłych efektywnych ram, w których PPP mogą funkcjonować. Wymaga to podjęcia ewentualnych działań, zmierzających do określenia roli sektora publicznego, budowania zdolności instytucjonalnej na wszystkich szczeblach, włącznie z przydzieleniem do wyspecjalizowanych jednostek PPP wykwalifikowanych i zmotywowanych pracowników, ograniczenia ryzyka rynkowego przez zastosowanie strategicznych podejść nastawionych na użytkownika oraz opracowania mechanizmów ułatwiających inwestycje sektora prywatnego. Ponadto, konieczna jest również integracja „społeczeństwa ponoszącego koszty”, czyli konsumenta i przyznania mu prawa wywierania wpływu na projekt i funkcjonowanie PPP. Taki „oddolny” wpływ ma niezwykle istotne znaczenie dla trwałości podejścia PPP i będzie wymagał koordynacji z organizacjami pozarządowymi, stowarzyszeniami konsumentów i społeczeństwem.

27. Celem niniejszych wytycznych jest zwrócenie uwagi na niektóre istotne kwestie, które należy rozważyć i omówić. Wytyczne zostaną uzupełnione wewnątrz krajowymi seminariami upowszechniającymi i dalszymi działaniami na rzecz umocnienia zdolności wdrożenia.

28. Ostateczna odpowiedzialność w odniesieniu do decyzji dotyczących wykorzystania PPP albo innych środków finansowania spoczywa na odpowiednich władzach krajów kandydujących i Państw Członkowskich.

(...)

## **Zielona księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji**

Tytuł oryginału: Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions

Bruksela, dnia 30.04.2004 r.

Com (2004) 327 wersja ostateczna

### **1. ROZWÓJ PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO: FAKTY I WYZWANIA**

#### **1.1. Zjawisko „partnerstwa publiczno-prywatnego”**

1. Termin „partnerstwo publiczno-prywatne” (PPP) nie jest zdefiniowany na poziomie Wspólnoty. Ogólnie odnosi się on do form współpracy pomiędzy organami/władzami publicznymi a światem biznesu, którego celem jest zapewnienie finansowania, konstrukcji, odnawiania, zarządzania i utrzymania infrastruktury bądź świadczonej usługi.

2. PPP charakteryzują następujące elementy:

- Względnie długie trwanie zależności angażującej współpracę pomiędzy partnerem publicznym i partnerem prywatnym w różnych aspektach planowanego projektu.
- Metoda finansowania projektu, częściowo przez sektor prywatny, czasem poprzez złożone porozumienia pomiędzy różnymi uczestnikami. Jednakże do funduszy prywatnych mogą być dodane fundusze publiczne, w niektórych przypadkach nawet znaczne.
- Istotna rola podmiotu gospodarczego, który uczestniczy w różnych etapach projektu (projektowanie, kończenie prac, wdrażanie, finansowanie). Partner publiczny skupia się głównie na określeniu celów, które muszą być osiągnięte z punktu widzenia interesu publicznego, na jakości świadczonych usług i polityce cenowej; jest on odpowiedzialny również za nadzorowanie dostosowywania się partnera prywatnego do tych celów.
- Rozłożenie ryzyka pomiędzy partnera publicznego i partnera prywatnego, na którego przenoszone są ryzyka zazwyczaj podejmowane przez sektor publiczny. Jednakże PPP nie oznacza koniecznie, że partner prywatny podejmuje całe ryzyko, ani nawet większy udział ryzyka związanego z projektem. Dokładne rozłożenie ryzyka określa-

ne jest w każdym konkretnym przypadku, zgodnie ze zdolnością każdej ze stron do oceny, kontroli i radzenia sobie z tym ryzykiem.

3. W ostatniej dekadzie zjawisko PPP rozwinęło się na wielu obszarach w zakresie sektora publicznego. Coraz częstsze uciekanie się do PPP tłumaczy się różnymi czynnikami. W związku z ograniczeniami budżetowymi Państw Członkowskich, odpowiada ono potrzebie sektora publicznego na finansowanie prywatne. Innym wyjaśnieniem jest pragnienie większego wykorzystania publicznego specjalistycznej wiedzy i metod pracy sektora prywatnego. Rozwój PPP jest również częścią zmiany roli państwa w gospodarce; zmienia się ona z bezpośredniego wykonawstwa na organizowanie, nadzorowanie i kontrolę.

4. Władze publiczne Państw Członkowskich często uciekają się do porozumień PPP, aby przedsięwziąć projekty infrastrukturalne, szczególnie w sektorach takich jak transport, zdrowie publiczne, edukacja i bezpieczeństwo narodowe. Uznano na poziomie europejskim, że wcielenie w życie PPP mogłoby pomóc w realizacji transeuropejskiej sieci transportowej, która została w tym planu, głównie z powodu braku finansowania<sup>263</sup>. W ramach Inicjatywy na Rzecz Wzrostu, Rada zatwierdziła serię kroków mających na celu zwiększenie inwestycji w zakresie infrastruktury transeuropejskiej sieci transportowej oraz na polu innowacji, badań i rozwoju, głównie poprzez formy PPP<sup>264</sup>.

5. Jednakże mimo iż prawdą jest, że współpraca między sektorem publicznym i prywatnym może zaoferować korzyści mikroekonomiczne pozwalające na wykonanie projektu, który jest warty zainwestowanych w niego pieniędzy i spełnia cele interesu publicznego, uciekanie się do PPP nie może być przedstawione jako cudowne rozwiązanie dla sektora publicznego napotykanego na ograniczenia budżetowe<sup>265</sup>. Doświadczenie uczy, że przy każdym projekcie niezbędna jest ocena, czy partnerstwo

---

263 Patrz Oświadczenie Komisji z dnia 23 kwietnia 2003 pt. „Rozwój transeuropejskiej sieci transportowej: innowacyjne rozwiązania finansowe – międzynarodowe działanie elektronicznego systemu pobierania opłat”, COM (2003) 132, i raport grupy wysokiego stopnia dotyczący transeuropejskiej sieci transportowej z 27 czerwca 2003.

264 Zakończenie przewodnictwa, Brukselska Rada Europejska, 12 grudnia 2003

265 Eurostat, Biuro Statystyczne Wspólnot Europejskich, 11 lutego 2004 podjęło decyzję (por. STAT/04/18) dotyczącą obchodzenia się z księgowością narodową przy kontraktach podpisanych przez podmioty rządowe w ramach partnerstwa z podmiotami pozarządowymi. Decyzja określa wpływ rządowego deficytu/nadwyżki i długu. Eurostat zaleca, aby aktywa, których dotyczy PPP, były klasyfikowane jako aktywa pozarządowe, a tym samym niezapisywane na zestawieniu bilansowym rządu, jeśli oba następujące warunki są spełnione: 1) partner prywatny ponosi ryzyko konstrukcji i 2) partner prywatny ponosi przynajmniej jedno spośród ryzyk dostępności czy popytu.

oferuje rzeczywistą wartość dodaną porównaniu z innymi możliwościami, takimi jak zawarcie bardziej tradycyjnego kontraktu<sup>266</sup>.

6. Komisja wskazuje również z zainteresowaniem, iż niektóre Państwa Członkowskie i kraje przystępujące stworzyły narzędzia do koordynowania i promowania PPP, skierowane na, między innymi, rozpowszechnianie „dobrej praktyki/zwyczajów” dla PPP na poziomie krajowym lub europejskim. Narzędzia te mają na celu obustronne udostępnienie odpowiednich kompetencji/wprawy (np. grupy specjalistyczne w Zjednoczonym Królestwie lub we Włoszech) i doradzanie w ten sposób użytkownikom co do różnych form PPP i ich etapów, takich jak początek, wybór partnera prywatnego, najlepszy podział ryzyka, wybór klauzul kontraktowych lub nawet integracja finansowania wspólnotowego.

7. Władze publiczne ustaliły również struktury partnerstwa, gdzie sektor prywatny zarządza usługami publicznymi, szczególnie na poziomie lokalnym. Usługi publiczne związane z zarządzaniem odpadkami, lub dystrybucją wody lub energii są coraz częściej powierzane przedsięwzięciom, które mogą być publiczne, prywatne lub stanowić połączenie tych dwóch typów. Zielona Księga dotycząca usług interesu publicznego wskazuje w tym kontekście, że kiedy władza publiczna decyduje się na przyznanie zarządzania usługą osobie trzeciej, jest ona zobowiązana do przestrzegania zasad dotyczących zamówień publicznych i koncesji, nawet jeżeli usługa ta jest uważana za służącą interesowi publicznemu<sup>267</sup>. Parlament Europejski stwierdził również, iż dostosowywanie się do tych zasad może być „skutecznym instrumentem zapobiegającym ograniczeniom konkurencji oraz pozwalającym samym władzom Państwa na określenie i monitorowanie warunków dotyczących jakości, dostępności i wymagań środowiskowych”<sup>268</sup>.

## **1.2. Wyzwanie dla Rynku Wewnętrznego: ułatwienie rozwoju PPP na warunkach efektywnej konkurencji i przejrzystości/jasności prawnej**

8. Niniejsza Zielona Księga omawia zjawisko PPP z perspektywy ustawodawstwa Wspólnoty dotyczącego zamówień publicznych i koncesji. Prawo Wspólnoty nie posiada specjalnych zasad dotyczących zjawiska PPP. Jednakże prawdą jest,

---

266 Patrz Oświadczenie Komisji dla Rady i Parlamentu „Finanse publiczne w EMU 2003” opublikowane w „European Economy” No 3/2003 (COM (2003)283 final)

267 COM (2003)270 final. Tekstów Zielonej Księgi i Wkładów szukaj na stronie: [http://europa.eu.int/comm.secretariat\\_general/services\\_general\\_interest](http://europa.eu.int/comm.secretariat_general/services_general_interest).

268 Rezolucja Parlamentu Europejskiego, dotycząca Zielonej Księgi, o usługach interesu publicznego, zatwierdzona 14 stycznia 2004.

iż każdy akt, kontraktowy lub jednostronny, na mocy którego podmiot publiczny powierza świadczenie działań ekonomicznych osobie trzeciej, musi być przeanalizowany pod kątem reguł i zasad wynikających z Traktatu, w szczególności zasad prawa prowadzenia działalności gospodarczej i świadczenia usług (artykuł 43 i 49 Traktatu Europejskiego)<sup>269</sup>, co wiąże się z zasadami przejrzystości, równości traktowania, proporcjonalności i obustronnego uznania<sup>270</sup>. Co więcej, szczególne ustalenia stosowane są w przypadkach określonych przez Dyrektywy odnoszące się do koordynacji procedur przyznawania kontraktów publicznych<sup>271</sup>. Tak więc Dyrektywy te są „przede wszystkim skierowane na ochronę interesów handlowców prowadzących działalność gospodarczą w określonym Państwie Członkowskim, którzy chcą oferować dobra i usługi władzom innego Państwa Członkowskiego i w tym celu uniknąć zarówno ryzyka preferowania krajowych licytantów lub kandydatów przy przyznawaniu kontraktu przez władze układające się/zawierające kontrakt, jak i możliwości, że organ zarządzany przez prawo publiczne może zdecydować,

---

269 Zasady Rynku Wewnętrznego, łącznie z zasadami i regułami rządzącymi kontraktami publicznymi i koncesjami, stosują się do wszelkich działalności ekonomicznych, tj. wszelkich działalności, na które składa się dostarczanie usług, dóbr lub wykonywanie prac na rynku, nawet jeśli te usługi, dobra lub prace mają na celu dostarczenie „usługi publicznej”, jak jest to określone przez Państwo Członkowskie.

270 Patrz Oświadczenie Wyjaśniające Komisji dotyczące koncesji w prawie Wspólnotowym, OJ C 121, z 29 kwietnia 2000

271 Dyrektywy 92/50/EEC, 93/36/EEC, 93/37/EEC, 93/38/EEC, odnoszące się od koordynacji procedur przyznawania odpowiednio kontraktów na usługi publiczne, kontrakty na zapasy publiczne, kontrakty na prace publiczne i kontrakty w sektorach: wodnym, energetycznym, transportowym i telekomunikacyjnym. Dyrektywy te będą zastąpione Dyrektywą 2004/18/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004, odnoszącą się do koordynacji procedur przyznawania kontraktów na prace publiczne, zapasy i usługi, i Dyrektywą 2004/17/EC Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącą koordynacji procedur przyznawania kontraktów w sektorach: wodnym, energetycznym, transportowym i usług pocztowych, które będą opublikowane w niedalekiej przyszłości w OJ (Dz. Urz). Tymczasowa wersja nowych Dyrektyw może być znaleziona na stronie: [http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default\\_2003\\_en.htm](http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm); Co więcej, w pewnych sektorach, a szczególnie w sektorze transportowym, organizacja PPP może podlegać specyficznemu ustawodawstwu danego sektora. Patrz Regulacja (EEC) No 2408/92 Rady dotycząca dostępu przewoźników powietrznych Wspólnoty do wewnątrzspółnotowych dróg powietrznych, Regulacja Rady (EEC) No 3577/92 zawierająca zasadę wolności w świadczeniu usług transportowi morskemu na obszarze Państw Członkowskich, Regulacja Rady (EEC) No 1191/69 dotycząca zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i wód śródlądowych, z poprawką wprowadzoną przez Regulację (EEC) No 1893/91, poprawiona propozycja Regulacji Parlamenty Europejskiego i Rady dotycząca działań Państw Członkowskich związanych z wymaganiami usług publicznych i przyznawaniem kontraktów na prace publiczne w transporcie pasażerskim kolejowym, drogowym i wód śródlądowych (COM(2002) 107 final

że będzie się kierował przesłankami innymi niż ekonomiczne<sup>272</sup>. Jednakże, zastosowanie szczegółowych ustaleń tych Dyrektyw jest ograniczone przez pewne założenia i dotyczy przede wszystkim przyznawania kontraktu.

9. Zasady stosowane przy wyborze partnera prywatnego mają swój początek w definicji związku kontraktowego, w który wchodzi ta strona z organem umawiającym się<sup>273</sup>. Na zasadach ustawodawstwa wtórnego Wspólnoty, każdy kontrakt dla interesu pieniężnego zawarty na piśmie pomiędzy organem umawiającym się a podmiotem, którego celem jest wykonanie prac, wykonanie pracy lub świadczenie usługi, jest określony jako „kontrakt na prace publiczne lub usługi publiczne”. Termin „koncesja” jest określony jako kontrakt tego samego typu co kontrakt publiczny, tyle że rozpatrywanie prac, które mają być wykonane lub usług, które mają być świadczone składa się albo jedynie z prawa do eksploataowania konstrukcji lub usługi, albo z tego prawa i płatności.

10. Ocena elementów tych definicji musi, z punktu widzenia Trybunału, być uczyniona w sposób zapewniający, iż Dyrektywa nie jest pozbawiona swojego praktycznego działania<sup>274</sup>. Na przykład formalizm związany z ideą kontraktu na zasadach prawa narodowego nie może być użyty w sposób pozbawiający Dyrektywy ich praktycznego działania. Podobnie, natura pieniężna omawianego kontraktu nie musi koniecznie implikować bezpośredniej płatności ceny przez partnera publicznego, ale może mieć źródło w innej formie wynagrodzenia otrzymanego przez partnera prywatnego.

11. Kontrakty określone jako kontrakty na prace publiczne lub na usługi publiczne, określone jako te mające pierwszeństwo<sup>275</sup>, są podległe szczegółowym ustaleniom Dyrektyw Wspólnoty. Tak zwane kontrakty koncesyjne „bez pierwszeństwa” na prace

---

272 Wspólne sprawy C-285/99 i C-286/99, Impresa Lombardini przeciwko ANAS, orzeczenie z 27 listopada 2001, punkt 36 i, dla tego celu sprawa C-380/98, University of Cambridge, ECR I-8035 i sprawa C-19/00, SIAC construction, ECR I-7725.

273 W PPP partnerzy publiczni są przede wszystkim władzami krajowymi, regionalnymi lub lokalnymi. Mogą być również publicznymi organami prawnymi stworzonymi do wypełniania zadań interesu publicznego pod kontrolą Państwa lub pewien system sieci przedsiębiorców. W celu uproszczenia, termin „organ umawiający się” będzie używany w tym dokumencie w celu określenia wszystkich tych instytucji. Tak więc termin ten określa „umawiające się władze” w zakresie znaczenia Dyrektyw 92/50/EEC, 93/36/EEC, 93/37/EEC i 2004/18/EC i podmiotów umawiających się typu „władz publicznych” i „przedsiębiorstw publicznych” z zakresu znaczenia Dyrektyw 93/38/EEC i 2004/17/EC.

274 Orzeczenie Sądu z 12 lipca 2001, sprawa C-399/98, Scala, ECR I-5409, patrz w szczególności punkty od 53 do 55.

275 Tj. te, wymienione w aneksie/załączniku IA Dyrektywy 92/50/EEC lub aneksie XVIIA Dyrektywy 93/38/EEC.

i usługi publiczne są zarządzane jedynie przez niektóre rzadkie ustalenia ustawodawstwa wtórnego. Ponadto niektóre projekty, a w szczególności koncesje na usługi, nie należą do zakresu ustawodawstwa wtórnego. To samo dotyczy wszelkich zadań przyznanych w formie jednostronnego kontraktu.

12. Rama ustawodawstwa zarządzająca wyborem partnera prywatnego podlegała więc koordynacji Wspólnoty na kilku poziomach i stopniach intensywności, z szeroką gamą podejść pozostających na poziomie narodowym, mimo iż projekt angażujący przyznanie zadań osobom trzecim zarządzany jest przez minimalną bazę zasad pochodzących z artykułów od 43 do 49 Traktatu Europejskiego.

13. Komisja już objęła inicjatywy Ustawą o Zamówieniach Publicznych, aby zacząć się zjawiskiem PPP. W 2000 roku opublikowała Oświadczenie Wyjaśniające, dotyczące koncesji i wspólnotowej ustawy o zamówieniach publicznych<sup>276</sup>, w którym określiła, na podstawie reguł i zasad pochodzących z Traktatu i stosowanego ustawodawstwa wtórne, zarys idei koncesji w prawie wspólnotowym i zobowiązania spoczywające na władzach publicznych podczas wyboru podmiotu gospodarczego, któremu są przyznawane koncesje. Co więcej, nowe Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady, nakreślone w celu zmodernizowania i uproszczenia ramy ustawodawstwa Wspólnoty, ustalają innowacyjną procedurę przyznawania, zaprojektowaną przede wszystkim po to, by sprostać określonym zasadom przyznawania „szczególnie złożonych kontraktów”, i tym samym pewne formy PPP. Ta nowa procedura, określona jako „dialog konkurencyjny”, pozwala władzom publicznym na prowadzenie rozmów z kandydującymi podmiotami w celu określenia rozwiązań najlepiej dostosowanych do ich potrzeb.

14. Niezmienny pozostaje jednak fakt, że wielu przedstawicieli zainteresowanych grup uważa, że zasady Wspólnoty stosowane przy wyborze przedsięwzięć, które mają być realizowane we współpracy z władzą publiczną na zasadzie PPP, i ich wpływ na związek kontraktowy zarządzający wykonywaniem partnerstwa, nie są wystarczająco jasne i brakuje im jednorodności pomiędzy różnymi Państwami Członkowskimi. Taka sytuacja może spowodować niepewność dla uczestników Wspólnoty, a niepewność ta może być prawdziwą przeszkodą dla stworzenia udanego PPP, ze szkodą dla finansowania głównych projektów infrastruktury i rozwoju jakości usług publicznych.

15. Parlament Europejski poprosił Komisję o rozpatrzenie możliwości przyjęcia szkicu Dyrektywy, której celem byłoby ujednoczenie zasad dla sektora koncesji i innych

---

276 Oświadczenie Wyjaśniające o koncesjach w prawie Wspólnoty, OJ C 121, z 29 kwietnia 2000.

form PPP<sup>277</sup>. Komitet Gospodarczy i Socjalny również uważały, że taka inicjatywa ustawodawcza była potrzebna<sup>278</sup>.

16. W kontekście swej strategii dla rynku wewnętrznego w latach 2003–2006<sup>279</sup>, Komisja ogłosiła, iż opublikuje Zieloną Księgę dotyczącą PPP i prawa Wspólnoty o zamówieniach publicznych i koncesjach, w celu rozpoczęcia debaty o najlepszym sposobie zapewnienia, iż PPP może rozwijać się w kontekście skutecznej konkurencji i przejrzystości prawnej. Opublikowanie Zielonej Księgi jest również jednym z działań planowanych w ramach Europejskiej Inicjatywy na Rzecz Wzrostu<sup>280</sup>. W końcu, odpowiada na pewne prośby poczynione w trakcie publicznej konsultacji Zielonej Księgi dotyczącej usług interesu publicznego<sup>281</sup>.

### 1.3. Szczegółowy cel i plan Zielonej Księgi

17. Celem Zielonej Księgi jest rozpoczęcie debaty o zastosowaniu prawa Wspólnoty w zakresie zamówień publicznych i koncesji w zjawisku PPP. Debata taka skoncentruje się na zasadach, które powinny być stosowane podczas podejmowania decyzji powierzającej misję lub zadanie osobie trzeciej. Wynika to z wyborów gospodarczych i organizacyjnych czynionych przez władze lokalne lub krajowe i nie może w żadnym przypadku być postrzegane jako próba oceny wartości związanej z decyzją uzewnętrznienia zarządzania usługami publicznymi bądź jej brakiem; decyzja ta pozostaje jedynie w kompetencji władz publicznych. W rzeczy samej, prawo Wspólnoty w zakresie zamówień publicznych i koncesji jest neutralne, jeżeli chodzi o wybór dokonywany przez Państwo Członkowskie w celu dostarczenia usługi publicznej przez nie samo lub powierzenie tego stronie trzeciej.

18. Innymi słowy, niniejsza Zielona Księga ma na celu ukazanie, które zasady Wspólnoty są stosowalne na etapie wyboru partnera prywatnego i na etapie następnym, z zamiarem określenia wszelkich niepewności i przeanalizowania do jakiego stopnia struktury Wspólnoty dostosowane są do imperatywów i cech szczególnych PPP. Zarysowane będą drogi rozważań możliwych inter-

---

277 Opinia Parlamentu Europejskiego (pierwsze czytanie) o propozycji Komisji, COM (2000) 275, 10.05.2002

278 Opinia, ESC, OJ C 14, 16.1.2001, autor raportu Mr Levaux, punkt 4.1.3 i opinia, ESC, OJ C 193, 10.07.2001, autor raportu Bo Green, punkt 3.5.

279 Strategia dla rynku wewnętrznego, Priorytety 2003–2006, COM (2003) 238 fina

280 Oświadczenie Komisji „Europejska Inicjatywa dla Rozwoju: Inwestowanie w sieci i wiedzę dla rozwoju i zatrudnień”, COM (2003) 690 final, 11 listopad 2003. Raport ten był zatwierdzony przez Brukselską Komisję Europejską 12 grudnia 2003.

281 Patrz powyżej, przypis 3.

wencji Wspólnoty. Jako że celem tej Zielonej Księgi jest rozpoczęcie konsultacji, nie została określona z góry żadna możliwość interwencji Wspólnoty. W rzeczy samej, dostępna jest szeroka gama instrumentów czyniących PPP bardziej otwartym dla konkurencji w przejrzystym środowisku prawnym, tj. instrumenty legislacyjne, oświadczenia wyjaśniające, działania mające na celu ulepszenie koordynacji krajowej praktyki/zwyczajów wymiany dobrych zwyczajów/praktyk pomiędzy Państwami Członkowskimi.

19. Tak więc, podczas gdy księga ta koncentruje się na kwestiach związanych z prawem w zakresie zamówień publicznych i koncesji, powinno być zauważone, że Komisja przyjęła już środki, w pewnych obszarach, które mają usunąć bariery dla PPP. W ten sposób miało już miejsce objaśnienie zasad traktowania w księgowości narodowej kontraktów zawartych między podmiotami publicznymi w zakresie partnerstwa z podmiotami prywatnymi<sup>282</sup>. Należy również zwrócić uwagę, że przyjęcie statutu dla przedsiębiorstwa europejskiego ułatwi PPP pomiędzy Państwami członkowskimi<sup>283</sup>.

20. Jako część analizy niniejszej Zielonej Księgi proponuje się dokonanie rozróżnienia pomiędzy:

- PPP o naturze czysto kontraktualnej, w których partnerstwo pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym oparte jest jedynie na powiązaniach wynikających z kontraktu i
- PPP o naturze instytucjonalnej, angażującej współpracę pomiędzy sektorem prywatnym i publicznym w zakresie odrębnego podmiotu.

Rozróżnienie to oparte jest na obserwacjach, wskazujące na to, iż różnorodność praktyk związanych z PPP w Państwach Członkowskich może być ograniczona do dwóch głównych modeli. Każdy z nich wiąże się z określoną kwestią, dotyczącą zastosowania prawa Wspólnoty w zakresie zamówień publicznych i koncesji i zasługuje na oddzielną analizę, przedstawioną w następujących rozdziałach<sup>284</sup>.

---

282 Patrz powyżej, przypis 3

283 Regulacja Rady (EC) No 2157/2001, 8 października 2001.

284 tak dokonane rozróżnienie nie bierze pod uwagę interpretacji prawnych poczynionych w oparciu o prawo krajowe i w żadnym wypadku nie przesądza o interpretacji prawa Wspólnoty o tych typach ustaleń i kontraktów. Jedynym celem tej analizy jest dokonanie podziału pomiędzy ustaleniami ogólnie zwanymi PPP w celu zadecydowania, które zasady prawa Wspólnoty o kontraktach publicznych i koncesjach powinny być zastosowane w drugim etapie.

## 2. PPP CZYSTO KONTRAKTUALNE I PRAWO WSPÓLNOTOWE W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I KONCESJI

21. Termin „PPP czysto kontraktualne” odnosi się do partnerstwa opartego na zobowiązaniach pomiędzy uczestnikami wynikających jedynie z kontraktu. Zawiera w sobie różnorodne rodzaje ustaleń, w których jedno lub więcej zadań większego lub mniejszego formatu jest przypisane partnerowi prywatnemu; zadania te mogą zawierać projektowanie, finansowanie, wykonanie, renowację lub eksploatację prac lub usługi.

22. W tym kontekście, jeden z najlepiej znanych modeli, często określany jako „model koncesyjny”<sup>285</sup>, charakteryzuje się bezpośrednim połączeniem między partnerem prywatnym i ostatecznym użytkownikiem; partner prywatny świadczy społeczeństwu usługę, zamiast, ale pod kontrolą, partnera publicznego. Inną cechą jest metoda wynagradzania wspólnego kontrahenta, na którą składa się pobieranie opłat od użytkowników usługi, uzupełnione, jeśli konieczne, subwencjami od władz publicznych.

23. W innych typach ustaleń, partner prywatny wykonuje i zarządza infrastrukturą dla władz publicznych (na przykład szkoła, szpital, ośrodek poprawczy, infrastruktura transportowa). Najbardziej typowym przykładem tego modelu jest ustalenie PFI<sup>286</sup>. W modelu tym, wynagrodzenie partnera prywatnego nie przyjmuje formy opłat czynionych przez użytkowników prac lub usługi, ale formę regularnych płatności ze strony partnera publicznego. Płatności te mogą być ustalone, ale mogą być również wyliczane na różne sposoby, na przykład na podstawie dostępności prac lub odpowiedniej usługi, lub nawet na podstawie poziomu użytkowania prac<sup>287</sup>

*1. Jakie typy czysto kontraktualnych ustaleń PPP znasz? Czy typy te podlegają w twoim kraju określonej nadzorowi (ustawodawczemu lub innemu)?*

### 2.1. Etap wyboru partnera prywatnego

#### 2.1.1. Partnerstwo czysto kontraktualne: akt przyznania określony jako „kontrakt publiczny”.

---

285 Należy zauważyć, że interpretacja podana przez prawo narodowe lub przez strony nie ma wpływu na interpretację tych kontraktów dla celów zastosowania prawa Wspólnoty o kontraktach publicznych i koncesjach

286 Termin PFI odnosi się do „Inicjatywy finansowania prywatnego” (ang. „Private Finance Initiative”), programu rządu brytyjskiego zezwalającego na modernizację infrastruktury publicznej poprzez uciekanie się do finansowania prywatnego. Taki sam model używany jest w innych Państwach Członkowskich, czasem ze znacznymi zmianami. Na przykład model PFI zainspirował rozwój „Betriebermodell” w Niemczech.

287 Patrz sprawa „wirtualnych opłat”, użytych w przypadku projektów autostrad, w szczególności w Zjednoczonym Królestwie, Portugalii, Hiszpanii i Finlandii.

24. Ustalenia stosowane przy przyznawaniu kontraktu na prace publiczne lub na usługi publiczne, określonego jako „posiadający pierwszeństwo”<sup>288</sup>wynikają z ustaleń Dyrektyw Wspólnoty przedstawiających szczegółowe zasady związane w szczególności z rozgłosem i udziałem. Kiedy władza publiczna jest władzą umawiającą się, działającą na podstawie „klasycznych” Dyrektyw<sup>289</sup>, musi mieć możliwość uciekania się do otwartej lub ograniczonej procedury wyboru swego partnera prywatnego. W drodze wyjątku i na pewnych warunkach, możliwe jest uciekanie się do procedury negocjacyjnej. W tym kontekście, Komisja wskazuje, iż uchylene artykułu 7(2) Dyrektywy 92/37/EEC, która określa uciekanie się do procedury negocjacyjnej w przypadku kontraktu, gdy „natura prac lub ryzyko z nimi związane nie zezwalają na wcześniejszą ogólną wycenę”, ma ograniczony zakres. Uchylenie to może mieć miejsce jedynie w sytuacjach wyjątkowych, w których istnieje niepewność a priori co do natury lub zakresu prac, które mają być wykonane, ale nie w sytuacjach, w których niepewności wynikają z innych przyczyn, takich jak trudność w uprzednim wycenieniu, powstała w wyniku złożoności pakietu finansowego i prawnego zastosowanego w tym przypadku<sup>290</sup>

25. Od czasu przyjęcia Dyrektywy 2004/18/EC, przy przyznawaniu szczególnie złożonych kontraktów może być stosowana nowa procedura znana jako „dialog konkurencyjny”<sup>291</sup>. Procedura dialogu konkurencyjnego stosowana jest w przypadkach, w których organ umawiający się jest obiektywnie niezdolny do określenia środków technicznych, które najlepiej zaspokoilyby jego potrzeby i cele, lub w przypadkach, w których jest obiektywnie niezdolny do określenia prawnej i/lub finansowej formy projektu. Ta nowa procedura umożliwi organom umawiającym się otworzenie dialogu z kandydatami w celu określenia rozwiązań umożliwiających spełnienie tych potrzeb. Na końcu tego dialogu kandydaci będą zaproszeni do przedłożenia ich ostatecznej propozycji przetargowej na podstawie rozwiązania lub rozwiązań określonych podczas dialogu. Propozycje te muszą zawierać elementy wymagane i potrzebne dla wykonania projektu. Władze umawiające się muszą ocenić propozycje, na podstawie kryteriów ustalonych przed procesem przyznawania. Stający do przetargu, który przedłożył najbardziej korzystną ekonomicznie propozycję, może być poproszony

---

288 czyli te wymienione w aneksie IA Dyrektywy 92/50/EEC i aneksie XVIA Dyrektywy 93/38/EEC.

289 Czyli Dyrektywy 93/37/EEC, 92/50/EEC i 2004/18/EC.

290 Na przykład może być to zastosowane gdy prace, które mają być wykonane na terenie niestałym geologicznie lub architektonicznie i z tego powodu zakres niezbędnych prac nie jest znany w chwili rozpoczęcia procesu przetargowego. Podobne uchylenie możliwe jest przy artykule 11(2) Dyrektywy 92/50 i przy artykule 30(1)(b) Dyrektywy 2004/18/EC.

291 Artykuł 29 Dyrektywy 2004/18/EC

o wyjaśnienie jej aspektów lub o potwierdzenie widniejących tam zobowiązań, pod warunkiem iż nie przyniesie to fundamentalnych zmian w propozycji lub zaproszeniu do przetargu, lub zafalszowania konkurencji i nie doprowadzi do dyskryminacji.

26. Procedura dialogu konkurencyjnego powinna dostarczyć koniecznej elastyczności w dyskusjach z kandydatami we wszystkich aspektach kontraktu na etapie organizacyjnym zapewniając, iż dyskusje te prowadzone są zgodnie z zasadami przejrzystości i równości traktowania i nie zagrażają prawom, które Traktat przyznaje podmiotom gospodarczym. Podstawę stanowi tu przekonanie, iż zorganizowane metody wyboru powinny być chronione w każdych okolicznościach, jako że przyczyniają się one do obiektywności i integralności procedury prowadzącej do wyboru przedsiębiorcy. To z kolei gwarantuje należyte użytkowanie funduszy publicznych, redukuje ryzyko braku przejrzystości i wzmacnia pewność prawną potrzebną przy takich projektach.

27. Co więcej, należy zauważyć, iż nowe Dyrektywy podkreślają korzyść organów umawiających się formułowana opisów technicznych w zakresie wymagań co do wykonania lub funkcjonowania. Nowe ustalenia dostarczą w ten sposób organom umawiającym się więcej możliwości korzystania z innowacyjnych rozwiązań podczas procesu przyznania, bez względu na przyjętą procedurę<sup>292</sup>

*2. W opinii Komisji, w przypadku czysto kontraktualnego PPP, przeniesienie dialogu konkurencyjnego do prawa krajowego dostarczy zainteresowanym stronom procedury, która jest szczególnie dobrze dostosowana do przyznawania kontraktów określonych jako kontrakty publiczne, chroniąc tym samym fundamentalne prawa podmiotów gospodarczych. Czy zgadzasz się z tym? Jeżeli nie, dlaczego?*

*3. Czy uważasz, że w przypadku takich kontraktów istnieją inne punkty, oprócz tych dotyczących wyboru procedury przetargowej, które mogą stanowić problem z zakresu prawa Wspólnoty o zamówieniach publicznych? Jeżeli tak, jakie są to punkty? Proszę rozwinąć.*

### **2.1.2. Partnerstwo czysto kontraktualne: akt przyznania określony jako „koncesja”**

28. Istnieje mało ustaleń w ustawodawstwie wtórnym Wspólnoty, które koordynują procedury przyznania kontraktów określonych jako kontrakty koncesyjne. W przypadku koncesji na wykonanie robót istnieją jedynie pewne zobowiązania rozgłosu,

---

292 Artykuł 23 Dyrektywy 2004/18/EC i artykuł 34 Dyrektywy 2004/17/EC.

mające na celu zapewnienie uprzedniej konkurencji pośród zainteresowanych przedsiębiorców, i zobowiązanie dotyczące minimalnego limitu czasu dla potwierdzenia podań<sup>293</sup>. Organa umawiające się mają wtedy wolność zdecydowania, jak wybrać partnera prywatnego, jednak czyniąc tak muszą zagwarantować pełną zgodność z zasadami i regulacjami wynikającymi z Traktatu.

29. Zasady zarządzające przyznawaniem koncesji stosowane są jedynie w odniesieniu do zasad wynikających z artykułów 43 i 49 Traktatu, w szczególności zasady przejrzystości, równości traktowania, proporcjonalności i obopólnego uznania<sup>294</sup>. W swym orzeczeniu w sprawie *Telaustria* Trybunał orzekł w tej dziedzinie, iż „zobowiązanie przejrzystości, które jest narzucone na władze umawiające się, polega na zapewnieniu, dla korzyści każdego potencjalnego stającego do przetargu, stopnia rozgłosu wystarczającego, aby umożliwić otwarcie rynku usługowego dla konkurencji i aby ponownie przeanalizować procedury bezstronności nabywania/zaopatrzenia”<sup>295</sup>.

30. Komisja uważa, że zasady wynikające z odpowiednich ustaleń Traktatu mogą być podsumowane w następujących zobowiązaniach: ustalenie zasad stosowanych przy wyborze partnera prywatnego, odpowiedni rozgłos intencji przyznania koncesji i zasad rządzących wyborem w celu monitorowania bezstronności podczas procedury, wprowadzenie prawdziwej konkurencji pomiędzy potencjalnie zainteresowanymi przedsiębiorcami i/lub tymi, którzy mogą zapewnić zakończenie odpowiednich zadań, zgodność z zasadą równości traktowania wszystkich uczestników procedury, wybór na podstawie obiektywnych, niedyskryminujących kryteriów.

31. Tak oto prawo Wspólnoty stosowane przy przyznawaniu koncesji pochodzi przede wszystkim od ogólnych zobowiązań, które nie angażują żadnej koordynacji ustawodawstwa Państw Członkowskich. Co więcej, pomimo iż Państwa Członkowskie mogą tak zrobić, bardzo niewiele spośród nich optowało za przyjęciem ustaw krajowych

---

293 Patrz artykuł 3(1) Dyrektywy 93/37/EEC i artykuły od 56 do 59 Dyrektywy 2004/18/EC.

294 Mimo iż Komisja zaproponowała, by koncesje na usługi były włączone w Dyrektywie 92/50/EEC, w trakcie procesu legislacyjnego Rada zdecydowała o ich wyłączeniu z tej Dyrektywy.

295 Sprawa C-324/98. Patrz również orzeczenie z 30 maja 2002, sprawa C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, ECR. I-4685. Zasady te są również stosowane przy innych aktach państwowych powierzających usługi ekonomiczne osobie trzeciej, jak na przykład przy kontraktach wyłączonych z zakresu Dyrektyw, jako że mają wartość poniżej progu wartości przedstawionego w ustawodawstwie wtórnym (Rozporządzenie/nakaz Sądu z 3 grudnia 2001, sprawa C 59/00, *Vestergaard*, ECR. I-9505), lub tzw. usługi bez pierwszeństwa.

w celu określenia ogólnych i szczegółowych zasad rządzących przyznawaniem koncesji na prace lub usługi<sup>296</sup>. W ten sposób, zasady stosowane przy wyborze koncesjonariusza przez organ umawiający się, w większości, ustalane w każdym konkretnym przypadku.

32. Sytuacja ta może sprawiać problemy przedsiębiorcom we Wspólnocie. Brak koordynacji ustawodawstwa narodowego mógłby być przeszkodą w prawdziwym otwarciu takich projektów we Wspólnocie, szczególnie na poziomie międzynarodowym. Niepewność prawna związana z brakiem jasnych i skoordynowanych zasad może dodatkowo prowadzić do wzrostu kosztów organizowania takiego projektu.

33. Co więcej, pewne osoby twierdzą, iż cele rynku wewnętrznego nie mogą być osiągnięte w niektórych sytuacjach ze względu na brak skutecznej konkurencji na rynku. W tym miejscu Komisja pragnie przypomnieć, iż Dyrektywy dotyczące „kontraktów publicznych” mają na celu nie tylko zapewnienie przejrzystości procedur i równości traktowania podmiotów gospodarczych, ale wymagają również, aby do uczestniczenia w procedurach otwartych, ograniczonych, negocjowanych czy do procedur dialogu konkurencyjnego, zaproszona była minimalna ilość kandydatów<sup>297</sup>. Istnieje potrzeba oceny czy skuteczne zastosowanie tych ustaleń jest wystarczające, czy potrzebne są inne środki mające na celu stworzenie lepszej konkurencji.

34. Komisja zaobserwowała również, w związku z przebadanymi już procedurami naruszenia/pogwałcenia, że nie zawsze łatwo jest ustalić od początku, czy kontrakt, który jest przedmiotem procedury, jest kontraktem publicznym czy koncesją. W rzeczy samej, w przypadku kontraktów określanych jako koncesje w chwili rozpoczęcia procedury, rozłożenie ryzyka i korzyści może podlegać negocjacom poprzez trwanie procedury. Może się zdarzyć, że wskutek tych negocjacji kontrakt musi być zredefiniowany jako „kontrakt publiczny”, co często powoduje zakwestionowanie legalności procedury przyznawania wybranej przez organ umawiający się. Zgodnie z opiniami wyrażonymi przez strony, których to dotyczy, sytuacja taka stwarza stopień niepewności, który jest szkodliwy dla rozwoju takich projektów.

35. W związku z tym Komisja mogłaby zaproponować działanie legislacyjne, które

---

296 Hiszpania (ustawa z 23 maja 2003 roku dotycząca koncesji na prace), Włochy (poprawiony akt Merloniego z 1994) i Francja (ustawa Sapina z 1993) przyjęły jednak takie ustawodawstwo.

297 Artykuł 19 Dyrektywy 93/36/EEC, Artykuł 22 Dyrektywy 93/37/EEC, Artykuł 27 Dyrektywy 92/50/EEC i artykuł 31 Dyrektywy 93/38/EEC. Patrz również artykuł 44 Dyrektywy 2004/18/EC i artykuł 54 Dyrektywy 2004/17/EC.

miałoby na celu koordynowanie procedur przyznawania koncesji w Unii Europejskiej; takie nowe ustawodawstwo byłoby dodane do istniejących tekstów o przyznawaniu kontraktów publicznych. W tym przypadku niezbędne byłoby określenie szczegółowych ustaleń stosowanych przy przyznawaniu koncesji.

36. Istnieją również podstawy dla zbadania, czy istnieją obiektywne powody dla czynienia przyznawania koncesji i przyznawania innych kontraktów PPP przedmiotem różnych zestawów ustaleń. W związku z tym należy zauważyć, iż kryterium odróżniającym kontrakty publiczne od koncesji jest prawo eksploatacji i jego następstwo – przeniesienie ryzyka właściwego eksploatacji. Jeżeli zostanie potwierdzone, że niepewność prawna związana z trudnością określenia a priori rozłożenia pomiędzy partnerów ryzyka eksploatacji powstaje często przy przyznawaniu pewnychczysto kontraktualnych PPP, Komisja może rozpatrzyć uczynienie przyznawania wszystkich kontraktowych PPP, niezależnie czy określonych jako kontrakty publiczne czy koncesje, przedmiotem identycznych zasad przyznawania.

*4. Czy organizowałeś już, uczestniczyłeś lub chciałeś zorganizować lub uczestniczyć w procedurze przyznawania koncesji na obszarze Unii? Jakie jest twoje doświadczenie w tym zakresie?*

*5. Czy uważasz, że obecna struktura prawna Wspólnoty jest wystarczająco szczegółowa, by pozwolić na konkretny i skuteczny udział przedsiębiorstw lub grup nie-narodowych w procedurach przyznawania koncesji? Czy według ciebie gwarantuje ona prawdziwą konkurencję?*

*6. Czy, twoim zdaniem, inicjatywa ustawodawcza Wspólnoty, przeznaczona do regulowania procedury przyznawania koncesji, jest potrzebna?*

*7. Bardziej ogólnie, jeżeli uważasz, że Komisja powinna zaproponować działanie ustawodawcze, to czy, według ciebie, istnieją obiektywne przesłanki, aby taki akt odnosił się do wszystkich kontraktualnych PPP, niezależnie czy są one określone jako kontrakty czy koncesje, aby uczynić je przedmiotem takich samych ustaleń przyznawania?*

## **2.2. Konkretnie kwestie związane z wyborem podmiotu gospodarczego w ramach prywatnej inicjatywy PPP**

37. Ostatnio w niektórych Państwach Członkowskich rozwinięte zostały pewne zwyczaje, w których sektor prywatny ma możliwość podjęcia inicjatywy w projek-

cie PPP<sup>298</sup>. W ustaleniach tego typu podmioty gospodarcze formułują, w pewnych przypadkach na zaproszenie władz publicznych, szczegółową propozycję projektu, ogólnie w zakresie konstrukcji i zarządzania infrastrukturą.

38. Taka praktyka umożliwia podmiotom gospodarczym wyrażenie na wczesnym etapie chęci inwestowania w pewne projekty. Zachęca ich również do rozwijania lub stosowania innowacyjnych rozwiązań technicznych, dopasowanych do konkretnych potrzeb organu umawiającego się.

39. Fakt, iż projekt użyteczności publicznej ma swój początek w inicjatywie prywatnej nie zmienia natury kontraktów zawartych pomiędzy umawiającymi się organami i podmiotami gospodarczymi. W przypadku gdy kontrakty te dotyczą usług określonych przez ustawodawstwo wtórne i są zawarte dla interesu pieniężnego, muszą być one określone jako kontrakt lub koncesja i podlegać wynikającym z tego faktu zasadom przyznania.

40. Dlatego też potrzebne jest zapewnienie, iż stosowane w tym kontekście procedury nie pozbawiają europejskich podmiotów europejskich praw, które nadaje im ustawodawstwo Wspólnoty dotyczące kontraktów publicznych i koncesji. W szczególności Komisja jest zdania, że wszystkim europejskim podmiotom gospodarczym musi być zagwarantowany dostęp do takich projektów, przede wszystkim poprzez odpowiednie nagłaśnianie zaproszenia do sformułowania projektu. Następnie, jeżeli organ publiczny pragnie wdrożyć dany projekt, musi on skierować zaproszenie do konkursu do wszystkich podmiotów gospodarczych, które są potencjalnie zainteresowane rozwijaniem określonego projektu, dostarczając pełne gwarancje bezstronności procesu wybierania.

41. Aby uatrakcyjnić system, Państwa Członkowskie próbują czasem dostarczyć bodźce/premie dla pierwszych wnioskodawców. Używano również opcji rekompensowania inicjatorowi projektu, na przykład płacąc mu za inicjatywę poza następnym wezwaniem do procedury konkursowej. Było również możliwe przyznanie pierwszemu wnioskodawcy pewnej przewagi w związku z wezwaniem do konkursu, mającej na celu rozwinięcie pewnego projektu. Rozwiązania takie zasługują na większą uwagę w celu zapewnienia, iż przewaga w konkursie przyznawana wnioskodawcy nie narusza równości traktowania kandydatów.

---

298 W pewnych Państwach Członkowskich, inicjatywa prywatna jest podległa określonego nadzorowi (patrz akt Merloniego we Włoszech z 18 listopada 1998 i regulacja dotycząca usług władz lokalnych z 1995 i ustawa 13/2003 o koncesjach na wykonanie robót z 23 maja 2003 w Hiszpanii). W innych Państwach Członkowskich prywatna inicjatywa w PPP również zaczyna pojawiać się w praktyce.

8. Czy, zgodnie z twoim doświadczeniem, przedsiębiorcy spoza kraju mają dostęp do schematów prywatnej inicjatywy PPP? A w szczególności, gdy władze umawiające się wydają zaproszenie zaprezentowania inicjatywy, czy ma miejsce odpowiednie nagłośnienie w celu poinformowania wszystkich zainteresowanych przedsiębiorców? Czy procedura wyboru organizowana w celu wdrożenia określonego projektu naprawdę sprzyja konkurencji?

9. Według Ciebie, jaka byłaby najlepsza formuła zapewniająca rozwój prywatnych inicjatyw PPP w Unii Europejskiej, gwarantująca zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji i równości traktowania?

### **2.3. Etap następujący po wyborze partnera prywatnego**

42. Ustawodawstwo wtórne Wspólnoty o zamówieniach publicznych i koncesjach dotyczy głównie etapu przyznawania kontraktu. Nie odnosi się ono w sposób wyczerpujący do etapu następującego po wyborze partnera prywatnego. Jednakże zasada równości traktowania i zasada przejrzystości, wynikające z Traktatu, ogólnie wykluczają interwencję partnera publicznego po wyborze partnera prywatnego, jeżeli interwencja taka miałaby zakwestionować zasadę równości traktowania podmiotów gospodarczych<sup>299</sup>.

43. Często złożona natura ustaleń, o których mowa, czas, który może upłynąć pomiędzy wyborem partnera prywatnego i podpisaniem kontraktu, relatywnie długi okres trwania projektu i, w końcu, częste uciekanie się do mechanizmów podkontraktowania, komplikują stosowanie tych zasad i reguł. Poniżej omówione są dwa aspekty: struktura wynikająca z PPP i podkontraktowanie.

#### **2.3.1. Struktura kontraktowa projektu**

44. Ustalenia kontraktu, rządzące etapem wdrażania PPP, to przede wszystkim te należące do prawa krajowego. Jednakże klauzule kontraktu muszą być również zgodne z odpowiednimi zasadami Wspólnoty, w szczególności z zasadami równości traktowania i przejrzystości. To oznacza, przede wszystkim, iż dokumenty opisowe/opisujące muszą jasno formułować warunki wykonania kontraktu tak, aby różni kandydaci do partnerstwa interpretowali je w ten sam sposób i brali je pod uwagę przygotowując

---

299 Patrz również Sprawa C-87/94, „Komisja przeciwko Belgii” (Bus Wallons), orzeczenie z 25 kwietnia 1994, punkt 54. Patrz również Sprawa C-243/89, „Komisja przeciwko Danii” (Most na Storebaelt), orzeczenie z 22 czerwca 1992.

swą ofertę przetargową. Co więcej, te warunki wykonania nie mogą mieć żadnego pośredniego lub bezpośredniego dyskryminującego wpływu lub służyć jako nieuzasadniona bariera dla wolności świadczenia usług lub dla prawa prowadzenie działalności gospodarczej<sup>300</sup>

45. Sukces PPP zależy w dużym stopniu od wyczerpującej struktury projektu i od optymalnej definicji elementów rządzących jego wdrożeniem. W związku z tym ważna jest odpowiednia ocena i optymalne rozłożenie ryzyka pomiędzy sektor publiczny i prywatny, zgodnie z ich zdolnością do podjęcia tego ryzyka. Ważne są również mechanizmy oceniania postępowania/wykonywania posiadacza PPP na regularnych podstawach. W związku z tym zasada przejrzystości wymaga, aby elementy używane w ocenie i rozłożeniu ryzyka oraz w ocenie postępowania/wykonywania, zostały przedstawione w dokumentach opisowych, aby stający do przetargu mogli wziąć je pod uwagę przy przygotowywaniu swoich ofert przetargowych.

46. Co więcej, okres, w którym partner prywatny podejmie się wykonania prac lub usługi, musi być ustalony w zakresie potrzeby zagwarantowania stabilności ekonomicznej i finansowej projektu. W szczególności określony musi być okres trwania związku partnerskiego, aby nie ograniczał on konkurencji poza tym, co jest wymagane w celu zapewnienia, iż inwestycja się opłaca i ma miejsce rozsądny zwrot zainwestowanego kapitału. Zbyt długi okres trwania będzie prawdopodobnie skrytykowany na podstawie zasad rządzących rynkiem wewnętrznym<sup>301</sup> lub na podstawie ustaleń Traktatu dotyczących konkurencji<sup>302</sup>. Podobnie zasada przejrzystości wymaga, aby elementy użyte przy ustalaniu okresu podane były w dokumentach opisowych, aby stający do przetargu mogli wziąć je pod uwagę przy przygotowywaniu swych ofert przetargowych.

47. Związki PPP, jako że dotyczą usługi rozłożonej w czasie, muszą być w stanie rozwijać się zgodnie ze zmianami w środowisku makroekonomicznym lub technicznym i zgodnie z wymaganiami interesu publicznego. Ogólnie, prawo Wspólnoty dotyczące zamówień publicznych nie odrzuca takiej możliwości, jeżeli jest to dokonane zgodnie z zasadami równości traktowania i przejrzystości. W ten sposób, dokumenty opisowe przekazane stającym do przetargu lub kandydatom podczas procedury wyboru mogą być powodem automatycznych poprawek w klauzulach, takich

---

300 Sprawa C-19/00, „Konstrukcje SIAC”, orzeczenie z 18 października 2001, punkty 41–45; Sprawa C-31/87, „Gebroeders Beentjes kontra Holandia”, orzeczenie z 20 września 1988, punkty 29–37. Patrz również artykuł 26 Dyrektywy 2000/18/EC i artykuł 38 Dyrektywy 2000/17/EC.

301 Patrz Oświadczenie Wyjaśniające o koncesjach, szczególnie punkt 3.1.3.

302 Artykuły 81, 82 i 86 (2) Traktatu Europejskiego.

jak klauzule cenowe, lub określić, w jakich okolicznościach pobierane stawki mogą być ponownie przeanalizowane. Mogą one również ustanowić ponowne przeanalizowanie klauzul, pod warunkiem że określają one dokładnie okoliczności i warunki, na jakich mogą być dokonane poprawki w związku wynikającym z kontraktu. Jednakże takie klauzule muszą być wystarczająco jasne, aby pozwolić podmiotom gospodarczym na interpretowanie ich w taki sam sposób podczas etapu wyboru partnera.

48. W niektórych projektach instytucje finansowe rezerwują sobie prawo zastąpienia zarządcy projektu lub wyznaczenia nowego zarządcy, jeżeli przepływy finansowe wytwarzane przez projekt spadną poniżej pewnego poziomu. Wcielenie w życie takich klauzul, które należą do kategorii tzw. klauzul „wkraczających/interwencyjnych”, może doprowadzić do zmiany partnera prywatnego przez organ umawiający się bez wezwania do konkursu. W konsekwencji poświęcana musi być specjalna uwaga w tym zakresie, aby zagwarantować zgodność takich projektów z prawem Wspólnoty dotyczącym zamówień publicznych i koncesji.

49. Ogólnie, zmiany dokonywane w czasie trwania PPP, jeżeli nie są objęte przez dokumenty kontraktowe, zazwyczaj powodują zakwestionowanie zasady równości traktowania podmiotów gospodarczych<sup>303</sup>. Takie nieuregulowane zmiany są w związku z tym akceptowalne, jedynie jeśli są konieczne ze względu na nieprzewidziane okoliczności, lub gdy są one uzasadnione ze względu na politykę publiczną, bezpieczeństwo publiczne lub zdrowie publiczne<sup>304</sup>. Co więcej, wszelkie znaczące zmiany odnoszące się do faktycznego tematu kontraktu muszą być uznane za równoznaczne zawarciu nowego kontraktu, wymagającego nowego konkursu<sup>305</sup>.

50. W końcu należy zauważyć, że ustawodawstwo wtórne określa sytuacje wyjątkowe, w których prace lub usługi pierwotnie nie zawarte w kontrakcie lub pierwotny kon-

---

303 Patrz sprawa C-337/98, „Komisja przeciw Francji”, orzeczenie z 5 października 2000, punkt 44 i następne. Prawo Wspólnoty odrzuca również wszelkie zmiany poczynione podczas etapu sporządzania kontraktu, po ostatecznym wyborze zwycięskiego stającego do przetargu. W związku z tym nowe określenia rządzące dialogiem konkurencyjnym ustanawiają, że zwycięski stający do przetargu może jedynie „wyjaśnić aspekty oferty przetargowej lub potwierdzić zobowiązania zawarte w ofercie przetargowej, pod warunkiem iż nie powoduje to zmian kluczowych aspektów oferty przetargowej lub wezwania do przetargu i nie stwarza ryzyka zakłócenia konkurencji oraz nie powoduje dyskryminacji”.

304 Artykuł 46 Traktatu

305 Sprawa C-337/98 „Komisja przeciw Francji”, orzeczenie z 5 października 2000, punkt 44 i następne. Oświadczenie wyjaśniające o koncesjach stwierdza tu, że zakres istniejącej koncesji poza pierwotnie ustalonym okresem musi zostać uznany równoznacznym z nową koncesją tego samego koncesjonariusza.

trakt może być przyznany bezpośrednio, bez wezwania do konkursu<sup>306</sup>.

*10. Jakie jest twoje doświadczenie na etapie następującym po wyborze partnera prywatnego w kontraktualnych PPP?*

*11. Czy znasz sprawy, w których warunki wykonania – łącznie z klauzulami o poprawkach w trakcie – mogły mieć dyskryminujący skutek lub mogły stanowić nieuzasadnioną barierę dla wolności świadczenia usług lub dla prawa prowadzenia działalności gospodarczej? Jeżeli tak, to czy możesz opisać typ napotkanych problemów?*

*12. Czy znasz jakieś zwyczaje lub mechanizmy oceny ofert przetargowych, które miałyby wpływ dyskryminujący?*

*13. Czy podzielasz zdanie Komisji, że pewne typy ustaleń „wkraczających/interwencyjnych” mogą stanowić problem w zakresie przejrzystości i równości traktowania? Czy znasz inne „klauzule standardowe”, które mogłyby stanowić podobne problemy?*

*14. Czy myślisz, że istnieje potrzeba wyjaśnienia pewnych aspektów struktury kontraktowej PPP na poziomie Wspólnoty? Jeżeli tak, które aspekty powinny być wyjaśnione?*

### **2.3.2. Podkontraktowanie pewnych zadań**

51. Według doświadczenia Komisji, stosowanie zasad podzlecenia jest czasem źródłem niepewności lub pytań w związku z ustaleniami PPP. Niektóre strony twierdzą, na przykład, że związek wynikający z kontraktu pomiędzy przedsiębiorstwem, które staje się właścicielem kontraktu lub koncesji i jego udziałowcami, są przyczyną pewnej ilości kwestii prawnych. W związku z tym Komisja pragnie wskazać, iż kiedy przedsiębiorstwo samo pełni rolę organu umawiającego się, musi zawierać kontrakty lub kontrakty koncesyjne w zakresie konkursu, bez względu na to, czy są one zawierane z jego udziałowcami czy nie. Jedyne przypadki, gdy nie jest to stosowane, ma miejsce, gdy usługi powierzone przez przedsiębiorstwo wykonujące projekt swym udziałowcom było już przedmiotem konkursu przez partnera publicznego

---

306 Patrz artykuł 11 (3)(e) Dyrektywy 92/50/EEC, artykuł 7 (3)(d) Dyrektywy 93/37/EEC i artykuł 20 (2)(f) Dyrektywy 93/38/EEC. Nowa dyrektywa 2004/18/EC określa podobny wyjątek dla koncesji na wykonanie robót, patrz artykuł 61

przed formowaniem przedsiębiorstwa podejmującego się projektu<sup>307</sup>. Jednakże gdy przedsiębiorstwo to nie pełni roli organu umawiającego się, zazwyczaj może zawierać kontrakty z osobami trzecimi, bez względu na to, czy są one jego udziałowcami czy nie. W drodze wyjątku, gdy przedsiębiorstwo wykonujące projekt jest „koncesjonariuszem prac”, pewne wymagania rozgłosu stosują się przy przyznawaniu kontraktów na pracę przekraczające próg 5 milionów €, z wyjątkiem kontraktów zawartych z przedsiębiorstwami, które uformowały grupę w celu wygrania koncesji lub przedsiębiorstwa stowarzyszone<sup>308</sup>.

52. Z reguły, partnerzy prywatni mogą podzlecić część lub całość kontraktu publicznego lub koncesji. Jednak należy zauważyć, że w przypadku przyznawania kontraktów publicznych, stający do przetargu mogą być poproszeni o wskazanie w swych ofertach przetargowych części kontraktu, którą mają zamiar podzlecić osobom trzecim<sup>309</sup>. W przypadku koncesji na prace publiczne, której wartość przekracza 5 milionów €, organ umawiający się może wymagać, aby koncesjonariusz przyznał kontrakty reprezentujące minimum 30% całkowitej wartości prac, na które kontrakt ma być przyznany stronom trzecim<sup>310</sup>.

*15. Czy znasz konkretne problemy spotykane w związku z podzlecaniem zadań w zakresie PPP? Proszę wyjaśnić.*

*16. Czy według Ciebie zjawisko kontraktualnych PPP, angażujące przekazanie pewnego zestawu zadań jednemu partnerowi prywatnemu, uzasadnia bardziej szczegółowe zasady i/lub szerszy zakres stosowania w przypadku zjawiska podzlecenia?*

*17. Ogólnie, czy uważasz, iż istnieje potrzeba dodatkowej inicjatywy na poziomie Wspólnoty w celu wyjaśnienia lub dostosowania zasad podkontraktowania?*

---

307 Artykuł 46 dyrektywy 93/38/EEC określa uchylecia, gdy kontrakty podzleceniowe na usługi są przyznawane przez sieć systemów podmiotów działających jako podmiot umawiający się dla odpowiedniego przedsięwzięcia. Artykuł 23 dyrektywy 2004/17/EC rozszerza ten wyjątek do kontraktów podzleceniowych dotyczących zaopatrzenia.

308 Artykuł 3(4) dyrektywy 93/37/EEC i artykuły od 63 do 65 dyrektywy 2004/18/EC (tu wspomniany powyżej próg ustalony jest na wysokość 6 242 000 €).

309 Artykuł 17 dyrektywy 93/36/EEC, artykuł 20 dyrektywy 93/37/EEC, artykuł 25 dyrektywy 92/50, artykuł 27 dyrektywy 93/38. Patrz również artykuł 25 dyrektywy 2004/18/EEC i artykuł 37 dyrektywy 2004/17/EC.

310 Artykuł 3 (2) dyrektywy 93/37/EEC. Patrz również artykuł 60 dyrektywy 2004/18/EC.

### 3. INSTYTUCJONALNE PPP I PRAWO WSPÓLNOTOWE W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I KONCESJI

53. Zgodnie ze znaczeniem tej Zielonej Księgi, instytucjonalne PPP zakładają stworzenie podmiotu zarządzanego łącznie przez partnera publicznego i partnera prywatnego<sup>311</sup>. W ten sposób wspólny podmiot ma za zadanie zapewnić dostarczenie pracy lub usług na korzyść społeczeństwa. W Państwach Członkowskich władze publiczne uciekają się do takich struktur w szczególności dla zarządzania usługami publicznymi na poziomie lokalnym (na przykład przy usługach zaopatrzenia w wodę lub zbierania odpadów).

54. Bezpośrednia współpraca pomiędzy partnerem publicznym i prywatnym na forum osobowości prawnej pozwala partnerowi publicznemu, poprzez jego obecność w organie udziałowców i w organach podejmujących decyzję o wspólnym podmiocie, na posiadanie relatywnie dużego wpływu na rozwój projektów, które może on dostosowywać zgodnie z zaistniałymi okolicznościami. Pozwala mu również na zdobywanie doświadczenia w zakresie prowadzenia danej usługi, przy możliwości odwołania się do pomocy partnera prywatnego.

55. Instytucjonalne PPP mogą być wcielane w życie przez stworzenie podmiotu zarządzanego wspólnie przez sektor publiczny i prywatny (3.1) lub przez przejęcie kontroli przez sektor prywatny nad istniejącym już przedsięwzięciem publicznym (3.2).

56. Poniższe omówienie skupia się jedynie na kwestiach dotyczących aspektów prawa o zamówieniach publicznych i koncesjach stosowanych przy zinstytucjonalizowanych formach PPP. Dla bardziej ogólnych opisów wpływu tego prawa przy zakładaniu i wykonywaniu takich form PPP proszę odnieść się do poprzednich rozdziałów.

#### 3.1. Partnerstwo angażujące stworzenie ad hoc podmiotu prowadzonego wspólnie przez sektor publiczny i sektor prywatny<sup>312</sup>

---

311 Państwa Członkowskie używają tu różnej terminologii i schematów (na przykład Kooperationsmodel, połączone PPP, Joint Venture).

312 Omawiana jest tu kwestia stworzenia ex novo podmiotów w związku z określonymi ustaleniami prawnymi. Jednakże nie będzie omawiany szczegółowo przypadek wcześniejszego istnienia podmiotów mieszanych biorących udział w procedurach przyznawania kontraktów publicznych lub koncesji, ponieważ hipoteza ta nie powoduje wielu komentarzy w zakresie stosowanego prawa Wspólnotowego. Mieszany charakter podmiotu biorącego udział w procesie przetargowym w zasadzie nie powoduje żadnych uchyleń od zasad stosowanych przy przyznawaniu kontraktów publicznych lub koncesji. Jedynie, w przypadku gdy dany podmiot odpowiada cechom podmiotu „wewnętrznego”, według znaczenia Sprawy Teckala, Ustawy/Prawa Trybunału Sprawiedliwości, władze umawiające się mogą nie stosować zwyczajowych zasad.

57. Prawo w zakresie zamówień publicznych i koncesji nie stosuje się samo w sobie przy tworzeniu podmiotu o kapitale mieszanym. Jednak gdy transakcji takiej towarzyszy przyznanie zadań poprzez akt, który może być określony jako kontrakt publiczny, albo nawet koncesja, ważne jest, aby miała miejsce zgodność z zasadami i regułami wynikającymi z tego prawa (ogólne zasady Traktatu lub, w pewnych przypadkach, ustalenia Dyrektyw)<sup>313</sup>.

58. Wybór partnera prywatnego, funkcjonującego jako część podmiotu mieszanego do podjęcia się takich zadań, nie może więc być oparty wyłącznie na jego wkładzie kapitałowym lub doświadczeniu, ale powinien brać pod uwagę również cechy jego oferty – najbardziej korzystne ekonomicznie – w zakresie określonych usług, które mają być świadczone. W ten sposób, przy braku jasnych i obiektywnych kryteriów pozwalających władzom umawiającym się na wybór najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty, transakcja kapitałowa mogłaby stanowić złamanie prawa o zamówieniach publicznych i koncesjach.

59. W związku z tym, transakcja angażująca stworzenie takiego podmiotu, gdy stanowi on środek w wykonaniu zadania powierzonego w kontrakcie partnerowi prywatnemu, generalnie nie stanowi problemu w zakresie stosowanego prawa Wspólnoty. Jednakże warunki rządzące stworzeniem takiego podmiotu muszą być jasno określone przy sporządzeniu wezwania do konkursu na zadania, które mają być powierzone partnerowi prywatnemu<sup>314</sup>.

60. Jednak Komisja zauważyła, że w pewnych Krajach Członkowskich ustawodawstwo narodowe pozwala na podmioty mieszane, w których udział sektora publicznego angażuje organ umawiający się do uczestniczenia w procedurze przyznawania kontraktu publicznego lub koncesji nawet wtedy, gdy podmioty te są dopiero w trakcie włączania/łączenia. Zakładając taką hipotezę, podmiot będzie ostatecznie włączony dopiero po tym, jak kontrakt będzie mu praktycznie przyznany. W innych Państwach Członkowskich, rozwinął się zwyczaj, który ma tendencję mylenia etapu wcielenia podmiotu i etapu przyznawania zadań. Dlatego też celem procedury zapoczątkowanej przez władze umawiające się jest stworzenie podmiotu mieszanego, któremu powierzone są pewne zadania.

61. Takie formuły nie wydają się podawać satysfakcjonujących rozwiązań w zakre-

---

313 Należy zauważyć, że zasady rządzące prawem o zamówieniach publicznych i koncesjach są również stosowane, gdy zadanie jest przyznane w formie aktu jednostronnego (np. akt ustawodawczy lub regulujący/nadzorujący).

314 Warunki te nie mogą również dyskryminować, stanowić nieuzasadnioną barierę dla wolności świadczenia usług lub prawa prowadzenia działalności gospodarczej, oraz być nieproporcjonalne dla żądanego celu.

się ustaleń stosowanych przy kontraktach publicznych i koncesjach<sup>315</sup>. W pierwszym przypadku istnieje ryzyko, że skuteczna konkurencja będzie zniekształcona przez uprzywilejowaną pozycję wcielonego przedsiębiorstwa i, konsekwentnie, partnera prywatnego mającego udział w tym przedsiębiorstwie. W drugim przypadku, określona procedura wyboru partnera prywatnego również stanowi pewne problemy. Władze umawiające się napotykać na pewne trudności w określeniu tematu kontraktu lub koncesji na tyle jasno i dokładnie, na ile są zobowiązani. Komisjaczęsto zauważała, że zadania powierzane strukturze partnerstwa nie są jasno określone i, w pewnych przypadkach, nie zawierają się w strukturze kontraktu. Stanowi to problem nie tylko ze względu na zasady przejrzystości i równości traktowania, ale nawet na ryzyko uszczerbku na celach interesu publicznego, które władze publiczne pragną osiągnąć. Jasne jest również, że czas trwania stworzonego podmiotu generalnie nie zbiega się z czasem trwania przyznanego kontraktu lub koncesji, a to wydaje się sprzyjać rozszerzeniu zadań powierzonych temu podmiotowi bez faktycznego konkursu w chwili tego ponowienia. Czasami doprowadza to do sytuacji, w których zadania powierzane są de facto na czas nieograniczony.

62. Należy zauważyć, że wspólne tworzenie takich podmiotów musi być zgodne z zasadą niedyskryminacji ogólnie w zakresie narodowości, a w szczególności w zakresie wolnej cyrkulacji kapitału<sup>316</sup>. W ten sposób, na przykład, władze publiczne nie mogą posiadać pozycji udziałowca w takim podmiocie, zależnym od nadmiernych przywilejów, które nie wynikają z normalnej aplikacji prawa spółek<sup>317</sup>.

63. Komisja pragnie również zauważyć, że udział organu umawiającego się, który staje się wspólnym posiadaczem kontraktu w podmiocie mieszanym na końcu procedury wyboru, nie uzasadnia niestosowania prawa o zamówieniach publicznych i koncesjach przy wyborze partnera prywatnego. Stosowanie prawa Wspólnoty

---

315 Przy planowaniu i aranżowaniu takich transakcji, test angażujący użycie form standardowych – które zawierają elementy niezbędne dla dobrze poinformowanego konkursu – również ukazuje jak trudne może być dobranie odpowiedniej formy rozgłosu przyznania zadań w zakresie prawa o zamówieniach publicznych i koncesjach.

316 Udział w nowym przedsięwzięciu z perspektywą ustanowienia trwałych kontaktów ekonomicznych jest opisany w ustaleniach artykułu 56 odnoszącego się do wolnego poruszania się kapitału. Patrz aneks I Dyrektywy 88/361/EEC, przyjęty w kontekście poprzedniego artykułu 67, w którym wymienione są typy operacji uznanych za zmianę/ruch kapitału.

317 Patrz orzeczenie sądu z 4 czerwca 2002, sprawa C-367/98, „Komisja przeciw Portugalii”, ECR I-4731; Sprawa C-483/99, „Komisja przeciw Francji”, ECR I-4781; i orzeczenie z 13 maja 2003, sprawa C-463/00, „Komisja przeciwko Hiszpanii”, ECR. I-4581; Sprawa C-98/01. „Komisja przeciw Zjednoczonemu Królestwu.”, Rec. I-4641. Dla możliwych uzasadnień w tej strukturze, patrz orzeczenie sądu z 4 czerwca 2002, Sprawa C-503/99, „Komisja przeciw Belgii”, ECR I-4809.

o zamówieniach publicznych i koncesji nie jest zależne od publicznego, prywatnego czy mieszanego charakteru wspólnego kontrahenta organu umawiającego się. Jak potwierdził Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Teckal, prawo to stosuje się, gdy organ umawiający się decyduje się na powierzenie zadania osobie trzeciej, tj. osobie prawnie innej od niego. W innym przypadku może mieć to miejsce jedynie, gdy władze publiczne sprawują nad osobą, której to dotyczy, kontrolę podobną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi wydziałami/departamentami i jednocześnie osoba ta wykonuje kluczową część swych działalności pod kontrolą/ kontrolując lokalne władze<sup>318</sup>. Jedynie podmioty spełniające te dwa warunki jednocześnie mogą być traktowane jako podmioty „wewnętrzne” w związku z Organem umawiającym się i mieć zadania powierzone bez procedury konkurencyjnej<sup>319</sup>.

64. W końcu należy zauważyć, że jeżeli podmiot mieszany ma jakość organu umawiającego się, jakość ta również zobowiązuje go do zgodności z prawem stosowanym przy kontraktach publicznych i koncesjach, gdy przyznawanie zadań partnerowi prywatnemu nie podlegało wezwaniu do konkursu przez organ umawiający się przed inkorporacją podmiotu mieszanego. W ten sposób partner prywatny nie powinien odnieść korzyści ze swej uprzywilejowanej pozycji w podmiocie mieszanym, polegających na zarezerwowaniu sobie zadań bez uprzedniego konkursu.

### **3.2. Kontrola podmiotu publicznego przez przedsiębiorcę prywatnego**

65. Ustanowienie zinstytucjonalizowanych PPP może również prowadzić do zmian w organie udziałowców podmiotu publicznego. W związku z tym, należy podkreślić, iż przekazanie przedsiębiorstwa z sektora publicznego do sektora prywatnego jest decyzją polityczną i ekonomiczną, która podlega jedynie kompetencji Państwa Członkowskiego<sup>320</sup>.

66. Należy również zauważyć, że prawo Wspólnoty o zamówieniach publicznych nie ma być stosowane przy transakcjach angażujących proste zastrzyki kapitału czynione przez inwestora w przedsięwzięciu, bez względu na to, czy należy on do sektora publicznego czy prywatnego. Takie transakcje wchodzi w zakres ustaleń Traktatu dotyczących ruchu/zmiany kapitału<sup>321</sup>, implikujących w szczególności, iż środki narodowe nadzo-

---

318 Sprawa C-107/98, „Teckal”, orzeczenie z 18 listopada 1999, punkt 50.

319 Trybunał Sprawiedliwości został poproszony o wydanie trzech wstępnych orzeczeń (Sprawy C-26/03, C-321/03 i C-458/03) mające na celu dodatkowe wyjaśnienia dotyczące zakresu kryteriów, które mogą ustanowić istnienie „wewnętrznego” typu zależności.

320 Wynika to z zasady neutralności Traktatu w związku z zasadami własnościowymi, zawartymi w artykule 295 Traktatu.

321 Artykuł 56 i następane Traktatu UE

rujące je nie mogą stanowić bariery dla inwestycji innych Państw Członkowskich<sup>322</sup>.

67. Z drugiej strony, ustalenia dotyczące wolności zakładania/tworzenia w zakresie znaczenia artykułu 43 Traktatu musi być stosowane organ publiczny zdecydować, poprzez środki transakcji kapitałowej, scedować na stronę trzecią portfel akcji nadający określony wpływ w podmiocie publicznym świadczącym usługi należące normalnie do odpowiedzialności Państwa<sup>323</sup>.

68. W szczególności, gdy władze publiczne przyznają podmiotowi gospodarczemu określony wpływ w przedsięwzięciu, w transakcji angażującej przekazanie kapitału, i gdy transakcja ta ma skutek powierzenia temu podmiotowi zadań z zakresu prawa o zamówieniach publicznych, które były wykonywane wcześniej, bezpośrednio lub pośrednio, przez władze publiczne, ustalenia dotyczące prawa prowadzenia działalności gospodarczej wymagają zgodności z zasadami przejrzystości w celu zapewnienia, iż każdy potencjalny podmiot gospodarczy ma równy dostęp do wykonywania działań, które zostały tu zarezerwowane.

69. Co więcej, dobry zwyczaj zaleca zapewnienie, że takie przekazanie kapitału nie ukryje w rzeczywistości przyznania partnerowi prywatnemu kontraktów, które mogą być nazywane kontraktami publicznymi, nawet koncesjami. W szczególności ma to miejsce, gdy przed transakcją kapitałową określonemu podmiotowi zostaną przyznane bezpośrednio i bez konkursu określone zadania, mające na celu uatrakcyjnienie transakcji kapitałowej.

*18. Jakie masz doświadczenie w zakresie aranżowania zinstytucjonalizowanych PPP i w świetle tego doświadczenia czy myślisz, że prawo Wspólnoty o zamówieniach publicznych i koncesjach jest przestrzegane w takich wypadkach? Jeżeli nie, dlaczego?*

*19. Czy myślisz, że powinna być podjęta inicjatywa na poziomie Wspólnoty, aby wyjaśnić lub określić zobowiązania organów umawiających się co do warunków wezwania do konkursu pomiędzy podmiotami potencjalnie zainteresowanymi zinstytucjonalizowanym projektem? Jeżeli tak, jakich powinna dotyczyć punktów i jaką przyjąć formę? Jeżeli nie, dlaczego?*

*Ogólnie i niezależnie od pytań postawionych w tym dokumencie:*

*20. Według ciebie jakie środki czy praktyki stanowią barierę dla wprowadzenia PPP na obszarze Unii Europejskiej?*

*21. Czy znasz inne formy PPP, które zostały rozwinięte w krajach poza Unią? Czy znasz przykłady*

---

322 Patrz Oświadczenie Komisji o pewnych aspektach prawnych dotyczących wewnątrz europejskich inwestycji OJ No C 220. z 10 lipca 1997, s. 15.

323 W kwestii tej patrz: orzeczenie Trybunału z 13 kwietnia 2000, sprawa C-251/98, „Baars”, ECR I-2787

*„dobrych zwyczajów” w tej strukturze, które mogłyby posłużyć za model dla Unii? Jeżeli tak, opisz je.*

*22. Bardziej ogólnie, zważywszy na znaczące potrzeby inwestycji w pewnych Państwach Członkowskich, mające na celu zapewnienie stałego rozwoju ekonomicznego i społecznego, czy myślisz, że zbiorowe rozpatrzenie tych pytań uczynione w regularnych odstępach pomiędzy uczestnikami, których to dotyczy, które pozwoliłoby również na wymianę doświadczeń, byłoby przydatne? Czy uważasz, że Komisja powinna ustanowić taką sieć?*

#### **4. UWAGI KOŃCOWE**

70. Komisja zaprasza wszystkie zainteresowane osoby do przysyłania swoich komentarzy na pytania postawione w tej Zielonej Księdze. Odpowiedzi, komentarze i sugestie mogą być przesyłane pocztą na adres:

Komisja Europejska

Konsultacja dotycząca „Zielonej Księgi o PPP i prawie Wspólnoty w zakresie zamówień publicznych i koncesji”

C 100 2/005

B-1049 Bruksela

lub drogą elektroniczną na adres:

MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

Komentarze powinny dotrzeć do Komisji najpóźniej do 30 lipca 2004. Informacje o zainteresowanych osobach i wkładach otrzymanych drogą elektroniczną, z imieniem i adresem nadawcy, będą przedstawione na stronie:

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market](http://europa.eu.int/comm/internal_market), pod warunkiem, że autorzy nie będą mieli obiekcji co do takiej publikacji.

71. Na podstawie otrzymanych wkładów, inter alia, Komisja planuje wyciągnąć wnioski i w stosownym czasie przedłożyć konkretne inicjatywy.

## **Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomicznego-Społecznego oraz Komitetu Regionów**

Tytuł oryginału: Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions

Bruksela, dnia 15.11.2005 r.

Com (2005) 569 wersja ostateczna

### **1. WSTĘP**

Władze publiczne na wszystkich szczeblach są coraz bardziej zainteresowane współpracą z sektorem prywatnym w zakresie zapewnienia infrastruktury lub świadczenia usług. Zainteresowanie współpracą, nazywaną zwyczajowo partnerstwami publiczno-prywatnymi (PPP) wynika częściowo z tego, że władze publiczne mogą czerpać korzyści z wiedzy specjalistycznej, jaką posiada sektor prywatny, zwłaszcza w celu zwiększenia efektywności. Częściowo zaś zainteresowanie to wynika z ograniczeń w budżecie publicznym. Jednakże PPP nie są cudownym rozwiązaniem: w przypadku każdego projektu należy ocenić, czy partnerstwo faktycznie stanowi wartość dodaną dla określonej usługi lub robót publicznych w porównaniu z innymi możliwościami, na przykład zawarciem bardziej tradycyjnych umów.

Prawo wspólnotowe nie określa czy władze publiczne mają prowadzić działania gospodarcze we własnym zakresie, czy też powierzać ich realizację stronie trzeciej. Jeśli jednak władze publiczne podejmą decyzję o włączeniu stron trzecich do prowadzenia działań, wówczas prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji może mieć zastosowanie.

Głównym celem prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji jest stworzenie rynku wewnętrznego, w którym zapewnione byłyby swobodny przepływ towarów i usług, swoboda zakładania działalności gospodarczej oraz podstawowe zasady równego traktowania, przejrzystości i wzajemnego uznawania, jak również umożliwienie uzyskania najwyższej jakości za daną kwotę przy zakupie produktów lub zleceniu stronom trzecim wykonania pracy albo usługi przez władze publiczne. Ze względu na rosnące znaczenie PPP uznano, że należy zbadać, w jakim zakresie istniejące przepisy wspólnotowe odpowiednio realizują te cele, jeśli chodzi o udzielanie zamówień lub koncesji partnerstwom publiczno-prywatnym. Powinno to umożliwić Komisji ocenę, czy istnieje potrzeba wyjaśnienia, uzupełnienia lub poprawienia ram prawnych obowiązujących obecnie na szczeblu europejskim. W tym

celu dnia 30 kwietnia 2004 r. Komisja przyjęła Zieloną Księgę w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji<sup>324</sup>.

Debata, którą zapoczątkowała Zielona Księga, spotkała się z dużym zainteresowaniem i ogólnym poparciem. Komisja otrzymała blisko 200 uwag od różnych respondentów, m.in. z wielu Państw Członkowskich. Zarówno Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny<sup>325</sup> jak i Komitet Regionów<sup>326</sup> wydały opinie na temat Zielonej Księgi. W maju 2005 r. opublikowano sprawozdanie zawierające analizę wszystkich uwag przedstawionych w trakcie konsultacji publicznych<sup>327</sup>.

W następstwie tych konsultacji niniejszy komunikat prezentuje opcje dotyczące polityki w omawianej dziedzinie, w celu zapewnienia PPP skutecznej konkurencji, unikając niepotrzebnego ograniczania elastyczności niezbędnej do opracowania nowatorskich i często złożonych projektów. Określenie przez Komisję preferowanych rozwiązań w zakresie tej polityki na tym etapie jest zgodne z jej zobowiązaniem do odpowiedzialności publicznej i przejrzystości w korzystaniu z prawa do inicjatywy, co stanowi podstawową zasadę „Poprawy otoczenia regulacyjnego w dziedzinie wzrostu gospodarczego i zatrudnienia w Unii Europejskiej”<sup>328</sup>.

Chociaż celem niniejszego komunikatu jest wyciągnięcie wniosków w zakresie polityki z konsultacji dotyczących Zielonej Księgi w sprawie PPP, przedstawiony w nim wybór możliwości należy postrzegać w szerszym kontekście, uwzględniając wnioski płynące z wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, doświadczeń związanych z postępowaniami wszczętymi przez Komisję na mocy art. 226 Traktatu WE przeciwko Państwom Członkowskim oraz kontakty dwustronne z zainteresowanymi stronami.

---

324 COM (2004) 327 z 30.4.2004.

325 Opinia na temat Zielonej Księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Bruksela, 27–28 października, CESE 1440/2004.

326 Opinia Komitetu Regionów z dnia 17 listopada 2004 r. dotycząca Zielonej Księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji (COM(2004) 327 wersja ostateczna), ECOS-037.

327 SEC(2005) 629, 3.5.2005. Sprawozdanie to oraz większość uwag przesłanych do Komisji są dostępne na stronach internetowych Komisji pod adresem: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/studies\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/studies_en.htm)

328 Patrz Komunikaty Komisji „Zarządzanie Europą: lepsze praktyki ustawodawcze” COM(2002) 275 wersja ostateczna, 5.6.2002 oraz „Poprawa otoczenia regulacyjnego w dziedzinie wzrostu gospodarczego i zatrudnienia w Unii Europejskiej” COM(2005)97 wersja ostateczna, 16.3.2005.

Chociaż w wyniku konsultacji uzyskano zarówno informacje dotyczące stanu faktycznego, związane z praktycznymi doświadczeniami z PPP, jak i opinie zainteresowanych stron na temat preferowanych opcji w zakresie polityki, nie zastępują one dogłębnej analizy wpływu tych polityk. W związku z tym ostateczna decyzja w sprawie ewentualnego podjęcia inicjatyw legislacyjnych dotyczących wyjaśnienia, uzupełnienia lub poprawienia prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji będzie podlegać ocenie wpływu, zgodnie z wymogiem zasad „Poprawy otoczenia regulacyjnego”.

## **2. KLUCZOWE KWESTIE DOTYCZĄCE EWENTUALNYCH DZIAŁAŃ NASTĘPCZYCH**

### **2.1. Zagadnienia wymagające działań na szczeblu WE**

Zielona Księga w sprawie PPP obejmuje szereg tematów związanych z partnerstwami publiczno-prywatnymi i prawem wspólnotowym dotyczącym zamówień publicznych i koncesji. Z uwag zainteresowanych stron uczestniczących w konsultacjach wynika, że tylko kilka kwestii wymaga podjęcia inicjatyw dotyczących działań następczych na szczeblu WE. Obejmują one w szczególności:

- udzielanie koncesji (pytania od 4 do 6 Zielonej Księgi – rozdział 3 niniejszego komunikatu) oraz
- tworzenie przedsiębiorstw prowadzonych wspólnie przez partnera publicznego i prywatnego w celu świadczenia usług publicznych (zinstytucjonalizowane partnerstwa publiczno-prywatne – IPPP) (pytania 18 i 19 Zielonej Księgi – rozdział 4 niniejszego komunikatu).

W zakresie powyższych dwóch kwestii zdecydowana większość zainteresowanych podmiotów domagała się inicjatyw WE dających większe bezpieczeństwo prawne. W odrębnych częściach komunikatu przedstawiono odpowiednie działania następcze.

### **2.2. Dialog konkurencyjny: Komisja przedstawi wyjaśnienie**

Jedną z kwestii, która stała się przedmiotem szczególnej uwagi zainteresowanych stron, był dialog konkurencyjny, czyli nowa procedura udzielania zamówień, opracowana z myślą o złożonych zamówieniach publicznych, wprowadzona na mocy dyrektywy 2004/18/WE. Niewiele zainteresowanych stron kwestionowało znaczenie tej procedury. Wielu uczestników konsultacji domagało się całkowitej ochrony własności intelektualnej oraz ograniczenia środków, jakie oferenci muszą zainwestować w tę procedurę.

Komisja jest przekonana, że praktyczne doświadczenie związane z tą procedurą, która nie została jeszcze wdrożona w większości Państw Członkowskich<sup>329</sup>, rozwieje te obawy. Zgodnie z żądaniem kilku zainteresowanych stron, wyjaśnienia przepisów regulujących dialog konkurencyjny zostaną przedstawione w dokumencie wyjaśniającym, który zostanie udostępniony na stronach internetowych Komisji<sup>330</sup>.

### **2.3. Kwestie, w których na obecnym etapie nie zaproponowano osobnych inicjatyw WE**

#### **2.3.1. Brak nowego prawodawstwa obejmującego wszystkie PPP zawarte w drodze umowy**

Wszystkie rodzaje PPP – o ile objęte są zakresem stosowania Traktatu WE – należy sklasyfikować jako zamówienia publiczne lub koncesje. Jednakże, jako że do zamówień publicznych i koncesji stosują się odmienne przepisy, w prawie WE nie istnieje jednolita procedura udzielania zamówień, przewidziana szczególnie dla PPP. W tym kontekście Komisja zwróciła się do zainteresowanych stron z zapytaniem, czy z zadowoleniem przyjęłyby nowe prawodawstwo obejmujące wszystkie PPP zawarte w drodze umowy, niezależnie od tego, czy przedsięwzięcie kwalifikuje się jako zamówienie publiczne lub koncesja, na mocy którego podlegałyby identycznemu reżimowi w zakresie udzielania zamówień (pytanie 7 Zielonej Księgi). Z konsultacji wynika, że zainteresowane strony w znacznym stopniu sprzeciwiają się systemowi prawnemu obejmującemu wszystkie PPP zawarte w drodze umowy, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienia, czy koncesje. Dlatego też Komisja nie przewiduje objęcia ich takim samym reżimem w zakresie udzielania zamówień.

#### **2.3.2. Brak działań Wspólnoty dotyczących konkretnych aspektów PPP**

W kwestii PPP, przy których inicjatywa pochodzi od sektora prywatnego (pytanie 9 Zielonej Księgi), z przedstawionych uwag nie wynika, jakoby istniała obecnie potrzeba podjęcia działań na szczeblu WE w celu wsparcia takich projektów. Nie poparto również wspólnotowych inicjatyw wyjaśniających ramy umów PPP na szczeblu wspólnotowym (pytanie 14 Zielonej Księgi), ani inicjatyw wyjaśniających lub dostosowujących zasady dotyczące podwykonawstwa (pytanie 17 Zielonej Księgi).

---

329 Państwa Członkowskie muszą wprowadzić w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne, niezbędne do wykonania tej dyrektywy, najpóźniej do dnia 31 stycznia 2006 r.

330 [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/studies\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/studies_en.htm)

## 2.4. Ciąg dalszy debaty na temat PPP na szczeblu WE

Niniejszy Komunikat nie ma jednak na celu zamknięcia debaty na temat PPP i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji. Doświadczenie związane z PPP nieustannie się powiększa. Wszystkie zaangażowane strony, w tym władze krajowe i Komisja nieustannie uczą się na podstawie praktycznych doświadczeń związanych ze stosowaniem prawa WE do takich partnerstw. Proces ten nie powinien przeszkodzić Komisji w podejmowaniu inicjatyw rozwiązania kwestii zauważanych obecnie braków w istniejących ramach prawnych, natomiast dyskusje pomiędzy departamentami Komisji a zainteresowanymi stronami zaangażowanymi w tworzenie PPP powinny być nadal prowadzone na wszystkich szczeblach, a w planowanej ocenie wpływu zostaną podjęte próby uwzględnienia trwającego dialogu<sup>331</sup>.

Dyskusje te będą się również nadal toczyć w istniejących komitetach na szczeblu Komisji, w których spotykają się eksperci w dziedzinie zamówień publicznych<sup>332</sup> i przedstawiciele<sup>333</sup> Państw Członkowskich<sup>334</sup>, poprzez uczestnictwo w konferencjach na temat PPP i zamówień publicznych oraz dzięki bezpośrednim kontaktom między urzędnikami Komisji a ekspertami PPP. Ponadto wydaje się, że wśród krajowych zespołów zadaniowych do spraw PPP istnieje powszechna zgoda, że rozwój infrastruktury można by jeszcze bardziej poprawić, gdyby sektor publiczny dysponował skuteczniejszymi sposobami dzielenia się doświadczeniem w kwestii polityki dotyczącej PPP, rozwoju programów i realizacji projektów. Zespoły zadaniowe rozważają zatem wspólnie z Europejskim Bankiem Inwestycyjnym możliwość utworzenia europejskiego centrum wiedzy specjalistycznej w zakresie PPP. Komisja, zasadniczo, przyjmie taką inicjatywę z dużym zadowoleniem.

## 3. KONCESJE

### 3.1. Informacje ogólne

Główną cechą koncesji jest prawo koncesjonariusza do eksploatacji obiektu budowlanego lub usługi, udzielone w zamian za wzniesienie budowli lub świad-

---

331 W tym kontekście należy szczególnie uwzględnić kwestie związane z PPP ustanowionymi w celu wybudowania lub obsługi infrastruktury transgranicznej.

332 Komitet Doradczy ds. ogłaszania zamówień publicznych ustanowiony na mocy decyzji Komisji 87/305/EWG.

333 Komitet Doradczy ds. zamówień publicznych na roboty budowlane ustanowiony na mocy decyzji Rady 71/306/EWG.

334 Zgodnie z ustaleniami dotyczącymi okresu przejściowego, w skład komitetów wchodzi nie tylko przedstawiciele Państw Członkowskich, lecz również obserwatorzy z państw przystępujących (Bułgarii Rumunii).

czenie usługi. Główną różnicą w porównaniu z zamówieniami publicznymi jest ryzyko nieodłącznie związane z taką eksploatacją, które koncesjonariusz, zazwyczaj finansujący dany projekt przynajmniej w części, musi ponieść. Zaangażowanie prywatnego kapitału uważane jest za jedną z głównych zachęt dla władz publicznych do zawierania PPP. Pomimo praktycznego znaczenia koncesji na roboty budowlane, tylko nieliczne przepisy wtórnego prawodawstwa wspólnotowego koordynują procedury ich udzielania. Normy prawne regulujące udzielanie koncesji na wykonanie usług mają zastosowanie tylko poprzez odniesienie do zasad wynikających z art. 43 i 49 Traktatu WE, w szczególności do zasady przejrzystości, równego traktowania, proporcjonalności i wzajemnego uznawania. W tym kontekście w Zielonej Księdze pojawia się pytanie (pyt. 6), czy, w opinii zainteresowanych stron, inicjatywa prawodawcza Wspólnoty, zmierzająca do uregulowania procedury udzielania koncesji, jest wskazana. Znaczna większość zainteresowanych stron uczestniczących w konsultacji potwierdziła potrzebę większego bezpieczeństwa prawnego w zakresie wspólnotowych przepisów regulujących udzielanie koncesji. Opinie na temat sposobów zwiększenia bezpieczeństwa prawnego – poprzez prawodawstwo lub niewiążący instrument wyjaśniający – były jednak podzielone.

### **3.2. Możliwości zapewnienia bezpieczeństwa prawnego**

Z konsultacji wynika, że istnieje zapotrzebowanie na stabilne i spójne otoczenie prawne dla udzielania koncesji na szczeblu UE, zwłaszcza aby obniżyć koszty transakcji (poprzez obniżenie ryzyka prawnego) oraz ogólnie wzmocnić konkurencję. Wiele zainteresowanych stron twierdziło, że rosnące bezpieczeństwo prawne i skuteczna konkurencja w dziedzinie koncesji byłyby praktycznym sposobem promowania PPP, a co za tym idzie zwiększania wkładu, jaki prywatne finansowanie projektów może wnieść w chwili, gdy budżet publiczny jest ograniczony. Zainteresowane podmioty sektora prywatnego podkreśliły w szczególności, że tylko działanie na szczeblu UE może zapewnić takie bezpieczeństwo prawne, pozwalając jednocześnie na uniknięcie problemów, które stwarza różnorodność ustawodawstwa krajowego, zwłaszcza w odniesieniu do nowych Państw Członkowskich, które najbardziej potrzebują finansowania z sektora prywatnego. Istnieją dwa sposoby, w jaki wymaganie to może zostać spełnione: (1) niewiążące wytyczne, zwłaszcza w formie komunikatu wyjaśniającego oraz (2) prawodawstwo określające obowiązki wynikające z ogólnych przepisów Traktatu WE.

#### ***Komunikat wyjaśniający***

Komisja przyjęła już (w kwietniu 2000 r.) komunikat wyjaśniającyw spra-

wie koncesji w świetle prawa wspólnotowego, w którym zawarto wyjaśnienie zakresu i treści zasad Traktatu WE, mających zastosowanie do udzielania koncesji. Wiele spośród zainteresowanych stron twierdziło, że komunikat wyjaśniający jest szybkim i skutecznym narzędziem wyjaśnienia. Jednakże z uwag przedstawionych przez główne zainteresowane strony w trakcie debaty wynika, że istniejący komunikat wyjaśniający w sprawie koncesji nie przedstawia w wystarczająco jasny sposób wpływu zasad Traktatu WE na udzielanie koncesji. Uwagi kilku istotnych zainteresowanych stron były – niespodziewanie – w dalszym ciągu oparte na założeniu, że istniejące w prawie WE obowiązki nie wymagają, aby udzielenie koncesji było otwarte dla konkurencji, zwłaszcza poprzez umożliwienie wszystkim przedsiębiorstwom wyrażenia zainteresowania otrzymaniem koncesji.

Inne zainteresowane strony uznały, że komunikat wyjaśniający jest doskonałym instrumentem służącym wyraźnemu rozróżnieniu pomiędzy zamówieniami publicznymi a koncesjami. Jednakże zakres pewności określony w komunikacie wyjaśniającym jest ograniczony, ponieważ wynika ona wyłącznie z istniejącego prawa. W wielu przypadkach praktycznie nie można interpretacją uzupełnić braku precyzji w prawie. Dlatego też prawdopodobnie – pomimo wniesienia pewnej „wartości dodanej” – uaktualnienie komunikatu wyjaśniającego z kwietnia 2000 r. w sprawie koncesji nie pokryje zapotrzebowania w zakresie większego bezpieczeństwa prawnego.

### *Inicjatywa legislacyjna*

Nieporozumienia dotyczące zakresu i treści obowiązków wynikających z prawa wspólnotowego, spoczywających na instytucjach zamawiających, udzielających koncesji, potwierdzają pogląd zainteresowanych stron, że ogólne przepisy Traktatu WE, nawet objaśnione w dokumencie wyjaśniającym Komisji, nie gwarantują wystarczającego bezpieczeństwa prawnego. Uważa się, że przepisy te pozostawiają instytucjom zamawiającym zbyt wiele swobody i dlatego nie mogą zagwarantować równego traktowania przedsiębiorstw europejskich w całej UE. Rzeczywiście zarówno praktyka prawna, jak i piśmiennictwo pokazują, że pomimo wyjaśnień udzielonych przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości<sup>335</sup>, wymogi Traktatu WE rozumiane są na różne sposoby. Doniesiono, że stwarza to szczególne trudności oferentom wnoszącym sprawę przeciwko udzieleniu koncesji do rozpatrzenia w sądach krajowych. W sposób oczywisty sytuacja ta może zniechęcić przedsiębiorstwa do składania ofert związanych z udzieleniem koncesji, może zmniejszyć konkurencję w dziedzinie PPP i w rezultacie zagrozić powodzeniu ich realizacji.

---

335 Sprawa C-324/98 Telaustria [2000] Zb. Orz. str. I-10475, Sprawa C-231/03 Coname [2005] dotychczas niepublikowana w Zb. Orz.

Ujmując ogólniej, trudno jest zrozumieć, dlaczego koncesje na świadczenie usług, stosowane często przy złożonych projektach o dużej wartości są zupełnie wyłączone z prawodawstwa wtórnego WE. W trakcie konsultacji w sprawie Zielonej Księgi przedstawiono pewne argumenty wyjaśniające brak szczegółowych procedur udzielania koncesji na szczeblu WE. Obejmują one potrzebę elastyczności jakoby niezbędnej w dziedzinie udzielania koncesji oraz zasadę pomocniczości.

Powyższe argumenty przeciwko wiążącej inicjatywie Komisji w tym obszarze są jednak nieprzekonujące: przyjęcie prawodawstwa wspólnotowego dotyczącego udzielania koncesji nie oznacza, że władze publiczne nie będą miały elastyczności w wyborze partnera prywatnego do PPP. Inicjatywa prawodawcza w zakresie udzielania koncesji powinna uwzględniać ewentualną złożoność koncesji oraz potrzebę negocjacji pomiędzy organem zamawiającym a oferentami. W tym kontekście trudno zrozumieć, dlaczego określenie zasad mających zastosowanie do udzielania koncesji miałyby być samo w sobie niepotrzebnym ograniczeniem elastyczności organów zamawiających w trakcie udzielania koncesji na świadczenie usług. Podobnie, szczegółowa treść takiej inicjatywy powinna przesądzać, czy jest ona zgodna z zasadą pomocniczości, czy też stanowi jej naruszenie. Nie ma powodu sądzić, że sama w sobie inicjatywa ta nie jest zgodna z tą zasadą.

Po dokładnym rozpatrzeniu wszystkich argumentów oraz informacji dotyczących stanu faktycznego, przedstawionych w trakcie konsultacji dotyczących Zielonej Księgi w sprawie PPP, obecnie wydaje się, że inicjatywa legislacyjna jest lepszą opcją, jeśli chodzi o koncesje. Jednakże, jak wspomniano powyżej, formalne przedstawienie projektu prawodawstwa powinno być poprzedzone dalszą dogłębną analizą przeprowadzoną zgodnie z zasadami „lepszego stanowienia prawa”, aby (1) określić, czy rzeczywiście inicjatywa Wspólnoty dotycząca uregulowania procedur udzielania koncesji jest potrzebna i jeśli tak, (2) stworzyć taką inicjatywę oraz (3) lepiej zrozumieć jej potencjalny wpływ.

### **3.3. Treść ewentualnej inicjatywy Wspólnoty w zakresie koncesji**

Jak wyjaśniono powyżej, ogólne przepisy wynikające z Traktatu WE mogą wymagać jasnego wyrażenia przy pomocy prawodawstwa wspólnotowego dotyczącego udzielania koncesji. Prawodawstwo to powinno obejmować zarówno koncesje na roboty budowlane, jak i na świadczenie usług oraz wyraźnie określać koncesje i zamówienia publiczne. Wymagałoby ono właściwego ogłaszania zamiaru udzielenia koncesji oraz określenia zasad regulujących wybór koncesjonariuszy na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów. Bardziej ogólnie ujmując, celem tych zasad powinno

być zastosowanie zasady równego traktowania wszystkich uczestników w udzielaniu koncesji. Ponadto inicjatywa ta mogłaby uwzględnić problemy związane z długim okresem trwania koncesji, tj. potrzebę dostosowywania ich w czasie, jak również kwestie dotyczące PPP ustanowionych w celu wybudowania i obsługi infrastruktury transgranicznej.

Jedną z konsekwencji ustanowienia prawodawstwa dotyczącego koncesji byłyby znaczna poprawa jakości ochrony oferentów w większości Państw Członkowskich, ponieważ koncesje z chwilą objęcia ich wspólnotowym prawodawstwem wtórnym weszłyby w zakres stosowania dyrektyw Wspólnoty, dotyczących procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych, co zapewnia skuteczniejsze i bardziej adekwatne środki ochrony prawnej niż podstawowe zasady ochrony sądowej stworzone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Na obecnym etapie nie można określić szczegółów dotyczących treści ewentualnej inicjatywy wspólnotowej w zakresie koncesji. Istnienie i forma tych przepisów zależy od dalszych badań, jakie Wspólnota musi podjąć w trakcie całkowitej oceny wpływu. Dlatego też jest jeszcze zbyt wcześnie na wyrażanie opinii o ogólnym zakresie tych zasad, w tym o określeniu wartości progowej, powyżej których zasady te miałyby zastosowanie. W każdym razie inicjatywa taka nie będzie miała na celu zmiany istniejących regulacji wspólnotowych odnoszących się do poszczególnych sektorów, obejmującego udzielanie koncesji w danych sektorach.

## **4. ZINSTYTUCJONALIZOWANE PPP**

### **4.1. Podejście preferowane**

W konsultacjach publicznych dotyczących Zielonej Księgi w sprawie PPP wyrażono potrzebę wyjaśnienia, w jaki sposób wspólnotowe zasady odnoszące się do zamówień publicznych mają zastosowanie do tworzenia wspólnych przedsięwzięć partnerów publicznych i prywatnych w celu świadczenia usług publicznych (zinstytucjonalizowane PPP – IPPP). Niektóre zainteresowane strony stwierdziły, że wyjaśnienie takie jest potrzebne w trybie pilnym. Doniesiono, że władze publiczne unikają zawierania IPPP, które są rozwiązaniem innowacyjnym, aby uniknąć ryzyka ustanawiania IPPP, które mogłyby się później okazać niezgodnie z prawem WE. Tylko kilka spośród zainteresowanych stron twierdziło jednak, że bezpieczeństwo prawne w tej dziedzinie należy zapewnić poprzez wiążący instrument prawny.

Obecnie wydaje się, że w obszarze IPPP komunikat wyjaśniający może być najlepszym sposobem zachęcania do skutecznej konkurencji i zapewnienia bezpieczeństwa prawnego. Po pierwsze, w przeciwieństwie do koncesji brakuje doświadczenia związanego z dokumentem wyjaśniającym, zawierającym wyjaśnienia na temat

stosowania zasad zamówień publicznych w odniesieniu do tworzenia IPPP. Ponadto w większości Państw Członkowskich ustanawianie podmiotów publiczno-prawnych w celu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym jest raczej rzeczą nową i innowacyjną. Niewiążąca inicjatywa w tej dziedzinie zapewniłaby wymagane wskazówki bez ograniczania innowacji. Oprócz tego szybka reakcja na zauważone niepewności wydaje się być szczególnie ważna w odniesieniu do IPPP.

Ogólnie ujmując, obecnie komunikat wyjaśniający lepiej spełniałby ten wymóg niż pełnowymiarowe przepisy prawne. Jednakże, jeśli przeprowadzane w przyszłości analizy wykażą, że – tak jak w przypadku koncesji – komunikat wyjaśniający nie wystarcza do zapewnienia właściwego stosowania prawa WE, nadal możliwe jest przyjęcie wniosku legislacyjnego.

#### **4.2. Treść potencjalnego komunikatu wyjaśniającego w sprawie zinstytucjonalizowanych PPP**

Dokument wyjaśniający w sprawie IPPP oraz wspólnotowego prawa zamówień publicznych powinien przede wszystkim wyjaśniać zastosowanie przepisów zamówień publicznych (1) do ustanawiania podmiotów z kapitałem mieszanym, których celem jest świadczenie usług w ogólnym interesie (gospodarczym) oraz (2) uczestnictwo firm prywatnych w istniejących przedsiębiorstwach publicznych wykonujących takie zadania. W tym kontekście wszelkie komunikaty wydane w przyszłości powinny w szczególności określać sposoby ustanawiania IPPP, gwarantując, że towarzyszące im udzielanie zamówień na wykonanie zadań jest zgodne z prawem WE<sup>336</sup>.

W kontekście IPPP, Zielona Księga w sprawie PPP omawia tzw. „stosunki wewnętrzne”<sup>337</sup>. Podkreślono, że zasadniczo prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji ma zastosowanie wówczas, gdy instytucja zamawiająca postanowi powierzyć wykonanie zadania stronie trzeciej, tj. osobie prawnie odrębnej od niego. Według istniejącego orzecznictwa<sup>338</sup> Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, może być inaczej tylko, w wypadku gdy (1) organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów oraz, (2) jednocześnie, osoba ta wykonuje istotną część działalności organu wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami. W wyroku z dnia

---

336 W komunikacie takim powinny znajdować się w szczególności kwestie określone w ust. od 58 do 69 Zielonej Księgi w sprawie PPP.

337 Ustęp 63 Zielonej Księgi w sprawie PPP.

338 Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal [1999] Zb.Orz. str. I-08121, ust. 50.

11 stycznia 2005 r. w sprawie Stadt Halle<sup>339</sup> Europejski Trybunał Sprawiedliwości uzupełnił tę definicję „relacji wewnętrznych” stwierdzając, że procedury zamówień publicznych określone w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych muszą – jeśli spełnione są inne warunki ich zastosowania – zawsze być zastosowane, w przypadku gdy organ zamawiający zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym z przedsiębiorstwem prawnie odrębnym od niego, w kapitale którego ma udział wraz z przynajmniej jednym przedsiębiorstwem prywatnym.

W szczególności zainteresowane strony z sektora publicznego, w tym rządy Państw Członkowskich wezwały do rozszerzenia koncepcji „stosunków wewnętrznych”, którą ich zdaniem Trybunał interpretuje zbyt wąsko. Jednakże nie wydaje się, aby obecnie istniały niezbita dowody sugerujące, że jakość usług publicznych mogłaby ulec poprawie lub ceny mogłyby zostać obniżone, jeśli przedsiębiorstwa prywatne – poprzez IPPP – będą otrzymywać misje świadczenia usług publicznych bez uprzedniej konkurencyjnej procedury udzielania zamówień. Ponadto trudno jest dostrzec, w jaki sposób uprzywilejowane traktowanie IPPP w stosunku do ich prywatnych konkurentów mogłoby być zgodne z obowiązkiem równego traktowania wynikającym z Traktatu WE. Uwagi do Zielonej Księgi w sprawie PPP oraz dyskusje z zainteresowanymi stronami w ramach konsultacji publicznych, jak również doświadczenia w ramach postępowań prowadzonych na mocy art. 226 Traktatu WE wykazały, że wyjaśnienie jest potrzebne również w celu stwierdzenia, w jakim zakresie prawo wspólnotowe ma zastosowanie do powierzenia wykonania zadań podmiotom publicznym oraz które formy współpracy pozostają poza zakresem przepisów dotyczących rynku wewnętrznego. Ostatnio Europejski Trybunał Sprawiedliwości<sup>340</sup> wyjaśnił, że relacje pomiędzy jednostkami administracji publicznej, ich jednostkami organizacyjnymi publicznymi oraz w sposób bardziej ogólny, podmiotami prawa publicznego o charakterze niekomercyjnym nie mogą być z góry wyłączone z prawa zamówień publicznych.

Oczywiście dalsze wyjaśnienie tej kwestii może stanowić część komunikatu wyjaśniającego w sprawie IPPP.

## 5. KOLEJNE DZIAŁANIA

Należy przeprowadzić dalszą analizę w zakresie działań omówionych w niniejszym komunikacie, zwłaszcza instrumentów legislacyjnych, dotyczących koncepcji oraz dokumentu wyjaśniającego w sprawie IPPP. Częścią tych działań będzie prowadzenie ukierunkowanych konsultacji z zainteresowanymi stronami.

Przewidziano przygotowanie dokumentu wyjaśniającego w sprawie IPPP

---

339 Sprawa C-26/03 [2005], ust. 52, dotychczas niepublikowana w Zb. Orz.

340 Wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii [2005], dotychczas nie opublikowany w Zb. Orz.

w ciągu 2006 r.

W 2006 r. służby Komisji przeprowadzą również dogłębną analizę wpływu ewentualnej inicjatywy legislacyjnej na koncesje. Ostateczna decyzja dotycząca zastosowania tego środka oraz jej konkretnej formy zależą od wyników oceny wpływu.