Urząd
Zamówień
Publicznych

PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE

Poradnik

Praca zbiorowa

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE

PORADNIK

praca zbiorowa

Warszawa 2010

PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE
PORADNIK

Praca zbiorowa pod redakcją:
Bartosza Korbusa

Redakcja naukowa:
dr hab. prof. Andrzej Panasiuk

Autorzy:
Bartosz Korbus
Tomasz Srokosz
Marcin Wawrzyniak

Wydawca:
Urząd Zamówień Publicznych
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Konsultacja prawna:
Urząd Zamówień Publicznych
Jacek Sadowy (Prezes UZP)
Dariusz Piasta (Wiceprezes UZP)
Rafał Jędrzejewski (Departament Prawny)
Artur Kowalski (Departament Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej)
Jarosław Niklewicz (Departament Prawny)
Izabela Rzepkowska (Departament Prawny)

Publikacja powstała we współpracy z Instytutem Partnerstwa Publiczno-Prywatnego

www.uzp.gov.pl
e-mail: szkolenia@uzp.gov.pl
ISBN 978-83-88686-14-6
Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2010 r.

Spis treści

Wykaz najważniejszych skrótów 7
Przedmowa 11
Słowo wstępne 15

CZĘŚĆ OGÓLNA 21

I. Istota współpracy w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji . . . 21

1.1. Wstęp 21
1.2. Przedmiot partnerstwa publiczno-prywatnego 21
1.3. Korzyści dla interesu publicznego płynące z PPP i koncesji 22
1.4. Zagrożenia związane z PPP 25
1.5. Geneza i rozwój instytucji PPP w Polsce i w prawie UE oraz źródła prawa . . . 27
1.5.1. Geneza i ewolucja PPP w Europie 27
1.5.2. Unijne źródła prawa w zakresie PPP 29
1.5.3. Unijne źródła prawa w zakresie koncesji 29
1.5.4. Geneza i ewolucja PPP w Polsce 30
1.5.5. Krajowe źródła prawa w zakresie PPP 31
1.5.6. Krajowe źródła prawa w zakresie koncesji 33

II. Definicje z zakresu PPP i koncesji 35

2.1. Partnerstwo publiczno-prywatne, jako wspólna realizacja przedsięwzięcia . . . 35
2.1.1. Podział zadań 36
2.1.2. Podział ryzyk 36
2.1.3. Przedmiot PPP – przedsięwzięcie 37
2.1.4. Zakres formalny PPP – zadania publiczne 38
2.2. Wkład własny – podstawa partnerstwa publiczno-prywatnego 39
2.2.1. Szczególne zasady dotyczące wkładu własnego w postaci nieruchomości . 40
2.2.2. Ochrona składnika majątkowego 40
2.2.3. Zwrot i rozliczenie składników majątkowych 41
2.2.4. Prawo pierwokupu nieruchomości, będącej wkładem własnym 42
2.2.5. Finansowanie realizacji przedsięwzięcia 42
2.3. Wynagrodzenie partnera prywatnego 43
2.3.1. Prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa 43
2.3.2. Zapłata sumy pieniężnej 44
2.3.3. Mieszane formy wynagrodzenia 45
2.3.4. Ryzyko dostępności a wynagrodzenie partnera prywatnego 46

2.3.5. Wkład własny a wynagrodzenie partnera – uwagi podsumowujące . . . 46
2.4. Definicja koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi 46
2.4.1. Przedmiot koncesji 47
2.5. Składniki wynagrodzenia koncesjonariusza 48
2.5.1. „Prawo do eksploatacji" a „prawo do wykonywania" 48
2.5.2. Płatność koncesjodawcy 50
2.5.2.1. Zasady ogólne 51
2.5.2.2. Ryzyko ekonomiczne 51
2.5.2.3. Płatność w świetle KoncRobBudU 52
2.5.2.4. Kategorie nakładów (kosztów) w umowie koncesji 53
2.5.2.5. Podział ryzyk a płatność 54
2.6. Wynagrodzenie koncesjonariusza i partnera prywatnego – uwagi ogólne 57
2.6.1. Wynagrodzenie partnera prywatnego a przepisy KoncRobBudU 57
2.6.2. Wynagrodzenie a tryb wyboru partnera prywatnego 58

III. Zakres podmiotowy i przedmiotowy PartPublPrywU i KoncRobBudU 59

3.1. Definicja podmiotu publicznego 59
3.2. Definicja partnera prywatnego 61
3.3. Koncesjodawca 62
3.4. Koncesjonariusz 64
3.5. Możliwe formy współpracy w oparciu o PartPublPrywU 64
3.5.1. Modele współpracy w świetle PartPublPrywU 64
3.5.2. PPP bez powoływania spółki o kapitale mieszanym 67
3.5.3. PPP z powołaniem spółki o kapitale mieszanym 67
3.6. Zakres współpracy w ramach koncesji 71
3.6.1. Koncesja na roboty budowlane 71
3.6.2. Koncesja na usługi 72

CZĘŚĆ SZCZEGÓŁOWA – WYKONYWANIE PPP I KONCESJI 75

IV. Realizacja przedsięwzięcia typu PPP (koncesji) 75

4.1. Instytucjonalne przygotowanie podmiotu publicznego do realizacji projektu typu PPP (koncesji) 75
4.1.1. PPP w założeniach polityki lokalnej 75
4.1.2. Wybór zespołu wdrożeniowego 75
4.1.3. Szkolenia wewnętrzne skierowane do wszystkich uczestników procesu realizacji projektu 76
4.2. Identyfikacja projektów możliwych do realizacji w formule PPP (koncesji) . . . 77
4.2.1. Analizy wstępne – określenie potrzeb podmiotu publicznego i możliwości ich realizacji 77
4.2.2. Konsultacje społeczne, komunikacja ze społeczeństwem oraz interesariuszami projektu 78
4.2.3. Wybór profesjonalnego doradcy 78
4.2.4. Opracowanie wstępnego studium wykonalności projektu 79
4.2.5. Analiza opcji realizacji przedsięwzięcia 79

4.3. Właściwa faza analityczna . . . 80
4.3.1. Analizy techniczne . . . 80
4.3.2. Analizy prawne . . . 80
4.3.3. Analizy ekonomiczno-finansowe . . . 80
4.3.4. Analiza ryzyk . . . 82
4.3.5. Badanie efektywności (korzyści) PPP – *value for money* . . . 86
4.4. Postępowanie w przedmiocie wyboru partnera prywatnego (koncesjonariusza) 87
4.4.1. PrZamPubl czy KoncRobBudU? . . . 88
4.4.2. Wybór partnera prywatnego w trybie PrZamPubl . . . 90
4.4.3. Wybór partnera prywatnego (koncesjonariusza) w trybie KoncRobBudU . 93
4.4.3.1. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji – uwagi ogólne . . . 94
4.4.3.2. Zasady przygotowania i prowadzenia postępowania . . . 96
4.4.3.3. Opis przedmiotu koncesji . . . 98
4.4.3.4. Szacunkowa wartość koncesji . . . 101
4.4.3.5. Ogłoszenie o koncesji . . . 102
4.4.3.6. Wniosek o zawarcie umowy koncesji . . . 107
4.4.3.7. Zaproszenie do negocjacji . . . 110
4.4.3.8. Warunki koncesji – złożenie ofert . . . 111
4.4.3.9. Wybór najkorzystniejszej oferty . . . 114
4.4.3.10. Odwołanie lub zakończenie postępowania . . . 114
4.4.3.11. Zawarcie umowy koncesji . . . 115
4.5. Środki ochrony prawnej . . . 116
4.5.1. Postępowanie przed sądem administracyjnym . . . 116
4.6. Umowa koncesji oraz umowa o PPP . . . 118
4.6.1. Umowa koncesji . . . 119
4.6.2. Umowa o PPP . . . 121
4.7. Realizacja umowy o PPP (koncesji) . . . 125
4.7.1. Zmiany umów o PPP (koncesji) – zmiany przedmiotowe . . . 125
4.7.2. Zmiany umów o PPP (koncesji) – zmiany podmiotowe . . . 126
4.7.3. Dodatkowe zamówienia w toku trwania umowy . . . 126
4.7.4. Zamówienia udzielane przez koncesjonariusza . . . 127
4.8. Zarządzanie kontraktem PPP. Monitoring, nadzór, kontrola . . . 132
4.8.1. Wyznaczenie menadżera projektu . . . 132
4.8.2. Monitoring postępowania partnera prywatnego . . . 133
4.8.3. Monitoring jakości . . . 134
4.8.4. Rozstrzyganie sporów . . . 134
4.8.5. Przejęcie obowiązków partnera prywatnego . . . 134
4.8.6. Rozwiązanie kontraktu . . . 135

V. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów . . . 136

VI. PPP i koncesje a różne aspekty prawno-finansowe . . . 138

6.1. Wpływ umów o PPP i koncesji na wielkość długu publicznego . . . 138
6.2. Prawno-podatkowe aspekty umów o PPP i koncesji . . . 140

6.2.1. PPP a podatek dochodowy od osób fizycznych (PIT) 141
6.2.2. PPP a podatek dochodowy od osób prawnych (CIT) 141
6.2.3. PPP (koncesje) a podatek od towarów i usług (VAT) 142
6.3. PPP a pomoc publiczna 143
6.4. PPP a fundusze UE 144
6.4.1. Praktyka stosowania partnerstwa hybrydowego 144
6.4.2. Aktualne uwarunkowania rozwoju partnerstwa hybrydowego 145
6.4.3. Formy stosowania dotacji do PPP 146
6.4.4. Przesłanki uzyskania dotacji do PPP 147
6.4.5. Praktyczne wskazówki dotyczące wdrożenia partnerstwa hybrydowego . 148
Bibliografia 155

Wykaz najważniejszych skrótów

1. Źródła prawa

- PartPublPrywU ..... ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100, z 2010 r. Nr 106, poz. 675)
- KoncRobBudU ..... ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 157 poz. 1241, z 2010 r. Nr 106, poz. 675)
- TFUE ..... Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dawniej Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.)
- AutostrPłatU ..... ustawa z dnia 27 października 1994 roku o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym Dz. U. z 1994 r. Nr 127, poz. 627 z późn. zm.)
- PartPublPrywU2005 ..... ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U., Nr 169, poz. 1420 z późn. zm.)
- Dyrektywa 2004/18 ..... Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7)
- Dyrektywa 2004/17 ..... Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7)
- PrBud ..... ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118,z późn. zm.)
- GospNierU ..... ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603, z późn. zm.)
- FinPublU ..... ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2009 nr 157 poz. 1240)
- SwobDziałGospU ..... ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej – t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.)

- PrZamPubl ..... ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.)
- DyscFinPublU ..... ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.)
- KC ..... ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
- *Wytyczne* ..... Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, Komisja Europejska, Bruksela 2003, (EC (2003)
- *ZielonaKsięgaPPP* ..... Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, COM (2004) 327, Bruksela 2004
- *Komunikat* ..... Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego PPP (ZPPP), (Dz. Urz. UE C 91 z 12.4.2008, str. 4)
- *Komunikat z 2000 r.* ..... Komunikat z 24 kwietnia 2000, dotyczący zasad stosowania koncesji na gruncie prawa unijnego (Dz. Urz. UE C 121/02 27.4.2000, str. 14–21)

2. Organy

- UE ..... Unia Europejska
- ETS ..... Europejski Trybunał Sprawiedliwości
- Komisja ..... Komisja Europejska
- UZP ..... Urząd Zamówień Publicznych
- WSA ..... Wojewódzki Sąd Administracyjny
- NSA ..... Naczelny Sąd Administracyjny
- KIO ..... Krajowa Izba Odwoławcza
- JST ..... jednostka samorządu terytorialnego

3. Czasopisma i publikatory

- BZP ..... Biuletyn Zamówień Publicznych
- BIP ..... Biuletyn Informacji Publicznej
- Dz. U ..... Dziennik Ustaw
- Dz. Urz. UE ..... Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej

4. Inne skróty

- PPP ..... partnerstwo publiczno-prywatne
- d.f.p. ..... dyscyplina finansów publicznych
- art. ..... artykuł
- ESCO ..... podmiot finansujący się z oszczędności energii *(Energy Saving Company)*
- lit. ..... litera

- m.in. ..... między innymi
- np. ..... na przykład
- Nr ..... numer
- por. ..... porównaj
- poz. ..... pozycja
- red. ..... redakcja
- s. ..... strona
- t.j. ..... tekst jednolity
- ust. ..... ustęp
- w zw. ..... w związku
- wyd. ..... wydawnictwo
- wyr. ..... wyrok
- z późn. zm. ..... z późniejszymi zmianami
- zob. ..... zobacz

Przedmowa

Z końcem lutego 2009 r. weszły w życie dwie ustawy, regulujące współpracę podmiotów publicznych i partnerów prywatnych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP): ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100) – PartPublPrywU, oraz ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 157 poz. 1241) – KoncRobBudU. Oba akty prawne, adresowane do podmiotów publicznych, mają ułatwić wykonywanie zadań publicznych na zasadzie kooperacji sektorów publicznego i prywatnego w Polsce. Jednocześnie, m.in. w kontekście postępujących przygotowań do Mistrzostw Europy UEFA Euro 2012, potrzeb inwestycyjnych w polskich samorządach, a także aktualnych uwarunkowań finansowych, partnerstwo publiczno-prywatne ma szansę stać się równorzędnym modelem finansowania przedsięwzięć infrastrukturalnych.

Partnerstwo publiczno-prywatne *sensu stricto* w ramach polskiego systemu prawnego regulowane było dotychczas ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym – PartPublPrywU2005. Ustawa określała zasady i tryb współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach PPP. Uzupełnieniem ustawy były akty wykonawcze[1], regulujące przede wszystkim niezbędne elementy analizy przedsięwzięcia w ramach PPP, a także ryzyka związane ze współpracą w tym modelu. Ustawa nie spowodowała istotnie większego zainteresowania ze strony podmiotów publicznych oraz potencjalnych partnerów prywatnych podejmowaniem realizacji projektów w tej formule. Pod wpływem głosów praktyki i doktryny, ustawodawca zdecydował się uchwalić zupełnie nowy akt prawny. Wraz z wejściem w życie nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, dotychczas obowiązująca ustawa oraz jej akty wykonawcze całkowicie straciły moc prawną (zob. art. 37 PartPublPrywU).Zakres przedmiotowy nowej ustawy obejmuje zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, przy czym treścią tej współpracy jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Takie określenie istoty współpracy w formule PPP nie stoi w najmniejszej sprzeczności z prawem europejskim. Obecnie w prawie UE nie ma określonej definicji PPP. Ustawodawca unijny, pomimo licznych postulatów m.in. ze strony Parlamentu Europejskiego, nie zdecydował się zharmonizować prawa dotyczącego PPP w odrębnym akcie normatywnym. Każde z państw członkowskich ma „pewną" swobodę doboru możliwych struktur i form finansowych oraz prawnych współpracy w ramach tego typu kontraktów. Zakres tej swobody jest wszakże ograniczony wymogami szeroko rozumianego prawa zamówień publicznych[2] odnośnie zasad i procedur wyboru partnera prywatnego. Jeżeli podmiot publiczny

---

[1] zob. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 30.6.2006 r. w sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz. U., Nr 125, poz. 866), Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 9.6.2006 r. w sprawie szczegółowego zakresu, form i zasad sporządzania informacji dotyczących umów o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U., Nr 125, poz. 867), Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21.6.2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz. U., Nr 125, poz. 868).

[2] Obejmującego swym zakresem zamówienia publiczne w całości objęte dyrektywami, zamówienia objęte dyrektywami częściowo (zamówienia na tzw. usługi niepriorytetowe), zamówienia nieobjęte dyrektywami (zamówienia podprogowe), koncesje na roboty budowlane, koncesje na usługi.

decyduje się na współpracę z podmiotem prywatnym na warunkach, które mogą być zakwalifikowane jako zamówienia publiczne lub koncesje, konieczne jest przestrzeganie przepisów prawa unijnego mającego zastosowanie do zamówień publicznych lub koncesji[3]. W zależności od formy wynagrodzenia partnera prywatnego, reżim prawa zamówieniowego UE, wyznaczany dyrektywami i zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), dawniej Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), wyróżnia ogólne zasady wyboru partnera prywatnego oraz przepisy koncesyjne (koncesja na roboty budowlane lub usługi)[4].

Koncesja na usługi jest instytucją w polskim porządku prawnym nową. Koncesja na roboty budowlane uregulowana była od 2004 r. w Prawie zamówień publicznych. Obecnie obie formy koncesjonowania realizacji zadań publicznych unormowane zostały w odrębnej ustawie (KoncRobBudU). Na gruncie prawa UE[5] przez pojęcie „koncesji" rozumieć należy zamówienie publiczne (na roboty budowlane lub usługi), w którym wynagrodzeniem wykonawcy (koncesjonariusza) jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub prawo do eksploatacji usługi, przyznane za wzniesienie obiektu budowlanego lub świadczenie usługi. Powyższej formie wynagrodzenia towarzyszyć może zapłata ze strony zamawiającego. Od zwykłych zamówień publicznych koncesję odróżniać będzie forma zapłaty należnej wykonawcy, polegająca na tym, że w okresie trwania umowy pobiera on opłaty od użytkowników (osób trzecich) korzystających z przedmiotu koncesji. Specyfiką koncesji będzie również ryzyko gospodarcze, w zasadniczej części spoczywające na wykonawcy. Normatywne ujęcie koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi w KoncRobBudU odpowiada regulacji unijnej. Oba modele umowy koncesji stanowią szczególną formę współpracy sektora publicznego i prywatnego, zwaną często w literaturze przedmiotu DBFO (*desing-build-finance-operate* – zaprojektuj, wybuduj, finansuj i eksploatuj).

Zarówno samo partnerstwo publiczno-prywatne, jak i instytucja koncesji w ujęciu prawnym stanowią szczególną formę umów o zamówienie publiczne. O takim charakterze omawianych typów umów przesądzać będzie angażowanie środków publicznych (pieniężnych lub niepieniężnych, np. nieruchomości) w ramach kontraktu z podmiotem prywatnym w celu realizacji zadania publicznego. Takie umieszczenie PPP i koncesji w systemie prawnym oznacza konieczność stosowania przez podmioty publiczne przy zawieraniu tego typu umów, zasad uregulowanych w Dyrektywie 2004/18 oraz w prawie pierwotnym UE (TFUE) i opartym na nim orzecznictwie ETS, dotyczących m.in. publicznego ogłaszania o zamówieniu, równego i konkurencyjnego trybu wyboru partnera prywatnego (w szczególności koncesjonariusza).

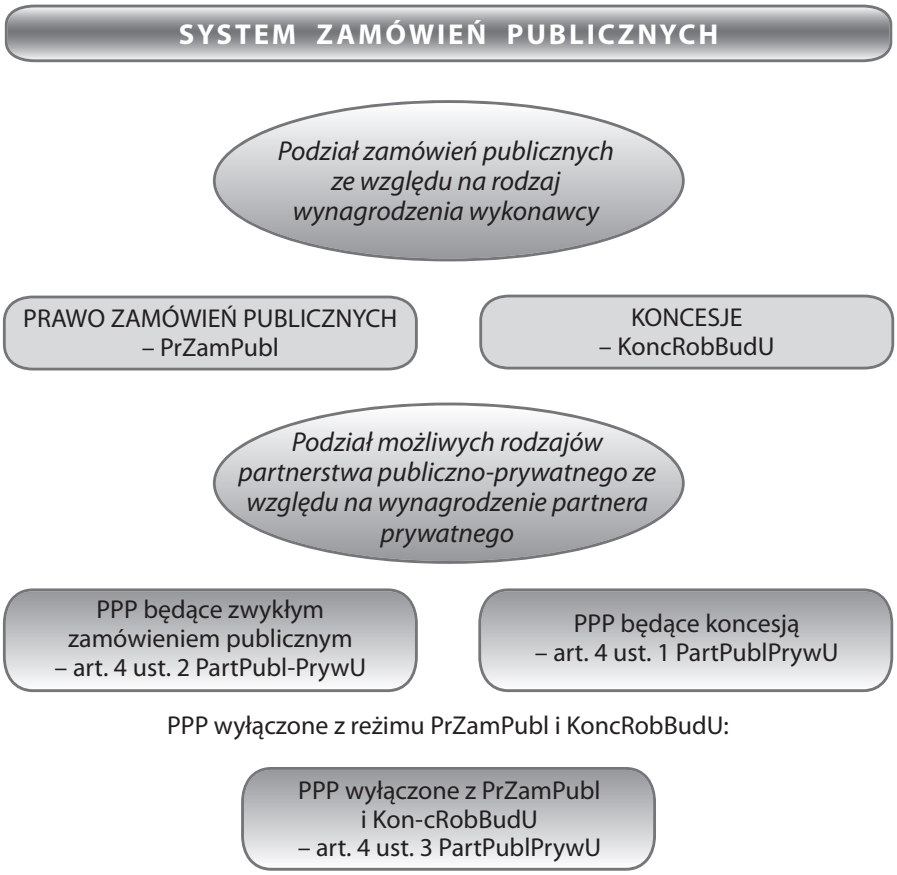
---

[3] W sytuacji gdy zadanie powierzone partnerowi prywatnemu stanowi zamówienie publiczne, które w całości podlega dyrektywom w sprawie zamówień publicznych, procedura wyboru partnera prywatnego jest określona w przepisach tych dyrektyw. W przypadku koncesji na roboty budowlane lub zamówienia publicznego częściowo podlegającego dyrektywom, oprócz odnośnych przepisów dyrektyw znajdują również zastosowanie podstawowe zasady wynikające z Traktatu. W przypadku usług nieprioritetowych znajdują zastosowanie podstawowe zasady Traktatu zawarte w art. 49 i 56 (dawniej art. 43 i 49 TWE), jeśli można oczekiwać, że umowy te stanowią przedmiot pewnego zainteresowania przedsiębiorstw znajdujących się w innym państwie członkowskim niż państwo zamawiającego. Jeżeli mamy natomiast do czynienia z koncesją na usługi lub z zamówieniem publicznym, które nie podlegają dyrektywom w sprawie zamówień publicznych, wyboru partnera prywatnego należy dokonać z poszanowaniem zasad Traktatu. Por. *Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych* (Dz. Urz. UE C 91 z 12.4.2008, str. 4) pkt. 2.3.1

[4] zob. Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, Komisja Europejska, Bruksela 2003, s. 20.

[5] zob. art. 1 ust. 3 i 4 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str.132) oraz art. 1 ust. 3a i 3b Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 19).

Schemat przedstawiający prawno-systemowe ujęcie PPP



Powyższy schemat przedstawia prawną systematykę partnerstwa publiczno-prywatnego. Wszelkiego rodzaju współpraca podmiotów publicznych i prywatnych wiążąca się z kapitałowym zaangażowaniem strony publicznej będzie albo zamówieniem publicznym, albo koncesją, chyba że przepisy prawa w danym przypadku wyłączają zastosowanie PrZamPubl lub KoncRob-BudU. Jeżeli współpracy tej towarzyszyć będzie podział ryzyk między strony przedsięwzięcia, a także wniesienie wkładów własnych oraz utrzymanie i zarządzanie związanym z przedsięwzięciem składnikiem majątkowym, wówczas będziemy mieli do czynienia z partnerstwem publiczno-prywatnym. W zależności od wynagrodzenia partnera prywatnego PPP będzie zwykłym zamówieniem publicznym lub koncesją. Oznacza to, że na gruncie polskiego prawa podmiot publiczny zainteresowany publiczno-prywatną formą realizacji zadania publicznego może zdecydować się na: koncesję jako instytucję samoistną, koncesję modyfikowaną przepisami PartPublPrywU oraz zamówienie publiczne modyfikowane przepisami PartPublPrywU.

Partnerstwem publiczno-prywatnym będzie również taka współpraca pomiędzy podmiotem publicznych a partnerem prywatnym, oparta na podziale zadań i ryzyk, w przypadku której przepisy prawa wyłączają zastosowanie reżimu PrZamPubl i KoncRobBudU (art. 4 ust. 3 PartPublPrywU). Przykładem są zamówienia i koncesje w sektorze telekomunikacyjnym, które wyłączone są zarówno z ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 4 pkt. 10), jak i z ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi (art. 4 ust. 1 pkt. 2).

Polski ustawodawca nie wskazał wprost organu publicznego odpowiedzialnego za prawidłowe stosowanie i wykładnię przepisów PartPublPrywU oraz KoncRobBudU Zgodnie z art. 3 PartPublPrywU za upowszechnianie i promowanie partnerstwa publiczno-prywatnego,

dokonywanie analiz i ocen funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego, w tym stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego odpowiada minister właściwy ds. gospodarki. Rozstrzyganie zagadnień prawnych w konkretnych przypadkach każdorazowo będzie kompetencją, w przypadku koncesji sądów administracyjnych, zaś w przypadku PPP przybierającego formę zamówienia publicznego (tj. wówczas, kiedy większa część ryzyka ekonomicznego przedsięwzięcia spoczywa na stronie publicznej) Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. W pozostałym zakresie, w przedmiocie ogólnych i systemowych wyjaśnień, ale również indywidualnych decyzji z zakresu Prawa zamówień publicznych, właściwy jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Edukacja w zakresie wdrażania nowych przepisów, a także promocja dobrych praktyk i projektów pilotażowych, jak wynika z doświadczeń innych państw, to najlepsza droga do upowszechnienia stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego w finansowaniu realizacji zadań publicznych. Wiedzy tej bez wątpienia potrzebują krajowe podmioty publiczne, które są adresatami regulacji prawnych PPP. Dlatego zachęcamy Państwa do zapoznania się z niniejszą publikacją. Adresowana jest do wszystkich podmiotów publicznych zainteresowanych zawieraniem umów koncesji i umów o PPP. Jej celem jest przedstawienie koncepcji PPP, jako równoprawnej metody realizacji zadań publicznych, a nade wszystko opisanie procesu programowania i realizacji projektu inwestycyjnego w świetle aktualnych przepisów prawnych, a także wyjaśnienie innych istotnych zagadnień związanych z kontraktami tego typu.

Niniejszy poradnik opracowany został na zlecenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez specjalistów na co dzień zajmujących się doradztwem podmiotom publicznym i prywatnym, realizującym przedsięwzięcia partnerskie. Ich wiedza oraz doświadczenie poddane zostały wnikliwej weryfikacji i uzupełnieniu przez Prezesa UZP. Ufam, że ostateczny wersja sprzyjać będzie udanemu wdrażaniu przepisów PartPublPrywU oraz KoncRobBudU w praktyce.

W pierwszej części niniejszego poradnika przedstawione zostały zagadnienia ogólne związane z uregulowaniami prawnymi partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce i w UE. Następna część opisuje działania bezpośrednio poprzedzające wybór wykonawcy, procedurę wyboru partnera, zawarcie umowy, zasady ochrony prawnej oraz zasady wykonywania umów. Ostatnia część zawiera podstawowe wzory dokumentów, a także przykładową dokumentację postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Niniejszy poradnik obejmuje stan prawny na dzień 1 sierpnia 2010 r., uwzględniając nowelizację PartPublPrywU i KoncRobBudU wprowadzoną ustawą z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U z 2010 r. Nr 106, poz. 675).

Jacek Sadowy
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Słowo wstępne

dr hab. prof. Andrzej Panasiuk

Wszyscy musimy uświadomić sobie jak ważną rolę w Państwie odgrywa administracja publiczna. Rola administracji wzrasta w okresie przemian społeczno-ustrojowych. W oczach ogółu naszego społeczeństwa administracja publiczna jest widziana jako nieefektywny organizm pochłaniający rokrocznie ogromne środki budżetowe, nikt jednak nie zdaje sobie sprawy jaką rolę w warunkach społeczeństwa demokratycznego działającego w otoczeniu kryzysu ekonomicznego, może administracja publiczna odgrywać. W demokratycznym państwie prawa administracja publiczna pełni rolę służebną wobec obywateli z jednej strony i władzy wykonawczej z drugiej. Niezmiernie ważną rolę odgrywać więc będzie ukształtowanie takiej koncepcji działania administracji publicznej, aby spełniać oczekiwania w szczególności obywateli jak również i władzy wykonawczej. Jest to jednak niezmiernie trudne przy zmieniających się wciąż koncepcjach władzy z którymi zmienia się obowiązujące prawo jak i oczekiwania obywateli. Proces kształtowania koncepcji administracji publicznej zawsze musi być ukierunkowany na dobre rządzenie. Dobre rządzenie jawi się zaś jako proces w którym aktywny udział w podejmowaniu decyzji w celu realizacji zadań publicznych, mają obywatele. Wymaga to jednak działania administracji publicznej w sposób jawny i jak najbardziej transparentny w zakresie kreowania polityk publicznych, tak aby wszyscy obywatele mieli świadomość zadań oraz trudności jakie stoją przed aparatem administracyjnym. Tylko takie podejście zmieni ogólnie negatywne nastawienie do administracji publicznej, całego społeczeństwa.

Poważnym problemem w pozytywnym odbiorze administracji publicznej przez społeczeństwo jest obowiązująca koncepcja administracji pełniącej rolę opiekuńczą w państwie. Taki model administrowania wytwarza w społeczeństwie powszechne poczucie bezpieczeństwa w zakresie chociażby służby zdrowia, czy też opieki społecznej. Obywatele przyzwyczajeni są do służebnej roli władzy publicznej w zakresie realizacji zadań publicznych, każde zaś niedomaganie systemu opiekuńczego polegające na długich kolejkach do lekarza pierwszego kontaktu, czy też dziurawych drogach miejskich, powoduje kreowanie negatywnego wizerunku administracji publicznej. Taki sposób postrzegania administracji publicznej uwarunkowany był panowaniem od dziesięcioleci koncepcji administracji opiekuńczej, co wytworzyło oczekiwania społeczne i roszczeniowe postawy obywateli podtrzymywane ciągłymi żądaniami struktur związkowych. Znamienne jest spojrzenie na istotę państwa opiekuńczego Ronalda Reagana który twierdził, że istotą takiej koncepcji państwa jest zasada, że „jeżeli coś się rusza to należy to opodatkować, jeżeli dalej się rusza to należy to regulować, a kiedy przestaje się ruszać to należy udzielić temu subwencji”[6]. Pogląd zgodnie z którym państwo jest odpowiedzialne za wszystko, a nikt nie jest odpowiedzialny za państwo, powoli zaczyna ulegać zmianie w kierunku identyfikowania odpowiedzialności za podejmowane decyzję, czyli odpowiedzialność indywidualna zaczyna bezpośrednio kreować odpowiedzialność zbiorową za losy państwa.

---

[6] R. Reagan, A life In letters, (Ed.) K. K. Skinner, New York Free Prees 1992, s. 230.

Kryzys sektora publicznego w krajach wysoko rozwiniętych w latach 80-tych minionego wieku spowodował zmianę koncepcji funkcjonowania administracji publicznej. Administracja spełniająca jedynie funkcje administracji opiekuńczej samodzielnie realizującej zadania publiczne, przestała już spełniać swoją rolę w związku ze zbytnim rozrostem sektora publicznego, jego nadmierną dominacją oraz deficytem finansów publicznych. Okazało się, że Keynesowska doktryna staje się nieefektywna w warunkach kryzysu sektora finansów publicznych z jednej strony oraz rozrostu zadań publicznych a z nimi oczekiwań społecznych, z drugiej strony. W związku z powyższym coraz popularniejsze stają się koncepcje amerykańskiego noblisty Miltona Friedmana zwolennika ograniczania roli państwa do niezbędnego minimum, które wypierają powoli dominujące w ówczesnym świecie koncepcje Johna Maynarda Keynesa. Ewolucja koncepcji administrowania publicznego zaczęła zmierzać w kierunku poszukiwania bardziej efektywnych i wydajnych form zarządzania publicznego. Na fali powszechnej krytyki sektora publicznego zaczęły pojawiać się rozwiązania które reguły zarządzania rynkowego zaszczepiły w sferze dotychczas przypisanej właściwości administracji publicznej. Taki kierunek funkcjonowania administracji publicznej zmierza do ograniczania roli samej administracji w sferze publicznej, której zadania zostają przejęte przez sektor prywatny działający na zasadach rynkowych i poprzez pryzmat tych zasad realizujący dotychczasowe zadania administracji.

Proces zmiany koncepcji administracji publicznej w krajach wysoko rozwiniętych przebiegał z różnym natężeniem i zaangażowaniem w szczególności na poziomie strukturalnym i funkcjonalno-procesowym, zakończył się jednak sukcesem. Niewątpliwym czynnikiem ułatwiającym zmianę koncepcji postrzegania roli władzy publicznej w państwie stały się zachodzące procesy globalizacji. Tworzenie się ponadnarodowych struktur zarówno na szczeblach politycznych jak i gospodarczych miało również wpływ na metody działania samej administracji publicznej, która zaczęła odchodzić od klasycznego administrowania a zmierzać do zarządzania. Tak zasadnicze przemodelowanie roli administracji w państwie nie może dokonać się bez odpowiedniego podejścia samych urzędników, którzy to ludzie są najważniejszym dobrem każdej sformalizowanej struktury. Max Weber widział urzędnika w roli automatu ślepo wykonującego polecenia przełożonych, takie postrzeganie było zasadne w sytuacji administracji opiekuńczej wykonującej swoją służbę publiczną na rzecz obywateli. Zmiany prorynkowe struktur administracji publicznej spowodowały proces głębszego utożsamiania się urzędników z organizacją, a w szczególności zaczęła się pojawiać potrzeba ponoszenia odpowiedzialności za podejmowane decyzje. Staje się to o tyle ważne, że administracja odpowiedzialna za jakość naszego życia, jest integralnym elementem codzienności. Im większe społeczne oczekiwania wobec administracji, tym trudniej jest im sprostać. Dzieje się tak m.in. dlatego, że administracja publiczna nie jest w stanie realizować pełnego zakresu zadań publicznych na nią nałożonych ze względu na uwarunkowania budżetowe. To nie zadania publiczne konieczne do zrealizowania określają wielkość budżetu, to budżet określa wielkość zadań które zrealizuje administracja. Pojawia się więc problem zrównoważenia możliwości administracji publicznej z oczekiwaniami społeczeństwa. Wykonywanie zadań publicznych przez administrację publiczną, nie jest przez obywateli mierzona za pomocą obiektywnych wskaźników i miar. Obywatel nie kojarzy z administracją rozwiniętego systemu infrastruktury społecznej i technicznej za pomocą której sprawnie są realizowane usługi publiczne. W większości przypadków zaufanie publiczne jest oparte na subiektywnych doświadczeniach poszczególnych osób, które najczęściej nie oddają stanu rzeczywistego.

Powszechne w latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych minionego wieku koncepcje państwa opiekuńczego są obecnie podstawą do wysuwania twierdzenia, że w czasach kryzysu gospodarczego interwencja państwa poprzez różnorakie instrumenty na rynku jest niezbędna. Takie działanie jest niejako koniecznym elementem procesu tworzenia i realizacji polityki opieki państwa nad obywatelami, a tym samym musi aktywnie kreować rzeczywistość ekonomiczną i społeczną państwa. Władza publiczna aby sprostać takim oczekiwaniom zde-

cydowanie podejmuje rynkowe działania interwencyjne, wystarczy chociażby przypomnieć interwencje w sektorze bankowym Rady Polityki Pieniężnej, czy opracowanie antykryzysowego pakietu Ministra Michała Boniego. Nie zawsze jednak będą to działania wystarczające do przezwyciężenia skutków globalnego kryzysu gospodarczego. Polityka opiekuńcza państwa nie zawsze przynosi same korzyści władzy publicznej, efektem rozbuchanych oczekiwań społecznych jest najczęściej wzrost inflacji oraz trudności z utrzymaniem równowagi budżetowej, będącej wynikiem nieproporcjonalnego zwiększania się zakresu zadań publicznych w stosunku do posiadanych środków budżetowych. Słusznym staje się stwierdzenie, że prawo władzy publicznej do wydawania pieniędzy publicznych zostaje zastąpione prawem do zaciągania długu. Tendencje takie stają się zjawiskiem powszechnym, zarówno centralna władza publiczna zaciąga kredyty i emituje obligacje, jak też i władze lokalne wpadają w spirale emisji obligacji komunalnych. Zjawisko zadłużania się administracji publicznej staje się coraz bardziej powszechne, a instrumentem najczęściej wykorzystywanym przy unikaniu negatywnych skutków zadłużenia jest jego rolowanie, to wszystko jednak powoduje ciągłe zwiększanie deficytu budżetu państwa. W tym miejscu należałoby postawić pytanie, dlaczego działania administracji publicznej nie przynoszą oczekiwanych efektów? Odpowiedź na to pytanie padła już prawie pięćdziesiąt lat temu, otóż Peter F. Drucker w jednym ze swoich opracowań „The Age of Discontinuity" stwierdził, że jednym z największych problemów administracji jest brak konkurencji, co prowadzi do złego i nieoszczędnego zarządzania. Ponadto rosnący deficyt budżetu państwa wymusza podejmowanie decyzji menadżerskich, co jest związane z kolei ze zwiększeniem swobody podejmowania decyzji[7]. Administracja publiczna w czasach kryzysu ekonomicznego nie może ograniczać się jedynie do stosowania prawa, musi być na tyle kreatywna w sposobie realizowania zadań publicznych, a w szczególności na zapewnieniu odpowiednich źródeł ich finansowania. Co ciekawe, L. Jaworski już w pierwszej połowie ubiegłego wieku wskazywał, że administracja nie tylko jest po to by odtwarzać istniejące prawo, lecz w działaniach administracji jest również pewien pierwiastek działalności twórczej. Czasy kryzysu stają się również dobrym uzasadnieniem do dokonywania poważnych cięć w strukturach zatrudnienia zbiurokratyzowanej administracji, tak by mogła efektywniej świadczyć usługi publiczne oraz kontrolować ich realizację, jak również wprowadzać nowe idee. John Maynard Keynes podkreślał, że trudność wprowadzania nowych idei polega nie tyle na ich stworzeniu, co na wyzwoleniu się spod wpływu starych. Widoczne są więc obecnie w działaniach władzy publicznej środki podejmowane w celu restrukturyzacji podejścia do funkcjonowania administracji publicznej. W szczególności weryfikacja licznych przywilejów socjalnych obciążających w znamienitej części wydatki budżetu państwa, restrukturyzacja albo nawet zmiana systemu ubezpieczeń społecznych (gorące jajo czyli problem KRUS), ograniczanie znaczenia i roli jaką mogą odgrywać związki zawodowe, przyśpieszanie procesów prywatyzacji pośredniej oraz bezpośredniej. Te wszystkie działania zmierzają niechybnie do urynkowienia działań administracji publicznej w Polsce, szkoda tylko, że dopiero teraz.

W wyniku przemian ekonomiczno-społecznych uwarunkowanych szeregiem czynników zewnętrznych takich jak zachodzące procesy globalizacji a w ślad za nimi ciągła integracja Polski ze strukturami unijnymi, następuje wprowadzanie coraz to nowych zadań administracji z jednoczesnym rozszerzaniem obszarów objętych jej aktywnością. Powoli następuje ograniczanie funkcji administracji reglamentacyjno-świadczącej samodzielnie realizującej zadania publiczne, na rzecz administracji menadżerskiej sprawującej funkcje administracyjno-kontrolne w procesie realizacji zadań publicznych. Śmiało możemy porównać zachodzące obecnie przemiany roli jaką ma odgrywać administracja w państwie do przemian zachodzących na przełomie XVIII i XIX wieku. Aktualności nabiera w czasach obecnych stwierdzenie Langroda „Dynamizm aktywności nowoczesnego państwa rozsadza zbyt szczupłe ramy klasycz-

[7] Poglądy takie prezentował w swoich pracach B. G. Peters, Administracja publiczna w systemie politycznym, Warszawa 1999 r., s. 403.

nych pojęć ustrojowych z 1789 r., których trwanie siłą bezwładu jest źródłem daleko idących nieporozumień"[8]. Sztuczne podtrzymywanie zatem w państwie aparatu administracji, który nie jest w stanie udźwignąć obowiązków zapewnienia opieki obywatelom, jest źródłem niezadowolenia społecznego jak i rosnącego deficytu państwa. Władza publiczna musi w obecnych czasach skoncentrować się w szczególności na restrukturyzacji organizacyjnej jej struktur uwzględniającej potrzeby nowych funkcji które powinna sprawnie realizować. To znaczy być sprawnym menadżerem, samodzielnie kreującym kierunki rozwoju sektora publicznego, nie mającym obaw przed współpracą z sektorem prywatnym. Musi realizować zadania w interesie publicznym, ale w taki sposób aby z jej pola widzenia nigdy nie zniknęło myślenie rynkowe, nie powinna mieć jakichkolwiek obaw przed prowadzeniem działalności przynoszącej zysk. Nie może odtwarzać w sposób bezmyślny w realnej rzeczywistości abstrakcyjnych norm obowiązującego prawa, lecz w zależności od aktualnych potrzeb w sposób twórczy kreować rzeczywistość w ramach tego prawa. Doktryna prawa administracyjnego już od szeregu lat wskazuje na konieczność unifikacji procedur w ramach samej administracji, szczególnie podkreśla się konieczność ujednolicenia metod i form działania administracji z wyraźną już tendencją do odchodzenia od klasycznych władczych metod, na rzecz form opartych na konsensusie[9]. Odchodzenie od władczego działania administracji publicznej widoczne jest już od lat, wystarczy tylko wspomnieć o procesach komercjalizacji największych przedsiębiorstw państwowych jak PKP czy też ostatnio Poczty Polskiej, wprowadzania negocjacji do działania administracji jako jednego z podstawowych instrumentów prawnych np. przy procesach wywłaszczeniowych, czy też odchodzenia od władczej ingerencji administracji w procesy inwestycyjne. To wszystko daje oszczędności, lepsze zarządzanie oraz lepszy odbiór społeczny realizowanych zadań publicznych.

Wszystkim przemianom towarzyszą procesy legislacyjne, które nie zawsze pomagają w sprawnym funkcjonowaniu administracji nie mówiąc już o zwykłych obywatelach. Poszczególne regulacje prawne mają zwykle krótszą żywotność w świecie ustawicznych zmian. Na pierwszym planie jest widziany konkretny przepis prawa, zapomina się z kolei o myśleniu i działaniu w kategorii zasad prawa. Poszczególne regulacje prawne często powstają na skutek doraźnych potrzeb politycznych, często okupionych trudnym kompromisem z koalicjantem. O potrzebie opracowania rozwiązań legislacyjnych najbardziej palących obszarów przypomina się tuż przed wyborami, najczęściej w opracowywanych programach wyborczych. Analizując długość trwania poszczególnych rządów w wolnej Polsce, możemy jednoznacznie skonstatować, że żaden z nich nie miał już wystarczająco dużo czasu na zajęcie się legislacyjnymi zmianami. Projektowane rozwiązania są zazwyczaj chaotyczne, bez dokładnej analizy efektów dotychczas obowiązującego prawa, za to bezmyślnie kopiujące rozwiązania z innych krajów. Niejasne prawo, pełne wątpliwości interpretacyjnych negatywnie wpływa na działania administracji publicznej, nie mówiąc już o postrzeganiu państwa przez zwykłych obywateli. Przyczynia się też do bezczynności samej administracji, zgodnie z zasadą „jak nie wiesz, co robić nie rób nic", jako najlepszy sposób uniknięcia odpowiedzialności za podjęcie niepewnej decyzji. Biorąc to wszystko pod uwagę, należy jednoznacznie stwierdzić, że niejednoznaczność i nadmiar regulacji powoduje spadek wydajności wraz ze zwiększaniem kosztów. Zatem usprawnienie systemu tworzenia prawa w Polsce będzie miało zasadniczy wpływ na unowocześnienie samej administracji przy jednoczesnym stworzeniu gruntu dla powstawania administracji menadżerskiej nastawionej na zysk, który będzie źródłem finansowania innowacyjnych projektów i inwestycji będących podstawą rozwoju gospodarczego państwa.

---

[8] J.S. Langrod, Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej. Reprint – Zakamycze 2003, s. 33.

[9] A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, Administracja publiczna. Wrocław 2003, 2004, s. 45., A. Panasiuk, Rola i możliwości sektora prywatnego w realizacji zadań publicznych. Przyczynek do dyskusji. (w:) Prawo zamówień publicznych Nr 4 z 2008 r., s. 162–171.

Podsumowując powyższe rozważania uważam, że w świecie szalejącego kryzysu gospodarczego, potęgujących się kłopotów z utrzymaniem deficytu budżetowego na właściwym poziomie, wzrastającego bezrobocia, kłopotów związanych z prywatyzacją majątku państwa, roszczeniowych postaw społeczeństwa potęgowanych żądaniami związków zawodowych, kreowania kierunku myślenia obywateli przez media, niezmiernie ważna jest budowa administracji menadżerskiej opartej na urzędnikach myślących prorynkowo. Ukierunkowanie administracji tak by zmierzała do ograniczania zakresu usług publicznych przy coraz większym udziale sektora prywatnego w realizacji usług będących dotychczas domeną sektora publicznego. Nowoczesna administracja powinna zacząć używać nowoczesnych metod zarządzania opartych na analizie efektywności, jakości oraz konkurencyjności, w celu podniesienia jakości i obniżenia kosztów jej funkcjonowania. Z tych wszystkich powodów zgłębianie zagadnień związanych ze współpracą sektora publicznego z sektorem prywatnym jest obowiązkiem każdej nowoczesnej organizacji publicznej. Poznaniu regulacji partnerstwa publiczno-prywatnego ma służyć również przedmiotowy podręcznik, tak by w finalnym efekcie mógł przyczynić się do zwiększenia udziału obywateli i sektora prywatnego w zarządzaniu państwem poprzez struktury administracji publicznej.

CZĘŚĆ OGÓLNA

I. Istota współpracy w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji

1.1. Wstęp

Cechą współczesnego systemu zarządzania publicznego jest przekazywanie przez administrację zarówno państwową, jak i samorządową, funkcji o charakterze publicznym podmiotom prywatnym. Władze wycofują się z wielu dziedzin praktycznej działalności gospodarczej, społecznej, a nawet publicznej (użyteczności publicznej), jednocześnie zachowując odpowiedzialność publicznoprawną za stan rzeczy we wszystkich znaczniejszych sektorach życia zbiorowego i gospodarki. W ten sposób dochodzi do liberalizacji wielu rynków, dotychczas zdominowanych przez państwo, do których dostęp uzyskują teraz inni konkurenci, zarówno krajowi, jak i zagraniczni. Nowa filozofia zarządzania publicznego, wyrażająca się w mechanizmach państwa pomocniczego, polega na prywatyzacji wykonywania zadań publicznych, wychodząc z założenia, że skoro określona dziedzina działalności może być z powodzeniem realizowana na warunkach rynkowych, to nie ma powodu, aby działalność tę prowadziły same władze publiczne. Prywatyzacja wykonania zadań publicznych oznacza najczęściej, że dane zadanie przestaje być finansowane z pieniędzy podatnika (budżetu), bowiem koszty jego realizacji ponosi, w postaci opłat różnego rodzaju, sam zainteresowany. Ta nowa forma współdziałania sektora prywatnego z publicznym w różnych aspektach, nazywana jest popularnie partnerstwem publiczno-prywatnym (PPP). Partnerstwo publiczno-prywatne rozumieć należy zarówno, jako całą sferę współdziałania obu sektorów, w ujęciu doktryny funkcjonowania państwa, gospodarki i społeczeństwa, jak również, jako złożone działania organizatorskie, które służą określeniu sekwencji działań oraz czynności prawnych i faktycznych, koniecznych do osiągnięcia założonego celu. W końcu PPP, to konkretne typy umów między władzą publiczną a podmiotem prywatnym, związanych z realizacją określonego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Jedną z najpowszechniejszych i jednocześnie najbardziej złożonych umów tego rodzaju, są kontrakty koncesyjne.

1.2. Przedmiot partnerstwa publiczno-prywatnego

W konsekwencji powyższych rozważań należy zarysować ogólną, określoną rodzajem i specyfiką podejmowanej w jego ramach współpracy, definicję PPP. Partnerstwo publiczno-prywatne w doktrynie przedmiotu definiowane jest na wiele sposobów, ze względu na różne czynniki wyróżniające ten typ kontraktów, choć pewne elementy konstytutywne we wszystkich definicjach pozostają niezmienne. Na potrzebę dalszych rozważań, autorzy przyjęli definicję opisową, przedstawioną przez Bartosza Korbusa i Mariusza Strawińskiego w oparciu o *Wytyczne Komisji Europejskiej, dotyczące PPP*, w świetle której przez PPP, rozumie się partnerstwo sektora publicznego i prywatnego mające na celu realizację przedsięwzięć lub świadczenie usług, tradycyjnie dostarczanych przez sektor publiczny. Współpraca ta opiera się na założeniu, iż każda ze stron jest w stanie wywiązać się z własnych, powierzonych jej zadań sprawniej niż druga

strona. Strony w ten sposób uzupełniają się, zajmując się w ramach partnerstwa właśnie tą częścią wspólnego zadania, którą wykonują najlepiej. Dzięki podziałowi zadań, odpowiedzialności i ryzyka w ramach PPP osiąga się najbardziej efektywny ekonomicznie sposób tworzenia infrastruktury i dostarczania usług publicznych. Każda ze stron – przy tym – czerpie ze współpracy własne korzyści – proporcjonalne do swego zaangażowania[10]. Wobec powyższego, wśród kluczowych elementów współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego wymienić należy:

- współpracę sektora publicznego z sektorem prywatnym;
- umowny charakter (w ramach stosunku cywilnoprawnego);
- charakter celowy: realizacja przedsięwzięć (budowa infrastruktury, dostarczanie usług) tradycyjnie wykonywanych przez stronę publiczną;
- optymalny podział zadań;
- podział ryzyk;
- obustronną korzyść.

W literaturze, jako element charakterystyczny dla PPP, wymieniana jest dość często długoterminowość kontraktów. Realizacja złożonych przedsięwzięć infrastrukturalnych, wymagających wysokich nakładów finansowych i generujących niewysoką stopę zwrotu z jednej strony oraz chęć zagwarantowania efektywnego świadczenia wysokiej jakości usługi publicznej z drugiej strony, przemawiać będą za powierzeniem partnerowi prywatnemu (lub spółce celowej) realizacji projektu na dłuższy czas. Nierzadko umowy typu PPP zawierane będą na 30 lat bądź dłużej (np. koncesja na budowę i eksploatację parkingu podziemnego na Pl. Na Groblach w Krakowie zawarta została na 70 lat). Znawcy przedmiotu wskazują również na inne cechy szczególne PPP. E. Yescombe twierdzi, że w ramach tego typu kontraktów partner prywatny dostarcza plan konstrukcyjny projektu z zakresu infrastruktury publicznej, realizuje go, finansuje a następnie eksploatuje. Ponadto, przedsięwzięcie w ramach PPP musi przez okres trwania umowy generować płatności dla partnera prywatnego za korzystanie z obiektu przez podmiot publiczny lub osoby trzecie (użytkowników). PPP nie przenosi przy tym własności obiektu na stronę prywatną, a po wygaśnięciu umowy gwarantuje przekazanie składników majątkowych stronie publicznej[11]. Z kolei niektórzy specjaliści wyraźny nacisk kładą na zintegrowane podejście do świadczenia usług w ramach PPP, pozwalające podmiotowi publicznemu w ramach wspólnej realizacji projektu z partnerem prywatnym posługiwać się jego wiedzą, środkami organizacyjnymi oraz finansowymi[12].

Niezależnie od wyżej wspomnianych cech PPP koniecznie należy podkreślić, że ostateczna odpowiedzialność za utrzymanie warunków dostępu do danej usługi publicznej oraz za jej jakość spoczywa na stronie publicznej.

1.3. Korzyści dla interesu publicznego płynące z PPP i koncesji

Partnerstwo publiczno-prywatne od lat uznawane jest za niezwykle korzystną formę realizacji inwestycji infrastrukturalnych w wielu krajach świata. Na Starym Kontynencie taka forma współpracy najbardziej upowszechniła się w Wielkiej Brytanii, Hiszpanii oraz Portugalii. W Wielkiej Brytanii projekty realizowane w ramach PPP stanowią ok. 15% wszystkich inwestycji publicznych, co daje łączną kwotę 60 mld euro (3,64% PKB). Koncesyjny model partnerstwa z powodzeniem stosowany jest od końca lat 60-tych w takich krajach, jak Hiszpania, Francja

---

[10] B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Wydanie 2, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, s. 58–59.

[11] zob. E. Yescombe, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Zasady wdrażania i finansowania*, Wyd. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 19.

[12] M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 10.

i Włochy. PPP coraz większą popularność zdobywa również w Niemczech. Do wykorzystania tego instrumentu skłonił samorządy niemieckie wysoki dług publiczny. W latach 2006–2007 wartość projektów PPP w Niemczech na szczeblu gminnym wyniosła ok. 890 mln euro. Przeciętny koszt inwestycyjny pojedynczych projektów PPP wynosi w gminach od 13 do 16 mln euro. PPP cieszy się coraz większą popularnością; wiele przedsięwzięć w tym modelu, szczególnie na szczeblu samorządowym, realizowanych jest w Czechach, Rumunii, Bułgarii, na Słowacji i Węgrzech.

Korzyści wynikające z PPP

Wieloletnie doświadczenia funkcjonowania współpracy w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego w innych państwach wskazują na najczęściej występujące korzyści dla podmiotów publicznych. Na pozytywne przejawy angażowania się administracji w przedsięwzięcia partnerskie z sektorem prywatnym uwagę zwróciła Komisja Europejska w swoich *Wytycznych*, dotyczących PPP. Komisja zachęca państwa członkowskie do rozwoju PPP, jednocześnie wskazując zasadnicze korzyści dla podmiotów publicznych, jakie powinni zagwarantować partnerzy prywatni w ramach umów PPP, tj. zapewnienie dodatkowego kapitału; zapewnienie alternatywnych umiejętności w zakresie zarządzania i wdrażania; zapewnienie wartości dodanej konsumentowi i ogółowi społeczeństwa; zapewnienie lepszego określenia potrzeb i optymalnego wykorzystania zasobów.

PPP, zdaniem Komisji, umożliwia realizację projektów w sytuacji ograniczonej dostępności kapitału publicznego, czyli zwiększenie tym samym zapotrzebowania na inwestycje, a także szybsze ich wdrożenie, bowiem obarczenie sektora prywatnego odpowiedzialnością za projekt i budowę, w połączeniu z płatnościami związanymi z dostępnością usług, stanowi istotne zachęty dla sektora prywatnego do przedstawienia projektów kapitałowych w krótszym terminie.

Ponadto, realizacja projektu w ramach PPP wiąże się z ograniczonymi kosztami całkowitymi – projekty PPP, które wymagają świadczenia usług w zakresie funkcjonowania i utrzymania, stanowią dla sektora prywatnego silne zachęty do minimalizacji kosztów przez cały okres trwania projektu, co jest z natury trudne do osiągnięcia w ramach ograniczeń tradycyjnego budżetowania sektora publicznego.

Ukształtowanie umowy w oparciu o PPP, to dla obu jej stron lepsza alokacja ryzyka – podstawową zasadą wszelkich PPP jest obarczenie ryzykiem strony, która ma największe możliwości w zakresie zarządzania nim przy jak najmniejszych kosztach. Celem jest raczej optymalizacja, a nie maksymalizacja przeniesienia ryzyka, aby zapewnić osiągnięcie jak największej wartości.

Kontrakt PPP wiąże się z lepszymi zachętami do wdrożenia – obarczenie wykonawcy z sektora prywatnego ryzykiem związanym z projektem powinno stanowić dla niego zachętę do poprawy w zakresie zarządzania i wdrażania danych projektów. Zgodnie z większością projektów PPP wykonawca z sektora prywatnego otrzymuje pełną należność wyłącznie w przypadku spełnienia norm wymaganych w sposób ciągły w odniesieniu do danej usługi.

Za zastosowaniem PPP przemawia lepsza jakość usługi – doświadczenie międzynarodowe pokazuje, że jakość usługi świadczonej w ramach PPP jest często lepsza niż jakość usługi w ramach tradycyjnego zamówienia publicznego. Może to wynikać z lepszej integracji usług z aktywami towarzyszącymi, oszczędności skali, innowacji w świadczeniu usług, lub z realizacji zachęt i kar uwzględnionych zwyczajowo w umowie PPP.

Efektem PPP jest także generowanie dodatkowych przychodów – sektor prywatny może mieć możliwość generowania dodatkowych przychodów od stron trzecich, ograniczając tym samym koszty wszelkich wymaganych subwencji ze strony sektora publicznego. Dodatkowy przychód może zostać wygenerowany przez wykorzystanie rezerwowych zdolności czy rozporządzeniem nadwyżką aktywów.

Kolejną, podkreślaną w *Wytycznych*, korzyścią z zastosowania PPP, jest zwiększenie zarządu publicznego – przez przeniesienie odpowiedzialności za świadczenie usług publicznych, urzędnicy administracji rządowej będą pełnili funkcje regulacyjne i zamiast codziennego zarządzania świadczeniem usług, skoncentrują się na ich planowaniu oraz monitorowaniu procesu ich wdrażania.

Ponadto, poprzez stworzenie konkurencji w zakresie usług publicznych, PPP umożliwiają porównanie usług publicznych z normami rynkowymi, aby zapewnić osiągnięcie jak najlepszej wartości pieniądza (value for money).

Kluczowe korzyści z PPP
realizacja projektów w sytuacji ograniczonej dostępności kapitału publicznego
ograniczone koszty całkowite projektu
lepsza alokacja ryzyka
zwiększona efektywność procesu wdrażania i zarządzania projektem
wyższa jakość usług publicznych
generowanie dodatkowych przychodów
poprawa działania administracji publicznej
wprowadzenie mechanizmów konkurencji w proces świadczenia usług publicznych

Niezależnie od wyżej wymienionych korzyści płynących z PPP, współpraca w tej formule otwiera perspektywę zarówno zabezpieczenia wkładu własnego strony publicznej w projekty współfinansowane przez Unię Europejską (co jest wyraźną intencją ustawodawcy, wyrażoną w art. 32 PartPublPrywU), jak również umożliwia całkowicie autonomiczną realizację inwestycji, często w całości przez partnera prywatnego. Udział partnerów prywatnych w realizacji zadań publicznych przez samorządy dotyczyć może małych i średnich projektów, jak również i tych największych. PPP umożliwia alternatywne finansowanie inwestycji związanych z przygotowaniem finałów piłkarskich mistrzostw Europy UEFA EURO 2012 (art. 34 PartPublPrywU). PPP istotnie odciążyć może budżety miast-organizatorów turnieju, gdzie potrzeby nowego kapitału będą największe. Spektrum zadań realizowanych z udziałem kapitału prywatnego jest bardzo szerokie. Właściwie każdy projekt, niezależnie od sektora (np. infrastruktura, energetyka, zdrowie, oświata, rewitalizacja i inne), o ile tylko daje inwestorowi szansę na stopę zwrotu z zainwestowanych środków, może być realizowany w tej formule. Dla przykładu, tylko w Wielkiej Brytanii w modelu PPP powstają nowe szkoły (ponad 800 w ciągu dziesięciu lat), szpitale (ponad 44 od roku 1997), więzienia (w 13 takich obiektach zbudowanych według formuły PPP przebywa ponad 10 proc. wszystkich osadzonych), drogi, linie kolejowe, odcinki londyńskiego metra, a także wiele budynków rządowych, m.in. Ambasada Brytyjska w Berlinie czy Ministerstwo Skarbu Państwa w Londynie. Do tych przykładów można dodać również niezliczone projekty z obszaru ochrony środowiska i gospodarki odpadami czy transportu publicznego.

Komisja Europejska jednocześnie wyraźnie podkreśla, że pomimo istnienia niektórych korzyści i możliwości skorzystania z nich, PPP nie należy uznawać za cudowny lek, ani złoty środek na poprawę infrastruktury i rozwoju w zakresie usług. Partnerstwo publiczno-prywatne należy traktować, jako jedno z wielu instrumentów, możliwych do zastosowania tylko w przypadku, gdy zezwala na to sytuacja i właściwości projektu oraz gdy wyraźne zalety i korzyści mogą być dowiedzione.

1.4. Zagrożenia związane z PPP

Powierzenie podmiotowi prywatnemu procesu świadczenia usług o charakterze publicznym, często z zakresu użyteczności publicznej, wiąże się z powstaniem szeregu ryzyk dla strony publicznej, zagrażających właściwemu wykonywaniu obowiązków władzy. Wśród najbardziej typowych zagrożeń związanych z realizacją przedsięwzięć w formule PPP wymienić można:

- **zagrożenia dla prawidłowości procesu świadczenia usług objętych partnerstwem**, to znaczy wszystkie nieprawidłowości pojawiające się w procesie świadczenia usług związane z urzeczywistnieniem się potencjalnego, nienależycie zneutralizowanego ryzyka występującego w ramach realizacji partnerstwa.
- **utrata kontroli nad procesem świadczenia usług**. Podział ryzyka, zysków i procesu decyzyjnego między partnerów jest istotą przedsięwzięć typu PPP. Partner prywatny, angażując się finansowo, zawsze będzie się domagać wpływu na proces świadczenia usług oraz ich wycenę. Kluczowe dla powodzenia całego partnerstwa jest precyzyjne określenie w ramach kontraktu PPP, kto faktycznie kontroluje jakość i cenę świadczonych w jego ramach usług. Ponieważ partner publiczny ponosi przed odbiorcami usługi odpowiedzialność za cały proces PPP, który jest jedynie formą sprawnego dostarczenia potrzebnych lokalnej społeczności dóbr, to na nim spoczywa ciężar zabezpieczenia interesu społecznego. PPP może wiązać się z przekazaniem partnerowi prywatnemu kontroli nad określeniem parametrów świadczonych usług, ram czasowych, w jakich są dostarczane (terminowość, rozkłady), czy w końcu wyceny ich wartości wpływającej m.in. na ustalanie cenników obowiązujących konsumentów. Podmiot publiczny powinien jednak w kontrakcie zapewnić sobie efektywne ścieżki nadzoru nad najważniejszymi decyzjami partnera prywatnego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której administracja nieprawidłowo wywiązuje się ze swojego podstawowego zadania, jakim jest nadzór nad działaniami zagrażającymi interesowi wspólnoty lokalnej.
- **zagrożenia dla prawidłowego funkcjonowania administracji publicznej**, czyli wszystkie nieprawidłowości pojawiające się zarówno w ramach funkcjonowania aparatu wykonawczego władz wdrażających PPP, jak i w ich zdolności do sprawnego realizowania własnej polityki, związane z urzeczywistnieniem się potencjalnego, nienależycie zneutralizowanego ryzyka występującego w ramach realizacji partnerstwa.
- **nadmierny wzrost opłat ponoszonych przez usługobiorców**. Tradycyjne formy świadczenia usług użyteczności publicznej nie zachęcają władz publicznych do uwzględniania w wycenie usług świadczonych wspólnocie lokalnej pełnych kosztów tej działalności. Już same formy organizacyjne gospodarki budżetowej sankcjonują ten stan rzeczy. Nawet w obrębie zakładów budżetowych (rozliczających się z lokalnym budżetem na zasadzie „netto" – samym wynikiem finansowym) nie prowadzi się wyceny kosztów własnych w sposób, w jaki dokonują tego firmy prywatne. Pomijanie faktycznych kosztów rzutujących na cenę usług żądaną przez operatora od konsumentów może w razie nagłego „urealnienia" tych opłat wywołać protesty społeczne, skierowane również wobec samej koncepcji partnerstwa.
- **niższa jakość usług świadczonych w ramach PPP**. Kolejnym niebezpieczeństwem, jakie nieść ze sobą może źle przygotowane partnerstwo, może być spadek jakości usług świadczonych przez operatora zależnego od partnera prywatnego. Także w tym przypadku kluczowe znaczenie będzie mieć staranne sformułowanie zapisów kontraktu ustanawiającego współpracę. Zbyt skromny poziom dochodu uzyskiwanego przez partnera publicznego może skłaniać go do nadmiernych cięć kosztów prowadzonej działalności. Brak nadzoru czy kar oraz zachęt finansowych do utrzymania jakości usług może skutkować spadkiem jakości świadczonych usług lub nadmiernym zużyciem infrastruktury pozbawionej na przykład należytej konserwacji. Podmiot publiczny powinien zatem w celu przeciwdziałania tego rodzaju niekorzystnym zjawiskom dążyć do ustanowienia w kontrakcie zasad

ewaluacji jakości usług świadczonych przez partnera prywatnego, dokładnie określając kryteria oceny. Nie mniej ważne jest również określenie obowiązków i nakładów związanych z prawidłową konserwacją infrastruktury służącej świadczeniu usług będących przedmiotem partnerstwa.

- **brak konkurencji**. Ważnym dobrodziejstwem wprowadzenia PPP jest możliwość wprowadzenia konkurencji w sektorach do tej pory objętych monopolem publicznym. Lokalna społeczność może nie doświadczyć powyższych dobrodziejstw płynących z urynkowienia sektora usług użyteczności publicznej, jeśli na rynku nie powstanie konkurencja – innymi słowy: monopol publiczny zostanie zastąpiony monopolem prywatnym. Dlatego jeśli nawet w kontrakcie władza zdecyduje się na pewne ustępstwa (lub nawet pomoc) wobec swego partnera, to nie powinna tracić z oczu sytuacji rynkowej konkurentów.
- **niedozwolona współpraca stron**. Preferencje handlowe i pomoc publiczna w ramach PPP są ważnym problemem, ponieważ dość często władze publiczne, poszukując partnera skłonnego przejąć od nich gros odpowiedzialności za jakąś działalność, skłonne są roztaczać przed potencjalnymi inwestorami wizje ich wyjątkowego statusu, niekiedy niezgodnego z regulacjami prawa konkurencji. Takie formy zachęty (jeśli w ogóle są zgodne z prawem) powinny być wykorzystane w miarę powściągliwie i w ostateczności. Zawsze powinny przybrać formę szczegółowych zapisów zabezpieczających możliwość ich wycofania w razie niezadowolenia z działań sektora prywatnego. Na pewno władze nie mogą pozwolić sobie lub partnerowi prywatnemu na kalkulowanie zakontraktowanych usług na poziomie wyższym niż zrobi to konkurencja (np. realizowane w ramach PPP kino na terenie podmiejskim nie może proponować biletów w cenie wyższej niż ma to miejsce w kinie znajdującym się w centrum regionu po wkalkulowaniu w to kosztów transportu i opieki nad dziećmi czy nawet – kosztów straconych zajęć).
- **zawirowania polityczne**. Dość istotną przeszkodą w realizacji przedsięwzięć typu PPP jest brak akceptacji takich rozwiązań. Może się zdarzyć, iż całkiem rozsądny plan może nie zostać wcielony na skutek sceptycznego nastawienia polityków obawiających się reakcji opinii publicznej. W przełamaniu złej atmosfery społecznej, pomóc może jedynie rzetelne informowanie wszystkich zainteresowanych o racjach przemawiających za zastosowaniem PPP. Jest to szczególne istotne w przypadku usług, które już są świadczone przez władzę publiczną w ramach tradycyjnych form gospodarki budżetowej. W tego typu przedsięwzięciach niepewność wśród konsumentów wzmocniona jest dodatkowo niepewnością pracowników i biurokracji, grup obawiających się pogorszenia swej pozycji zawodowej. Mechanizmy chroniące interes publiczny, szczególnie procedury nadzorcze i kontrolne, muszą mieć swą podstawę w odpowiednich zapisach kontraktu PPP. Szczególnie istotne jest szczegółowe uregulowanie procedur „awaryjnego" przejęcia funkcji powierzonych partnerowi prywatnemu, uruchamianych w wypadku nie wywiązywania się przez stronę prywatną z jej zobowiązań.

Pamiętaj!

Decyzja o zaangażowaniu kapitału prywatnego musi być naturalną konsekwencją dokonanych szacunków kosztów i potencjalnych ryzyk projektu (zasada *value for money*). Rozważając nawiązanie współpracy z sektorem prywatnym, władze powinny mieć na uwadze, iż PPP nie jest celem samym w sobie, ale jedynie metodą sprawniejszej realizacji celów publicznych. PPP nie jest ani jedynym, ani zawsze najlepszym rozwiązaniem. Każde przedsięwzięcie powinno być oceniane pod kątem konkretnych okoliczności. Jeśli władze trafnie podejmą decyzję co do tego, czy w ogóle dane przedsięwzięcie przeprowadzić we współpracy z partnerem prywatnym oraz odpowiednio dobiorą model tego typu współpracy, mogą liczyć na określone korzyści. Jeśli zadanie to nie zostanie właściwie wykonane korzyści z dobrego podziału ryzyk mogą przemienić się w swoje bliźniacze niebezpieczeństwa. Ewentualność zastosowania PPP nie powinna wykluczać innych możliwości, włącznie z tradycyjnymi zamówieniami publicznymi.

1.5. Geneza i rozwój instytucji PPP w Polsce i w prawie UE oraz źródła prawa

1.5.1. Geneza i ewolucja PPP w Europie

Finansowanie zadań publicznych przez kapitał prywatny ma swoje źródła już w starożytności. 2000 lat temu za transport poczty na obszarze cesarstwa rzymskiego, czyli *vehiculatio*, odpowiedzialny był cesarz, natomiast wspólnoty lokalne (*municipia*) za *stationes*, to znaczy stacje pocztowe. Na mocy umowy zawieranej w wyniku przetargu przez władze lokalne z zarządcami tych olbrzymich budynków pocztowych, powierzano tym ostatnim budowę takich obiektów, ich utrzymanie i prowadzenie przez okres pięciu lat – *lustrum* – zazwyczaj stosowany okres obowiązywania umów według prawa rzymskiego, często występujący w przypadku praw własności do nieruchomości, (co także obejmuje umowy typu *precaria*). Na umowach koncesyjnych opierała się nie tylko poczta cesarza Augusta; podobnie było w przypadku budowy portów, term, placów targowych a nawet dróg[13].

Pojęcie koncesji ma długą tradycję prawną i pochodzi z okresu poprzedzającego epokę państwa prawnego. Badający historię tej instytucji wskazują, że już w 1438 r. francuski szlachcic Luis de Bernam otrzymał koncesję rzeczną na pobieranie opłat za towary przewożone po Renie[14]. Innym, znanym literaturze przykładem koncesji tego typu jest koncesja, którą przyznano w roku 1792 we Francji braciom Perrier na dystrybucję wody na terenie Paryża[15]. Wkrótce we francuskiej praktyce prawnej ukształtowała się tzw. koncesja robót publicznych (*concession de travaux publics*). Jej definicję przypisuje się Delalleau. W swoim traktacie o koncesjonowaniu[16] stwierdził, że koncesja robót publicznych, to „umowa, w której jedna lub kilka osób zobowiązuje się względem administracji państwowej do tego, że wytworzy w interesie publicznym na własny koszt i własne ryzyko określone w niej urządzenia w zamian za równocześnie umówione świadczenie wzajemne w postaci uprawnień do pobierania opłat lub za inne finansowo użyteczne prawa"[17]. Wzniesione przez koncesjonariusza budowle i inne urządzenia pozostawały własnością państwa. W trybie koncesji robót publicznych najczęściej realizowano przedsięwzięcia komunikacyjne (ulice, trakty, kanały) oraz wznoszono budowle publiczne (bramy miejskie, mosty). Wynagrodzenie koncesjonariusza stanowiły opłaty pobierane przezeń bezpośrednio od użytkowników (tzw. *peages*). Czasem uzupełniająco stosowano metodę wynagradzania prywatnego inwestora przez państwo w ramach zawieranych odrębni umów[18].

Ze względu na okres ważności, rozróżniano koncesje wieczyste, długo- (25–50 lat) i krótkoterminowe (do 10 lat), na czas nieokreślony oraz specjalne[19].

W drugiej połowie XIX wieku nastąpił swoisty rozkwit polityki koncesjonowania usług infrastrukturalnych, obejmując zamożne kraje Europy Zachodniej i Środkowej. Również w Stanach Zjednoczonych na początku XIX w. koncesje cieszyły się dużą popularnością. Kontrakty koncesyjne wymiernie przyczyniły się do rozbudowy europejskiej sieci kolejowej. W Wielkiej Brytanii parlament, pod wpływem liberalnych idei gospodarczych, chętnie przyznawał przywileje prywatnym spółkom akcyjnym. W ten sposób do 1850 roku zbudowano ¼ całej sieci kolejowej. Sieć kolejowa w innych państwach europejskich, jak również w Stanach Zjednoczonych postawała w istotnej mierze w formule koncesyjnej.

---

[13] Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego *w sprawie roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) i wpływu PPP na wzrost*, ECO /143 PPP, Bruksela 2005.

[14] D.R. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Wyd. Temida 2, Białystok 2000, s. 35.

[15] K. Brzozowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Przesłanki, możliwości, bariery*, Wydawnictwo CeDeWu.PL, Warszawa 2006, s. 10.

[16] por. Delalleau, *Des droit et des obligationis des concessionaires de travaux publics*, Revere de legislation et de jurispridence, Paryż 1834, t. 1, s. 183.

[17] D.R. Kijowski, *op. cit.*, s. 35.

[18] tamże, s. 35.

[19] A. Szablewski, *Instytucja koncesjonowania w sferze infrastrukturalnej*, Samorząd Terytorialny 1993, Nr 3, s. 11.

Rozwój PPP przerwał wzrost interwencjonizmu państwowego, narastający z końcem XIX w. Zaspokojenie potrzeb w zakresie podstawowej infrastruktury doprowadziło do zredukowania do minimum przyznawania koncesji podmiotom prywatnym. Od końca XIX wieku do 1970 roku, wydatki na nową infrastrukturę były finansowane w krajach uprzemysłowionych ze środków budżetowych oraz z pożyczek państwowych.

Negatywny trend dla PPP zaczął się odwracać w latach 70-tych XX wieku. Powodowane to było niedoborami fiskalnymi w finansowaniu prac i inwestycji publicznych. Zaczęto zmieniać politykę odnośnie utrzymania i finansowania infrastruktury na rzecz włączania podmiotów prywatnych. U podłoża decyzji leżało zwiększenie efektywności zarządzania obiektami, ustanowienie kontroli nad kosztami świadczenia usług, zmniejszenie podatności na wpływy polityczne. Mimo odmiennych uwarunkowań wewnętrznych w każdym kraju, zakres finansowania infrastruktury przebiega według schematu sektor publiczny – sektor prywatny.

W roku 1992 w Wielkiej Brytanii zaczęto wdrażać szeroko zakrojony program rządowy *Private Finance Initiative* (*PFI*), który miał obejmować przedsiębiorstwa pozostające własnością państwa. W ramach *PFI* sektor publiczny stawał się nabywcą usług świadczonych przez przedsiębiorcę, ten drugi natomiast zapewniał aktywa trwałe niezbędne do ich świadczenia. Jednym z wiodących modeli zarządzania i rozbudowy infrastruktury w ramach *PFI* stały się kontrakty koncesyjne, polegające na przekazaniu podmiotowi prywatnemu obowiązku zrealizowania inwestycji infrastrukturalnej lub świadczenia usług o charakterze publicznym wraz z jednoczesnym transferem określonego ryzyka na tego przedsiębiorcę. W zamian za to inwestor uzyskiwał czasowe (z reguły 15–30-letnie) prawo eksploatacji obiektu lub usługi z możliwością pobierania opłat od zewnętrznych użytkowników lub jednoczesnej dopłaty z budżetu jednostki publicznej. Największe projekty zrealizowane w tym schemacie, to Eurotunel, Second Severn Crossing i Channel Tunel Rail Link. W ramach programu *PFI* z powodzeniem realizuje się zadania w takich dziedzinach, jak drogi, metro, więziennictwo, obrona narodowa, ochrona zdrowia, pomieszczenia dla administracji i komputeryzacja.

We Francji popularnym modelem nawiązywania współpracy pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym stała się w latach 90-tych instytucja *delegation de service public*. Model ten cechuje się pozyskiwaniem wpływów z opłat użytkowników (możliwe są wszak płatności obciążające jednostkę publiczną). Można wyróżnić dwa najpopularniejsze typy delegations, posiadające zresztą najdłuższą tradycję stosowania: *concession de travaux et de service*, charakteryzujący się tym, że przedsiębiorca, który uzyska koncesję, zbuduje i sfinansuje inwestycję, w zamian za prawo do eksploatacji i pobierania opłat od użytkowników oraz *concession de services*, w ramach którego przedsiębiorca eksploatuje istniejący już obiekt, utrzymuje go i finansuje naprawy, uzyskując przychody ze świadczonych usług. Termin koncesji jest z góry określony, a po jego upływie przedmiot umowy zwracany jest jednostce publicznej.

Koncesje weszły stopniowo do porządków prawnych innych państw Unii Europejskiej. Najczęściej powielano model brytyjski lub francuski. Dziś kontrakty koncesyjne na budowę i zarządzanie infrastrukturą w takich krajach, jak Niemcy, Włochy, Hiszpania, Portugalia, Holandia, państwa skandynawskie, Irlandia, Grecja, Czechy, Bułgaria, Rumunia, Węgry sięgają setek milionów euro. Przykłady takich inwestycji, to m.in. rozbudowa systemu wodno-kanalizacyjnego w Rostocku, tunel pod rzeką Warnow w tym samym mieście, budowa i eksploatacji sieci kolejowej TAV we Włoszech, sieć szybkiej kolei Amsterdam–Bruksela–Paryż (HSL-Sud) czy program autostrad płatnych w Hiszpanii.

Doniosłość kontraktów koncesyjnych dostrzegła w końcu Unia Europejska, podejmując próbę harmonizacji systemów prawnych państw członkowskich w zakresie udzielania i wykonywania koncesji. W rozumieniu prawa unijnego, koncesja uznana została za szczególną formę zamówienia publicznego i jako taka jest stosowana we wszystkich państwach członkowskich UE.

1.5.2. Unijne źródła prawa w zakresie PPP

W obszarze prawnym Unii Europejskiej partnerstwo publiczno-prywatne regulowane jest jedynie tzw. „prawem miękkim". Pomimo zachęt Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Parlamentu Europejskiego Komisja Europejska nie zdecydowała się na harmonizację przepisów w tym zakresie, przyjmując jednakże szereg dokumentów o charakterze kierunkowym. Wśród najistotniejszych wymienić należy wydane w 2003 r. *Wytyczne*[20] oraz opracowaną w 2004 r. *Zieloną Księgę PPP*[21]. Intencją autorów Wytycznych było wyjaśnienie, w jaki sposób PPP może wkomponować się w system pomocy udzielanej przez Komisję Europejską. Wytyczne nade wszystko wskazują podstawowe problemy i kierunki przyszłych rozwiązań prawnych, ułatwiających podmiotom gospodarczym z całego obszaru UE dostęp do świadczenia usług użyteczności publicznej w sposób zapewniający poszanowanie swobód konkurencji, wynikających z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dawniej Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Jednocześnie stanowią *sui generis* poradnik dla pomiotów publicznych dotyczący tego, jak zawierać i wykonywać kontrakty w modelu PPP. *Zielona Księga PPP* jest dokumentem ilustrującym przebieg i wynik debaty organów UE w sprawie zastosowania prawa unijnego w zakresie zamówień publicznych oraz koncesji w zjawisku PPP. Zielona Księga ma na celu ukazanie, które zasady unijne są stosowalne na etapie wyboru partnera prywatnego i na etapach następnych. W kontekście powyższych dwóch dokumentów należy wspomnieć również o wydanym przez Komisję w 2008 roku *Komunikacie*[22], który wyjaśnia problemy prawne związane ze stosowaniem przepisów zamówieniowych odnośnie zawiązywania zinstytucjonalizowanego PPP (spółki o kapitale mieszanym). Warto w tym miejscu wspomnieć również Komunikat z 24 kwietnia 2000 r., dotyczący zasad stosowania koncesji na gruncie prawa unijnego[23]. Komunikat wyjaśnia zasady zawierania umów koncesji, w szczególności opisuje tryb wyboru koncesjonariusza.

Wyżej wymienione opracowania wyraźnie wskazują, że przedmiotem zainteresowania prawnego Komisji Europejskiej odnośnie PPP jest zapewnienie jak największej konkurencji, otwartości i jawności procedur w dostępie do tego rynku dla wszystkich zainteresowanych podmiotów. Dlatego Komisja postuluje jak najszersze stosowanie procedur zamówieniowych i koncesyjnych. Niebagatelne znaczenie dla prawno-unijnego umocowania PPP ma również orzecznictwo ETS, które wyraźnie nakreśla wymogi proceduralne odnośnie powstawania partnerstwa publiczno-prywatnego.

1.5.3. Unijne źródła prawa w zakresie koncesji

W przeciwieństwie do PPP koncesje są instytucją dobrze znaną prawu UE. Początków prawnego umocowania w ustawodawstwie europejskim instytucji koncesji na roboty budowlane doszukać się można w pierwszych aktach harmonizujących wspólny rynek zamówień publicznych. Wraz z przyjęciem dyrektywy 89/440/EWG z 18 lipca 1989 r., nowelizującej dyrektywę 71/305/EWG z 26 lipca 1971 r. koordynującą krajowe procedury udzielania zamówień na roboty budowlane, regulacją unijnego objęto kontrakty, zwane koncesjami. Jednak dopiero z wejściem w życie nowej dyrektywy 93/37/EWG z 14 czerwca 1993 r., dotyczącej zamówień na roboty budowlane, koncesja doczekała się istotnego zakresu harmonizacji, zwłaszcza

---

[20] *Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*, Komisja Europejska, Bruksela 2003, (EC (2003).

[21] zob. Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, COM (2004) 327, Bruksela 2004.

[22] Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego PPP (ZPPP), COM (2007) 6661, Bruksela 2008.

[23] *Commission interpretative communication on concessions under Community Law*, Dz. Urz. UE C 121/02, Bruksela 2000.

w odniesieniu do procedury dotyczącej ogłoszeń. ustawodawca unijny w art. 1 lit. d) dyrektywy zdefiniował koncesję na roboty budowlane, jako zamówienie publiczne na roboty budowlane z tą różnicą, że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością[24].

Szerszej harmonizacji na gruncie prawa UE instytucja koncesji budowlanej doczekała się w ramach tzw. klasycznej dyrektywy zamówieniowej (Dyrektywa2004/18). Dyrektywa reguluje instytucję koncesji na roboty budowlane[25], w szczególności w zakresie kluczowych elementów postępowania w sprawie wyboru koncesjonariusza (m.in. zasady publikacji ogłoszeń, terminy składania wniosków o udział w postępowaniu) i tylko w odniesieniu do „dużych koncesji" (w przypadku których wartość związanych z nimi robót budowlanych wynosi co najmniej 4 845 000 euro). W pozostałym zakresie Dyrektywa 2004/18 pozostawia państwom członkowskim względną swobodę regulacyjną, ograniczoną wszakże zasadami wynikającymi z art. 49 i 56 TFUE, dawniej art. 43 i 49 TWE, tj. niedyskryminacji, przejrzystości, równego traktowania, wzajemnego uznania oraz proporcjonalności, a także orzecznictwem ETS[26].

Koncesja na usługi została w prawie unijnym jedynie zdefiniowana[27] i wprost z zakresu regulacji Dyrektywy 2004/18 wyłączona. Również do niej zastosowanie będę miały ogólne zasady prawa unijnego oraz bogaty dorobek orzeczniczy Trybunału Sprawiedliwości.

Oba modele koncesji były powszechnie stosowane w państwach europejskich na długo zanim objęto je harmonizacją. Opierają się na znanych z prawa francuskiego instytucjach *delegation de service public oraz concession de travaux et de service*.

1.5.4. Geneza i ewolucja PPP w Polsce

Geneza publiczno-prywatnej współpracy w sektorze infrastrukturalnym na terytorium Polski sięga czasów rozbiorów. W trybie koncesji budowano najważniejsze magistrale kolejowe. W zaborze rosyjskim pierwsza zbudowana linia połączyła w 1848 roku Warszawę z Wiedniem. Inna bardzo ważna linia, ukończona w drugiej połowie XIX wieku, połączyła Warszawę z Petersburgiem i Warszawę z Moskwą[28]. Rozbudowę sieci na tym obszarze dynamizowała konkurencja dwóch wielkich inwestorów kolejowych: Leopolda Kronenberga i Jana Blocha. Przy uzyskiwaniu koncesji na budowę drogi nadwiślańskiej Kronenberg zwyciężył Blocha, natomiast w walce o koncesję na budowę kolei brzesko-kijowskiej ten ostatni wziął górę nad Kronenbergiem. To właśnie w Królestwie Kongresowym kapitał prywatny najdłużej przetrwał w kolejnictwie. Jednak pod koniec XIX wieku rząd rosyjski przestał odnawiać koncesje na eksploatację kolei. Wkrótce nastąpiła intensywna nacjonalizacja. W zaborze pruskim linie kolejowe łączące miasta Śląska były budowane przez prywatne spółki. Jednakże do końca XIX wieku niemal wszystkie

---

[24] Art. 1 lit. d) Dyrektywy Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej *koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane*.

[25] W świetle art. 1 ust. 3 Dyrektywy, koncesja na roboty budowlane oznacza umowę tego samego rodzaju, jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością.

[26] por. orzeczenia ETS: sprawa C-324/98 *Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG*, wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r., sprawa C-358/00 *Buchhändler–Vereinigung GmbH v. Saur GmbH & Co. KG, Die Deutsche Bibliothek*, z dnia 30 maja 2002 r., sprawa C-458/08 *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG* z 1 marca 2005 r., sprawa C-382/05 *Komisja WE v. Rep. Włoska z dnia 18 lipca 2007 r., sprawa C–231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti* z dnia 21 lipca 2005 r. i inne.

[27] W świetle art. 1 ust. 4 Dyrektywy 2004/18, koncesja na usługi umowę tego samego rodzaju, co zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z zapłatą.

[28] K. Brzozowska, *op. cit.,* s. 16.

koleje znalazły się w administrowaniu państwa. Na obszarze zaboru austriackiego w latach 50. własność kolei przeszła w ręce kapitału prywatnego. Stan taki trwał do 1890 roku, kiedy rząd przystąpił do nacjonalizacji kolejnictwa.

Po odzyskaniu niepodległości władze polskie również starały się zainteresować rozwojem linii lokalnych kapitał prywatny i samorządy. Oparto się na ustawie z dnia 14.10.1921 roku o *udzielaniu koncesji na koleje żelazne prywatne*[29], normującej stosunki Skarbu Państwa z przyszłymi właścicielami. Niestety, głównie z powodu braku rodzimego kapitału prywatnego, koncesje nie cieszyły się dużym zainteresowaniem.

Po drugiej wojnie światowej i przez cały okres Polski Ludowej inwestycje infrastrukturalne finansowane były wyłącznie ze środków budżetowych. Do rewolucyjnej zmiany w podejściu do angażowania środków prywatnych w świadczenie usług o charakterze publicznym doszło wraz z transformacją ustrojową w początku lat 90-tych XX w.

Pierwszym aktem prawnym, regulującym stosunki prawne tego typu jest ustawa z dnia 27 października 1994 roku o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym – AutostrPłatU. Ustawa określa między innymi warunki przygotowania oraz finansowania budowy, zasady przeprowadzania postępowania przetargowego na budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrad płatnych oraz zasady zawierania związanych z tym umów. W oparciu o jej przepisy budowane i eksploatowane są obecnie trzy autostrady prywatne: A1, A2 i A4.

Istotnym motorem współpracy międzysektorowej stała się reforma samorządowa. Wyposażone w osobowość prawną JST zaczęły śmiało dopuszczać kapitał prywatny do realizacji zadań o charakterze publicznym, zwłaszcza w sektorze użyteczności publicznej. Jednym z najbardziej doniosłych przykładów tego typu współpracy jest powstała w 1992 roku spółka Saur Neptun Gdańsk S.A. Była ona pierwszą w Polsce spółką *joint venture* świadczącą usługi wodociągowo-kanalizacyjne i obsługującą około 500 tys. mieszkańców z terenu Gdańska, Sopotu i gmin ościennych. W ślad za tym przykładem w wielu samorządach kapitał prywatny zaangażował się w gospodarkę odpadami, komunikację miejską, a nawet w energetykę. W oparciu o przepisy PrZamPubl z 2004 r. zrealizowano pierwszą w Polsce umowę koncesji budowlanej: na budowę i eksploatację wielostanowiskowego parkingu podziemnego w Krakowie, a także opracowano szereg projektów do realizacji w tej formule (np. stadiony miejskie w Łodzi, Chorzowie i Warszawie).

1.5.5. Krajowe źródła prawa w zakresie PPP

W ramach polskiego ustawodawstwa instytucja PPP w 2005 r. doczekała się własnej, odrębnej regulacji. PartPublPrywU2005 roku nie cieszyła się jednak zainteresowaniem zamawiających, którzy w zamiarze realizacji przedsięwzięć międzysektorowych częściej sięgali po inne rozwiązania prawne: koncesję na roboty budowlane, instytucję spółki komunalnej z udziałem kapitału prywatnego, zamówienia publiczne finansowane z oszczędności z przedmiotu zamówienia (kontrakty ESCO) lub umowy najmu/dzierżawy nieruchomości podmiotom prywatnym z przeznaczeniem na realizację usługi o charakterze publicznym. Wynikało to również z niespójności systemowej w zakresie interpretacji pojęcia partnerstwa publiczno-prywatnego. Jakkolwiek PartPublPrywU2005 próbowała zakreślić wyczerpującą definicję PPP w rozumieniu jej przepisów (de iure, niemal cała ustawa była definicją PPP), to jednocześnie prawne formy współpracy podmiotów publicznych i partnerów prywatnych regulowane były innymi aktami normatywnymi w ramach: Prawa zamówień publicznych, ustawy o gospodarce komunalnej i ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. W celu uproszczenia posługiwania się terminem PPP na płaszczyźnie prawnej w doktrynie zarysowało się pojęcie „PPP *sensu stricto*", rozumiane zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 2 PartPublPrywU2005, oraz pojęcie „PPP *sensu largo*", odnoszące się do form współpracy opartych o inne ustawy.

---

[29] Dz. U. z 1921 r. Nr 88, poz. 646.

Podstawę formalno-prawną do nawiązywania współpracy międzysektorowej stanowi obecnie PartPublPrywU z 19 grudnia 2008 r. Wśród kluczowych zmian nowej ustawy w stosunku do starej wymienić należy:

- bardziej ramowy, ogólny charakter ustawy;
- wprowadzenie bardziej ogólnej, oderwanej od celu publicznego, definicji przedsięwzięcia (PPP nie musi już *służyć realizacji zadania publicznego*);
- rezygnacja z narzucania przedmiotu partnerstwa;
- rezygnacja ze szczegółowego określania zakresu i treści umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym;
- zmniejszenie obowiązków podmiotu publicznego (brak wymogu obligatoryjnych analiz);
- podmiot publiczny będzie uprawniony do bieżącej kontroli wykonywania zadań realizowanych w ramach partnerstwa;
- złagodzenie przepisów dotyczących wymogu uzyskania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych na zawarcie umowy o PPP;
- zalegalizowanie finansowania przedsięwzięć ze środków unijnych;
- poszerzenie katalogu podmiotów publicznych;
- wprowadzono obowiązek określenia skutków nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Czy możliwe jest PPP w oparciu o inną podstawę prawną, bądź na zasadzie swobody umów?

Ustawodawca zdefiniował partnerstwo publiczno-prywatne w sposób odmienny od definicji funkcjonującej w PartPublPrywU2005 (szerzej nt. definicji PPP w rozdziale 2). Wyjaśniona została niejasność, co do obowiązku stosowania PartPublPrywU w każdym przypadku, gdy mamy do czynienia z przedsięwzięciem mającym cechy kontraktu PPP. Zawsze, kiedy struktura danego projektu cechować się będzie podziałem zadań i ryzyk między strony kontraktu, przy czym podmiot prywatny zobligowany będzie sfinansować lub współfinansować jego realizację, a także w okresie jego trwania ciążyć będzie na niej obowiązek zarządzania składnikiem majątkowym, będącym własnością publiczną (czyli spełnione będą przesłanki definiujące partnerstwo publiczno-prywatne w myśl PartPublPrywU – patrz art. 1 oraz art. 7 ust. 1), to zaktualizuje się wymóg zastosowania przepisów PartPublPrywU. **Realizacja przedsięwzięcia odpowiadającego definicji ustawowej partnerstwa publiczno-prywatnego zawsze musi podlegać reżimowi PartPublPrywU**[30]. Uzasadnieniem sformułowania takiego wymogu przez ustawodawcę jest przede wszystkim chęć zapewnienia przejrzystości, a także konkurencyjnego i równego dostępu do realizacji kontraktu wszystkim potencjalnie zainteresowanym wykonawcom, co na gruncie formalnym materializuje się objęciem procedury wyboru partnera przepisami PrZamPubl i KoncRobBudU.

W tym miejscu należy przytoczyć art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43, z późn. zm.), zgodnie z którym jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych, w trybie przepisów o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi, przepisów o zamówieniach publicznych i przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie albo na zasadach ogólnych. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że powierzanie realizacji zadań publicznych przez JST podmiotowi prywatnemu może odbywać się w różnych formach. Każda z wymienionych podstaw prawnych gwarantuje konkurencyjne i otwarte procedury wyboru wykonawcy. Jeżeli w zakresie powierzenia wykonania zadania relacje stron umowy przypominać będą typ koncesji, wówczas zastosowanie

[30] por. M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *op. cit.*, s. 15.

znajdą przepisy KoncRobBudU. Jeżeli dodatkowo na stronie prywatnej ciążyć będzie piecza nad składnikiem majątkowym, a także szereg ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięcia, właściwe będzie zastosowanie PartPublPrywU (zależnie od formy wynagrodzenia wykonawcy, w koniunkcji z KoncRobBudU lub PrZamPubl). Jeżeli całość lub przeważająca część wynagrodzenia podmiotu, któremu powierzono realizację zadań z zakresu gospodarki komunalnej pochodzić będzie z zapłaty zamawiającego, a wykonawca nie przejmie na siebie ryzyk oraz pieczy nad składnikiem majątkowym, będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym. W innym przypadku, szczególnie w odniesieniu do realizacji zadania przez organizację pozarządową na zasadach *non profit*, zastosowanie znajdą przepisy ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (Dz. U. z 2003 r, Nr 96, poz. 873 z późn. zm.). Gdy w danym przypadku zastosowania nie znajdzie żadna z powyższych podstaw prawnych, wykonanie zadania z zakresu gospodarki komunalnej JST będzie mogła zlecić na zasadach ogólnych, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, w sposób gwarantujący wykonanie zadania w sposób efektywny, oszczędny i terminowy. **Oznacza to, że powierzanie realizacji zadań z zakresu gospodarki komunalnej może, ale nie wymusza zastosowania PartPublPrywU, o ile charakter współpracy stron nie będzie za tym przemawiał**. Jednakże przepisy PartPublPrywU wymuszają zastosowanie tej ustawy, gdy specyfika współpracy stron o tym przesądza, co oznacza, że JST będzie zobligowana (pomimo że gramatyczna wykładnia art. 3 ust. 1 na to wprost nie wskazuje) stosować przepisy PartPublPrywU przy powierzaniu wykonania zadań z zakresu gospodarki komunalnej partnerowi prywatnemu, jeżeli specyfika współpracy stron odpowiadać będzie wzorcowi normatywnemu określonemu w PartPublPrywU.

Wobec powyższego, innego rodzaju współpraca stron, niż opisana w PartPublPrywU (tj. niemieszcząca się w definicji partnerstwa publiczno-prywatnego z art. 1 ust. 2 oraz art. 7 tej ustawy), ale posiadająca cechy powierzenia wykonywania zadania publicznego stronie prywatnej oraz przewidująca wykorzystanie przez nią majątku publicznego (np. nieruchomości, przedsiębiorstwa), np. w oparciu o ustawę o gospodarce nieruchomościami, ustawę o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, PrZamPubl, lub przepisy Kodeksu cywilnego **będzie dopuszczalna**. **Warunkiem umożliwiającym skorzystanie z tych form współpracy będzie zastosowanie otwartego i konkurencyjnego trybu wyboru wykonawcy (w oparciu o PrZamPubl lub KoncRobBudU)**.

W sytuacji, gdy zastosowanie PrZamPubl lub KoncRobBudU do wyboru partnera prywatnego zostało przez ustawodawcę wprost wyłączone, wyboru partnera należy dokonać przy zastosowaniu zasad określonych w art. 4 ust. 3 PartPublPrywU. Oznacza to, że w każdym przypadku współpracy międzysektorowej, gdzie wybór partnera, czy też powierzenie mu wykonania określonych zadań, został wprost wyłączony z reżimu KoncRobBudU albo PrZamPubl, lub gdy określony przypadek nie mieści w ustawowej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego bądź koncesji, wówczas wybór partnera prywatnego (niezależnie od tego, czy chodzi o wybór wykonawcy, wspólnika do spółki mieszanej, czy też powierzenie wykonania jakiegoś zadania publicznego) powinien zostać dokonany w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów PartPublPrywU.

1.5.6. Krajowe źródła prawa w zakresie koncesji

Zawieranie umów o charakterze partnerstwa publiczno-prywatnego reguluje w szczególności KoncRobBudU. Ustawa określa zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej (art. 1 ust. 1). Decyzją ustawodawcy koncesja budowlana została wyłączona z prawa zamówień publicznych do odrębnego aktu (art. 35 pkt 3 KoncRobBudU). Przepisy PrZamPubl będę miały zastosowanie do koncesji jedynie w bardzo wąskim zakresie.

Koncesje w rozumieniu KoncRobBudU są umowami nazwanymi (ich wzorzec normatywny jest wyraźnie określony w KoncRobBudU) i odpłatnymi z zakresu prawa prywatnego.

W zakresie nieuregulowanym ustawą koncesyjną, do czynności podejmowanych w toku procedury wyboru koncesjonariusza, jak również na etapie kształtowania treści stosunku prawnego, zastosowanie będą miały przepisy Kodeksu cywilnego (art. 5 KoncRobBudU). Należy je zatem wyraźnie odróżnić od koncesji o charakterze publiczno-prawnym, uregulowanych w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Niespójność znaczeniowa wynika z ugruntowania w polskiej doktrynie prawa administracyjnego pojęcia koncesji rozumianej, jako swoisty akt prawny reglamentacji działalności gospodarczej, dotychczas podlegającej wyłącznemu władztwu publicznemu. Cechą kardynalną koncesji w znaczeniu ustawy koncesyjnej jest natomiast całkowicie kontraktowy charakter.

Koncesja na roboty budowlane, a także koncesja na usługi, to specyficzne instytucje z zakresu zamówień publicznych. Cechą odróżniającą koncesje od „klasycznych" zamówień jest forma wynagrodzenia wykonawcy, zwanego koncesjonariuszem, polegająca na możliwości eksploatacji (w tym pobierania pożytków) efektu wykonanych robót budowlanych lub wykonywania świadczonych usług, w tym pobierania pożytków. Dopuszczalna jest przy tym płatność ze strony zamawiającego, jednakże tylko i wyłącznie w zakresie nie przenoszącym z koncesjonariusza ryzyka ekonomicznego wykonywania przedmiotu koncesji.

Jak to zostało wyżej wskazane, koncesja jest jedną z dwóch form PPP (PPP, jako koncesji i PPP, jako zamówienia publicznego). Jednocześnie umowy koncesyjne mogą funkcjonować w obrocie gospodarczym niezależnie od modelu PPP (tj. opartego o PartPublPrywU). Od standardowego partnerstwa publiczno-prywatnego, mieszczącego się w definicji opisanej w PartPublPrywU, koncesję, jako samoistną podstawę współpracy stron, odróżnia szereg specyficznych rozwiązań:

Różnice między koncesją a PPP	
koncesja	**PPP**
Wynagrodzenie koncesjonariusza, co do zasady, pochodzi z opłat od użytkowników przedmiotu umowy.	Wynagrodzenie partnera prywatnego może w całości pochodzić z budżetu publicznego.
Zasadnicza część ryzyka ekonomicznego realizacji przedsięwzięcia spoczywać musi po stronie koncesjonariusza.	Strony mogą dowolnie rozłożyć różne kategorie ryzyk.
Zobowiązanie koncesjonariusza obejmuje: zaprojektowanie, wybudowanie, finansowanie i eksploatację (koncesja na roboty budowlane) lub tylko finansowanie i eksploatację (koncesja na usługi) przedmiotu koncesji	Zobowiązania stron umowy PPP podlegają względnie szerokiej swobodzie umów.
Środki majątkowe przeznaczone przez koncesjodawcę do dyspozycji koncesjonariusza (poza wynagrodzeniem), a także wniesione przezeń nakłady na przedmiot koncesji w trakcie umowy i po jej rozwiązaniu pozostają własnością koncesjodawcy (koncesjonariusz jedynie „eksploatuje" przedmiot koncesji).	Po wygaśnięciu umowy składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia (niezależnie od tego, kto był jego pierwotnym dysponentem), co do zasady, przekazywany jest podmiotowi publicznemu. Partner prywatny zachowuje prawo do zwrotu równowartości wniesionego składnika majątkowego, dysponuje również prawem pierwokupu nieruchomości będącej wkładem własnym do umowy, a także prawem odkupu (w przypadku nieruchomości). Umowa o PPP może jednak przewidywać inaczej (np. przekazanie składnika majątkowego innemu podmiotowi publicznemu lub partnerowi prywatnemu).

Strony umowy nie zawiązują umowy spółki.	W celu wykonania umowy strony mogą zawiązać spółkę o kapitale mieszanym.
Zawarcie umowy koncesji nie wymaga dodatkowej zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych lub innych organów administracji rządowej.	Zawarcie niektórych umów o PPP wymaga uzyskania zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych.

Jeżeli struktura przedsięwzięcia międzysektorowego zakłada realizację przez wykonawcę za wynagrodzeniem robót budowlanych i eksploatację ich efektu, lub tylko świadczenie usług w oparciu o składnik majątkowy będący własnością publiczną, przy czym wynagrodzenie wykonawcy pochodzić będzie całkowicie lub przeważającej mierze z opłat od użytkowników (korzystających z danej usługi publicznej), jak również wykonawca ponosił będzie ryzyko niepowodzenia inwestycji (nieosiągnięcia zamierzonej stopy zwrotu, fluktuacji rynkowych), to będzie można mówić o koncesji. Oznacza to, że do wyboru koncesjonariusza, jak również ustalenia zakresu zobowiązań umownych zastosowanie każdorazowo będzie miała KoncRobBudU.

Jeżeli kształt współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego polega jedynie na przeniesieniu składnika majątkowego, bez wyraźnego podziału zadań i ryzyk, bądź tylko na podziale zadań, lub cel umowy nie wynika wprost z ciążącego na podmiocie publicznym zadania ustawowego (tj. przede wszystkim ma charakter głównie komercyjny), wówczas wybór kontrahenta nie będzie podlegał formalizmowi przepisów koncesyjnych i zamówieniowych. Podmiot publiczny dokona zatem wyboru najkorzystniejszej oferty według samodzielnie ustalonych zasad, z zastrzeżeniem art. 4 ust. 3 PartPublPrywU.

II. Definicje z zakresu PPP i koncesji

2.1. Partnerstwo publiczno-prywatne, jako wspólna realizacja przedsięwzięcia

Partnerstwo publiczno-prywatnym zostało zdefiniowane w PartPublPrywU w sposób otwarty, poprzez wskazanie podstawowych cech umowy tego typu. Zgodnie z art. 1 ust. 2 PartPublPrywU, przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Definicję PPP rozwija art. 7 ust. 1 PartPublPrywU wskazując, że przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego.

W umowie o PPP świadczenie partnera prywatnego obejmować będzie: realizację przedsięwzięcia oraz poniesienie całości albo części wydatków na jego realizację lub poniesienie ich przez osobę trzecią. Świadczenie podmiotu publicznego obejmować będzie: współdziałanie z partnerem prywatnym w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego oraz zapłatę wynagrodzenia partnera prywatnego.

Partnerstwo publiczno-prywatne od klasycznego zamówienia publicznego odróżniać będzie **wspólna** realizacja zadania przez obie strony umowy. Współpraca nie ogranicza się wyłącznie do nabycia usługi, dostaw lub robót budowlanych w zamian za ustaloną zapłatę, jak w zwykłym zamówieniu publicznym.

Partnerstwo publiczno-prywatne to:

- wspólna realizacja przedsięwzięcia,
- oparta na podziale zadań
- i ryzyk
- pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

Pojęcie „wspólności" wymusza zaangażowanie strony publicznej w proces świadczenia usługi, będącej przedmiotem PPP. Zakres tego zaangażowania obejmował będzie przejęcie przez stronę publiczną części zadań oraz ryzyk, a także współdziałanie w osiągnięciu celu przedsięwzięcia. Współdziałanie polegać będzie co najmniej na wniesieniu wkładu własnego do inwestycji. Z punktu widzenia PartPublPrywU o partnerstwie będzie można powiedzieć, gdy zamawiający weźmie na siebie część zadań, ryzyk oraz wniesie wkład własny.

2.1.1. Podział zadań

W ramach kontraktu PPP strony dzielą się zadaniami. Ustawodawca nie reguluje jednak szczegółowego podziału zadań. Ustawa nie zawiera również definicji „zadania". Językowa wykładnia pojęcia „zadanie" w omawianym kontekście wskazuje na czynności organizacyjne i prawne, których cały szereg składa się na realizację przedsięwzięcia. Zadaniem będzie np. opracowanie projektu, wykonanie robót budowlanych, utrzymanie i zarządzanie składnikami majątkowymi, jak również uzyskanie niezbędnych koncesji i pozwoleń. Cały zakres zadań, czy też różnego rodzaju czynności, które należy zrealizować w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, powinien zostać optymalnie rozdzielony. Podział zadań i ryzyk powinien zostać dokonany w sposób uwzględniający najlepsze predyspozycje każdej ze stron do przejęcia określonych funkcji. W zakresie współdziałania podmiot publiczny może przejąć na siebie szereg zadań natury formalno-organizacyjnej (np. opracowanie projektu, uzyskanie warunków zabudowy terenu, pozwolenia na budowę, a także innych niezbędnych zezwoleń i pozwoleń). Najważniejszą i najczęstszą w praktyce formą udziału podmiotu publicznego będzie jednak wniesienie wkładu własnego.

2.1.2. Podział ryzyk

Kluczowym elementem definiującym partnerstwo publiczno-prywatne jest podział ryzyk pomiędzy strony umowy. PartPublPrywU nie precyzuje, co to jest ryzyko, ani nie wprowadza kategorii ryzyka. W ustawie brak formalnego obowiązku przeprowadzania analizy ryzyk przedsięwzięcia. PartPublPrywU2005 wprost stawiała wymóg, warunkujący przystąpienie do realizacji projektu PPP, polegający na analizie przedsięwzięcia w celu określenia jego efektywności oraz związanych z nim zagrożeń. Analiza dotyczyć miała m.in. (art. 11 ust. 1) identyfikacji ryzyk i określenia ich optymalnej alokacji oraz ich wpływu na poziom długu publicznego oraz deficytu finansów publicznych. Z uzasadnienia do projektu PartPublPrywU wynika, że brak wyjaśnienia, co ustawodawca rozumie pod pojęciem ryzyka ma wynikać z ramowego charakteru ustawy. Kategorie ryzyka, zasady ich podziału będą przedmiotem każdorazowego rozstrzygnięcia stron.

Niezależnie od braku szczegółowych wskazań w tym zakresie, przez pojęcie „ryzyka" rozumieć należy, za słownikiem języka polskiego PWN, prawdopodobieństwo powstania szkody obciążające osobę poszkodowaną niezależnie od jej winy, jeśli umowa lub przepis prawny nie zobowiązały innej osoby do wyrównania szkody. W zakresie procesu inwestycyjnego, jak również w ramach późniejszego świadczenia usług występuje cały szereg typowych

ryzyk. Samodzielna realizacja inwestycji oznacza przejęcie ich wszystkich przez inwestora. Na gruncie przedsięwzięć partnerskich ryzyka co do zasady dzielone są pomiędzy partnerów. Podstawową dyrektywą ich podziału powinno być przeniesienie poszczególnych ryzyk na stronę, która najlepiej potrafi je kontrolować i skutecznie niwelować skutki ich wystąpienia. Właściwy rozdział ryzyk przesądzał będzie o sukcesie przedsięwzięcia partnerskiego, optymalizując jego efektywność, zdolność generowania przychodów i zaspokajania potrzeb publicznych. Poszczególne rodzaje ryzyk oraz zasady ich podziału opisane są w rozdziale 4.3.4.

2.1.3. Przedmiot PPP – przedsięwzięcie

Przedmiotem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym ma być wspólna realizacja przez strony przedsięwzięcia, oparta na podziale zadań i ryzyk. Przedsięwzięciem będzie budowa lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła (w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność) lub inne świadczenie – połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym (rozumianym zgodnie z art. 2 pkt. 3 PartPublPrywU), który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Zgodnie z art. 2 pkt. 5 PartPublPrywU składnik majątkowy, to: nieruchomości (grunty, budynki, lokale), część składowa nieruchomości, przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 551 KC, rzecz ruchoma oraz prawo majątkowe.

Przez **budowę lub remont obiektu budowlanego** na gruncie polskiego systemu prawnego rozumieć należy wykonanie odpowiednich czynności organizacyjno-technicznych, przewidzianych w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane – PrBud. W myśl przepisów PrBud (art. 3 pkt. 1) przez ***„obiekt budowlany"*** należy rozumieć: a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, b) budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, c) obiekt małej architektury. Przez ***„budowę"*** należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt. 6 PrBud). Pojęcie ***„remont"*** oznacza wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym (art. 3 pkt. 8. PrBud). Konstruowanie zobowiązań umownych partnerstwa związanego z budową lub remontem obiektu budowlanego opierać się będzie na przepisach KC, dotyczących umowy o roboty budowlane. Zgodnie z art. 647 KC przez umowę o roboty budowlane **wykonawca** zobowiązuje się do „oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej", a **inwestor** zobowiązuje się do „dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia" (Art. 647 KC). Na gruncie partnerstwa publiczno-prywatnego, podmiot publiczny niekoniecznie będzie inwestorem w rozumieniu przepisów prawno-budowlanych. Niekiedy inwestorem w rozumieniu tych przepisów będzie partner prywatny, który zleci wykonanie robót budowlanych innemu podmiotowi – tj. faktycznemu wykonawcy robót. Zobowiązanie partnera prywatnego wobec podmiotu publicznego będzie polegało na wzniesieniu obiektu budowlanego, niezależnie od tego, kto będzie jego wykonawcą. W ramach partnerstwa publiczno-prywatnego nie dojdzie do „oddania" obiektu budowlanego przez partnera prywatnego podmiotowi publicznemu, skoro nie musi ich łączyć umowa o roboty budowlane.

Świadczenie usług w zakresie przedsięwzięcia PPP będzie opierało się na umowie o świadczenie usług, opisanej w art. 750 KC. Zgodnie z jego dyspozycją, do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Rodzaj i zakres usług możliwych do wykonywania w formule partnerskiej będzie bardzo

szeroki i obejmował będzie w zasadzie wszelkie działania, nie będące robotami budowlanymi lub wykonywaniem dzieła.

Wykonanie dzieła obejmować będzie wykonanie przez przyjmującego zlecenie dowolnego (wszakże innego niż obiekt budowlany) dobra materialnego lub niematerialnego, przy czym, jak wskazuje ustawodawca, często polegać będzie ono na podniesieniu wartości lub użyteczności składnika majątkowego (np. przedsiębiorstwa) poprzez wyposażenie go w nowe i lepsze urządzenia (np. zakup nowych maszyn). Zastosowanie w tym przypadku znajdą przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umowy o dzieło (patrz art. 627 KC, zgodnie z którym przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia). Przedsięwzięcie polegać może również na **innych świadczeniach**, o ile tylko możliwość (lub powinność) ich świadczenia przez podmiot publiczny dopuszcza prawo.

Pamiętaj!

Najczęściej na konkretne przedsięwzięcie będące przedmiotem współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego składać się będzie szereg różnego rodzaju czynności, obejmujących zarówno wykonanie robót budowlanych, świadczenie usług i wykonanie różnego rodzaju dzieł. Umowa wszak powinna wyraźnie określać, który rodzaj czynności będzie miał charakter dominujący. Istotne będzie określenie czynności dominujących na etapie postępowania o wybór partnera prywatnego w ramach opisu przedmiotu zamówieniu (lub w opisie przedmiotu koncesji) w związku z koniecznością określenia właściwego rodzaju zamówienia (roboty budowlane, usługi, dostawy), bądź wyboru odpowiedniego publikatora dla ogłoszenia o koncesji (Biuletynu Zamówień Publicznych lub Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej).

Ustawa wymaga, aby przedsięwzięcie połączone było z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno -prywatnego lub jest z nim związany**. Utrzymanie składnika majątkowego** w stanie niepogorszonym oznaczać będzie ponoszenie kosztów bieżących napraw składnika majątkowego, a także jego konserwacji i remontów. W grę wchodzić będzie również ponoszenie różnego rodzaju kosztów cywilno-prawnych (m.in. za dostarczane usługi, opłat czynszowych, itp.) oraz publiczno-prawnych (np. podatku od nieruchomości). **Zarządzanie składnikiem majątkowym** obejmować będzie podejmowanie różnego rodzaju czynności faktycznych, zmierzających do osiągnięcia celu przedsięwzięcia poprzez optymalizację korzyści wynikających z dysponowania tym składnikiem. Utrzymanie i zarządzanie składnikiem majątkowym, to kluczowe elementy współpracy, wyróżniające PPP od zwykłych zamówień publicznych. Musi w PPP istnieć substrat pieczy partnera prywatnego nad składnikiem majątkowym w okresie trwania umowy.

W praktyce, przedsięwzięcie w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego realizowane będzie co do zasady przez partnera prywatnego. On najczęściej wznosił będzie niezbędną infrastrukturę, dokonywał koniecznych inwestycji, a także świadczył odpowiednie usługi.

2.1.4. Zakres formalny PPP – zadania publiczne

Jakkolwiek ustawa określa spektrum przedmiotowe możliwych przedsięwzięć PPP (art. 2 pkt. 4 PartPublPrywU), to w żadnym miejscu nie odnosi się do dopuszczalnego zakresu merytorycznego partnerstwa. Poprzednio obowiązująca ustawa o PPP zawężała ten obszar do „współpracy służącej wykonywaniu zadania publicznego". Aktualna PartPublPrywU takiego ograniczenia nie czyni. Ustawodawca, jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy, dokonał tej zmiany wobec braku definicji „zadania publicznego" na gruncie przepisów prawnych. Nie oznacza to bynajmniej, że podmiotom publicznym pozostawiono niczym nieskrępowaną swobodę angażowania się w kontrakty PPP. Każdy podmiot publiczny będzie mógł podejmować się współpracy w ramach partnerstwa tylko w zakresie, w jakim mieści się ono w zakresie jego

działalności wyznaczonej prawem. Czasem obszar ten będzie bardzo szeroki. Dla przykładu: art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym stanowi, że do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591, z późn. zm.). Gmina może – o ile inne przepisy nie stoją temu na przeszkodzie – realizować wszystkie zadania związane ze sprawami lokalnymi w formie partnerstwa publiczno-prywatnego[31].

2.2. Wkład własny – podstawa partnerstwa publiczno-prywatnego

Podmiot publiczny powinien współdziałać z partnerem prywatnym w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez **wniesienie wkładu własnego. Wniesienie wkładu własnego będzie *de facto* najważniejszą i najczęstszą w praktyce formą udziału podmiotu publicznego.**

Wkładem własnym podmiotu publicznego będzie świadczenie, polegające głównie na poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowaniu dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia lub wniesieniu składnika majątkowego (zob. art. 2 pkt. 5 PartPublPrywU). Podmiot publiczny w ramach wkładu własnego będzie mógł uczestniczyć w wydatkach na realizację przedsięwzięcia. Udział ten może być jednak tylko „częściowy". O ile ustawodawca dopuszcza, by partner prywatny w ramach wkładu własnego w całości pokrył koszty przedsięwzięcia (patrz art. 7 ust. 1 PartPublPrywU), **o tyle podmiot publiczny nie będzie mógł swoim wkładem sfinansować całości wydatków**. Nie wyklucza to wszakże możliwości pokrycia większości, nawet znakomitej, globalnych kosztów przedsięwzięcia. Płatność podmiotu publicznego mogłaby przybrać wówczas formę m.in. wyższego niż partner prywatny pokrycia kapitału założycielskiego spółki mieszanej oraz jej funduszy operacyjnych, zapłaty większości faktur za zakupy związane z realizacją przedsięwzięcia, jedno- (kilku-) razowych dużych transz na rzecz partnera prywatnego, lub finansowania długiem (kredyt, pożyczka, obligacje) większej części kosztów.

Podmiot publiczny często wnosił będzie wkład własny w formie dopłaty do usług świadczonych przez partnera prywatnego, np. pokrywania części kosztów działalności operatora drogi publicznej (w formie dopłat do ceny za przejazd drogą dla określonej kategorii użytkowników) lub kosztów operatora domów komunalnych (poprzez dopłatę do czynszu najmu lokali). Łącznie ponoszone w okresie trwania umowy dopłaty mogą często stanowić ponad połowę wydatków na realizację przedsięwzięcia. Nie ma formalnych przeszkód, by dopłaty pełniły *de facto* formę wynagrodzenia partnera prywatnego i pokrycie części jego kosztów działalności operacyjnej. Ważne jednak, aby pamiętać, że przynajmniej część kosztów (inwestycyjnych lub eksploatacyjnych) powinien pokryć partner prywatny.

Wkładem własnym podmiotu publicznego będzie również wniesienie składnika majątkowego. W praktyce, podmiot publiczny może wnieść nieruchomość, na której będzie realizowana inwestycja, przedsiębiorstwo, konkretną infrastrukturę i urządzenia (wodociągi, drogi, mosty, stadion sportowy, środki transportu zbiorowego) lub właściwe prawa majątkowe (licencje, koncesje). Wniesiony składnik majątkowy może bezpośrednio służyć do realizacji przedsięwzięcia lub pośrednio. Dla przykładu: na jednej z dwóch nieruchomości wniesionych przez stronę publiczną, partner prywatny buduje domy komunalne, będące przedmiotem przedsięwzięcia, a na drugiej buduje centrum handlowe, służące do finansowania pierwszej, głównej części przedmiotu umowy. Wniesienie wkładu własnego w postaci składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzier-

---

[31] zob. A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 295.

żawy (art. 9 ust. 1 PartPublPrywU). Nie wyklucza to innych tytułów prawnych, jak darowizna, zamiana, leasing, itp.

Wkład własny będzie przesądzał o partnerskim charakterze współpracy. Jeżeli jedna ze stron umowy nie zobowiązuje się do określonych wydatków albo do oddania do dyspozycji (choćby odpłatnie) składnika majątkowego, to znaczy, że współpraca stron jest bardzo ograniczona, nie kwalifikuje się do określenia mianem partnerstwa. Trudno byłoby mówić o PPP, jeżeli np. partner prywatny miałby świadczyć usługi bez eksploatacji urządzeń niezbędnych do wykonywania takich usług.

2.2.1. Szczególne zasady dotyczące wkładu własnego w postaci nieruchomości

Przekazanie partnerowi prywatnemu lub spółce celowej nieruchomości na czas realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego może nastąpić nieodpłatnie (art. 13 ust. 1a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami) – GospNierU. Wniesienie wkładu własnego w postaci nieruchomości w drodze sprzedaży następuje w drodze bezprzetargowej, o ile wybór partnera nastąpił w trybie art. 4 ust. 1 lub 2 PartPublPrywU (art. 37 ust. 2 pkt. 11 GospNierU.). W drodze przetargowej wniesiony zostanie wkład w postaci nieruchomości, gdy do wyboru partnera prywatnego doszło w trybie art. 4 ust. 3 PartPublPrywU. Przepisy GospNierU umożliwiają parterowi prywatnemu lub spółce celowej skorzystanie z bonifikaty od ceny, jeżeli sprzedaż stanowi wniesienie wkładu własnego podmiotu publicznego. Sprzedaż na powyższych zasadach następuje z prawem odkupu, którego wykonanie może nastąpić najpóźniej w terminie 6 miesięcy od zakończenia czasu trwania umowy o PPP. Dzięki temu podmiot publiczny uzyskuje zabezpieczenie przed nielojalnym zachowaniem kontrahenta. Z chwilą wykonania prawa odkupu partner prywatny lub spółka celowa jest obowiązany przenieść na rzecz podmiotu publicznego własność nieruchomości za zwrotem ceny ustalonej zgodnie z powyższymi zasadami, z uwzględnieniem jej waloryzacji. GospNierU przewiduje pierwszeństwo prawa pierwokupu partnera prywatnego w zbiegu z prawem pierwokupu gminy, w sytuacjach określonych w PartPublPrywU.

2.2.2. Ochrona składnika majątkowego

Składnik majątkowy wniesiony przez stronę publiczną podlega szczególnej ochronie prawnej. Jeżeli jest wykorzystywany przez partnera prywatnego **w sposób oczywiście sprzeczny z jego przeznaczeniem** określonym w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym, partner prywatny jest zobowiązany przekazać ten składnik podmiotowi publicznemu na zasadach określonych w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 9 ust. 2 PartPublPrywU). Naruszenie zasad wykorzystania składnika musi być rażące i podważać cel umowy[32]. Żądanie zwrotu składnika majątkowego nie musi oznaczać automatycznego odstąpienia od całej umowy (jakkolwiek w konkretnym przypadku znaczenie składnika dla przedmiotu umowy może być tak duże, iż brak możliwości korzystania z niego wyklucza dalszą celowość współpracy). Skutek w postaci automatycznego odstąpienia od umowy może być jednak w takim przypadku z góry przewidziany w kontrakcie. Domaganie się zwrotu składnika majątkowego dotyczyć może tylko tego składnika, którego dotyczy naruszenie. Ponadto, skorzystanie przez podmiot publiczny z uprawnienia określonego w art. 9 ust. 2 PartPublPrywU nie wyklucza możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu niewykonywania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych. Jeżeli składnik majątkowy podmiotu publicznego stanowił wkład niepieniężny do spółki celowej, jego przekazania w razie wykorzystania niezgodnie z przeznaczeniem dokonuje się na zasadach określonych w umowie lub statucie spółki.

---

[32] por. wyr. SN z 30.5.2003 r., III CKN 1409.

2.2.3. Zwrot i rozliczenie składników majątkowych

Szczegółowe reguły dotyczące zwrotu i rozliczenia wykorzystania składników majątkowych przez partnera prywatnego lub spółkę celową powinny zostać określone odpowiednio w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym lub w umowie spółki bądź statucie spółki. Zgodnie z ogólnymi zasadami, składniki majątkowe wniesione przez partnera prywatnego pozostają po rozwiązaniu umowy własnością podmiotu publicznego. Dzięki temu zachowana zostanie ciągłość świadczenia usługi przez stronę publiczną samodzielnie, bądź w ramach kolejnego PPP. Partnerowi prywatnemu przysługiwał będzie zwrot wartości składnika majątkowego według stanu z chwili przekazania. Jeżeli składnik majątkowy był własnością podmiotu publicznego, a partner prywatny poczynił na ten składnik pewne nakłady (inwestycje, utrzymujące rzecz w należytym stanie lub ulepszające ją), może żądać zwrotu jedynie nakładów koniecznych (np. wydatków na remonty, konserwację, świadczenia publicznoprawne) o tyle, o ile nie mają pokrycia w korzyściach, które uzyskał ze składnika majątkowego. Zwrotu innych nakładów może żądać o tyle, o ile zwiększają wartość składnika w chwili przekazania podmiotowi publicznemu. Jednakże, gdy nakłady zostały dokonane po chwili, w której podmiot publiczny na piśmie zażądał przekazania lub dowiedział się o wytoczeniu przeciwko niemu powództwa o przekazanie, może on żądać zwrotu jedynie nakładów koniecznych (tracąc uprawnienie do równowartości nakładów dodatkowych) – art. 9 ust. 3 PartPublPrywU.

Składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego lub spółkę celową po zakończeniu czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym przekazywany jest podmiotowi publicznemu w stanie niepogorszonym, z uwzględnieniem jego zużycia wskutek prawidłowego używania. Jeżeli składnik majątkowy był własnością partnera prywatnego, partnerowi prywatnemu przysługuje zwrot wartości składnika majątkowego według stanu z chwili przekazania. W innym przypadku, tj. wówczas, gdy składnik należał do podmiotu publicznego lub innego podmiotu, partner prywatny może żądać zwrotu nakładów odpowiednio na zasadach określonych w art. 9 ust. 3 PartPublPrywU.

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może jednak przewidywać, że składnik pozostanie w rękach partnera prywatnego[33]. Umowa o PPP może także stanowić, że przekazanie składnika majątkowego nastąpi na rzecz państwowej lub samorządowej osoby prawnej lub spółki handlowej z co najmniej większościowym udziałem JST albo Skarbu Państwa (art. 11 ust. 2 PartPublPrywU). Przekazaniu podlegać będą zarówno składniki będące wkładem podmiotu publicznego, jak również partnera prywatnego. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym powinna rozstrzygać, czy przekazanie ma mieć charakter odpłatny czy nie. W praktyce często przekazanie będzie nieodpłatne lub wiązać się z nim będzie odpłatność symboliczna. Możliwe jednak, że umowa przewidywać będzie zapłatę przez przejmującego składnik pełnej wartości rynkowej. Ustawa wymusza należytą dbałość o składniki majątkowe wniesione w ramach partnerstwa. W celu urzeczywistnienia tego wymogu umowa powinna względnie precyzyjnie określać stan składników majątkowych w chwili ich przekazania partnerowi prywatnemu lub spółce celowej (czyli w momencie wyjściowym).

Roszczenie podmiotu publicznego przeciwko partnerowi prywatnemu lub spółce, celowej o przekazanie składnika majątkowego przedawnia się z upływem lat dziesięciu od dnia zakończenia czasu trwania umowy o PPP (art. 11 ust. 3 PartPublPrywU). Należy wszakże pamiętać, że roszczenie o zwrot nieruchomości, stanowiącej wkład w przedsięwzięcie partnerskie, modyfikowane będzie normą art. 222 KC, stanowiącą *ius cogens*, zgodnie z którą roszczenia właściciela nie ulegają przedawnieniu, jeżeli dotyczą nieruchomości.

---

[33] zob. M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *op. cit.*, s. 418.

2.2.4. Prawo pierwokupu nieruchomości, będącej wkładem własnym

W razie sprzedaży przez podmiot publiczny albo spółkę celową nieruchomości będącej wkładem własnym, partnerowi prywatnemu przysługuje prawo pierwokupu, które może być wykonane w ciągu dwóch miesięcy od dnia zawiadomienia go o treści umowy zawartej z osobą trzecią. Umowa o PPP może przewidywać dłuższy termin. Skorzystanie z prawa pierwokupu będzie szczególnie istotne dla partnera, który przez długi czas gospodarował daną nieruchomością i w oparciu o nią chciałby kontynuować działalność. Prawo pierwokupu będzie istniało zarówno w trakcie trwania umowy, jak również po jej rozwiązaniu. Prawo pierwokupu przysługuje także ostatniemu partnerowi prywatnemu (tj. temu podmiotowi, który był partnerem do chwili rozwiązania umowy i zaprzestania wykonywania przedsięwzięcia w formie PPP). Będzie mógł skorzystać z tego uprawnienia przez rok od zakończenia czasu trwania umowy o PPP, chyba że:

- w prawomocnym orzeczeniu sądu stwierdzono jego odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania z umowy o PPP, lub
- podmiot publiczny zawarł umowę o PPP z nowym partnerem prywatnym (art. 12 PartPublPrywU).

W zakresie realizacji prawa pierwokupu przez partnera prywatnego zastosowanie znajdą zapisy umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, a także odpowiednie przepisy KC (art. 596–602) oraz GospNierU. Ta ostatnia ustawa nie przewiduje żadnych preferencji cenowych dla dotychczasowego partnera prywatnego, zamierzającego skorzystać z prawa pierwokupu. Oznaczać to będzie w konkretnym przypadku, że ewentualny pierwokup będzie mógł dojść do skutku tylko po cenie odpowiadającej cenie wynikającej z najkorzystniejszej oferty w ramach przeprowadzonego postępowania przetargowego.

2.2.5. Finansowanie realizacji przedsięwzięcia

Partner prywatny powinien ponieść w całości albo części wydatki na realizację przedsięwzięcia lub zapewnić poniesienie ich przez osobę trzecią. Realizacja przedsięwzięcia obejmuje w tym kontekście zarówno wydatki inwestycyjne (np. na budowlę lub remont obiektu budowlanego, wykonanie dzieła, przystosowanie danej infrastruktury do możliwości świadczenia w oparciu o nią usług), jak i wydatki eksploatacyjne (związane z utrzymaniem i zarządzaniem przedsięwzięciem). Ustawa wymaga, aby partner prywatny uczestniczył w kosztach realizacji przedsięwzięcia. Partycypacja objąć może zarówno całość wydatków, jak również ich część. Ustawodawca nie limituje przy tym tej części. Językowa wykładnia art. 7 ust. 1 KoncRobBudU pozwala przyjąć, że część ta może być choćby minimalna. Nie będzie już jednak miał charakteru umowy PPP kontrakt, w którym podmiot publiczny zobowiąże się do pokrycia całości wydatków na realizację przedsięwzięcia (analogicznie do koncesji). Obowiązek pokrycia choćby części wydatków przez partnera prywatnego, obok (lub zamiast) wniesienia składnika majątkowego, wynika również z definicji „wkładu własnego" (art. 2 pkt. 5 PartPublPrywU).

Środki na pokrycie wydatków pochodzić mogą z własnych zasobów partnera prywatnego lub z kredytu, pożyczki, dotacji, czy z emisji papierów wartościowych. Niekiedy, partner prywatny będzie mógł posłużyć się jedynie promesą otrzymania kredytu z banku. Zasadny wydaje się przy tym pogląd, że w takiej sytuacji umowa mogłaby zostać zawarta pod warunkiem rozwiązującym (określając termin uzyskania stosownej promesy, zawarcia umowy kredytu, otrzymania dotacji, emisji papierów wartościowych, wykupu wierzytelności, itp.)[34].

---

[34] zob. W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wzory umów i pism*. Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, s. 54.

2.3. Wynagrodzenie partnera prywatnego

Wykonaniu przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego towarzyszyć musi odpowiednie wynagrodzenie. Umowa o PPP powinna jednoznacznie rozstrzygać z jakiego źródła będzie ono pochodzić. Wysokość wynagrodzenia w sposób kwotowy (jak przy zwykłych zamówieniach publicznych) określona będzie, co do zasady, tylko w przypadku przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego i tylko w zakresie tychże[35]. Jeżeli umowa zakładałaby uzyskiwanie przez partnera całego lub zasadniczej części wynagrodzenia z opłat od użytkowników, uzależniając jego dochód od zmiennego popytu na dane usługi, wówczas kwotowe określenie dochodu z tego tytułu w umowie graniczyłoby z niemożliwością i było bezcelowe. Jednakowoż, jeżeli wynagrodzenie partnera ma być oparte w całości na opłatach od użytkowników, to umowa może określać maksymalny poziom cen. Zapis taki chronić będzie polityczny interes podmiotu publicznego w zachowaniu możliwie pełnej dostępności do usługi.

Wynagrodzenie partnera prywatnego powinno być ekwiwalentnym świadczeniem do jego wkładu w realizację przedsięwzięcia. Wyższemu zaangażowaniu odpowiadać powinna wyższa stopa zwrotu inwestycji. Ustawa nie przesądza przy tym, skąd ma pochodzić wynagrodzenie partnera prywatnego. Wskazuje ona jedynie na pewne kwantyfikatory jego wysokości, jak: rzeczywiste wykorzystanie i dostępność przedmiotu partnerstwa oraz skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania (Art. 7 ust. 2 i 3 PartPublPrywU). Pewnej pomocy udziela art. 4 PartPublPrywU, dotyczący właściwej procedury wyboru partnera w zależności od źródła jego wynagrodzenia. Przepis ten wskazuje na możliwość uzyskiwania przez partnera prywatnego pożytków z przedmiotu partnerstwa, albo przede wszystkim z tego źródła wraz z zapłatą sumy pieniężnej (co wówczas wymusza zastosowanie procedury z KoncRobBudU) lub, przede wszystkim, z zapłaty sumy pieniężnej wraz z pobieraniem pożytków z przedmiotu partnerstwa, lub wyłącznie z zapłaty sumy pieniężnej (zastosowanie znajdzie PrZamPubl).

2.3.1. Prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może zakładać, że wynagrodzeniem partnera prywatnego w całości będą pożytki z przedmiotu partnerstwa. Mogą to być, związane z wykonanym lub wyremontowanym obiektem budowlanym, świadczoną usługą, wykonanym dziełem lub innym świadczeniem pożytki: naturalne rzeczy, cywilne rzeczy, pożytki w postaci dochodów przynoszonych przez prawo wykorzystywane zgodnie ze swoim społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. W praktyce, pożytkami z przedsięwzięcia najczęściej będą opłaty wnoszone przez użytkowników przedmiotu partnerstwa, czyli klientów danej usługi (pasażerów komunikacji miejskiej, użytkowników wodociągu i kanalizacji, kibiców sportowych, itp.). Czasem będą to również świadczenia niematerialne, np. nakłady pracy pensjonariuszy zakładu karnego.

Uzyskiwanie całości wynagrodzenia z przedmiotu partnerstwa możliwe będzie tylko w przypadku przedsięwzięć co do zasady rentownych i samofinansujących się. Takim przedsięwzięciem będzie często świadczenie usług użyteczności publicznej związanych ze stałym strumieniem źródła dochodu (wodociągi i kanalizacja, energetyka, gospodarowanie odpadami) lub świadczenie usług ze zmienną stopą rentowności (np. zarządzanie obiektami sportowymi i rekreacyjnymi, dworcami, parkingami) przy jednoczesnej możliwości eksploatacji składnika majątkowego związanego z głównym przedmiotem partnerstwa (np. możliwość budowy dodatkowej powierzchni handlowo-usługowej lub biurowej).

---

[35] Zgodnie z art. 6 ust. 2 pkt. 2 PartPublPrywU, terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane, stanowić będą obligatoryjne kryterium oceny ofert w postępowaniu o wybór partnera prywatnego. Najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia (z punktu widzenia strony publicznej) będzie również przesądzał o wyborze danej oferty, jako najkorzystniejszej – art. 6 ust. 2 pkt. 1 PartPublPrywU.

Uzyskiwanie wynagrodzenia z pożytków z przedmiotu partnerstwa podatne jest na wiele czynników ryzyka. Odzyskanie poniesionych nakładów i wypracowanie zysku zależne będzie od popytu na świadczone w ramach przedsięwzięcia usługi. Wahania popytu wpływać będą raz na zmniejszenie stopy zwrotu inwestycji, raz na jej zwiększenie. Ilość, jakość i sposób dostarczanych w ramach partnerstwa usług zależne będą od różnych ryzyk związanych z dostępnością. Ponadto, wszelkie ryzyka wynikające z budowy przedmiotu partnerstwa również ograniczać będą wpływy partnera prywatnego. Brak choćby częściowej zapłaty sumy pieniężnej czynić będzie współpracę obu sektorów całkowicie wrażliwą na ryzyka.

Przez czas trwania umowy partner prywatny nabywał będzie wszelkie pożytki z wniesionych do przedsięwzięcia składników majątkowych, bądź jako posiadacz zależny wzniesionej i zarządzanej lub tylko zarządzanej infrastruktury, bądź jako właściciel. Wniesienie składnika majątkowego, jako wkładu własnego zarówno partnera prywatnego, jak i podmiotu publicznego, nastąpić może w oparciu o różne podstawy prawne, w tym sprzedaż.

2.3.2. Zapłata sumy pieniężnej

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może również przewidywać, że wynagrodzenie partnera prywatnego w całości pochodzić będzie z zapłaty sumy pieniężnej. Zgodnie z językową interpretacją przepisu art. 4 PartPublPrywU, zapłata sumy pieniężnej jest alternatywnym wobec prawa do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa źródłem uzyskiwania wynagrodzenia przez partnera prywatnego. Zapłata sumy pieniężnej polegać będzie na jednorazowej (lub płaconej ratami) wypłacie stronie prywatnej ekwiwalentu jej wkładu w realizację przedsięwzięcia. Czasem może jednak ona polegać na dopłacie do ceny lub wykupie istotnej części usług (co czasem może zbliżać ją do wniesienia wkładu własnego). Zapłata będzie miała charakter świadczenia pieniężnego. Świadczenie pieniężne polega na przekazaniu z majątku wierzyciela (w tym przypadku podmiotu publicznego) określonej wartości ekonomicznej pod postacią sumy pieniężnej wyrażonej w jednostkach pieniężnych. Zbliża to zapłatę sumy pieniężnej do zapłaty ceny za wykonanie zamówienia publicznego na gruncie PrZamPubl. Zapłata sumy pieniężnej będzie uiszczeniem ceny, jaką podmiot publiczny (zamawiający) jest obowiązany w świetle umowy zapłacić za świadczenie wzajemne partnera prywatnego. Będzie to cena brutto (a więc z naliczonym podatkiem VAT lub podatkiem akcyzowym – jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym). Również w kwocie brutto powinna zostać określona wielkość zapłaty sumy pieniężnej w ofertach potencjalnych partnerów. Zapłata sumy pieniężnej może nastąpić zarówno w walucie polskiej (PLN), jak i w innej walucie, określonej w umowie[36].

Ustawa nie rozstrzyga, w jaki sposób i kiedy ma być dokonywana zapłata sumy pieniężnej. W przypadku zwykłych zamówień publicznych, do zapłacenia ceny dochodzi po wykonaniu umowy (lub części umowy) w drodze zapłaty faktury wystawionej zamawiającemu przez wykonawcę. Zapłata sumy pieniężnej po wykonaniu umowy w przypadku kontraktów PPP, a więc w praktyce często dopiero po wielu latach, wobec zasadniczo niskiej rentowności przedsięwzięć finansowanych w ten sposób, rzadko kiedy znajdzie zastosowanie. Najczęściej zatem do zapłaty sumy pieniężnej (w częściach) dojdzie na różnych etapach realizacji partnerstwa: po wzniesieniu właściwej infrastruktury, czy po wykonaniu określonej części usług.

---

[36] Zgodnie z art. 358 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli przedmiotem zobowiązania jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, dłużnik może spełnić świadczenie w walucie polskiej, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe będące źródłem zobowiązania lub czynność prawna zastrzega spełnienie świadczenia w walucie obcej.

Zapłata sumy pieniężnej stanowić będzie całość wynagrodzenia partnera prywatnego najczęściej w przypadku przedsięwzięć co do zasady nisko lub w ogóle nie rentownych. Takim przedsięwzięciem będzie budowa i zarządzanie infrastrukturą drogową, społeczną, powszechną oświatą, itp.

Gwarancja uzyskania wynagrodzenia z płatności pieniężnych podmiotu publicznego istotnie ogranicza ryzyka ciążące na partnerze prywatnym. Ryzyka popytu, dostępności, czy związane z budową nie będą w tym wypadku wprost przesądzać o wynagrodzeniu wykonawcy. Nie oznacza to jednak, że podmiot prywatny będzie mógł wykonać umowę całkowicie dowolnie.

Istnieje wątpliwość, czy można za zapłatę sumy pieniężnej uznać sytuację, gdy podmiot publiczny będzie jednym z wielu nabywców usługi świadczonej w ramach partnerstwa przez partnera prywatnego. Dla przykładu: administracja gminna będzie odbiorcą wody z wodociągu zarządzanego przez partnera, lub klientem zakładu zbierania i utylizacji odpadów, eksploatowanego przez stronę prywatną. Jakkolwiek za tę usługę podmiot publiczny wnosił będzie opłaty pieniężne, decydujący będzie tytuł prawny świadczenia. Jeżeli podmiot publiczny będzie jednym z wielu odbiorców usługi, a płacona cena będzie ekwiwalentem usługi i będzie zgodna z ogólnym taryfikatorem, to płacona cena nie będzie wówczas zapłatą sumy pieniężnej, będącą wynagrodzeniem partnera prywatnego. Z punktu widzenia źródeł wynagrodzenia partnera, ww. świadczenie pieniężne podmiotu publicznego będzie pożytkiem z przedmiotu partnerstwa. Jeżeli jednak specyfika przedsięwzięcia polegać będzie na nabywaniu większości usług w ramach przedsięwzięcia przez podmiot publiczny i pośrednio lub wprost prowadzić będzie do dofinansowania przez niego ceny świadczonej usługi, wówczas płatność z tego tytułu będzie zapłatą sumy pieniężnej (a więc wynagrodzeniem partnera) lub wkładem własnym strony publicznej.

2.3.3. Mieszane formy wynagrodzenia

Wyżej przedstawione zostały „czyste" formy wynagrodzenia partnera prywatnego za realizację przedsięwzięcia. Ustawa dopuszcza jednak, aby w zależności od konkretnego przypadku, strony mogły dowolnie ułożyć sposób i zakres wynagradzania podmiotu odpowiedzialnego za realizację przedmiotu umowy.

Wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzić może przede wszystkim z pożytków z przedmiotu partnerstwa oraz częściowo z zapłaty sumy pieniężnej. Taka konstrukcja umowy pozwala częściowo uniezależnić rentowność przedsięwzięcia z punktu widzenia partnera prywatnego od czynników ryzyka. Podmiot publiczny gwarantuje w ten sposób minimalną stopę zwrotu przedsięwzięcia. Poziom płatności oraz podstawa jej zapłaty powinny zostać wyraźnie określone w umowie. Wydaje się za zasadne przyjąć, że ich wysokość powinna być wszakże niższa, niż wkład własny partnera prywatnego w przedsięwzięcie. Skutkiem tego, możliwość odzyskania pozostałej części nakładów oraz wypracowania dochodu partnera prywatnego zależna będzie od wielu różnych ryzyk, w tym ryzyka popytu, dostępności oraz związanego z budową.

Wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzić może również w większości z zapłaty sumy pieniężnej oraz częściowo z pożytków z przedmiotu partnerstwa. Zapłata sumy pieniężnej może mieć poziom równy lub wyższy od wkładu własnego partnera prywatnego. Taka forma wynagrodzenia partnera prywatnego może mieć w praktyce zastosowanie wówczas, gdy podmiot publiczny będzie zobowiązany do zapłaty całości wynagrodzenia w sytuacji zajścia określonych zdarzeń, np. zmiany sytuacji gospodarczej w ujęciu makroekonomicznym, wystąpienia zdarzeń nadzwyczajnych, uniemożliwiających osiąganie jakichkolwiek przychodów do użytkowników przedmiotu partnerstwa[37].

---

[37] zob. W. Gonet, *op. cit.*, s. 33.

2.3.4. Ryzyko dostępności a wynagrodzenie partnera prywatnego

Ustawodawca uzależnia zakres wynagrodzenia partnera prywatnego od rzeczywistego wykorzystania przedmiotu partnerstwa lub faktycznej jego dostępności (art. 7 ust. 2 PartPublPrywU). Wynagrodzenie partnera musi więc być uzależnione od wyników jego pracy (zachowania gotowości do wykorzystania, np. łóżek szpitalnych, pasa drogowego, sprawności sieci wodno-kanalizacyjnej).

Uzależnienie wynagrodzenia od dostępności i rzeczywistego wykorzystania przedmiotu partnerstwa dotyczyć będzie zarówno dochodu z pożytków, jakie przynosi przedsięwzięcie, jak również zapłaty sumy pieniężnej. Pojęcie „zależy" dotyczyć będzie nie tylko faktycznej wrażliwości przedsięwzięcia na ryzyka związane z dostępnością, ale również możliwości warunkowania wielkości wynagrodzenia przez podmiot publiczny rzeczywistym stopniem gotowości przedmiotu umowy do świadczenia usługi. Brak sprawności przedmiotu umowy, istotne wady lub okresowe wyłączenia z użytku (ze względu np. na przewlekłe remonty), wynikłe z winy partnera, lub mieszczące się w zakresie przejętego przez niego ryzyka, postawić mogą w wątpliwość dalszą zasadność uzyskiwania przez partnera wynagrodzenia w dotychczasowej wysokości (wobec faktycznego braku ekwiwalencji świadczeń). W rażącym przypadku, jeżeli swoje zobowiązanie partner prywatny wykonuje nienależycie lub go nie wykonuje, jego wynagrodzenie (lub spółki mieszanej) może ulec obniżeniu. Dopuszczalny zakres obniżenia wynagrodzenia partnera prywatnego, wraz ze wskazaniem potencjalnych sytuacji, w których będzie to możliwe, powinna przewidywać umowa (art. 7 ust. 3 PartPublPrywU).

Zakres przepisu art. 7 ust. 3 PartPublPrywU przenosi ryzyka związane z dostępnością przedmiotu umowy w zasadniczej mierze na partnera prywatnego.

2.3.5. Wkład własny a wynagrodzenie partnera – uwagi podsumowujące

Wkład własny podmiotu publicznego należy odróżnić od wynagrodzenia partnera prywatnego. Tytułem prawnym wniesienia składnika majątkowego przez podmiot publiczny lub dopłaty do świadczonych przez partnera prywatnego (lub spółkę mieszaną) usług jest współudział w realizacji przedmiotu umowy. Poprzez oba te świadczenia podmiot publiczny przyczynia się w zakresie swojego umownego zobowiązania do realizacji celu współpracy z partnerem prywatnym. *Ratio legis* wniesienia wkładu własnego jest inne, niż prawne uzasadnienie zapłaty wynagrodzenia partnera prywatnego. Wynagrodzenie partnera prywatnego jest świadczeniem wzajemnym za jego udział w przedsięwzięciu. Stanowi ono zapłatę za podjęcie się realizacji przedmiotu umowy i przyczynienie się do osiągnięcia celu przedsięwzięcia. Współudział partnera prywatnego musi skutkować przejęciem na siebie realizacji przedsięwzięcia (w tym utrzymania i zarządzania wniesionymi i powstałymi składnikami majątkowymi) i pokryciem choćby części kosztów jego realizacji. Podmiot publiczny powinien współdziałać w osiągnięciu celu współpracy, w szczególności poprzez wniesienie składnika majątkowego lub dopłatę do usług. Współdziałanie często skutkować będzie pokryciem części kosztów inwestycyjnych lub eksploatacyjnych przedsięwzięcia. Zaangażowanie partnera prywatnego powinno zostać odpowiednio wynagrodzone. Wynagrodzenie pochodzić może z pożytków płynących z zarządzania składnikami majątkowymi. Jego źródłem mogą być również bezpośrednie płatności pieniężne (zapłata sumy pieniężnej) z budżetu strony publicznej, lub częściowo te płatności wraz z dochodami z pożytków. Płatność ta może mieć formę zwykłej zapłaty ceny (jednorazowo lub kilkurazowo), ale również dopłaty do ceny (tu jednak często zlewać się to może z wkładem własnym podmiotu publicznego).

2.4. Definicja koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi

W świetle ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, koncesja będzie umową, na podstawie której koncesjonariusz zobowiąże się wobec koncesjodawcy do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi wyłącznie prawo do **eksploatacji** obiektu

budowlanego (w przypadku koncesji budowlanej), w tym prawo pobierania pożytków, lub wyłącznie prawo do **wykonywania** usług, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. Koncesja w świetle krajowego oraz unijnego porządku prawnego jest szczególną formą zamówienia publicznego, o którego wyjątkowym charakterze przesądzać będzie forma wynagrodzenia wykonawcy, którą będzie przede wszystkim pobieranie pożytków z przedmiotu zamówienia oraz ponoszenie ryzyka ekonomicznego przedsięwzięcia. Ze względu na doniosłość obu zagadnień zostały one szeroko omówione w rozdziale 2.5. niniejszego poradnika.

2.4.1. Przedmiot koncesji

Przedmiot koncesji nie został wprost przez ustawodawcę zdefiniowany. Wykładnia funkcjonalna pozwala jednak przyjąć, że przedmiotem koncesji będzie wykonanie robót budowlanych (najczęściej wzniesienie nowych urządzeń lub przebudowa, rozbudowa obiektu budowlanego) lub świadczenie usług w oparciu o infrastrukturę już istniejącą. Pojęcie „robót budowlanych" (art. 2 pkt. 5 ustawy koncesyjnej)[38], jak również „usług"[39] (art. 2 pkt. 10) należy interpretować na gruncie PrZamPubl. Jednakże z gospodarczego punktu widzenia i *ratio legis* współpracy stron w ramach umowy koncesji na roboty budowlane również późniejszy etap wykonywania zadania publicznego będzie składową przedmiotu koncesji. **W każdym przypadku zobowiązanie koncesjonariusza w ramach koncesji na roboty budowlane obejmować będzie wykonanie robót, ale również późniejsze świadczenie usług w oparciu o wzniesione urządzenia**. W przypadku obu typów koncesji koncesjonariusz w okresie trwania umowy zarządza składnikami majątkowymi, będącymi w całości własnością koncesjodawcy. W ramach umowy koncesji nie dochodzi bowiem do jakichkolwiek przekształceń własnościowych.

✔ Przykładowo, w umowie koncesji, której przedmiotem jest budowa oczyszczalni ścieków wraz z kanalizacją, efekt końcowy będzie mógł wyglądać następująco:
- ➤ przedmiotem koncesji jest oczyszczalnia ścieków wraz z kanalizacją na terenie gminy X;
- ➤ oczyszczalnia ma wykonywać swoją funkcję przez okres X lat;
- ➤ oczyszczalnia ma obsługiwać zgodnie ze swoimi funkcjami bez zakłóceń w sposób ciągły wszystkich mieszkańców z tereny gminy X;
- ➤ dzienna lub miesięczna wydajność oczyszczalni musi wynosić co najmniej X;
- ➤ każdy nowy podmiot na terenie gminy X będzie miał swobodny dostęp do infrastruktury kanalizacyjnej[40].

---

[38] Definicję „robót budowlanych" reguluje art. 2 pkt. 8 PrZamPubl, odsyłając do prawa budowlanego. Zgodnie z tym, przedmiotem koncesji budowlanej będzie wykonanie (w tym również zaprojektowanie) robót budowlanych, tj. budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego, jak również realizacja obiektu budowlanego (należy przez to rozumieć: a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, b) budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, c) obiekt małej architektury) – zob. art. 3 pkt. 1 i 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.).

[39] Definicję „usług" reguluje art. 2 pkt. 10 PrZamPubl wskazując, że należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a, tj. określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów, obejmującym wykaz usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki.

[40] A. Panasiuk, *op.cit.*, s. 201.

2.5. Składniki wynagrodzenia koncesjonariusza

2.5.1. „Prawo do eksploatacji" a „prawo do wykonywania"

Zapłatą należną koncesjonariuszowi za wykonanie przedmiotu koncesji będzie *„prawo do eksploatacji"* obiektu budowlanego lub *„wykonywania"* usługi. Obu uprawnieniom towarzyszyć będzie prawo do pobierania pożytków. Jest to zasadniczo inna forma wynagrodzenia, niż ustalona dla zwykłych zamówień publicznych zapłata ceny.

Pojęcie „prawa do eksploatacji" obiektu budowlanego lub „wykonywania" usług wprowadzone zostało nowelizacją KoncRobBudU z dnia 7 maja 2010 r. Zastąpiło występujące dotychczas *„prawo do korzystania"* z obiektu budowlanego lub usługi, pierwotnie uregulowane w KoncRobBudU. Ustawodawca zdecydował się na ten krok, gdyż dotychczasowe brzmienie art. 1 ust. 2 KoncRobBudU miało sugerować, że istotą koncesji jest korzystanie przez koncesjonariusza z usług koncesjodawcy, podczas gdy jest nią prawo do wykonywania usług z zakresu zadań publicznych, w tym do pobierania pożytków z takiego prawa, czyli dochodów z tytułu świadczenia tych usług osobom trzecim[41]. Ustawodawca zdecydował się na ten krok pomimo że „eksploatacja" nie występuje jako odrębna instytucja ani w KC, ani w PrBud. Nie zostało również pojęcie „eksploatacji" wyjaśnione na gruncie przepisów KoncRobBudU. Jednakowoż, pojęcie „prawa do eksploatacji", jako składnik wynagrodzenia koncesjonariusza, wprost odpowiada użytemu w Dyrektywie 2004/18 pojęciu *„right to exploit",* któremu prawo unijne, w tym orzecznictwo ETS, nadało swoiste znaczenie.

Prawo do eksploatacji – w świetle prawa UE

W tym świetle przez „eksploatację" rozumieć należy prawo do żądania opłat od osób trzecich (użytkowników drogi, klientów parkingu, odbiorców wody, użytkowników kanalizacji, pasażerów komunikacji miejskiej, itp.). Eksploatacja obejmować będzie także prawo do wynajmowania obiektu budowlanego oraz pobierania pożytków na podstawie innych umów z użytkownikami obiektu. Taka konstrukcja wynagrodzenia powoduje, że w praktyce eksploatacja obiektu budowlanego przez koncesjonariusza musi polegać na wyłączności zarządu tym obiektem. W ramach „eksploatacji" na koncesjonariuszu ciąży obowiązek ciągłego i płynnego świadczenia usługi o odpowiedniej jakości, w tym również odpowiedzialność za utrzymanie (tj. ponoszenie kosztów amortyzacyjnych) i zarządzanie niezbędną do tego infrastrukturą. Prawo do eksploatacji obejmuje *ryzyko konstrukcyjne* (różne zagrożenia związane z utrzymaniem infrastruktury, włącznie z wystąpieniem siły wyższej), w tym ryzyka związane z zarządzaniem i udostępnianiem infrastruktury użytkownikom, a także *ryzyko ekonomiczne* (o czym więcej w dalszej części)[42].

Prawo do eksploatacji – uwagi ogólne

Decyzję autorów ustawy o koncesjach o rezygnacji z określenia wynagrodzenia koncesjonariusza pojęciem „prawem do korzystania" uznać należy za zasadną, aczkolwiek jest to zmiana jedynie czysto redakcyjna. KoncRobBudU nie definiuje bowiem pojęcia „prawa do eksploatacji". Trudno o adekwatną definicję tego pojęcia na gruncie polskiego systemu prawnego. Stąd, w ocenie autorów, uprawnione jest interpretowanie „prawa do eksploatacji" w analogii do występującego dotychczas w KoncRobBudU „prawa do korzystania". Pomocna może być interpretacja cywilistyczna, tym bardziej, że ustawodawca wyraźnie zastrzegł, że do umów koncesji stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego w zakresie nieuregulowanym w ustawie o koncesjach (art. 5 KoncRobBudU). KC wielokrotnie posługuje się pojęciem „korzystania" w odniesieniu

---

[41] zob. Uzasadnienie projektu ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wraz z projektami aktów wykonawczych, Druk nr 2546 z dnia 27 listopada 2009 r.

[42] Komunikat z 24 kwietnia 2000 *Commission interpretative communication on concessions under Community Law*, Dz. Urz. UE C 121/02.

do różnych stosunków prawnych. Na ogół pod pojęciem „korzystania" kryje się uprawnienie do używania rzeczy (*ius utendi*), ale równie często występuje prawo do pobierania pożytków (*ius fruendi*). Właścicielowi przysługiwać będzie także prawo do pobierania innych dochodów z rzeczy, do przyrostu (*accessio*), do zużycia (*ius abutendi*) i przetworzenia rzeczy. W prawie do pobierania pożytków z rzeczy mieści się uprawnienie do pobierania pożytków naturalnych, pożytków cywilnych oraz pożytków prawa[43].

Prawo do eksploatacji – zakres uprawnień

W przypadku koncesji, składający się na pojęcie „prawa do eksploatacji" zakres korzystania z obiektu budowlanego lub usługi będzie istotnie węższy, niż w przypadku prawa własności. Koncesjodawca nie będzie mógł przekazać partnerowi prywatnemu prawa do przyrostu (*accessio*), do zużycia (*ius abutendi*) i przetworzenia rzeczy, jak również prawa do pobierania innych dochodów z rzeczy (wynikłych np. ze zdarzeń losowych), jako że te uprawnienia bezpośrednio związane są z prawem własności. Koncesjonariusz nie będzie mógł obiektu budowlanego zbyć lub obciążyć ograniczonym prawem rzeczowym (np. użytkowaniem, zastawem, hipoteką). Nie będzie mógł uczynić tego również z prawem do wykonywania usług. Jednakowoż, nie wyklucza to możliwości ustanowienia zastawu na prawie do pożytków uzyskiwanych przez koncesjonariusza z obiektu budowlanego lub usługi (jako zabezpieczenia np. kredytu lub pożyczki zaciągniętej celem sfinansowania przedmiotu koncesji). Wydaje się niedopuszczalne, by koncesjonariusz mógł swoje wynagrodzenie w całości zaspokoić w drodze używania obiektu budowlanego lub korzystania z usługi, poprzez bycie odbiorcą związanych z nimi świadczeń. Na ogół koncesja dotyczyć będzie wykonywania zadań publicznych w drodze świadczenia usług społecznie użytecznych, a więc adresowanych do zewnętrznych odbiorców. Ponadto, ograniczenie możliwości korzystania z urządzenia będącego elementem przedmiotu koncesji zewnętrznym odbiorcom czyniłoby umowę nieopłacalną ekonomicznie. Koncesja jest *ex lege* umową odpłatną i pozbawienie jej tego charakteru czyniłoby ją nieważną. Nie wyklucza to jednak możliwości częściowego używania przez koncesjonariusza obiektu budowlanego lub usługi do własnych celów (np. zajmowanie części miejsc parkingowych, pomieszczeń magazynowych, itp.), choć nie będzie to stanowić elementu jego wynagrodzenia.

Prawo do eksploatacji, jako prawo do pobierania pożytków

W zakresie „prawa do eksploatacji" kluczowe będzie uprawnienie koncesjonariusza do pobierania pożytków. Wyraźnie podkreślił to ustawodawca wskazując w art. 1 ust. 2 pkt. 1 KonRobBudU, że w prawie do eksploatacji obiektu budowlanego mieścić się będzie prawo do pobierania pożytków. Mogą to być <u>pożytki naturalne rzeczy</u>, tj. jej płody i inne odłączone od niej części składowe, o ile według zasad prawidłowej gospodarki stanowią normalny dochód z rzeczy (art. 53 § 1 KC). Takimi pożytkami będą np. wyprodukowana energia, oczyszczona woda, surowce odnawialne, itp. pochodzące ze wzniesionego przez wykonawcę obiektu (elektrowni, oczyszczalni ścieków, zakładu przetwarzania odpadów) lub z obiektu już istniejącego i zarządzanego przez koncesjonariusza w ramach przedsiębiorstwa. Koncesjonariusz uzyskiwać będzie <u>również pożytki cywilne rzeczy</u>, tj. dochody, które rzecz przynosi na podstawie stosunku prawnego (opłaty za parking, opłaty za przejazd mostem, tunelem, opłaty za wstęp na stadion, itp.). Dochody mogą być wyrażone w pieniądzu (czynsze, odsetki), w rzeczach zamiennych lub świadczeniach innego rodzaju. Koncesjonariusz będzie mógł uzyskiwać <u>pożytki w postaci dochodów przynoszonych przez prawo</u> wykorzystywane zgodnie ze swoim społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. Dochodami takimi będą m.in. czynsze z poddzierżawy/podnajmu części nieruchomości, itp., jak również odsetki od zaległych czynszów, a także dochody osiągane z praw autorskich, opłat licencyjnych.

---

[43] E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Wyd. Zakamycze, Kraków 2001. Komentarz do art. 140, System Informacji Prawnej LEX.

Przez czas trwania umowy koncesjonariusz nabywał będzie wszelkie pożytki z obiektu budowlanego lub usługi, jako posiadacz zależny wzniesionej i zarządzanej lub tylko zarządzanej infrastruktury. Koncesja nie wywołuje żadnych zmian własnościowych. Koncesjonariusz zawsze będzie wznosił obiekt budowlany (lub wykonywał roboty budowlane na już istniejącym obiekcie) albo świadczył usługę z wykorzystaniem składnika majątkowego (nieruchomości, rzeczy ruchomej, przedsiębiorstwa lub prawa majątkowego) będącego własnością lub przedmiotem prawnego władania koncesjodawcy. Główne prawo rzeczowe do tego składnika majątkowego, w tym również rzeczy i praw z nim związanych (wzniesionego obiektu, poniesionych nakładów koniecznych, itp.) pozostanie w gestii koncesjodawcy. Każdorazowo stosunek prawny koncesjonariusza do składników majątkowych niezbędnych do realizacji przedmiotu koncesji mniej lub bardziej oparty będzie o jedną z umów, określonych w Księdze III KC (dzierżawa, leasing, użyczenie).

Pomimo niejasności w interpretacji pojęcia: „prawo do eksploatacji" obiektu budowlanego, przyjąć należy prawno-unijną interpretację tego pojęcia. Koncesje są instytucjami europejskiego prawa zamówień publicznych i podlegają pełnej (z pewnymi wyjątkami dotyczącymi koncesji na usługi) harmonizacji w krajowych porządkach prawnych. W związku z tym uznać należy, że w pojęciu „prawa do eksploatacji" przedmiotu koncesji mieści się: prawo do pobierania pożytków, jak również obowiązek utrzymania i zarządzania przedmiotem koncesji, włącznie z ponoszeniem związanych z tym ryzyk, w szczególności ryzyka ekonomicznego.

Prawo do wykonywania usług, jako wynagrodzenie w koncesji na usługi

W odniesieniu do wynagrodzenia koncesjonariusza w koncesji na usługi, zamiast pojęcia „prawa do eksploatacji" ustawodawca posłużył się terminem „wykonywania usług". Nie wskazał przy tym, na czym „wykonywanie usług" ma polegać. Użycie różnych pojęć mogłoby wskazywać na różny zakres przedmiotowy obu uprawnień. Stwierdzić jednak należy, że różnica obu pojęć ma jednak charakter pozorny. Dyrektywa 2004/18, na której ustawodawca się opierał tworząc KoncRobBudU pojęcia *„right to exploit"* używa zarówno w odniesieniu do koncesji na roboty budowlane, jak i koncesji na usługi. Ustawodawca unijny w obu przypadkach zakres uprawnień koncesjonariusza określił w ten sam sposób. Niewątpliwie, podobnie postąpił polski ustawodawca. Użycie odmiennego pojęcia, tj. „wykonywania" usług w odniesieniu do koncesji na usługi rozumieć należy w ten sposób, że ewentualne sformułowanie „eksploatacji usługi" byłoby niezrozumiałe na gruncie języka polskiego i stanowiłoby niepotrzebne zapożyczenie. Stąd użycie terminu „wykonywanie" usług, przez które rozumieć należy prawo do korzystania z usługi przez samego koncesjonariusza, ale przede wszystkim prawo do pobierania pożytków. Zakres uprawnień koncesjonariusza w koncesji na usługi będzie zatem analogiczny do uprawnień koncesjonariusza, wykonującego koncesję na roboty budowlane. Wobec czego powyższe uwagi dotyczące zakresu uprawień wykonawcy koncesji na roboty budowlane należy odpowiednio stosować do koncesji na usługi.

2.5.2. Płatność koncesjodawcy

Polski ustawodawca dopuszcza możliwość zawierania umów koncesji przewidujących, że część wynagrodzenia koncesjonariusza, obok prawa do eksploatacji przedmiotu koncesji, stanowić będzie płatność z budżetu publicznego. W tym kontekście przez płatność dodatkową rozumieć należy świadczenia pieniężne, bezpośrednio uiszczane za konkretne świadczenia wzajemne. Odnośnie zakresu i form płatności pomocne są wyjaśnienia Komisji Europejskiej zawarte w *Komunikacie* z 2000 r. dotyczącym interpretacji instytucji koncesji na gruncie prawa UE.

2.5.2.1. Zasady ogólne

Komisja Europejska wskazuje, że płatność strony publicznej nie może zmieniać „natury" kontraktu koncesyjnego i pokrywać winna tylko część kosztów wzniesienia lub utrzymania infrastruktury. Dla przykładu, podmiot publiczny może częściowo zrefundować koszty wzniesienia (remontu, przebudowy) obiektu budowlanego. Ponadto, zamawiający może pokrywać część kosztów świadczenia usługi poprzez dopłatę do ceny (w celu zachowania względnie niskiej ceny dla odbiorców ostatecznych – tzw. „ceny socjalnej"). Dopuszczalne jest, aby podmiot publiczny nabywał część usług w ramach koncesji (np. bilety na basen dla uczniów szkół publicznych, część miejsc parkingowych na parkingu, prawo do organizacji określonej liczby imprez masowych na będącym przedmiotem koncesji stadionie sportowym, wynajmował część budynku na lokale komunalne). Płatność taka może mieć formę ryczałtu lub być uzależniona od liczby użytkowników. Do najczęstszych form dotacji występujących w doktrynie, a także wymienionych w *Wytycznych* należą:

- bieżące płatności na pokrycie kosztów operacyjnych związanych z bieżącą realizacją zadań;
- pokrywanie kosztów finansowych (np. dopłaty do oprocentowania kredytu), w tym kompensowanie zobowiązań podatkowych;
- subsydiowanie przepływu dochodów (dotacyjne stymulowanie ceny);
- obejmowanie przez sektor publiczny udziału w realizowanych przedsięwzięciach;
- udzielanie pomocy publicznej.

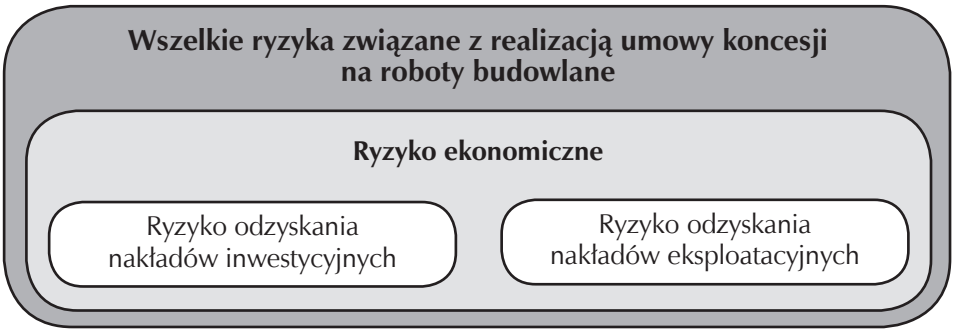
W świetle *Komunikatu* z 2000 r., jeżeli płatność podmiotu publicznego będzie stała i niezależna od efektywnego popytu ze strony użytkowników lub pokrywać będzie zmiany w popycie, nie będzie można takiej umowy nazwać koncesją. **Płatność nie może przy tym zniwelować obowiązku pokrycia przez koncesjonariusza kosztów wykonania koncesji (inwestycyjnych i eksploatacyjnych)**. Jeżeli, np. zamawiający pokrywałby całość wydatków związanych ze wzniesieniem infrastruktury i jej utrzymania, lub całość kosztów świadczenia określonej usługi, to takiej umowy nie będzie można nazwać, odpowiednio, koncesją na roboty budowlane lub koncesją na usługi. Będziemy mieli do czynienia wówczas *de facto* z odrębnymi zamówieniami na roboty budowlane i koncesją na usługi w pierwszym przypadku, lub tylko zamówieniem publicznym w przypadku drugim.

2.5.2.2. Ryzyko ekonomiczne

Zgodnie z ustawą o koncesjach, ryzyko ekonomiczne przedsięwzięcia w zasadniczej części ponosi koncesjonariusz (art. 1 ust. 3 zdanie drugie). **Przez „zasadniczą część ryzyka ekonomicznego" rozumieć należy większą część całości tegoż ryzyka przypisaną wykonawcy koncesji.** Koncesjodawca będzie mógł ponieść część ryzyka ekonomicznego, ale nie będzie ona mogła być równa lub wyższa od części spoczywającej na koncesjonariuszu. **Ustawodawcy nie chodzi tu o potencjalne ryzyko, które może wystąpić, ale nie musi, lecz o ryzyko faktycznie ponoszone w okresie trwania umowy.** Przepis ten umieszczony jest w tej samej jednostce redakcyjnej, co norma zakreślająca dopuszczalne granice płatności koncesjodawcy. Wskazywałoby to na immanentny związek obu czynników, które traktowane łącznie przesądzać będą o możliwości zakwalifikowania danego kontraktu, jako koncesji. Podyktowane jest to odmiennością procedur udzielania zamówień publicznych i zawierania umów koncesji, co wynika z prawa unijnego. Względnie jednolite w tym względzie orzecznictwo ETS (por. sprawy C-324/98 Telaustria z 7 grudnia 2000 r., C-458/03 Parking Brixen z 13 października 2005 r.) wskazuje, że „wynagrodzenie koncesjonariusza nie pochodzi (co do zasady) od danego organu władzy publicznej, lecz z kwot pieniężnych wpłacanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z danej usługi (infrastruktury). Ten sposób wynagrodzenia oznacza, że koncesjonariusz bierze na siebie ryzyko związane z korzystaniem z usług".

Polski ustawodawca nie zdecydował się na zdefiniowanie pojęcia „ryzyka ekonomicznego" w ustawie o koncesjach. Na próżno szukać znaczenia prawnego tego pojęcia w innych aktach normatywnych. Dotychczas kwestie ryzyk na gruncie kontraktów PPP regulowało rozporządzenie Ministra Gospodarki wydane do poprzedniej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Obecnie obowiązująca ustawa o PPP w tej materii milczy. **Sam ustawodawca, w uzasadnieniu do projektu ustawy o koncesjach, utożsamia ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji ze stanem niepewności przedsiębiorcy (koncesjonariusza), co do osiągnięcia odpowiedniej stopy zwrotu inwestycji, w szczególności pokrycia całości nakładów na przedmiot koncesji.** Ryzyko ekonomiczne obejmować będzie przede wszystkim niepewność, odnośnie faktycznego poziomu popytu na usługę (będącą przedmiotem koncesji). W jego zakresie mieścić będą się takie zdarzenia przyszłe i niepewne, jak: pojawienie się konkurencji, cykliczność popytu, zmiany cen, zastosowanie przestarzałych technologii, pojawienie się nowych trendów rynkowych, itp. Kwestię ryzyka ekonomicznego podobnie traktuje Komisja Europejska, wiążąc je z poziomem płatności koncesjodawcy.

Całkowity zakres ryzyka ekonomicznego wyznaczać będzie, zatem, niepewność uzyskania wynagrodzenia na poziomie pozwalającym odzyskać poniesione nakłady inwestycyjne oraz eksploatacyjne (w przypadku koncesji budowlanej) lub tylko eksploatacyjne (w przypadku koncesji na usługi). Można wobec tego przyjąć, że pojęcia wynagrodzenia koncesjonariusza i poziomu ryzyka ekonomicznego będą ze sobą zakresowo zbieżne.



2.5.2.3. Płatność w świetle KoncRobBudU

Ustawodawca, zgodnie z duchem prawa unijnego przyjął, że płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Ponadto, koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji (a więc przede wszystkim ryzyko odzyskania nakładów). Związanie wysokości płatności z nakładami na przedmiot koncesji oznacza, że niezależnie do tytułu prawnego płatności (pokrycie kosztów wzniesienia infrastruktury lub świadczenia usługi, wykup części usług, dopłata do ceny, bądź inna forma zapłaty) całość wynagrodzenia wypłaconego bezpośrednio przez koncesjodawcę w okresie trwania umowy musi być niższa niż wysokość poniesionych przez koncesjonariusza nakładów. Chodzi tylko o nakłady **poniesione i związane** z wykonywaniem koncesji (nie będzie zatem można do tej kategorii zaliczyć nakładów, które koncesjonariusz poniósł w sposób niezgodny z umową lub będących wynikiem jego zaniedbania lub nieudolności). **Jeżeli płatność określona w umowie będzie na poziomie w całości pokrywającym nakłady (inwestycyjne i eksploatacyjne – w przypadku koncesji budowlanej lub tylko eksploatacyjne – w przypadku koncesji usługowej) lub przekraczającym je, wówczas będzie to zwykłe zamówienie publiczne.**

Takie określenie maksymalnego poziomu dopuszczalnych płatności przez ustawodawcę może ograniczać, ale nie eliminuje ryzyka ekonomicznego przedsięwzięcia. Ustawodawca oddzielił tę część wynagrodzenia koncesjonariusza, która służyć ma odzyskaniu poniesionych

nakładów, od czystego zysku operacyjnego. Płatność koncesjonariusza może pokrywać część kosztów, może być dopłatą do zysku wykonawcy, ale suma świadczeń z obu źródeł w okresie trwania umowy nie może być równa lub wyższa całościowym nakładom (inwestycyjnym lub eksploatacyjnym) koncesjonariusza na wykonanie koncesji.

2.5.2.4. Kategorie nakładów (kosztów) w umowie koncesji

Określając poziom dopuszczalnej płatności, ustawodawca wskazuje na koszty, jakie koncesjonariusz faktycznie poniósł w celu wykonania koncesji. Ustawodawca wyraźnie wskazuje tu na **koszty wykonywania koncesji**. Należy przez to pojęcie rozumieć koszty wykonania samego przedmiotu koncesji (nakłady inwestycyjne), ale również późniejsze koszty związane z jego utrzymaniem i zarządzaniem.

W pierwszej grupie kosztów mieścić się będą wszystkie wydatki poniesione od momentu rozpoczęcia aż do momentu zakończenia inwestycji. Do kosztów inwestycji budowlanej zalicza się koszty nabycia działki budowlanej, koszty przygotowania działki i uzbrojenia terenu, opłaty adiacenckie, koszty budowy i wykończenia, koszty urządzeń technicznych i instalacji wewnętrznych oraz zewnętrznych, urządzeń umożliwiających użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem zrealizowanej inwestycji budowlanej, dodatkowe koszty budowy, takie jak: inwestorskie, planowania przestrzennego, dokumentacji projektowej, ekspertyz i doradztwa, kierowania budową i jej rozliczania, nadzoru, a także koszty finansowe (zaciągnięte kredyty, odsetki), jak również różnego rodzaju zobowiązania publicznoprawne powstałe w procesie budowlanym (np. podatek VAT naliczony i zapłacony w związku z realizacją inwestycji, o ile nie podlega on zwrotowi lub odliczeniu od należnego podatku VAT)[44].

W drugiej grupie kosztów znajdą się nakłady związane ze świadczeniem usługi (nakłady eksploatacyjne). Będą to koszty bieżące związane z ponoszeniem wydatków na utrzymanie przedmiotu koncesji w stanie niepogorszonym (remonty, naprawy, bieżące konserwacje), wynagrodzeniem obsługi, pracowników, dostosowywaniem przedmiotu koncesji do nowych standardów oraz wymogów technicznych, zapłata za usługi związane z funkcjonowaniem przedmiotu koncesji (np. opłaty za elektryczność, gaz, wodę, wywóz nieczystości, itp.), czy wydatki związane z zarządzaniem. Będą to także ciężary publicznoprawne (podatki i opłaty) i prywatnoprawne (np. czynsz za dzierżawiony pod realizację przedmiotu koncesji grunt). **Specyfika wieloletnich projektów inwestycyjnych wskazuje, że koszty bieżące działalności gospodarczej często przewyższają nakłady inwestycyjne, czasami nawet kilkukrotnie. Ryzyko odzyskania nakładów ponoszonych na utrzymanie i zarządzanie przedmiotem koncesji już po wykonaniu części inwestycyjnej będzie miało bardzo istotne znaczenie dla atrakcyjności gospodarczej koncesji.** W praktyce przedsięwzięć realizowanych w formule koncesji oznacza to, że płatność strony publicznej może być istotnym ułatwieniem i wsparciem dla koncesjonariusza w bieżącym finansowaniu wykonywania koncesji.

Suma zbilansowanych płatności w okresie eksploatacji przedmiotu koncesji powinna obejmować, zatem, w szczególności: płatności na pokrycie kosztów budowy przedmiotu koncesji, płatności związane z eksploatacją oraz utrzymaniem przedmiotu koncesji we właściwym stanie, a także zysk koncesjonariusza. Dopiero dokonanie takiej analizy wykaże, czy niezbędna będzie partycypacja koncesjodawcy i w jakiej wysokości w kosztach całego przedsięwzięcia[45].

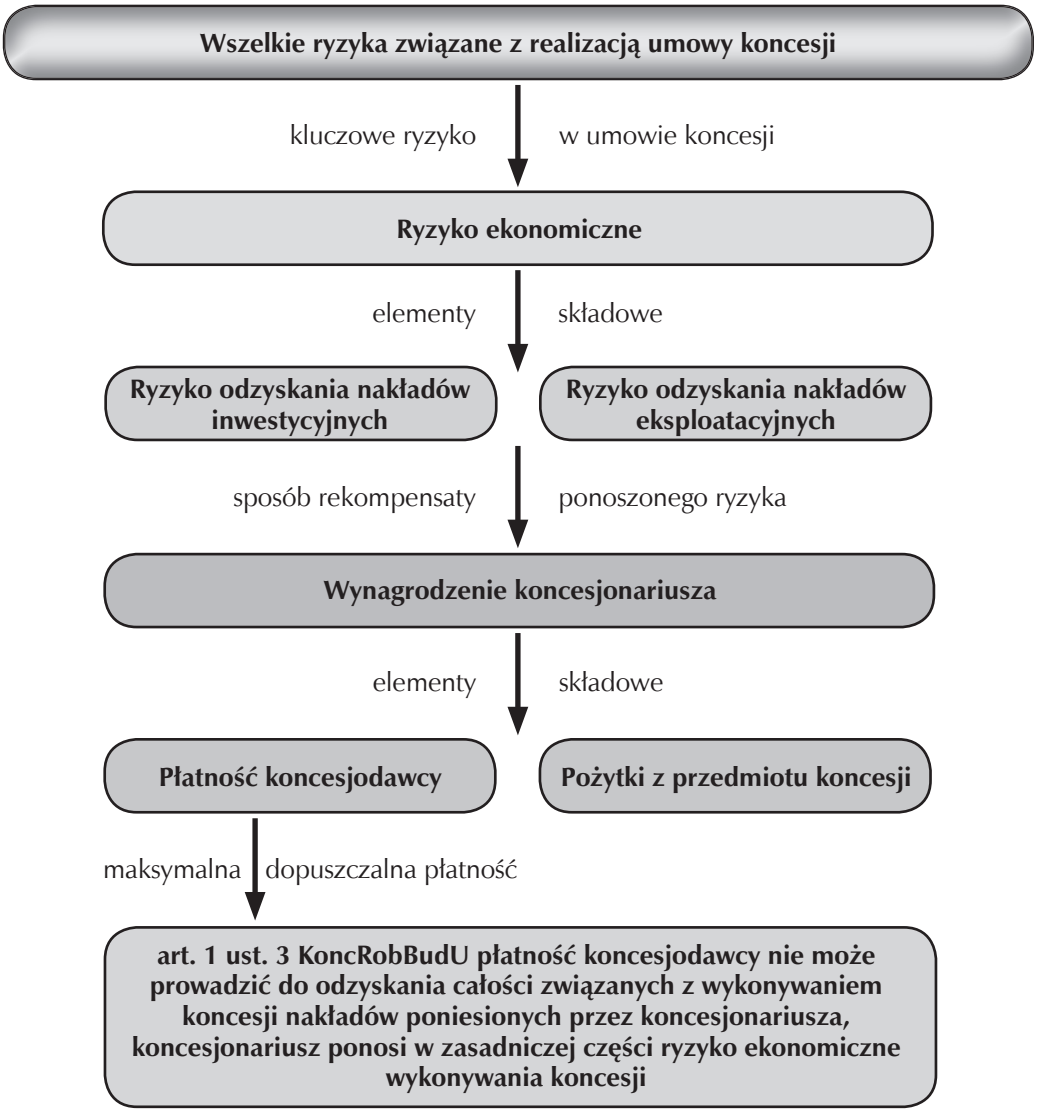
Obejmowanie zakresem wynagrodzenia koncesjonariusza w ramach koncesji na roboty budowlane zarówno nakładów inwestycyjnych, jak i eksploatacyjnych (bieżących) lub tylko eksploatacyjnych (koncesja na usługi) jest zgodne z prawem Unii Europejskiej. Orzecznictwo ETS, traktując o relacji ryzyka do kosztów wykonywania koncesji, nie różnicuje kosztów etapu budowlanego i kosztów zarządzania oraz utrzymania koncesji. W wyrokach Trybunału w omawianym kontekście pojawia się jedynie ogólna kategoria „nakładów" lub „wydatków" wykonawcy umowy koncesji.

---

[44] zob. A. Panasiuk, *op. cit*, s. 34–35.
[45] *tamże*, s. 165.

2.5.2.5. Podział ryzyk a płatność

Zgodzić się należy z poglądem wyrażanym w literaturze przedmiotu, że zdania pierwsze i drugie art. 1 ust. 3 KoncRobBudU należy traktować łącznie[46]. Jak już to wyżej wskazano, na gruncie orzecznictwa ETS pojęcia „ryzyka ekonomicznego" i „wynagrodzenia koncesjonariusza" są ze sobą co do zasady zbieżne. Oznacza to, że ustalając zakres płatności strony publicznej należy cały czas mieć na względzie dyrektywę dotyczącą zakresu dopuszczalnego ryzyka ekonomicznego pozostającego po jej stronie. **Tym samym, zakres dopuszczalnego ryzyka ekonomicznego należy każdorazowo odnieść do zagregowanej wartości, obejmującej nakłady inwestycyjne i eksploatacyjne (oraz związane z nimi dostawy) lub tylko eksploatacyjne (wraz ze związanymi z nimi dostawami).** W świetle wykładni gramatycznej drugiego zdania art. 1 ust. 3 KoncRobBudU, większa część ryzyka stanowi przynajmniej 50% całości plus 1 najmniejszej jednostki całości.



[46] *tamże*, s. 27.

Zatem egzegeza art. 1 ust. 3 KoncRobBudU nie może ograniczać się tylko i wyłącznie do pierwszego zdania dotyczącego udziału płatności w stosunku do nakładów. Taka interpretacja mogłaby prowadzić do stwierdzenia, że **płatność pokrywająca nawet 99% nakładów (inwestycyjnych i eksploatacyjnych przy koncesji budowlanej, lub tylko eksploatacyjnych przy koncesji usługowej) będzie mieścić się w ustawowej definicji koncesji. Należy w tym miejscu zgodzić się z poglądem wyrażanym w doktrynie, że płatność podmiotu publicznego znacząco przekraczająca wartość poniesionych (ponad 50%) przez podmiot prywatny nakładów będzie w nadmiernym stopniu zdejmować z koncesjonariusza ryzyko ekonomiczne realizacji koncesji**[47].

Tym samym w każdym przypadku, gdy płatność koncesjodawcy ma pokryć ponad 50% nakładów związanych z koncesją konieczne jest wykazanie okoliczności związanych z jej realizacją, które będą uzasadniały stwierdzenie, że zasadnicze ryzyko ekonomiczne nadal spoczywa po stronie koncesjonariusza.

Wobec potencjalnych konsekwencji związanych z nieprawidłowym podziałem ryzyk zdaniem autorów, dopuszczalne jest ostrożne założenie, zgodnie z którym koncesjonariusz nie powinien zgadzać się na płatność (traktowaną, jako zapłata kwoty pieniężnej niezależnie od tego, czy powiązana jest ze wzniesieniem przedmiotu koncesji czy też płatnościami eksploatacyjnymi) na rzecz koncesjonariusza, większą niż połowa sumy: łącznych wydatków inwestycyjnych i eksploatacyjnych (w przypadku koncesji budowlanej) lub tylko eksploatacyjnych (w przypadku koncesji na usługi).

Założenie to jest ważne, jeśli kwota płatności na rzecz koncesjonariusza będzie mniejsza niż całość nakładów poniesionych samodzielnie na wzniesienie infrastruktury i (lub) jej eksploatację w okresie koncesji. Punktem wyjścia uzasadnionej płatności na rzecz koncesjonariusza będzie kwota połowy sumy nakładów inwestycyjnych oraz bieżących bądź tylko bieżących. Ostateczna maksymalna kwota płatności zależeć będzie od ostatecznych ofert złożonych przez podmiot, który uzyska status koncesjonariusza. Płatność określona nominalnie zostanie określona w umowie o koncesji wraz z zasadami jej opłacania.

W literaturze pojawia się pogląd, ze względu na orzecznictwo ETS niedopuszczalne jest założenie, że płatność koncesjodawcy mogłaby obejmować zarówno nakłady inwestycyjne, jak i eksploatacyjne (choć nie zostało to doprecyzowane, zapewne chodzi o koncesję na roboty budowlane), wobec czego proponuje się obejmowanie kategorią nakładów, o których mowa w art. 1 ust. 3 KoncRobBudU, jedynie wydatki na wzniesienie infrastruktury[48]. Niewątpliwie za taką wykładnią przemawia troska o bezpieczeństwo obrotu prawnego (jest to wszak definicja płatności bardziej rygorystyczna niż proponowana przez autorów niniejszego poradnika). Ponadto, wykładnia ta wprost wiąże wielkość płatności z definicją szacunkowej wartości koncesji z art. 9 KoncRobBudU. Należy uznać to za błędne założenie, bowiem wytyczne służące dokonywaniu szacunkowej wyceny przedmiotu koncesji służą przede wszystkim ustaleniu wymogu stosowania odpowiednich terminów na składanie wniosków o zawarcie umowy koncesji (art. 12 ust. 1 i 2 KoncRobBud), a także wskazaniu tych wielkości w ogłoszeniu. Przepisy KoncRobBudU nie wiążą art. 9 z art. 1 ust. 2 i 3, wobec czego nie można powiedzieć, że art. 9 ust. 1 i 2 będzie miał zastosowanie przy ustalaniu zakresu i form płatności koncesjodawcy.

Warto także ponownie podkreślić, że orzecznictwo Trybunału nie różnicuje w posługiwaniu się pojęciem „nakładów" wydatków inwestycyjnych i bieżących. Analiza wyroków ETS nie budzi obaw, że proponowana przez autorów niniejszej publikacji definicja płatności koncesjodawcy w koncesji budowlanej naruszałaby prawo Unii Europejskiej. Istotą

---

[47] *tamże*, s. 27.

[48] por. A. Nowaczek (w:) T. Korczyński, A. Kozłowska, K. Kozłowski, A. Mendis, A. Nowaczek, *Koncesja na roboty budowla lub usługi a inne formy realizacji inwestycji publiczno-prywatnych*, Wydawnictwo Wolter Kluwer Polska sp. z o.o., Warszawa 2010, s. 96.

koncesji budowlanej jest bowiem wykonanie przez koncesjonariusza infrastruktury służącej realizacji zadania publicznego oraz późniejsze świadczenie w oparciu o nią usług publicznych. W tym celu koncesjonariusz ponosi wydatki zarówno na etapie budowlanym, jak i eksploatacyjnym. Przez cały czas wykonuje zadanie, którego realizacja, a przez to ponoszenie kosztów, z mocy prawa spoczywa na koncesjodawcy. Bardzo często, zwłaszcza przy umowach wieloletnich, łączna wartość kosztów bieżących przeniesie wielkość nakładów inwestycyjnych. Sprowadzenie płatności koncesjodawcy tylko do nakładów na wzniesienie obiektu budowlanego (lub jego przebudowę, rozbudowę, remont, modernizację) radykalnie ograniczałoby „funkcje" płatności tylko do roli wsparcia inwestycyjnego (co z reguły ma rzadsze zastosowanie niż transfery koncesjodawcy już na etapie eksploatacyjnym), a także zmniejszyło atrakcyjność koncesji dla potencjalnych zainteresowanych podmiotów. Ponadto, tak zwężająca pojęcie „przedmiotu koncesji" wykładnia jest sprzeczna z jego funkcjonalnym znaczeniem. Jak to jest wyraźnie w literaturze podkreślone, funkcjonalne ujęcie przedmiotu koncesji obejmuje opis efektu końcowego współpracy stron, czyli „jak ma wyglądać i co obejmować proces korzystania z przedmiotu koncesji, tak aby efekt finalny zaspokojenia potrzeb społecznych został osiągnięty"[49].

Jak określić dopuszczalny poziom płatności na potrzebę postępowania o wybór koncesjonariusza oraz w umowie koncesji?

Koncesjodawca już na etapie przygotowywania postępowania powinien ustalić, jaki poziom płatności własnej dopuszcza, a następnie ów element zawrzeć zarówno w ogłoszeniu, jak i w opisie warunków koncesji, czyniąc zeń jedno z kryteriów oceny ofert. Warto przy tym starannie oszacować wartość koncesji, zarówno z uwagi na formalnoprawne wymogi postępowania, jak również w celu ustalenia przewidywanego poziomu ewentualnych płatności. **Dobrze, aby koncesjodawca na własny użytek wykonał analizę biznesową przedsięwzięcia. Analiza powinna obejmować przeciętne koszty inwestycyjne i eksploatacyjne związane z wykonywaniem koncesji**. Pomoże ona ocenić, czy koncesja będzie w ogóle opłacalna i zainteresuje potencjalnych oferentów, a także pomoże w ustaleniu optymalnego okresu trwania przyszłego kontraktu. Pamiętać wszak należy, że analiza taka będzie jedynie modelem, który ma charakter pomocniczy. W chwili zawierania umowy koncesji bowiem nie da się jednoznacznie i bezbłędnie przewidzieć, jakie nakłady poniesienie koncesjonariusz. Wszak nie ma on obowiązku przedstawiać umów przedwstępnych ani z podwykonawcami (jeżeli takich przewiduje), ani umów z dostawcami (np. materiałów budowlanych). Ponadto, wśród obligatoryjnych elementów treści umowy koncesji KoncRobBudU nie wymienia obowiązku określania kosztów wykonywania koncesji. Wydaje się, zatem, że w przypadku, gdy przewidziana jest płatność koncesjodawcy, w treści umowy winna znaleźć się **deklaracja koncesjonariusza, co do przewidywanych kosztów wykonania przedmiotu koncesji.** Niewykluczone, że koncesjonariusz będzie zawyżał przewidywane nakłady po to, aby uzyskać jak największą płatność koncesjonadwcy. Warto wówczas zapisać w umowie wyraźne zastrzeżenie, określające sposób i zasady ewidencjonowania poniesionych nakładów przez koncesjonariusza oraz ich uznawania przez koncesjodawcę, od którego uzależniona będzie płatność. Jeżeli jednak w trakcie wykonywania umowy okaże się, że koszty koncesjonariusza przekroczyły te wcześniej zaplanowane, płatność koncesjodawcy będzie mogła wzrosnąć (o ile taka ewentualność zostanie z góry przewidziana w umowie), ale w ten sposób, że nie doprowadzi do odzyskania całości nakładów. Należy podkreślić, że duże wątpliwości pod względem zgodności z prawem budziłby istotny wzrost płatności strony publicznej w sytuacji, gdy wielkość płatności strony publicznej była jednym z kryteriów oceny ofert.

PRZYKŁAD I: Jeszcze koncesja, czy już zamówienie?

Na tym tle pewną wątpliwość budzi sytuacja potencjalnego ułożenia umowy koncesji w ten sposób, że płatność koncesjodawcy pokrywać będzie niemal całość kosztów przedsię-

[49] A. Panasiuk, *op. cit.*, s. 128.

wzięcia. Dla przykładu, koncesjodawca opłaci 70% nakładów na wybudowanie oczyszczalni ścieków, będącej przedmiotem koncesji na roboty budowlane. W tym przypadku, zakres ponoszonego przez koncesjonariusza ryzyka obejmować będzie *de facto* jedynie 30% kosztów inwestycyjnych. Jednocześnie, na wykonawcy ciążyć będzie 100% ryzyka odzyskania kosztów eksploatacyjnych. Sama pewność pokrycia przez zamawiającego większej części kosztów inwestycyjnych nie będzie jednak dostateczną przesłanką do zaangażowania się zainteresowanego podmiotu w zawarcie umowy koncesji. Dopiero możliwość odzyskania poniesionych nakładów (inwestycyjnych i eksploatacyjnych – w przypadku koncesji budowlanej, lub eksploatacyjnych – w przypadku koncesji usługowej) skłoni go do kapitałowego zaangażowania w koncesję. Całkowitego poziomu wynagrodzenia w okresie trwania umowy przed jej zawarciem nie sposób przewidzieć. I ten stan niepewności będzie istotą koncesji. **Jeżeli umowa pozostawiać będzie większą część ryzyka odzyskania nakładów eksploatacyjnych, a także nałoży na niego obowiązek pokrycia przynajmniej części nakładów inwestycyjnych (lub tylko eksploatacyjnych przy koncesji na usługi), w ten sposób, że łączny udział kapitałowy koncesjodawcy będzie niższy od połowy całkowitych nakładów inwestycyjnych i eksploatacyjnych na przedmiot koncesji, wówczas większa część ryzyka ekonomicznego przedsięwzięcia pozostawać będzie po stronie wykonawcy i taka umowa będzie koncesją.**

PRZYKŁAD II: Już nie koncesja, a zamówienie

Jeżeli natomiast umowa między zamawiającym a wykonawcą jest skonstruowana w ten sposób, że wyeliminowany jest element ryzyka ekonomicznego (lub jest niższy, niż „zasadniczy") będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym, a nie koncesją. Przykładowo, zgodnie z umową wykonawca jest obowiązany wybudować most dla samochodów i jest wynagradzany przez użytkowników tego mostu. Równocześnie jednak umowa zakłada, że koncesjodawca gwarantuje wykonawcy minimalne wynagrodzenie odpowiadające poniesionym na realizację przedsięwzięcia nakładom, w sytuacji, kiedy stopień wykorzystania mostu nie osiągnie pewnego minimalnego poziomu. W takim przypadku umowa taka nie może zostać uznana za koncesję. Koncesjonariusz jest bowiem pewien odzyskania poniesionych nakładów.

2.6. Wynagrodzenie koncesjonariusza i partnera prywatnego – uwagi ogólne

2.6.1. Wynagrodzenie partnera prywatnego a przepisy KoncRobBudU

Z punktu widzenia kompletności prowadzonego wywodu, należy dokonać analizy komparatywnej wynagrodzenia partnera prywatnego i wynagrodzenia koncesjonariusza. Wynagrodzenia w obu typach umów mają wiele cech wspólnych, są jednak także różnice. Wyjaśnienia wymaga również styk obu instytucji w przypadku procedury wyboru partnera prywatnego (zob. art. 4 ust. 1 PartPublPrywU).

Elementy wspólne

Wynagrodzeniem zarówno partnera prywatnego, jak i koncesjonariusza będzie przeważnie prawo do pobierania pożytków z przedmiotu umowy (najczęściej nowo wybudowanej lub wyremontowanej bądź tylko zarządzanej infrastruktury). Obie ustawy (PartPublPrywU i KoncRobBudU) dopuszczają, aby tej najczęstszej formie wynagrodzenia towarzyszyła bezpośrednia płatność pieniężna podmiotu publicznego. Na gruncie KoncRobBudU świadczenie to będzie nosiło nazwę „płatności koncesjodawcy", w świetle PartPublPrywU będzie to „zapłata sumy pieniężnej". Pojęcia te uznać można za treściowo zbieżne i w obu przypadkach oznaczać będą zapłatę podmiotu publicznego za wykonanie usługi przez stronę prywatną lub wykup części usług, czy współfinansowanie kosztów ich świadczenia. Obie instytucje zakładają, że przynajmniej część nakładów (inwestycyjnych lub eksploatacyjnych) na przedmiot umowy ponieść musi podmiot prywatny.

Różnice

Płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza, z wszelkich tytułów razem, nie powinna w okresie trwania umowy osiągnąć łącznie wysokości równej lub wyższej niż suma nakładów inwestycyjnych i eksploatacyjnych związanych w wykonywaniem przedmiotu koncesji. W przypadku PPP, dopuszczalna łączna wartość zapłaty sumy pieniężnej objąć może większość nakładów (inwestycyjnych, jak i eksploatacyjnych), a także cały zysk partnera prywatnego. Jej zakres będzie zatem szerszy niż płatności koncesjodawcy. W takim przypadku będzie to zwykłe zamówienie publiczne.

Wynagrodzenie koncesjonariusza zależne będzie od ryzyka ekonomicznego przedsięwzięcia (głównie ryzyka popytu). KoncRobBudU wymaga, aby zasadnicza część tego ryzyka ciążyła na koncesjonariuszu. Ryzyka dostępności i robót budowlanych, jakkolwiek najczęściej spoczywające po stronie wykonawcy koncesji, nie będą przesądzać o charakterze prawnym umowy. PartPublPrywU w odniesieniu do ryzyk spoczywających na partnerze na pierwszy plan wysuwa ryzyka związane z dostępnością. Nieodłącznie towarzyszyć będzie im ryzyko związane z budową. Natomiast ryzyko popytu nie będzie miało kluczowego znaczenia, zwłaszcza w przypadku przeważającego finansowania wynagrodzenia partnera zapłatą sumy pieniężnej.

2.6.2. Wynagrodzenie a tryb wyboru partnera prywatnego

Zgodnie z art. 4 ust. 1 PartPublPrywU, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, wyboru partnera prywatnego dokonuje się stosując odpowiednio przepisy KoncRobBudU. Przepisy ustawy o koncesjach znajdą zastosowanie do wyboru partnera prywatnego, jeżeli po wstępnych analizach przedsięwzięcia można będzie z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć, że przedmiot umowy będzie samofinansujący się, a ewentualna zapłata sumy pieniężnej będzie miała jedynie charakter uzupełniający.

Sytuacja skomplikuje się, jeżeli w toku negocjacji z potencjalnymi partnerami prywatnymi okaże się, lub z ich ofert będzie wynikać, że udział pożytków w wynagrodzeniu wykonawcy będzie niższy niż przewidywana płatność podmiotu publicznego. Czy w takiej sytuacji podmiot publiczny będzie mógł kontynuować postępowanie, czy też będzie zmuszony unieważnić je i dokonać wyboru partnera prywatnego w oparciu o przepisy PrZamPubl?

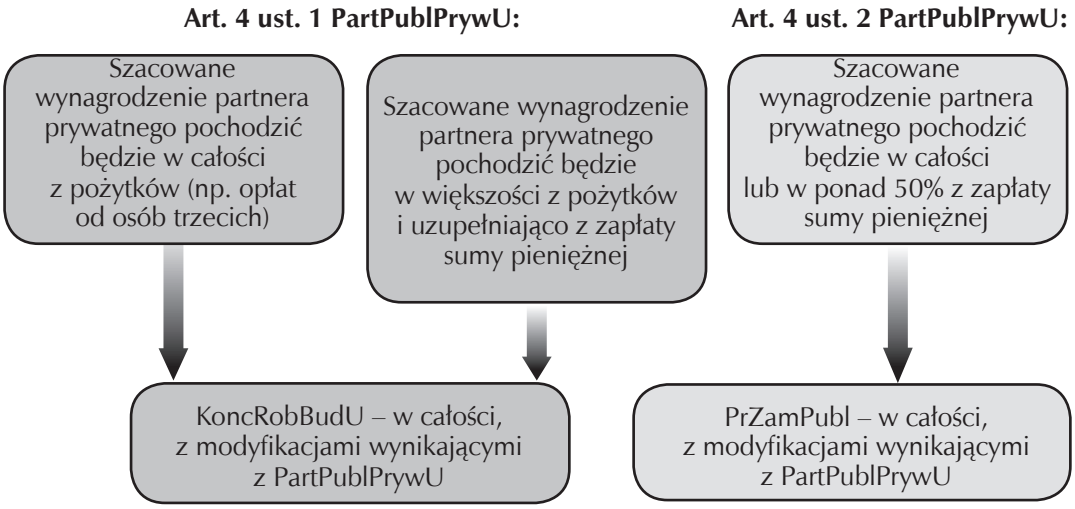
Autorzy niniejszego poradnika stoją na stanowisku, że w takiej sytuacji z ostrożności należy trzymać się gramatycznej interpretacji art. 4 ust. 1 PartPublPrywU i samego *ratio legis* przepisów koncesyjnych, które stanowią wyłom z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych i, jako wyjątek, powinny być traktowane ściśle. W związku z czym każda inna forma wynagrodzenia partnera prywatnego niż opisana w art. 4 ust. 1 PartPublPrywU wymuszać będzie zastosowanie procedury zamówieniowej, zgodnie z art. 4 ust. 2 PartPublPrywU, co skutkować będzie **koniecznością odwołania postępowania, jeśli okoliczności te podane zostały w ogłoszeniu o koncesji oraz w opisie warunków koncesji, i ponownego wyboru partnera w trybie PrZamPubl**. Autorzy uważają także, że analogicznie należy postąpić w przypadku wszczęcia i prowadzenia samoistnego postępowania o zawarcie umowy koncesji, gdy w trakcie oraz w wyniku negocjacji, a przede wszystkim ze złożonych ofert okaże się, że płatność strony publicznej wynosić ma zdecydowanie powyżej 50% łącznych nakładów na wykonanie koncesji.

Wobec powyższego należy uznać za niedopuszczalną interpretację, w świetle której art. 4 ust. 1 stanowi tylko przesłankę formalną skorzystania z procedury koncesyjnej i niezależnie od tego, czy w wyniku negocjacji i złożonych ofert wyniknie, że przedsięwzięcie ma być finansowane w większości z zapłaty sumy pieniężnej podmiotu publicznego, postępowanie będzie ważne[50]. Taka wykładnia mogłaby prowadzić do częstego nadużywania procedury koncesyjnej w celu tylko i wyłącznie ominięcia PrZamPubl.

---

[50] zob. W. Gonet, *op. cit*., s. 33.

Wprowadzony nowelizacją z 7 maja 2010 r. ustęp 3 artykułu 4 nie uzależnia opisanych w nim zasad wyboru partnera prywatnego od formy jego wynagrodzenia, a dotyczy zasad wyboru partnera w sytuacjach, gdy brak przesłanek do stosowania PrZamPubl lub KoncRobBudU. Wobec powyższego szersza analiza tego przepisu będzie przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego opracowania.



III. Zakres podmiotowy i przedmiotowy PartPublPrywU i KoncRobBudU

3.1. Definicja podmiotu publicznego

Wymóg formalny stosowania przepisów PartPublPrywU w przypadku realizacji przedsięwzięć o charakterze partnerskim wymusza ustalenie, które podmioty publiczne będą do tego zobowiązane. PartPublPrywU nie zawiera enumeratywnego wyliczenia kategorii podmiotów publicznych, na których ciąży obowiązek stosowania ustawy, posługując się ogólnymi pojęciami poszczególnych kategorii, zgodnie z utrwalonym wzorem z PrZamPubl. To podobieństwo uzasadnione jest charakterem prawnym PPP, które w świetle prawa unijnego, analogicznie jako umowa o zamówienie publiczne, jest odpłatną umową zawieraną przez podmioty sektora publicznego.

W porównaniu do katalogu podmiotów publicznych z PartPublPrywU2005, PartPublPrywU obejmuje również podmioty, które dotychczas mogły posiadać jedynie status partnera prywatnego (np. spółki komunalne). Jednocześnie, PartPublPrywU nie zabrania, aby podmiot mieszczący się w kategorii „podmiotu publicznego" mógł występować także w roli partnera prywatnego. Wymogiem jest wszakże posiadanie statusu przedsiębiorcy. Udział takiego podmiotu jako partnera nie zwalnia ze stosowania przepisów PrZamPubl lub KoncRobBudU w zakresie procedury wyboru wykonawcy[51].

Zobowiązane do stosowania PartPublPrywU **będą jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych** (art. 2 pkt. 1 lit. a PartPublPrywU). Zgodnie z art. 8 ust. 1 FinPublU, do sektora finansów publicznych należą:

1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały;
2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;

[51] zob. M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *op. cit.*, s. 149–150.

3) jednostki budżetowe;
4) samorządowe zakłady budżetowe;
5) agencje wykonawcze;
6) instytucje gospodarki budżetowej;
7) państwowe fundusze celowe;
8) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
9) Narodowy Fundusz Zdrowia;
10) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
11) uczelnie publiczne;
12) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
13) państwowe i samorządowe instytucje kultury oraz państwowe instytucje filmowe;
14) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, jednostek badawczo-rozwojowych, banków i spółek prawa handlowego.

Zaliczenie jednostek sektora finansów publicznych do kategorii podmiotów publicznych, z którymi może zostać zawarta umowa o partnerstwie, jest rezultatem tego, że wszystkie te jednostki mają wspólne cechy, tj. wykonują zadania publiczne i w związku z tym są finansowane ze środków publicznych. Skutkiem tego ich działalność musi być poddana jednolitemu reżimowi prawnemu, który zapewni efektywne wykorzystanie posiadanych środków, przy jednoczesnym wypełnieniu ustawowych obowiązków w zakresie należytego wykonywania zadań publicznych[52]. Podmiotem publicznym w rozumieniu PartPublPrywU nie są natomiast państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawne oraz niebędące jednostkami sektora finansów publicznych, np. jednostki organizacyjne: wojska, Policji, Państwowej Straży Pożarnej, a także Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe[53].

Zobowiązane do stosowania ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym będą również tzw. **„podmioty prawa publicznego”**. Ustawodawca zaliczył do tej kategorii inne, niż jednostki sektora finansów publicznych, podmioty utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa oraz jednostki sektora finansów publicznych pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- finansują ją w ponad 50% lub
- posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

W praktyce, najczęściej w tej kategorii mieścić się będą spółki komunalne lub jednoosobowe spółki Skarbu Państwa (a także podmioty od nich zależne), wykonujące powierzone im przez organ założycielski zadania o charakterze publicznym, w tym świadczenie usług użyteczności publicznej. Przesądzać o tym będzie cel powołania takiego podmiotu, który musi być ustanowiony do zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Z zakresu „potrzeb o charakterze powszechnym, niemają-

[52] zob. A. Panasiuk, *op. cit*, s. 304–305.
[53] zob. M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *op. cit*., s. 151.

cych charakteru przemysłowego ani handlowego" nie są wyłączone potrzeby, które mogą być zaspakajane również przez podmioty prywatne. Istnienie konkurencji nie wystarcza do wyłączenia możliwości kierowania się przez podmiot finansowany lub kontrolowany przez podmiot publiczny względami innymi niż ekonomiczne. Potrzebami o charakterze powszechnym, niemającymi charakteru przemysłowego ani handlowego" będą te potrzeby, które – z przyczyn związanych z interesem ogólnym – podmiot publiczny decyduje się zaspokajać, albo na których zaspakajanie chce wywierać decydujący wpływ[54].

Wśród podmiotów publicznych nie zostali wymienieni tzw. zamawiający sektorowi (patrz art. 3 ust. 1 pkt. 4 PrZamPubl), tj. podmioty prywatne świadczący usługi użyteczności publicznej w określonych sektorach regulowanych na zasadzie praw szczególnych lub wyłącznych, oraz podmioty prywatne udzielające zamówień finansowanych ze środków publicznych (patrz art. 3 ust. 1 pkt. 5 PrZamPubl). Pojęcie zamawiających sektorowych na gruncie PrZamPubl ma charakter autonomiczny i nie powinno być przenoszone na grunt PartPublPrywU. Dlatego ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym w tej materii milczy. Jednakże, jeżeli tylko zamawiający sektorowy będzie podmiotem prawa publicznego w rozumieniu art. 2 pkt. 1 lit. b PartPublPrywU, będzie podlegał pod reżim przepisów o partnerstwie publiczno-prywatnym[55].

Podmiotem publicznym będą mogły być również związki podmiotów, będących jednostkami sektora finansów publicznych, lub związki podmiotów publicznych, jak również związki mieszane, jednych i drugich. Związki podmiotów publicznych będą mogły być poziome (np. dwie różne gminy chcą wybrać partnera do obsługi wspólnej sieci wodno-kanalizacyjnej) oraz pionowe (jednostek samorządu terytorialnego różnego szczebla).

3.2. Definicja partnera prywatnego

Podstawowym warunkiem ubiegania się o zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest posiadanie statusu „partnera prywatnego". Podmiot publiczny będzie mógł zawrzeć umowę o PPP tylko z podmiotem, który mieścić się będzie w definicji określonej w art. 2 pkt. 2 PartPublPrywU. Ustawodawca wskazał na bardzo szeroką kategorię potencjalnych partnerów prywatnych, którzy muszą mieć status przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznego.

Ustawa nie wskazuje wprost, w rozumieniu których przepisów należy interpretować pojęcie przedsiębiorcy. Poprzednio obowiązujące przepisy odnosiły ten termin do definicji przedsiębiorcy w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Z uzasadnienia do projektu PartPublPrywU wynika, że również tym razem taka była intencja ustawodawcy. Partnerem prywatnym zatem będzie mogła być osoba fizyczna (w tym również wspólnicy spółki cywilnej), osoba prawna, jak również „ułomna" osoba prawna, wykonująca we własnym imieniu zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz zajmująca się poszukiwaniem, rozpoznawaniem i wydobywaniem kopalin ze złóż, a także działalnością zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły (art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 SwobDziałGospU).

Aby posiadać status partnera prywatnego przedsiębiorca musi prowadzić działalność gospodarczą we własnym imieniu. Oznacza to działanie nie tylko we własnym imieniu, ale również na własny rachunek i ponoszenie w związku z tym ryzyka gospodarczego, wynikającego z prowadzonej działalności gospodarczej. Celem podejmowanych działań faktycznych i organizacyjnych przedsiębiorcy musi być osiągnięcie zysku. Należy pamiętać o tym fundamentalnym celu angażowania się partnera prywatnego w przedsięwzięcie międzysektorowe. Partner prywatny nie będzie się podejmował realizacji zadań o charakterze publicznym ponosząc nakłady i biorąc na siebie ryzyko gospodarcze *pro publico bono*. Takie ujęcie definicji partnera prywatnego wyłącza z jej zakresu organizacje pozarządowe (stowarzyszenia, fundacje), kościoły i inne związki zawodowe, które, co do zasady, nie mają statusu przedsiębiorcy

---

[54] zob. A. Panasiuk, *op. cit*, s. 306.
[55] zob. M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *op. cit*., s. 150–151.

i nie są tworzone w celach komercyjnych. Jednakże, podmioty te będą mogły być partnerami prywatnymi o ile wpisane są do rejestru przedsiębiorców KRS.

Będą to zatem najczęściej (w przypadku kontraktów PPP) spółki handlowe (zarówno osobowe, jak i kapitałowe), jak również spółdzielnie, przedsiębiorstwa państwowe, jednoosobowe spółki Skarbu Państwa, spółki komunalne. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że nie będzie zasadne zawieranie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym przez podmiot publiczny (np. gminę) ze swoją spółką zależną. Takie rozwiązanie kłóciłoby się z sensem współpracy w ramach PPP. Nie wyklucza to jednak możliwości zawarcia umowy o PPP ze spółką komunalną (np. świadczącą usługi zbierania i zagospodarowania odpadów) przez inną jednostkę samorządu terytorialnego (np. w ramach większej aglomeracji).

Partnerem prywatnym będzie także przedsiębiorca zagraniczny, tj. osoba zagraniczna (osoba fizyczna nieposiadająca obywatelstwa polskiego, osoba prawna z siedzibą za granicą, jednostka organizacyjna niebędącą osobą prawną posiadającą zdolność prawną, z siedzibą za granicą) wykonującą działalność gospodarczą za granicą – art. 5 pkt. 3 w zw. z art. art. 5 pkt. 2 SwobDziałGospU).

3.3. Koncesjodawca

Ustawa o koncesjach, podobnie jak i Prawo zamówień publicznych wymusza zastosowanie swoich przepisów w przypadku, gdy zamawiający, będący podmiotem publicznym, zamierza zawrzeć umowę odpłatną. O konieczności zastosowania w konkretnym przypadku KoncRobBudU, a nie PrZamPubl przesądzać będzie forma wynagrodzenia wykonawcy. Brak zastosowania przepisów koncesyjnych w sytuacji, gdy istnieje taka konieczność, skutkować będzie odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Prawny wymóg stosowania przepisów ustawy o koncesjach wymaga zatem wyraźnego określenia katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania jej przepisów.

KoncRobBudU zawiera autonomiczny katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania jej przepisów. Katalog ten jest odpowiednio węższy od katalogu zamawiających określonych w PrZamPubl (nie wymienia zamawiających sektorowych, podmiotów prywatnych wydatkujących środki publiczne) i obejmuje jedynie te kategorie, które bezwzględnie należą do sfery publicznej. Zamawiającymi (zwanym „koncesjodawcami"), w myśl art. 3 KoncRobBudU będą:

1) organy władzy publicznej, co oznacza:
   - organy administracji rządowej, czyli Radę Ministrów, kierowników urzędów centralnych i wojewodów, organy o charakterze kolegialnym, agencje państwowe;
   - organy kontroli państwowej i ochrony prawa, jak m.in.: NIK, RPO, KRRiT, regionalne izby obrachunkowe, Rzecznik Praw Dziecka, GIODO, Krajowe Biuro Wyborcze, IPN, Prokuratura, Policja, Żandarmeria Wojskowa, ABW i AW, Straż Graniczna;
   - sądy i trybunały, czyli: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne, sądy wojskowe, Trybunał Konstytucyjny, Trybunał Stanu;

2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;

3) państwowe jednostki budżetowe, państwowe zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze państwowych jednostek budżetowych,
   - ✔ zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 31/87 (Gebroeders Beentjes BV przeciwko Holandii, wyr. z dnia 20.09.1988 r.) każdy podmiot, który nie jest organem państwowym, a którego skład i funkcje w zakresie wykonywania zadań publicznych są określone przepisami prawa i który jest zależny od organów państwach, jest zobowiązany stosować przepisy dotyczące zamówień publicznych, a przez to również będzie wchodził w zakres pojęcia „koncesjodawcy";

4) „podmioty prawa publicznego", czyli inne niż wymienione w pkt. 1–3 podmioty, które ustanowione zostały w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadają osobowość prawną oraz:

a) finansowane są w ponad 50% przez podmioty, o których mowa w pkt. 1 lub 2, lub

b) których zarząd podlega nadzorowi ze strony podmiotów, o których mowa w pkt. 1 lub 2, lub

c) w których ponad połowa członków organu zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez podmioty, o których mowa w pkt. 1 lub 2 –

➤ zobowiązany do stosowania przepisów ustawy o koncesjach będzie podmiot, który spełnia łącznie trzy przesłanki:

- cel powstania (utworzenie w celu zaspokajania potrzeb powszechnych niemających charakteru przemysłowego lub handlowego),
  - ✓ potrzebami o charakterze powszechnym będą potrzeby, których zaspakajanie jest związane z wykonywaniem zadań publicznych oraz służy pożytkowi społeczeństwa, tj. m.in.: dostawa wody pitnej, wywóz ścieków, pomoc społeczna, rozwój nauki, komunikacji, transportu, zadania kulturalne, świadczenie usług komunalnych;
  - ✓ zadania o charakterze powszechnym można utożsamiać z zadaniami o charakterze użyteczności publicznej;
  - ✓ cel utworzenia powinien być wyraźnie określony w umowie lub statucie spółki, bądź innego aktu prawnego statuującego podmiot prawa publicznego;
  - ✓ jeżeli cel powołania podmiotu jest ściśle komercyjny, nastawiony na maksymalizację zysku, a działalność świadczona jest poza sferą publiczną (np. poza sferą użyteczności publicznej), podmiot taki nie będzie mógł być koncesjodawcą;
  - ✓ o zakwalifikowania danego podmiotu jako koncesjodawcy decydować będzie ocena pierwotnego celu jego utworzenia – świadczenie, obok usług odpowiadających celowi powołania, innych usług o charakterze ściśle komercyjnym nie wyłącza możliwości zakwalifikowania takiego podmiotu, jako koncesjodawcy – zmiana celu powołania podmiotu, który pierwotnie nie dotyczył świadczenia usług powszechnych niemających charakteru przemysłowego lub handlowego, na cel dotyczący świadczenia takich usług, uprawnia ten podmiot do bycia koncesjodawcą[56];
- posiadanie osobowości prawnej;
- znajdowanie się w stosunku zależności od organów władzy publicznej oraz jednostek samorządy terytorialnego;

5) podmioty prawa publicznego zależne, w których ponad połowa członków organu zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez inne podmioty prawa publicznego (np. spółki córki spółek komunalnych).

Niezależnie od powyższego, podmiotem publicznym będzie mogła być również grupa podmiotów, która na mocy porozumienia zamierza realizować wspólne im zadanie publiczne. Koncesjodawcy mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i zawrzeć umowę koncesji z wybranym koncesjonariuszem, wyznaczając spośród siebie podmiot upoważniony do przeprowadzenia postępowania i zawarcia kontraktu w ich imieniu i na ich rzecz. W przypadku, kiedy koncesjodawcą jest JST, organ wykonawczy tej jednostki może wyznaczyć spośród podległych jednostek organizacyjnych jednostkę właściwą do przeprowadzenia postępowania i zawarcia umowy koncesji na rzecz tych jednostek[57].

---

[56] zob. A. Panasiuk, *op. cit*, s. 66–67.
[57] *tamże*, s. 41.

3.4. Koncesjonariusz

Drugą stroną umowy koncesji będzie koncesjonariusz. Koncesjonariuszem, w świetle KoncRobBudU będzie zainteresowany podmiot, z którym zawarto umowę koncesji, tj. podmiot, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i w konsekwencji podpisano z nim umowę. Ustawa przy tym posługuje się różnymi pojęciami na oznaczenie „prywatnej" strony porozumień koncesyjnych, w zależności od fazy postępowania:

- zainteresowany podmiot, tj. osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej lub grupa takich podmiotów, zainteresowanych udziałem w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji;
- kandydat, tj. zainteresowany podmiot, który złożył wniosek o zawarcie umowy koncesji;
- oferent, przez co należy przez to rozumieć zainteresowany podmiot, który złożył ofertę.

Bardzo szeroka definicja zainteresowanego podmiotu oznacza, że właściwie **każdy podmiot posiadający zdolność do czynności prawnych będzie mógł wziąć udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.** W przeciwieństwie do definicji „partnera prywatnego" ustawodawca nie wymaga, aby podmiot zainteresowany zawarciem umowy koncesji miał status przedsiębiorcy. Potencjalnymi koncesjonariuszami będą mogły być zatem m.in. pojedyncze osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej, stowarzyszenia, fundacje.

Koncesjonariuszem będzie mogła być również grupa podmiotów, które wspólnie ubiegały się o zawarcie umowy koncesji. Między podmiotami wspólnie biorącymi udział w postępowaniu koncesyjnym zazwyczaj dochodzi do zawarcia umowy konsorcjum, regulującej ich wzajemne zobowiązania w związku z planowanym wykonywaniem umowy koncesji. Umowa taka nie jest obligatoryjna i nie stanowi przedmiotu zainteresowania koncesjodawcy. Podmioty wspólnie ubiegające się o zawarcie umowy koncesji powinny ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w toku postępowania oraz w celu zawarcia umowy. Przeważnie celem wspólnego udziału w postępowaniu dwóch lub więcej zainteresowanych podmiotów jest złożenie wspólnej oferty, co ma szczególne znaczenie w sytuacji, gdy samodzielnie poszczególne podmioty nie mogłyby sprostać wymogom stawianym przez koncesjodawcę, a także nie byłyby w stanie wykonać przedmiotu koncesji z należytą efektywnością[58].

3.5. Możliwe formy współpracy w oparciu o PartPublPrywU

Współpraca podmiotów publicznych i partnerów prywatnych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w każdym przypadku oparta będzie na optymalnym podziale zadań związanych z realizowanym przedsięwzięciem (patrz art. 1 ust. 2 PartPublPrywU). Wybór najlepszego modelu wzajemnych relacji przyszłych stron kontraktu będzie kluczową decyzją na etapie konceptualizacji projektu. Identyfikując ostatecznie swoje oczekiwania, a także zdolności potencjalnych partnerów, podmiot publiczny będzie mógł wybrać spośród różnych wariantów współpracy wynikających z PartPublPrywU, w tym powołać spółkę celową, skorzystać z modelu koncesji na roboty budowlane albo koncesji na usługi.

3.5.1. Modele współpracy w świetle PartPublPrywU

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie narzuca wyboru żadnego konkretnego modelu współpracy. Podmiot publiczny będzie miał więc względną swobodę wyboru odpowiedniej do specyfiki przedsięwzięcia formy. Najczęściej będzie ona pochodną wstępnie przyjętego rozkładu ryzyk, a także sposobu finansowania planowanego PPP. Decyzję należy poprzedzić wnikliwą analizą. Dokonując wyboru, podmiot publiczny powinien wpierw podzie-

---

[58] *tamże*, s. 37–43.

lić projekt na poszczególne elementy (właściwe działania związane z wytworzeniem infrastruktury lub składowe danej usługi). Następnie należy rozważyć, które z tych elementów powinny zostać powierzone partnerowi prywatnemu. Analizując poszczególne komponenty usług świadczonych w ramach PPP trzeba uwzględnić kwestie:

1) zarządzania i regulacji;
2) projektowania i planowania;
3) kierowania przedsięwzięciem i prac budowlanych;
4) finansowania;
5) własnościowe;
6) świadczenia usług;
7) utrzymania;
8) marketingu.

Decyzja, które z powyższych składników powierzone zostaną partnerowi prywatnemu określi strukturę partnerstwa. W wyniku dokonanej analizy optymalizacji podziału zadań w ramach partnerstwa, najczęściej przybierze ono jedną z form, opisanych m.in. w uzasadnieniu do projektu PartPublPrywU:

1) **BOT *(Build-Operate-Transfer)* – buduj, eksploatuj, przekaż** – inwestor prywatny buduje projekt, eksploatuje go, a następnie przekazuje partnerowi publicznemu, który pełni funkcje regulacyjne i nadzorcze.
   - Inwestycja jest finansowana przez stronę publiczną, która jest również właścicielem powstałej w jej wyniku infrastruktury.
   - Istota tego wariantu polega na przeniesieniu ryzyka związanego z eksploatacją, budową i pracami projektowymi.
   - BOT jest odpowiedni w przypadku projektów, w których znaczną rolę gra poprawna i efektywna eksploatacja infrastruktury wykorzystywanej do realizacji zadań publicznych.
2) **DBFO *(Design-Build-Finance-Operate)* – projektuj, buduj, finansuj i eksploatuj** – partner prywatny projektuje stosowną infrastrukturę, finansując samodzielnie prace konstrukcyjne i projektowe. Na czas trwania umowy inwestycja jest własnością prywatnego inwestora, po czym infrastruktura przekazywana jest na rzecz podmiotu publicznego. Ten model najbardziej zbliżony jest do koncesji.
   - Istotą tego typu współpracy jest zaangażowanie na potrzeby publiczno kapitału inwestycyjnego znajdującego się w zasobach sektora prywatnego, a ponadto przerzucenie na sektor prywatny ryzyka związanego z projektowaniem, budową, finansowaniem i eksploatacją infrastruktury.
   - Wszelkie odmiany tej formy PPP zakładają maksymalne skupienie odpowiedzialności za realizację przedsięwzięcia na partnerze prywatnym.
   - DBFO to współpraca odpowiednia w przypadku projektów, w których znaczną rolę gra poprawna i efektywna eksploatacja infrastruktury wykorzystywanej do realizacji zadań publicznych.
3) **BOO *(Build-Own-Operate)* – buduj, posiadaj i eksploatuj** – cechą charakterystyczną jest to, iż w tym modelu nie dochodzi po określonym czasie do przejęcia przez partnera publicznego inwestycji. Inwestor prywatny może pobierać od użytkowników opłaty.
   - W ramach kontraktu tego typu na sektorze prywatnym spoczywa zaprojektowanie inwestycji. Partner prywatny odpowiedzialny jest za techniczną realizacje inwestycji. Sektor prywatny również zapewnia finansowanie.

- W BOO mamy do czynienie z początkową własnością prywatną gdzie po wygaśnięciu współpracy składniki majątkowe przechodzą na rzecz sektora publicznego. Sektor prywatny bezpośrednio jest operatorem – to on świadczy usługi.
- Ciężar ponoszenia bieżących nakładów, utrzymanie i konserwacja należą do obowiązków partnera prywatnego, Sektor prywatny odpowiada za bieżący marketing usług.

4) **BTL *(Build-Transfer-Lease)* – buduj, przekaż, dzierżaw** – podmiot prywatny finansuje i realizuje inwestycję, biorąc na siebie ryzyko przekroczenia kosztów i opóźnień w realizacji inwestycji. Po uzyskaniu wymaganych w wyniku testów parametrów technicznych przedsięwzięcia prawo własności zostaje przekazane stronie publicznej, a podmiot prywatny zajmuje się eksploatacją obiektu w imieniu strony publicznej na mocy dzierżawy.
   - Partner prywatny odpowiedzialny jest za zaprojektowanie inwestycji. Za techniczną realizację inwestycji odpowiada sektor prywatny. Sektor prywatny również zapewnia finansowanie.
   - Składniki majątkowe inaczej niż przy modelu BTL od początku do końca inwestycji znajdują się w rękach sektora publicznego.
   - Operatorem – czyli podmiotem świadczącym usługi jest w zależności od okoliczności podmiot publiczny lub partner prywatny.
   - Utrzymanie i konserwacja – tu też główną rolę odgrywają okoliczności, natomiast łożenie nakładów raczej spoczywa bezpośrednio lub w większej mierze na partnerze prywatnym. Marketing – przewiduje się, że zarówno sektor publiczny jak i prywatny muszą charakteryzować się tu sporą aktywnością.

5) **Umowy o świadczenie usług**. Podmioty publiczne bez większych przeszkód mogą zawierać z prywatnymi przedsiębiorcami umowy, na mocy których ci ostatni zobowiązują się do świadczenia określonych usług składających się na część szerszego przedsięwzięcia.
   - Umowy tego typu sprawdzają się przy ustanawianiu współpracy, której głównym przedmiotem jest usprawnienie procesu świadczenia usług.
   - Usługi sektora prywatnego mogą polegać na wykonaniu prac instalacyjnych, konserwacji i odczycie urządzeń pomiarowych, często połączone z inkasem opłat (szczególnie w zakresie gospodarki wodnej), usuwaniem nieczystości/zbiórką odpadów. Partnerzy prywatni w omawianym przypadku są najczęściej wyłaniani na podstawie konkursu ofert, a współpraca z założenia nie jest zawierana na zbyt długi czas.
   - Współpraca tego rodzaju pozwala władzom na szybkie skorzystanie z wiedzy i doświadczenia sektora prywatnego.
   - Charakterystyczne jest jednak, iż w przypadku umów o świadczenie usług odpowiedzialność za całościowe zarządzanie przedsięwzięciem oraz wszelkiego rodzaju inwestycje spoczywa na stronie publicznej.

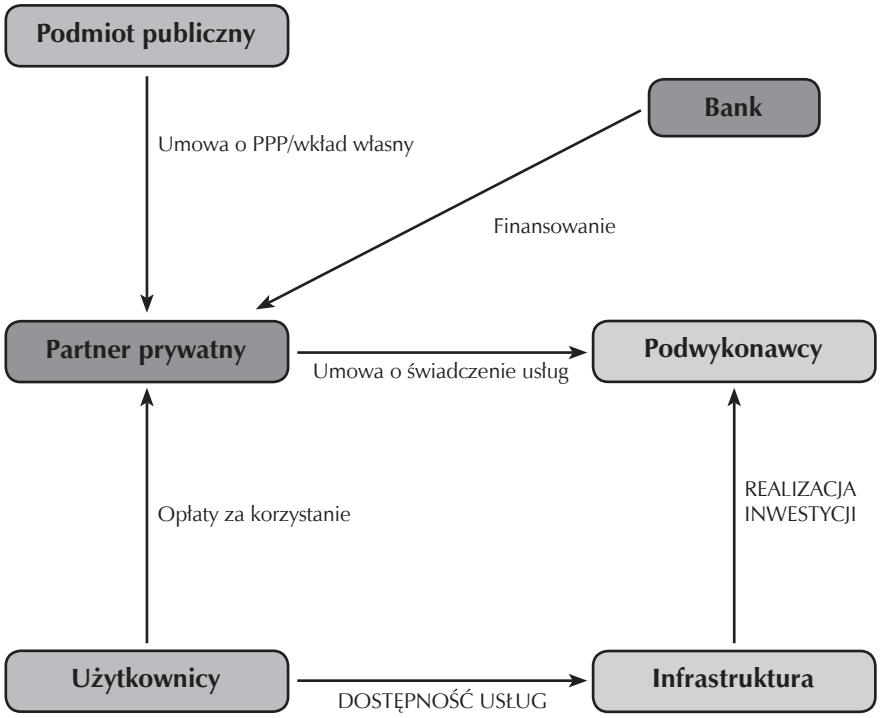
6) **Kontrakty o zarządzanie (i obsługę infrastruktury) – *Operation and Management Contracts***. Są to bardziej kompleksowe umowy, ich przedmiotem może być całość procesu świadczenia usług (a nie tylko jego elementów, jak w poprzednim wypadku).
   - Partner prywatny przejmuje wtedy odpowiedzialność za zarządzanie całością przedsięwzięcia, przejmując kontrolę procesu świadczenia usług, w tym również eksploatację i obsługę wykorzystywanej do tego infrastruktury.
   - Umowy o zarządzanie zawierane są na stosunkowo krótkie okresy, ale mogą być one przedłużane stosownie do okoliczności.
   - Partner prywatny może być wynagradzany w ramach stałego wynagrodzenia lub też na podstawie odpowiednich systemów płatności premiujących jego zaangażowanie.

Rozkład ciężarów realizacji danego przedsięwzięcia może układać się zupełnie inaczej, niż to powyżej przedstawiono. Zawsze powinien odpowiadać specyfice danego projektu i oczekiwaniom stron.

3.5.2. PPP bez powoływania spółki o kapitale mieszanym

Standardowy podział zadań w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego wyznacza art. 7 ust. 1 PartPublPrywU, nakładając na partnera prywatnego obowiązek realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią. Świadczenie partnera prywatnego będzie polegało na wykonaniu prac budowlanych (świadczeniu usług, wykonaniu dzieła lub innego świadczenia) w połączeniu z utrzymaniem i zarządzaniem składnikiem majątkowym. Zobowiązanie podmiotu publicznego będzie polegało na współdziałaniu w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego (najczęściej wniesieniu składnika majątkowego lub partycypacji w wydatkach). Taka forma PPP przenosi na partnera prywatnego zasadniczą część zadań w ramach projektu. Różnica w relacjach stron będzie polegała przede wszystkim na tym, że podmiot prywatny będzie **realizować** przedsięwzięcie (a więc ponosić istotną część kosztów lub ryzyk), a podmiot publiczny będzie jedynie **współdziałać**.

Schemat transakcji PPP



3.5.3. PPP z powołaniem spółki o kapitale mieszanym

Specyfika danego przedsięwzięcia może wskazywać, że optymalnym modelem partnerstwa będzie **współpraca stron w ramach spółki celowej**. W praktyce, spółki celowe o charakterze mieszanym są bardzo popularną formą realizacji PPP. Umożliwiają ściślejszą współpracę w ramach partnerstwa, o charakterze bardziej wielopłaszczyznowym, niż tylko wniesienie wkładów przez strony umowy (szczególnie dotyczy to podmiotu publicznego).

O tego rodzaju współpracy przesądzać będzie umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Art. 14 ust. 1 PartPublPrywU przewiduje, że w celu realizacji przedsięwzięcia podmiot publiczny i partner prywatny mogą zawiązać spółkę kapitałową (z o.o. lub akcyjną), bądź komandytową lub komandytowo-akcyjną z zastrzeżeniem, że podmiot publiczny nie może być komplementariuszem. Oznacza to, że za zobowiązania spółki wobec wierzycieli podmiot publiczny, będący wspólnikiem, odpowiadać będzie w sposób ograniczony – jedynie do wysokości sumy komandytowej lub wartości posiadanych akcji (w zależności od formy spółki). Spółka celowa działać będzie w oparciu o przepisy kodeksu spółek handlowych, z zastrzeżeniem przepisów PartPublPrywU.

Celowy charakter spółki oznacza, że cel i przedmiot działalności spółki nie może wykraczać poza zakres określony w umowie (art. 14 ust. 2.). Ponadto cel, dla którego spółka została powołana, musi pozostać niezmieniony przez cały okres, w którym spółka wykonuje swoje zadania, aczkolwiek nic nie stoi na przeszkodzie temu, by dostosować jej funkcjonowanie do postępu w danej dziedzinie lub do nowatorstwa udziałowca prywatnego, pod warunkiem, że nie ulegną zmianie istotne warunki zamówienia publicznego, w oparciu o które dokonano wyboru partnera. Umowa spółki powinna jednak to wyraźnie przewidywać[59].

W przypadku gdy podmiotem publicznym zawiązującym spółkę będzie organ administracji rządowej, organ ten będzie wykonywał prawa z akcji lub udziałów w tej spółce należących do Skarbu Państwa (art. 14 ust. 3). Modyfikację ogólnych zasad wynikających z kodeksu spółek handlowych wprowadza art. 15 PartPublPrywU. W świetle tego przepisu rygory dotyczące zasad zbycia lub obciążenia nieruchomości bądź przedsiębiorstwa (w rozumieniu art. 551 KC) wymagają jednomyślności wszystkich wspólników lub akcjonariuszy spółki. Wyraźną intencją ustawodawcy jest objęcie wzmożoną ochroną tych składników majątkowych, które nie tylko są zwykle podstawą działalności spółki, ale służą także wykonywaniu zadań w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

Odnośnie zmiany umowy lub statutu spółki zastosowanie będą miały przepisy ogólne przewidujące dla tych czynności odpowiednio większość: dwóch trzecich głosów dla zmiany umowy spółki oraz trzech czwartych dla zmiany statutu. Jednakże zmiany istotnych postanowień umowy nieprzewidziane w pierwotnej specyfikacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego[60]. Istotne postanowienia umowy to np. zakres robót budowlanych lub usług, które mają być świadczone przez oferenta oraz opłaty pobierane od użytkowników usług świadczonych przez oferenta[61].

PartPublPrywU przyznaje podmiotowi publicznemu prawo pierwokupu akcji albo udziałów partnera prywatnego w spółce. Prawo pierwokupu będzie mogło być wykonane, przy braku dłuższych terminów określonych w umowie, w ciągu dwóch miesięcy od dnia zawiadomienia podmiotu publicznego przez partnera prywatnego o treści umowy zawartej z osobą trzecią. Naruszenie przepisów dotyczących prawa pierwokupu skutkować będzie nieważnością umowy zbycia akcji lub udziałów (art. 16 ust. 1–3). Przepis ten służy zapewnieniu podmiotowi publicznemu możliwości doboru nowego wspólnika i zagwarantowaniu ciągłości przedsięwzięcia. Prawo pierwokupu będzie działać również w drugą stronę. W razie sprzedaży przez spółkę celową nieruchomości będącej jej wkładem własnym, partnerowi prywatnemu przysługiwać będzie prawo pierwokupu na zasadach określonych w art. 12 ust. 1 PartPublPrywU. Prawo to, pod warunkami określonymi w art. 12 ust. 2 pkt. 1 i 2, przysługiwać będzie także ostatniemu partnerowi prywatnemu przez rok od zakończenia czasu trwania umowy.

---

[59] zob. Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-196/08 *Acoset SpA v. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i inni* z 29 czerwca 2009 r., pkt. 91.

[60] zob. wyrok w sprawie C-337/98, *Komisja przeciwko Francji* z 5 października 2000 r., pkt 50.

[61] Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego PPP (ZPPP), COM (2007) 6661, Bruksela 2008, s. 9.

Partner prywatny, będący udziałowcem w spółce mieszanej, musi zostać wybrany w drodze przejrzystej i konkurencyjnej procedury. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS[62], a także w świetle *Komunikatu* Komisji Europejskiej **fakt, że podmiot prywatny wykonuje umowę wspólnie z podmiotem publicznym w formie spółki, nie może być uznany za uzasadnienie pominięcia przepisów o zamówieniach publicznych.** Dlatego, najbardziej pożądanym rozwiązaniem jest wyłonienie partnera prywatnego na drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. *Komunikat* dopuszcza również odpowiednie zastosowanie procedury właściwej koncesjom. W świetle PartPublPrywU, możliwość zawarcia umowy spółki celowej musi być wynikiem zawartej wcześniej umowy o PPP – w dążeniu do zawarcia której podmiot publiczny musi zastosować jedną z procedur określonych w art. 4 ust. 1 lub ust. 2 PartPublPrywU. Uprzedni wybór partnera prywatnego w trybie ustawy koncesyjnej albo PrZamPubl nie będzie zatem nakładał obowiązku ponownego wyboru partnera do spółki celowej, której powstanie przewidywała umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Na bezcelowość podwójnej „selekcji" (najpierw partnera, później udziałowca w spółce) wskazuje *Komunikat*.

W świetle powyższego istotnego znaczenia nabiera zagadnienie współpracy podmiotów publicznych (w praktyce najczęściej JST) z prywatnymi przedsiębiorcami w formie spółek o kapitale mieszanym, utworzonych w oparciu o SwobDziałGospU oraz ustawę o gospodarce komunalnej. **Brak zastosowania otwartych i konkurencyjnych procedur wyboru wspólnika w wielu wypadkach nie uprawnia, na gruncie obowiązujących przepisów, do przedłużania tego typu współpracy z pominięciem procedur przetargowych.** W powyższym kontekście, zawieranie nowych umów spółki z udziałem podmiotu publicznego i prywatnego przedsiębiorcy w celu wspólnej realizacji przedsięwzięcia, jak również umożliwienie obejmowania przez prywatnego wspólnika udziałów (akcji) w podwyższonym kapitale zakładowym spółek publicznych na gruncie obowiązujących przepisów (PartPublPrywU) **wymaga zastosowania PrZamPubl lub KoncRobBudU w zakresie wyboru wspólnika.**

Na tym tle powstaje w doktrynie pytanie, czy możliwe jest powołanie spółki o kapitale mieszanym przez JST i podmioty prywatne w celu wzniesienia na publicznej nieruchomości obiektu budowlanego, a następnie likwidacja tejże spółki i podział jej majątku pomiędzy stronę publiczną i prywatną bez uprzedniego wyboru prywatnego wspólnika w trybie konkurencyjnym (np. PrZamPubl lub KoncRobBudU). Za brakiem konieczności wyłonienia wspólnika do spółki celowej w trybie przetargowym przemawiać może fakt, że spółka celowa nie będzie ani zarządzać, ani utrzymywać składnika majątkowego, wobec czego nie zaistnieje definicyjna przesłanka przedsięwzięcia partnerskiego z art. 2 pkt. 4 PartPublPrywU. Nie będzie można również mówić o koncesji, bowiem strona prywatna nie będzie przejmowała na siebie żadnego ryzyka ekonomicznego związanego z eksploatacją przedmiotu koncesji w sensie ryzyka związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej w oparciu o przedmiot koncesji. W rozważanym przypadku nie będą zachodziły żadne przepływy pieniężne między stronami umowy, co eliminowałoby konieczność stosowania PrZamPubl. Spółka celowa, a przede wszystkim strona prywatna nie będzie świadczyć żadnych usług na rzecz strony publicznej, jak również nie będzie jej powierzone świadczenie usług publicznych. Powyższe argumenty przemawiają za możliwością wyboru wspólnika do takiej spółki przez stronę publiczną bez zastosowania jakichkolwiek procedur konkurencyjnych. **Jednakże, w kontekście cytowanego powyżej orzecznictwa ETS takie rozwiązanie obarczone byłoby dużym ryzykiem prawnym.** Wskazane jest, aby również w takim przypadku podmiot publiczny w celu wyboru wspólnika stosował jak najbardziej konkurencyjne, przejrzyste i otwarte zasady.

Zasadne jest, aby w omawianym przypadku stosować art. 4 ust. 3 PartPublPrywU, co oznaczałoby konieczność wyboru wspólnika w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i pro-

---

[62] por. np. wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawach C-107/98 *Teckal* z 18 listopada 1999 r., C-26/03 *Stadt Halle and RPL Lochau* z 11 stycznia 2005 r.

porcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów PartPublPrywU. Jeżeli dodatkowo z zawarciem umowy spółki wiązałoby się przeniesienie na jej rzecz składnika majątkowego w postaci nieruchomości, także przepisów GospNierU. W takim przypadku jednak nie znajdą zastosowania szczególne normy przewidziane w GospNierU dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego (np. odnośnie bezprzetargowego wniesienia wkładu w postaci nieruchomości, czy bonifikaty od ceny sprzedaży nieruchomości partnerowi prywatnemu).

Wyjątek!

Zbywanie akcji i udziałów w spółkach jednostek samorządu terytorialnego reguluje art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. Nr 9, poz. 43, z późn. zm.). W świetle tego przepisu zbycia dokonuje się stosując regulacje działu IV ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz. U. z 2002 r. Nr 171 poz. 1397, z późn. zm.) z tym zastrzeżeniem, że kompetencje ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa wykonuje wobec spółki komunalnej przewodniczący zarządu jednostki samorządu terytorialnego, a w przypadku gminy wójt (burmistrz, prezydent miasta)[63].

Spółki mieszane nie mogą być uznawane za „wewnętrzne" struktury zarządzające usługami w imieniu podmiotów zamawiających, mających w nich udziały[64]. Dlatego w przypadku udzielania spółce celowej dalszych (innych, niż związanych z wyborem partnera prywatnego), należy przestrzegać przepisów unijnego prawa dotyczącego zamówień publicznych i koncesji. Na obowiązek stosowania KoncRobBudU lub PrawZamówPubU do wyboru partnera prywatnego nie wpłynie fakt, że partner prywatny obejmie w kapitale zakładowym spółki udział mniejszościowy[65].

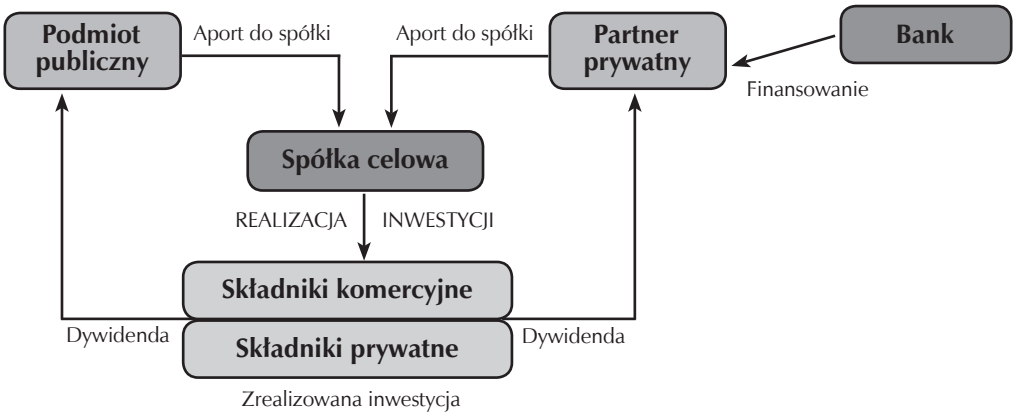
---

[63] Warunki zbycia akcji (udziałów) w spółce komunalnej: a) Zbycie musi by poprzedzone odpowiednimi analizami. Wójt (lub odpowiednio burmistrz lub prezydent miasta) co do zasady ma obowiązek zlecić dokonanie analizy mającej na celu ustalenie sytuacji prawnej majątku oferowanej do zbycia spółki oraz oszacowanie wartości jej przedsiębiorstwa. Zakres analizy, sposób jej zlecania, opracowania, odbioru i finansowania określa rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lutego 2009 r. w sprawie analizy spółki, przeprowadzanej przed zaoferowaniem do zbycia akcji należących do Skarbu Państwa (Dz. U. Nr 37 poz. 288). Rozporządzenie w § 16 wskazuje również na przypadki, kiedy wspomniana analiza nie jest konieczna. b) Zbycie może odbyć się w jednym z 6 trybów wynikających z art. 33 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, tj.:
– oferty ogłoszonej publicznie,
– przetargu publicznego,
– negocjacji podjętych na podstawie publicznego zaproszenia,
– przyjęcia oferty w odpowiedzi na wezwanie ogłoszone na podstawie art. 72–74 lub art. 91 ust. 6 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. Nr 184, poz. 1539),
– aukcji ogłoszonej publicznie, jeżeli cena wywoławcza nie jest niższa od wartości księgowej akcji,
– sprzedaży akcji na rynku regulowanym.
Jakikolwiek inny sposób zbycia akcji lub udziałów jest możliwy wyłącznie za zgodą Rady Ministrów, chyba że ich nabywca i cena są wskazane w umowie prywatyzacyjnej, a zbycie dotyczy akcji spółek, w których jednostka posiada mniej niż 50% kapitału zakładowego, lub zbycie dotyczy akcji spółek, w których jednostka posiada nie więcej niż 25% kapitału zakładowego. Sytuacje te nie mają więc zastosowania w omawianym przypadku.
Wspólną cechę wszystkich trzech sposobów odpłatnego zbycia akcji/udziałów spółki, stanowi zatem publiczny i jawny charakter tego zbycia. Szczegółowy tryb zbywania, warunki, jakie powinna spełniać oferta zbycia akcji, warunki, jakie powinny spełniać: zaproszenie do składania ofert nabycia akcji w przetargu oraz zaproszenie do negocjacji, które mogą dotyczyć zobowiązań inwestycyjnych, zobowiązań związanych z ochroną środowiska, a także zobowiązań związanych z ochroną interesów pracowników i innych osób związanych ze spółką oraz warunki, jakie powinno spełniać zaproszenie do wzięcia udziału w aukcji ogłoszonej publicznie określa rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lutego 2009 r. w sprawie szczegółowego trybu zbywania akcji Skarbu Państwa (Dz. U. Nr 34, poz. 264).

[64] zob. wyrok w sprawie C-231/03 *Coname* z 25 lipca 2005 r.

[65] zob. Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-196/08 *Acoset SpA*, pkt. 99, zob. także wyroki Trybunału: z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I–1, pkt 49; i z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I–7287), pkt 26.

Schemat transakcji – spółka celowa o kapitale mieszanym



3.6. Zakres współpracy w ramach koncesji

Jeżeli podmiot publiczny nie będzie miał zamiaru istotnego angażowania się w realizację przedsięwzięcia, a względy finansowane, czyli przede wszystkim chęć minimalizacji kosztów sektora publicznego, będą miały kluczowe znaczenie, wówczas właściwym modelem PPP może być koncesja. Nie wszystkie rodzaje działalności mogą być realizowane w tej formie. Znajdzie ona zastosowanie w przypadkach, w których odbiorcą świadczenia mogą być osoby trzecie, tj. faktyczni użytkownicy infrastruktury, będącej przedmiotem koncesji (np. użytkownicy płatnej drogi, kibice sportowi zakupujący bilety na stadion, kierowcy pozostawiający samochód na parkingu, odbiorcy ciepła z sieci ciepłowniczej, itp.). W sytuacji, gdy odbiorcą świadczenia jest podmiot, który to świadczenie zamawia, będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym. Koncesje są jedną z form PPP, przenoszą bowiem na partnera prywatnego bardzo szeroki zakres ryzyk, w szczególności ryzyko ekonomiczne przedsięwzięcia.

3.6.1. Koncesja na roboty budowlane

Model koncesji na roboty budowlane polega na tym, że koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą, zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego (w tym pobierania pożytków) albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy (art. 1 ust 2 pkt. 1 KoncRobBudU).

Zasadniczym składnikiem wynagrodzenia koncesjonariusza będzie wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego. W pojęciu prawa do eksploatacji przedmiotu koncesji mieści się prawo do pobierania pożytków rzeczy i pożytków prawa, w tym prawo do pobierania opłat przez koncesjonariusza od osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji w okresie przysługującego mu uprawnienia. Ubocznym wynagrodzeniem koncesjonariusza może być płatność pochodząca wyłącznie od koncesjodawcy (np. zmniejszająca straty w związku z korzystaniem z infrastruktury przez osoby zwolnione z opłat – tzw. *shadow tolls*). Płatność ta nie może jednak prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Udział opłat z tego tytułu określa poziom ryzyka ekonomicznego przedsięwzięcia. Im jest mniejszy, tym mniejsze ryzyko. Jednocześnie ustawodawca zastrzega, że koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Pojęcie „zasadniczej części" należy interpretować w ten sposób, że większa część ryzyka ekonomicznego spoczywa po stronie koncesjonariusza. Własność wzniesionej przez koncesjonariusza infrastruktury pozostaje w gestii koncesjodawcy i podlega przekazaniu na jego

rzecz po wygaśnięciu umowy. Bardzo często, w celu wykonania umowy, związaną ze robotami budowlanymi nieruchomość koncesjodawca przekaże koncesjonariuszowi w czasowe użytkowanie, dzierżawę lub najem.

Najczęściej koncesje budowlane wykorzystuje się np. do realizowania i finansowania dużych projektów infrastrukturalnych dotyczących zwykle sieci dróg, tuneli, mostów, metra, oczyszczalni ścieków, składowisk odpadów, jak również mniejszych inwestycji, takich, jak m.in. budowa parków wodnych, parkingów podziemnych, budynków administracji publicznej itp., kiedy koncesjonariusz otrzymuje wynagrodzenie w postaci opłat pobieranych od użytkowników.

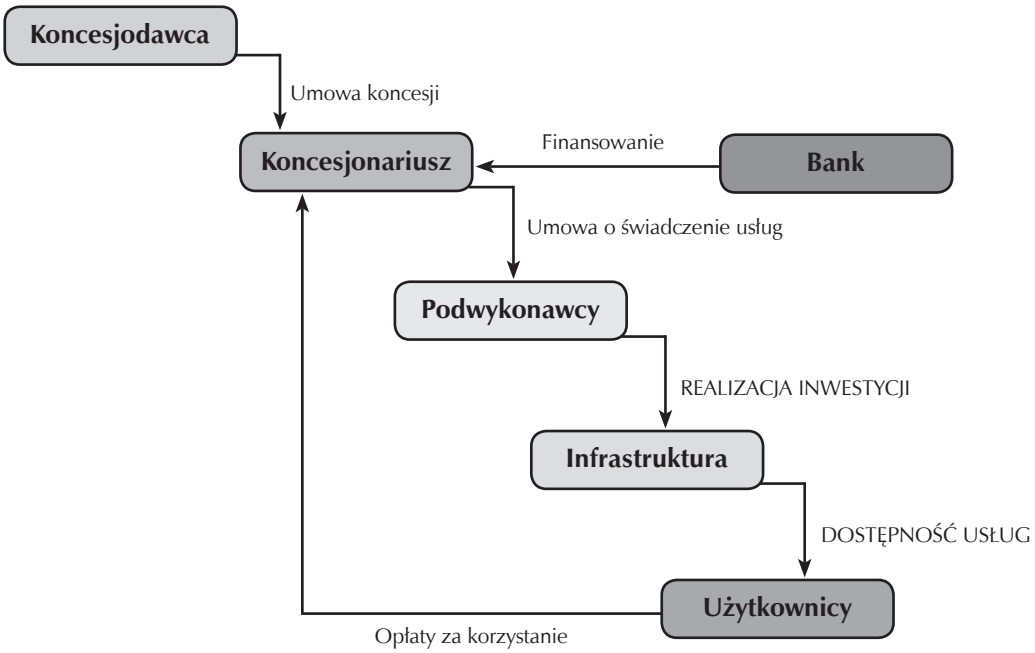
3.6.2. Koncesja na usługi

Koncesja na usługi polegać będzie na tym, że koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą, zobowiąże się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług (w tym pobierania pożytków) albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. Wynagrodzenie koncesjonariusza będzie ustalane na tych samych zasadach, jak w przypadku koncesji na roboty budowlane. W ramach koncesji na usługi to przedsiębiorca ponosi związane ze świadczeniem usługi ryzyko i otrzymuje swoje wynagrodzenie – przynajmniej częściowo – od użytkowników usługi, na przykład poprzez pobieranie opłat[66].

Koncesje na usługi ze względu na swą istotę, służyć mogą np. zapewnieniu eksploatacji i konserwacji (a nie budowy) istniejących już urządzeń infrastrukturalnych przez koncesjonariuszy w przypadkach, w których operator otrzymuje koncesję na eksploatację np. linii kolejowej, metra, stadionu sportowego, odcinka autostrady, oczyszczalni ścieków, parkingu, itp.

Pod względem organizacyjnym koncesja na usługi będzie miała strukturę analogiczną do umów o świadczenie usług bądź kontraktów o zarządzanie.

Schemat transakcji – umowa koncesji



[66] Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-458/08 *Parking Brixen* z 1 marca 2005 r., pkt. 30.

W ten sposób, ze względu na zakres rzeczowy, można wyróżnić:

- umowę koncesji na wybudowanie i eksploatowanie obiektu budowlanego (**BOT**),
- umowę koncesji na zaprojektowanie, budowę i eksploatację obiektu budowlanego (**DBFO**),
- umowę koncesji na przebudowę lub modernizację obiektu budowlanego i jego eksploatację po oddaniu go do użytku (**DOT** – *develop-operate-transfer*),
- umowę koncesji na przebudowę i eksploatację części obiektu budowlanego,
- umowę koncesji na modernizację instalacji wewnętrznej obiektu budowlanego i jej eksploatację pod oddaniu jej do użytku,
- umowę koncesji na wykonanie lub modernizację i eksploatację istniejącej sieci zewnętrznego uzbrojenia terenu,
- umowę koncesji na wykonanie budowli będącej elementami układu drogowego, tramwajowego lub kolejowego[67].
- wyróżnić można również umowę koncesji na świadczenie jednej lub większej liczby usług określonych w załącznikach do dyrektyw zamówieniowych.

Ustawa o koncesjach przewiduje jednak takie **sytuacje** (art. 4 ust. 1), **w których nie jest właściwe zastosowanie jakiejkolwiek otwartej procedury wyboru koncesjonariusza.** Za stworzeniem katalogu wyłączeń spod obowiązku stosowania KoncRobBudU przemawiają przepisy prawa unijnego oraz orzecznictwo ETS. Wobec powyższego, przepisów KoncRobBudU nie stosuje się w przypadku zawierania umowy:

- objętej tajemnicą państwową zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych albo jeżeli jej wykonaniu muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa albo jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów państwa;
- głównie w celu wykonywania co najmniej jednego z następujących rodzajów działalności:
  a) udostępnianie publicznej sieci telekomunikacyjnej,
  b) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej,
  c) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej;
- na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowej odmiennej od określonej w ustawie;
- na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, dotyczącej stacjonowania wojsk, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury zawierania umowy koncesji;
- na podstawie umowy międzynarodowej zawartej między Rzecząpospolitą Polską a państwem niebędącym członkiem Unii Europejskiej lub wieloma takimi państwami, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury zawierania umowy koncesji;
- z zainteresowanym podmiotem, który z mocy prawa ma wyłączne prawo do wykonywania działalności będącej przedmiotem koncesji;
- na usługi – jeżeli wymaga tego interes publiczny, który może być związany w szczególności z zagrożeniem ciągłości realizowania zadania będącego przedmiotem koncesji na usługi, a którego wystąpienia koncesjodawca dochowując należytej staranności nie mógł przewidzieć. Zawierając tymczasową umowę koncesji na usługi, koncesjodawca wszczyna postępowanie o zawarcie nowej umowy koncesji. Umowa zawarta w tym trybie nie może obowiązywać dłużej niż do dnia zakończenia tego postępowania (art. 4 ust. 2 KoncRobBudU).

---

[67] K. Mirski, *Rodzaje i warunki umów o koncesję na roboty budowlane*, Zamówienia Publiczne Doradca 2007, Nr 7, s. 68.

CZĘŚĆ SZCZEGÓŁOWA – WYKONYWANIE PPP I KONCESJI

IV. Realizacja przedsięwzięcia typu PPP (koncesji)

4.1. Instytucjonalne przygotowanie podmiotu publicznego do realizacji projektu typu PPP (koncesji)

Partnerstwo publiczno-prywatne nie zawsze musi być najlepszą formą realizacji zadań publicznych czy choćby dostarczania usług użyteczności publicznej. JST rozważając możliwość zaangażowania się w PPP powinny starannie przeanalizować wszelkie okoliczności. Ponadto, nie każda forma PPP musi się dobrze sprawdzić w konkretnej sytuacji. Niewłaściwie zaprojektowana współpraca może być równie nieefektywna, jak już niezadawalająco funkcjonujące metody tradycyjne, a błędy w ułożeniu relacji między partnerami mogą być daleko groźniejsze niż błędne rozstrzygnięcia administracji publicznej. W związku z tym, niezwykle istotne jest podjęcie szeregu działań organizacyjnych i prawnych, poprzedzających zaangażowanie we współpracę z partnerami prywatnymi. Decyzja o prywatyzacji realizacji zadania publicznego w drodze kontraktu PPP powinna być efektem starannej i wszechstronnej analizy wskazującej, że jest to optymalny model realizacji przedsięwzięcia.

4.1.1. PPP w założeniach polityki lokalnej

PPP, jako instrument realizacji polityki władz publicznych, zdaniem autorów, powinno być zawarte w jej założeniach. Wydaje się, że dobrą drogą do wdrożenia PPP w ogólne założenia polityki danej JST jest przyjęcie zasad określających zadania spoczywające na władzach publicznych, które mogą być realizowane w ramach PPP, np. w formie zwartego programu. Założenia polityki w zakresie PPP powinny być zharmonizowane z założeniami politycznymi przyjętymi przez władze w poszczególnych dziedzinach, których mogłyby dotyczyć (rozwój przestrzenny, inwestycje, praca itd.). Polityka JST dotycząca realizacji PPP powinna określać, które dziedziny ze sfery realizacji usług publicznych należy wykonywać w tej formule i w jakiej kolejności. Lokalna strategia dotycząca PPP powinna odzwierciedlać główne cele, jakie stawia sobie dana wspólnota lokalna. Warto przy tym umieszczać PPP, jako sposób finansowania inwestycji w lokalnych programach i planach wieloletnich.

4.1.2. Wybór zespołu wdrożeniowego

Zasadne wydaje się przy tym wyznaczenie odrębnego podmiotu, który jest wyposażony w stosowne kompetencje i ponosi odpowiedzialność za sprawy związane z zastosowaniem PPP. Może być to organ kolegialny, np. zespół ds. partnerstwa publiczno-prywatnego (ZPPP). Zadaniem zespołu powinno być skupienie wiedzy eksperckiej i odpowiedzialności za ułożenie relacji w ramach partnerstwa w jednym ośrodku, a także przygotowanie akceptowalnych form współpracy z partnerami prywatnymi, założeń polityki informacyjnej PPP i jej realizacji. Ważnym zadaniem zespołu jest opracowanie założeń polityki władz w zakresie PPP, zasad jej oceny i wprowadzania partnerstwa, jak również identyfikowanie oraz ocena istniejących, a także przyszłych możliwości rozwijania PPP.

4.1.3. Szkolenia wewnętrzne skierowane do wszystkich uczestników procesu realizacji projektu

Warunkiem optymalnego przygotowania osób odpowiedzialnych ze strony podmiotu publicznego do wdrażania PPP jest ich wszechstronne przeszkolenie. Celem szkoleń jest praktyczne przeszkolenie pracowników jednostki wdrażającej w zakresie przeprowadzania analiz przed realizacyjnych przedsięwzięcia, oraz mechanizmów kontrolowania realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego oraz monitorowania i kontrolowania wykonywania umowy przez partnera prywatnego. Szkolenia powinny być realizowane przez profesjonalnego doradcę zewnętrznego. Powinny dotyczyć każdego etapu przygotowywania przedsięwzięcia, jak również przekazywać informacje i umiejętności o charakterze uniwersalnym, które mogą posłużyć do realizacji kolejnych projektów PPP.

✔ Przykładowy zakres <u>szkoleń związanych z etapem analitycznym</u> projektu powinien obejmować:

1) warsztaty z zakresu prac nad modelem realizacji przedsięwzięcia, w tym:
   a) identyfikacji możliwych form realizacji przedsięwzięcia;
   b) ustalania możliwych wariantów realizacyjnych;
   c) zasad przeprowadzania testu wariantu pod kątem m.in. płatności, zasad wynagrodzenia wykonawcy, kosztów realizacyjnych, wpływu na dług publiczny, itp.;
2) zasady przeprowadzania analiz finansowo-ekonomicznych przedsięwzięcia oraz analizy ryzyk, w tym:
   a) określenia założeń dla analizy finansowo-ekonomicznej dla badanego wariantu (metody) realizacji przedsięwzięcia,
   b) opracowywanie zestawienia przepływów pieniężnych przedsięwzięcia,
   c) zasad identyfikacji i określania źródeł finansowania przedsięwzięcia,
   d) ustalenia wartości wskaźników efektywności finansowej przedsięwzięcia,
   e) analizy wskaźników zwrotu z inwestycji,
   f) weryfikacji trwałości finansowej przedsięwzięcia inwestycyjnego,
   g) sporządzania uzasadnienia wyboru optymalnego wariantu realizacji przedsięwzięcia na potrzeby postępowania o wyłonienie partnera prywatnego,
   h) formułowania kryteriów oceny ofert,
   i) zasad oceny ofert;
3) przykładowe szkolenia związane <u>z kontrolowaniem i monitorowaniem</u> realizacji przedsięwzięcia obejmować powinny warsztaty z zakresu:
   a) ustalania kluczowych z perspektywy interesów zamawiającego mierników prawidłowego wykonania umowy;
   b) ustalania kluczowych instrumentów kontrolnych (raportowanie, udzielanie informacji, wgląd w dokumentację inwestycji, audytowanie inwestycji, ustalania zasad dokonywania kontroli inwestycji na miejscu, współpracy z innymi organami kontrolnymi zamawiającego);
   c) ustalania skali zakresu naruszeń postanowień umownych w koniunkcji z adekwatnymi mechanizmami interwencyjnymi;
   d) ustalania sposobów oddziaływania na partnera prywatnego celem przywrócenia właściwej realizacji umowy (mechanizmy interwencji);
   e) opracowywania wzorców dokumentacji kontrolnej, w tym wzorców protokołów pokontrolnych.

4.2. Identyfikacja projektów możliwych do realizacji w formule PPP (koncesji)

Każde przedsięwzięcie dotyczące świadczenia usług czy realizacji inwestycji infrastrukturalnej powinno być analizowane z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku. I chociaż istnieje pewien ogólny model postępowania, niektóre zagadnienia wymagają rozstrzygnięcia przy konstruowaniu konkretnego PPP, niezależnie od uwarunkowań, w jakich działają poszczególne samorządy. Wszystkie projekty typu PPP wymagają starannego zaplanowania działań. Niezwykle istotne jest zatem przygotowanie swoistej „mapy drogowej" przedsięwzięcia PPP, czy też po prostu harmonogramu projektu, wraz ze szczegółowym rozpisaniem wszystkich etapów.

Na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy stawianym wprost wymogiem, warunkującym przystąpienie do realizacji projektu PPP było dokonanie analizy przedsięwzięcia w celu określenia jego efektywności oraz związanych z nim zagrożeń. Analiza dotyczyć miała: identyfikacji ryzyk i określenia ich optymalnej alokacji; aspektów ekonomicznych i finansowych projektu; porównania korzyści wynikających z PPP do korzyści z innych modeli (*value for money*); stanu prawnego składników majątkowych. Niezbędne elementy analizy, a także rodzaje ryzyk oraz zasady ich podziału, określone zostały w aktach wykonawczych. Z nowej PartPublPrywU całkowicie wyłączono kwestię wymaganych analiz. Również nie zdefiniowano ryzyka i zasad jego podziału. Zdaniem ustawodawcy, *„te zagadnienia powinny pozostać w sferze ekonomicznej – żadna regulacja nie jest potrzebna. Właściwe zachowania nieporównanie lepiej od ustawodawcy ukształtuje praktyka"*[68]. Powstaje zatem pytanie, czym w konkretnym przypadku ma kierować się podmiot publiczny zainteresowany PPP. Bardzo często główne aspekty organizacyjno-finansowe projektu ustalone zostaną dopiero w toku negocjacji z potencjalnymi partnerami. Konstrukcja procedur negocjacyjnych z PrZamPubl i dialogu konkurencyjnego, jak również negocjacji z ustawy koncesyjnej pozwalają na wypracowanie optymalnego modelu i zasad współpracy w ramach PPP aż do momentu wyboru wykonawcy. Jednakże zasadnicze analizy projektu, wskazujące, czy PPP w ogóle jest korzystnym wariantem, muszą zostać wykonane już na samym początku planowania. Pomocne w ustaleniu ich zakresu i ostatecznego kształtu będą np. *Wytyczne* PPP Komisji Europejskiej. Warto także wykorzystać wiedzę profesjonalnych doradców. Porządne studium wykonalności i analiza ekonomiczna projektu wraz z identyfikacją potencjalnych ryzyk, to kluczowe warunki jego powodzenia. Autorzy proponują posługiwanie się poniżej przedstawioną „ścieżką dojścia" (obejmującą także rozdział 5.3.), która powinna pomóc prawidłowo przygotować przedsięwzięcie partnerskie.

4.2.1. Analizy wstępne – określenie potrzeb podmiotu publicznego i możliwości ich realizacji

Swoje prace podmiot publiczny powinien rozpocząć od identyfikacji konkretnego projektu i ustalenia pożądanego wariantu jego realizacji. Na tym etapie należy przeprowadzić ocenę możliwości realizacji przedsięwzięcia przy dostarczaniu już świadczonych usług użyteczności publicznej i w oparciu o istniejącą infrastrukturę. Następnie należy przebadać zebrane informacje pod kątem możliwości wykonywania dotychczasowych zadań w oparciu o współpracę z sektorem prywatnym. Na tym etapie należy odpowiedzieć sobie na następujące pytania:

1) czy mające być świadczone we współpracy z partnerem prywatnym usługi lub służąca ich dostarczeniu infrastruktura mogą być dostarczone ramach finansowania w tradycyjny sposób;
2) czy partner prywatny jest w stanie podnieść jakość i różnorodność świadczonych usług w sposób, w jaki nie byłby tego w stanie (za tę samą cenę) wykonać samodzielnie sektor publiczny.

Istotnym argumentem przemawiającym za wyborem PPP będzie możliwość zrealizowania projektu szybciej i sprawniej, a także przyzwolenie dla tego rodzaju metody dostarczania usług po stronie ich ostatecznych odbiorców. Niezwykle istotnym czynnikiem decyzyjnym

[68] Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, s. 7.

będzie ustalenie, czy istnieje możliwość stworzenia konkurencyjnego rynku dostarczania usług, tj. czy monopol publiczny nie zostanie zastąpiony monopolem prywatnym. W związku z tym, że idące w parze z PPP urynkowienie wykonywania zadań publicznych zakłada konieczność ich pełnego finansowania, należy przeanalizować, czy partner prywatny może pokryć wynikające z PPP nakłady z opłat pobieranych w zamian za świadczone usługi, czy też wymagana będzie rekompensata jego kosztów ze środków budżetowych. Warto także wstępnie rozważyć, czy planowane PPP będzie sprzyjać rozwojowi innowacyjności i nowych technologii.

Przeprowadzone analizy wstępne powinny pomóc w ustaleniu wstępnego zakresu realizacyjnego projektu. Wykluczone zostaną te elementy przedsięwzięcia, które nie przedstawiają większej wartości z punktu widzenia interesu strony publicznej oraz niemożliwe (ze względów prawnych, celowościowych) do realizacji przez partnera prywatnego. Wstępna struktura projektu powinna uwzględniać te elementy projektu, które mogą być atrakcyjne z punktu widzenia partnera prywatnego.

Po ustaleniu wstępnego modelu realizacyjnego, podmiot publiczny powinien ustalić strategię dalszego postępowania, tj:

1) opracować harmonogram działań przed realizacyjnych;
2) wybrać profesjonalnego doradcę do obsługi tego etapu oraz współpracy przy dalszym wdrażaniu projektu;
3) przystąpić do wykonania kompleksowych analiz projektu.

4.2.2. Konsultacje społeczne, komunikacja ze społeczeństwem oraz interesariuszami projektu

Uniknięciu wielu niebezpieczeństw wynikających ze źle skonstruowanego PPP służy jasne określenie celów, jakie mają być osiągnięte w ramach współpracy. Cele te, jak również sposób ich osiągnięcia, powinny być **powszechnie komunikowane i uzasadniane**. Przed ostatecznym zawarciem umowy PPP jego postanowienia powinny być poddane debacie publicznej i skonsultowane z grupami społecznymi, których dotyczyć będzie przedsięwzięcie. Warto również przedstawić projekt lokalnym politykom i mediom do oceny. Ich poparcie będzie niezwykle ważne dla udanego PPP. Jednym z warunków pomyślnej współpracy jest maksymalna transparentność i zaangażowanie czynników społecznych w takim stopniu, w jakim będzie to możliwe bez szkody dla sprawnego przeprowadzenia operacji. Warto również przedstawić projekt do wstępnej oceny potencjalnych wykonawców, aby ustalić jego mocne i słabe strony.

4.2.3. Wybór profesjonalnego doradcy

Złożoność faktyczna i prawna projektów typu PPP wymaga profesjonalnej obsługi całego przedsięwzięcia. Ponadto, w interesie podmiotu publicznego jest, aby część odpowiedzialności (choćby odszkodowawczej) za realizację projektu przejął na siebie podmiot trzeci. Dlatego wskazane jest, aby do całego procesu wdrażania przedsięwzięcia PPP lub konkretnego jego wycinku, podmiot publiczny wynajął doradcę.

✔ Kryteria wyboru doradcy (prawnego, finansowego, technicznego, innego):
- ➤ doświadczenie w realizacji projektów PPP,
- ➤ zdolność do wykonania zamówienia,
- ➤ deklaracja przestrzegania Kodeksu Dobrych Praktyk Doradcy.

✔ Doradca na cały okres trwania projektu czy doradca na określony etap projektu?
- ➤ Argumenty przemawiające za wyborem konsorcjum doradców:
  - nie ma konieczności poświęcania czasu na weryfikację przez nowych doradców poprzednich etapów i dyskusje z zamawiającym (niższa cena);

- nie ma ryzyka, że poprzednie etapy prac nie są zgodne ze standardami pracy nowych doradców, są nieaktualne (niższa wycena przy braku takiego ryzyka);
- nie ma konieczności koordynacji prac poszczególnych zespołów przez zamawiającego – konsorcjum dostarcza i odpowiada za całość prac, jest możliwość na bieżąco dyskutowania poszczególnych segmentów;
- doświadczenie we współpracy, znajomość silnych i słabych stron, pozwala na lepszy dobór partnerów doradczych.

➤ Argument przemawiający za wyborem doradców na każdym etapie projektu:

- Wybór eksperta z określonej dziedziny może przełożyć się na wyższą jakość doradztwa w danej materii.

4.2.4. Opracowanie wstępnego studium wykonalności projektu

Po wstępnej analizie wykonalności, zmierzającej do ustalenia, czy PPP jest optymalnym wariantem realizacji przedsięwzięcia, ustalić należy zakres usług, będących przedmiotem kontraktu. Co do zasady, można wyróżnić trzy grupy usług nadających się do świadczenia w ramach PPP: 1) usługi, które już są na bieżąco świadczone przez władze komunalne, 2) usługi, których świadczenie dopiero planują, 3) usługi, których świadczenie zaproponował sektor prywatny. Przyszłe i zaplanowane można zidentyfikować poprzez analizę lokalnych dokumentów budżetowych, WPI, planów wieloletnich (np. gospodarki odpadami, rozwoju sieci wodno-kanalizacyjnej, rozwoju infrastruktury, energetyki, zdrowia i edukacji, w Lokalnych Programach Rewitalizacji, itd.). Na tym etapie ZPPP dokona oceny, które usługi można świadczyć w modelu partnerstwa. Dokonana klasyfikacja powinna umożliwiać zakwalifikowanie wszelkich usług do jednej z poniższych grup:

1) **usługi nie rokujące szans na wdrożenie w ramach PPP.** Usługi najczęściej zaliczane do tej kategorii, to: a) usługi, które zgodnie z prawem nie mogą być przekazane sektorowi prywatnemu, b) usługi, jakie są świadczone w ramach monopolu i nie jest możliwe stworzenie konkurencyjnego rynku tych usług w ramach przekształcenia ich świadczenia na model PPP, c) usługi, których świadczenie związane jest z przetwarzaniem poufnych danych (policja, straż pożarna, pomoc społeczna), choć ich natura daje możliwość stosowania PPP przy usługach wspomagających tego typu przedsięwzięcia,
2) **usługi nie rokujące szans na wdrożenie w ramach PPP w najbliższym, dającym się przewidzieć terminie.** Do tej kategorii najczęściej zalicza się: a) usługi, których dochodowość nie jest możliwa do prostego oszacowania, b) usługi, wobec których występuje silny społeczny i polityczny sprzeciw wobec przekazywania ich świadczenia partnerowi prywatnemu, c) usługi, których koszt skalkulowany na zasadach rynkowych nie byłby akceptowalny społecznie (klienci nie byliby w stanie ponieść pełnych kosztów ich świadczenia, powiększonych o zysk operatora),
3) **usługi, których świadczenie powinno być rozważane przez władze.** Chodzi o usługi, wobec których nie zdiagnozowano jakichkolwiek bezpośrednich i oczywistych przeszkód w świadczeniu ich w PPP. To właśnie z tej grupy władze mogą czerpać pomysły na przyszłe projekty partnerskie.

4.2.5. Analiza opcji realizacji przedsięwzięcia

Analiza opcji realizacji przedsięwzięcia powinna pomóc zidentyfikować wszelkie możliwe i atrakcyjne dla strony publicznej warianty realizacji przedsięwzięcia. Wariantowaniu powinien podlegać projekt przedsięwzięcia w zakresie różnych jego elementów z wyróżnieniem elementów kluczowych i drugorzędnych. Wariantowanie obejmie również modele finansowania przedsięwzięcia:

- finansowanie budżetowe;
- finansowanie długiem (kredyt, pożyczka, obligacje);

- finansowanie z dotacji (w tym środki UE);
- PPP (koncesja).

Wariantowanie obejmie także równe modele realizacyjne przedsięwzięcia w ramach PPP, m.in.:

- model „zwykłego" partnerstwa w oparciu o PartPublPrywU;
- model spółki celowej (SPV – special purpose vehicle) w oparciu o PartPubPrywU;
- model koncesyjny.

4.3. Właściwa faza analityczna

Kluczowe dla dalszego postępowania przygotowawczego będą analizy dotyczące zakresu techniczno-organizacyjnego przedmiotu partnerstwa, zagadnień prawnych, ekonomiczno-finansowych oraz możliwych ryzyk i zasad ich podziału.

4.3.1. Analizy techniczne

Analizy techniczne służą opracowaniu ostatecznej struktury techniczno-organizacyjnej projektu i obejmują badania różnych wariantów inwestycyjnych, możliwych do zastosowania technologii oraz rozwiązań funkcjonalnych. W ramach tego typu analiz badaniu podlega aktualne zagospodarowanie terenu, a także proponowane jego zagospodarowanie. Analizy techniczno-organizacyjne posłużyć powinny do opracowania ostatecznego studium wykonalności projektu.

4.3.2. Analizy prawne

Analizy prawne służą m.in. ustaleniu dopuszczalnych prawem rozwiązań, prawnej struktury projektu, statusu prawnego podmiotów, stanu prawnego składników majątkowych. Ponadto, analizy prawne obejmować mogą:

1) identyfikację kluczowych uczestników projektu,
2) określeniu wymogów proceduralnych oraz ryzyka prawnego,
3) określeniu wymogów instytucji finansujących z uwzględnieniem problemów prawnych związanych ze współfinansowaniem przedsięwzięć inwestycyjnych z kilku źródeł finansowania,
4) określenie zasad wnoszenia wkładu własnego przez podmiot publiczny oraz zasady dysponowania wkładem,
5) analizę skutków prawnych oraz warunków przekazania składników majątkowych na początku i po zakończeniu realizacji przedsięwzięcia,
6) analizę możliwości ubiegania się o środki pomocowe,
7) opracowanie formy prawnej funkcjonowania projektów.

4.3.3. Analizy ekonomiczno-finansowe

Wstępna analiza ekonomiczno-finansowa może pozwolić na *benchmark* (porównanie) kosztów, jakie ponosi się przy samodzielnej realizacji przedsięwzięcia (bez współpracy z sektorem prywatnym), co bezpośrednio prowadzi do możliwości stwierdzenia, czy korzyści, jakie przynosi PPP, są większe od kosztów jego wdrożenia.

Na koszty objęte *benchmarkingiem* składają się nakłady finansowe, inwestycyjne i bieżące związane ze świadczeniem usług dostarczanych samodzielnie przez władze lokalne. Dokładne ich rozeznanie jest niezwykle ważne dla ocenienia potencjalnych korzyści i kosztów, jakie będą ponosić w związku z wdrożeniem PPP.

Benchmarking powinien uwzględniać wszystkie bezpośrednio ponoszone koszty świadczenia usług, wliczając wynagrodzenia i uposażenia, przychody, jakie przynosi, cenę powierzchni, materiałów biurowych, cenę kapitału niezbędnego dla prawidłowej realizacji przedsięwzięcia, w tym koszty obsługi zadłużenia związanego z badaną aktywnością. Badanie powinno objąć również nakłady pośrednie, jak bieżące utrzymanie przedsiębiorstwa, niezwiązane wprost ze świadczeniem usług – dlatego najczęściej nieuwzględniane przy konstruowaniu PPP – ponadto koszty jednorazowo ponoszone w związku z wdrożeniem PPP, takie jak pakiety socjalne, obsługa kontraktów, monitoring przestrzegania postanowień umowy. Przy szacowaniu ceny kapitału należy uwzględnić bieżące, tymczasowe, pomostowe i długoterminowe finansowanie oraz związane z nim opłaty. Istotne dla bilansu przedsięwzięcia są jednorazowe koszty „rozruchu" współpracy, takie ja koszty procedury przetargowej i wyboru najlepszego oferenta, jak również cena płacona za profesjonalne usługi doradcze.

W teorii oceny projektów inwestycyjnych powszechnie przyjmuje się, że analiza finansowa uwzględnia dające się ująć w księgach rachunkowych jednostki przychody, koszty oraz przepływy pieniężne, na podstawie których oblicza się wskaźniki finansowe:

- wartość bieżącą netto (*net present value* – NPV) oraz – o ile to możliwe –
- wewnętrzną stopę zwrotu *(internal rate of return* – IRR).

Analiza ekonomiczna uwzględnia m.in. tzw. efekty zewnętrzne (*externatilies*), nieujęte w księgach rachunkowych, a w szczególności korzyści oraz koszty społeczne, natomiast jej rezultatem jest kalkulacja ekonomicznej wartości bieżącej netto (ENPV) oraz ekonomicznej wewnętrznej stopy zwrotu (EIRR).

W przypadku przedsięwzięć, które nie generują istotnych przychodów, a zwłaszcza takich, w których przypadku NPV osiąga wartość ujemną, istotna jest zwłaszcza analiza ekonomiczna. Uwzględnienie wyrażonych w pieniądzu korzyści społecznych może bowiem prowadzić do uzyskania wysokiego wskaźnika ENPV. Należy podkreślić, że w zakresie finansowej i ekonomicznej oceny projektów inwestycyjnych istnieją standardy opracowane i zalecane do stosowania przez międzynarodowe instytucje finansowe, zaś w przypadku projektów ubiegających się o dofinansowanie z budżetu Unii Europejskiej – przez Komisję Europejską.

✔ W przypadku dużych inwestycji partnerskich pożądany zakres analiz ekonomiczno-finansowanych może być istotnie szerszy. Badaniu podlegać będzie wiele różnego rodzaju czynników, takich jak:

1) oszacowanie wartości inwestycji,
2) opracowanie szacunkowych całkowitych kosztów inwestycji, w tym nakładów inwestycyjnych i kosztów bieżących,
3) ustalenie optymalnego harmonogramu realizacji i finansowania inwestycji,
4) ustalenie form działalności operacyjnej w celu finansowania projektu,
5) analiza opłacalności inwestycji,
6) opracowanie modelu finansowego dla inwestycji:
   a) program sprzedaży, kalkulacja przychodów,
   b) prognoza kosztów eksploatacyjnych inwestora,
   c) rachunek zysków i strat, przepływy pieniężne oraz bilans (dla wariantu przewidującego utworzenie spółki prawa handlowego) – opcjonalnie,
   d) obliczanie podstawowych wskaźników efektywności inwestycji NPV, IRR,
   e) identyfikacja kosztów, zagrożeń i korzyści społeczno-ekonomicznych przedsięwzięcia,
   f) kwantyfikacja kosztów i korzyści społeczno-ekonomicznych,
   g) obliczenie wskaźników efektywności społeczno-ekonomicznej przedsięwzięcia ENPV, RIRR, B/C,

7) struktura przepływów pieniężnych, w tym określenie minimalnych przepływów pieniężnych wymaganych przez partnera prywatnego, gwarantujących osiągnięcie satysfakcjonującej stopy zwrotu, w zależności od wkładu kapitałowego,
8) oszacowanie poziomu zapotrzebowania projektu na finansowanie zewnętrzne,
9) oszacowanie wpływu inwestycji na dług publiczny,
10) oszacowanie kosztów pozyskania kapitału w przypadku finansowania długiem,
11) opracowanie analizy zasadności realizacji inwestycji w rekomendowanej formie oraz z wykorzystaniem optymalnego źródła finansowania inwestycji.

4.3.4. Analiza ryzyk

Odpowiednie oszacowanie ryzyka związanego z przedsięwzięciem, a następnie jego podział między parametrów jest trzonem współpracy w ramach PPP. Cele właściwej alokacji ryzyka są następujące:

- zmniejszenie kosztów projektu w długim okresie poprzez przeniesienie ryzyka na stronę, która w najlepszy sposób sobie z nim poradzi;
- dostarczenie zachęt dla wykonawcy, aby dostarczył projekty na czas, zgodnie z wymaganymi normami i w ramach budżetu;
- poprawa jakości usług oraz zwiększenie dochodu poprzez bardziej efektywne działanie;
- zapewnienie bardziej spójnego i przewidywalnego profilu wydatków.

Właściwie każda analiza ryzyk w przedsięwzięciu w formule PPP obejmować powinna następujące ustalenia:

- wstępną identyfikację rodzajów ryzyk związanych z inwestycją w podziale na istotne i nieistotne,
- wstępną ocenę i prognozę prawdopodobieństwa wystąpienia ryzyk w rekomendowanych wariantach realizacji inwestycji,
- wstępną analizę rozkładu ryzyk pomiędzy podmiot publiczny i prywatny w zależności od przyjętego modelu prawno-organizacyjnego, w tym ustalenie właściwego rozdziału pomiędzy strony umowy,
- analizę kosztów i sposobów minimalizacji poszczególnych kategorii ryzyka,
- analizę wpływu zidentyfikowanych ryzyk na poziom długu publicznego.

Chociaż PartPublPrywU nie pozwala na ustalenie rodzajów ryzyk w przedsięwzięciach typu PPP, jak również nie zawiera żadnych dyrektyw ich podziału, podmioty publiczne w praktyce często uwzględniać będą odpowiednie postanowienia Wytycznych Komisji Europejskiej z 2003, które wymieniają różne kategorie ryzyka, a także wskazują dyrektywy jego prawidłowej alokacji. Istotne znaczenie będzie miała również **Decyzja Eurostatu dotycząca wpływu kontraktów PPP na deficyt i dług publiczny, 18/2004 z 11 lutego 2004 r.** Decyzja dotyczy sposobu oceny przez Eurostat wpływu kontraktów PPP na wielkość deficytu i długu publicznego państw członkowskich. Jednocześnie, decyzja zawiera pewne dyrektywy, odnośnie optymalnego rozkładu kluczowych ryzyk w kontekście wpływu na poziom długu publicznego.

Na podstawie ww. dokumentów, a także praktyki stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego w innych państwach członkowskich UE wyróżnić można następujące kategorię ryzyk i najczęstszych sposób ich alokacji:

Kategorię ryzyk	Elementy ryzyka	Przykładowa alokacja
Ryzyka związane z budową	• opóźnienie w zakończeniu robót budowlanych; • niezgodność z warunkami dotyczącymi ustalonych standardów wykonania robót; • wzrost kosztów; • wystąpienia nieścisłości w specyfikacji wyboru partnera prywatnego; • ryzyka związane z wpływem czynników zewnętrznych; • wystąpienia nieadekwatnych do celu przedsięwzięcia rozwiązań w dokumentacji projektowej; • ryzyka związane z pojawieniem się lub zastosowaniem do realizacji przedsięwzięcia nowych technologii; • wystąpienia wad fizycznych lub prawnych zmniejszających wartość lub; • nużyteczność składnika majątkowego.	Partner prywatny
Ryzyka związane z dostępnością	• niemożliwość dostarczania zakontraktowanej ilości usług; • niemożliwość dostarczania usług o określonej ilości; • brak zgodności z normami bezpieczeństwa lub innymi normami branżowymi; • wzrost kosztów; • sposób i jakość prac wykonywanych w celu dostarczania usług; • nieodpowiednia kwalifikacja pracowników; • wystąpienie zmian technologicznych.	Partner prywatny
Ryzyka związane z popytem	• pojawienie się konkurencji; • cykliczność popytu; • zmiany cen; • zastosowanie przestarzałych technologii; • pojawienie się nowych trendów rynkowych.	Partner prywatny
Ryzyka związane z przygotowaniem przedsięwzięcia	• dostępność informacji dotyczących planowanej realizacji przedsięwzięcia; • wprowadzenie zmian w specyfikacji wyboru partnera prywatnego; • sposób i jakość prowadzenia postępowania o wybór partnera prywatnego; • rezygnacja z realizacji przedsięwzięcia.	Podmiot publiczny

Ryzyka rynkowe związane z dostępnością nakładów na realizację przedsięwzięcia	• niemożliwość pozyskania nakładów określonej jakości; • niemożliwość pozyskania nakładów określonej ilości; • niemożliwość pozyskania nakładów w określonym terminie; • zmiana cen; • pojawienie się konkurencji; • logistyka; • rynek pracy.	Partner prywatny
Ryzyko polityczne	• ryzyko wystąpienia zmian w sferze polityki, której kierunki związane są z rozwojem przedsięwzięć realizowanych w ramach partnerstwa publiczno prywatnego.	Podmiot publiczny
Ryzyka legislacyjne	• ryzyko wystąpienia zmian w przepisach prawnych, mających wpływ na realizację przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.	Podmiot publiczny
Ryzyka makro-ekonomiczne	• inflacja; • zmiana wysokości stóp procentowych; • ryzyko kursowe; • zmiany demograficzne; • związane z tempem wzrostu gospodarczego.	Podmiot prywatny
Ryzyko regulacyjne/ taryfowe	• ryzyko wystąpienia zmian w regulacjach dotyczących systemów opłat w ramach danej dziedziny usług użyteczności publicznej, które mają wpływ na koszty realizacji przedsięwzięcia lub w wyniku których zmianie ulegnie zakres praw i obowiązków stron w ramach przedsięwzięcia.	Partner prywatny
Ryzyko związane z przychodami przedsięwzięcia	• funkcjonowanie wynagrodzenia partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia; • zmiana w obowiązującym mechanizmie cenowym; • zmiany we wdrożeniu mechanizmu poboru opłat związanych z przedsięwzięciem.	Pomiot publiczny
Ryzyko związane z wystąpieniem siły wyższej	• wystąpienie tego czynnika może prowadzić do wielu skutków, np. braku możliwości realizacji przedsięwzięcia w ramach PPP, która w skrajnych sytuacjach może być podstawą do odpowiedzialności; • przydatna jest tu znajomość regulacji zjawiska siły wyższej na gruncie KC; • siła wyższa jest jedną z przesłanek ekskulpacyjnych – czyli wyłączających odpowiedzialność za powstałą szkodę;	wspólnie

	• art. 435 KC „Prowadzący przedsiębiorstwo", przewiduje wyłączenie odpowiedzialności cywilnej prowadzącego przedsiębiorstwo na wypadek szkody jaką doznała osoba trzecia, jeżeli szkoda ta nastąpiła między innymi w skutek siły wyższej.	
Ryzyko związane z rozstrzyganiem sporów	• ryzyka, których wystąpienie wpływa na sposób i efektywność rozstrzygnięcia sporu powstałego na tle realizacji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym; • dla rozstrzygania sporów rozróżniamy III tryby: proces sądowy, arbitraż i mediacja; • stronom przyznane jest prawo stosowania szeroko rozumianych klauzul.	wspólnie
Ryzyko związane ze stanem środowiska naturalnego	• ryzyka związane z lokalizacją działań, mających na celu poprawę stanu środowiska naturalnego przez rozpoczęciem realizacji przedsięwzięcia, lub • ryzyka pogorszenia się stanu środowiska naturalnego w wyniku realizacji przedsięwzięcia.	wspólnie
Ryzyko związane z lokalizacją przedsięwzięcia	• stan prawny nieruchomości; • odkrycia archeologiczne lub inne związane z dziedzictwem kulturowym; • właściwość istniejącej infrastruktury; • dostępność siły roboczej.	wspólnie
Ryzyko związane z przekazaniem składników majątkowych	• stan składników majątkowych przed ich przekazaniem; • przepływ informacji dotyczących składników majątkowych zaangażowanych w przedsięwzięcie; • wykonanie obowiązków i egzekucja praw związanych z dokonaniem przekazania; • wierzytelności lub inne prawa związane z danym składnikiem majątkowym; • konieczność transferu siły roboczej.	Podmiot publiczny

Przedmiotem badań powinny być ryzyka najbardziej prawdopodobne w przypadku konkretnego przedsięwzięcia. Nawet przy bardzo wnikliwym rozpoznaniu przyszłych ryzyk, uzyskane wyniki nie mogą być pewne. Dlatego Komisja Europejska zaleca **wstępna, jakościową ocenę ryzyk**. Powinna ona zostać przeprowadzona na dwóch etapach:

1) oszacowania potencjalnego wpływu ryzyka na projekt – jako wysoki, średni, niski,
2) oszacowanie prawdopodobieństwa wystąpienia ryzyka (a właściwie niekorzystnych jego następstw) – jako wysokiego, średniego, niskiego.

Omawiana metoda pozwala na ocenę jakościową i wskazanie najważniejszego ryzyka, które może wymagać kwantyfikacji. **Kwantyfikacja ryzyka** będzie wyrażała potencjalny wpływ ryzyka w zakresie finansowym i pozwoli na określenie efektywnego pod względem kosztów

rozmieszczenia ryzyka i strategii zarządzania. Jest to również wymagane w celu umożliwienia funkcjonowania analizy porównawczej podczas procesu dokonywania oceny. Czas i wysiłek przeznaczony na kwantyfikację ryzyka winien odzwierciedlać:

a) wielkość przedsięwzięcia i jego złożoność,

b) ilość znacznych ryzyk w odniesieniu do przedsięwzięcia,

c) potrzebę finansowego mechanizmu porównawczego,

d) rodzaj trybu wyboru partnera.

Przewodnią zasadą rozmieszczenia ryzyka jest to, że ryzyko powinno być przeniesione na stronę, która najlepiej sobie z nim poradzi. Jednakże mogą wystąpić przypadki, w których cena wymagana przez partnera prywatnego przekroczy wartość przeniesienia ryzyka na strony publicznej. Efektywne pod względem kosztów rozmieszczenie ryzyka między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym będzie skutkowało niższymi kosztami przedsięwzięcia, i zapewni dodatkowe korzyści w stosunku do zaangażowanych środków w porównaniu do tradycyjnego zamówienia publicznego. Jednakże jeżeli ryzyko jest przenoszone niewłaściwie na wybranego partnera prywatnego, korzyści w stosunku do zaangażowanych środków zmniejszają się, jako że premia, której żąda partner prywatny za zarządzanie ryzykiem przewyższy korzyść instytucji podmiotu publicznego.

W fazie prowadzenia analiz ryzyk cena wymagana przez partnera prywatnego za przejęcie ryzyka nie będzie znana. Wobec czego ocena ryzyka koncentrować się będzie na określeniu, czy podmiot publiczny, czy partner prywatny jest najwłaściwszy do poniesienia ryzyka, lub czy ryzyko powinno być podzielone. W rozważeniu najwłaściwszego rozmieszczenia ryzyka rozważone zostaną następujące kwestie:

a) zdolność poniesienia przez Zamawiającego ryzyka i możliwość jego kontrolowania;

b) zdolność potencjalnych partnerów prywatnych poniesienia ryzyka i możliwość jego kontrolowania; oraz

c) preferowane rozmieszczenie ryzyka, uwzględniające kwestie interesu publicznego.

Wstępne rozmieszczenie ryzyka odzwierciedli szczególne cechy przedsięwzięcia oraz mocne strony i zdolność każdej ze stron.

4.3.5. Badanie efektywności (korzyści) PPP – *value for money*

W wyniku przeprowadzonych analiz podmiot publiczny powinien się ostatecznie skłonić do realizacji przedsięwzięcia w formule PPP (koncesji) lub ten wariant odrzucić. Ułatwieniem dla podjęcia właściwej decyzji będzie porównanie efektywności (generowanych korzyści) modelu PPP i tradycyjnego. Jeżeli rezultatem tego będzie wykazanie większej korzyści PPP, czyli *value for money* (wskaźnik korzyści), współpraca międzysektorowa będzie zasadna. Uważa się, że wskaźnik korzyści istnieje wtedy, gdy rozwiązanie w formie PPP tworzy wyższy stosunek jakość/koszt niż ma to miejsce przy tradycyjnej realizacji projektu. Innymi słowy, wskaźnik korzyści z założenia ma istnieć, gdy wdrożenie PPP jest korzystniejsze niż tradycyjna realizacja projektu. Konieczność ustalenia *value for money* tworzy potrzebę jego pomiaru i określenia narzędzi pomiaru PPP. Przez ostatnie dwadzieścia lat różne kraje opracowały narzędzia oceny PPP:

- w Holandii struktura PPP tworzy wskaźnik korzyści („Meerwaarde"), jeśli w ramach PPP świadczy się usługę tej samej jakości za niższą cenę lub usługę wyższej jakości za tę samą lub niższą cenę niż bardziej tradycyjna alternatywa sposobu zamówień;
- w Danii wskaźnik korzyści określany jest jako stosunek wyższa jakość/cena dla podatnika z perspektywy finansowej;
- w Belgii wskaźnik korzyści („Meerwaarde") jest określony jako stosunek wyższa jakość/cena z perspektywy wszystkich sponsorujących władz publicznych w zakresie finansowym, ekonomicznym i operacyjnym;

- w Wielkiej Brytanii wskaźnik korzyści określany jest jako stosunek wyższa jakość/cena z finansowej perspektywy państwa.

Polska PartPublPrywU nie narzuca podmiotom publicznym stosowania kryterium efektywności. Nie wskazuje również, że dopuszczalne będą tylko te przedsięwzięcia, które wiążą się z większą korzyścią dla interesu publicznego, niż wynikałoby to z ich realizacji w modelu tradycyjnym. Dlatego podmioty publiczne będą miały swobodę w tym zakresie. Będą mogły posłużyć się np. jedną z 4 powyżej przedstawionych metod. Narzędzia te powinny być oczywiście w zgodzie z celami PPP.

Badanie wskaźnik korzyści opierać się będzie m.in. na analizie trzech zasadniczych kryteriów:

1) przystępności ekonomicznej (*affordability*)

2) rentowności/wykonalności (*viability/feasibility*)

3) akceptowalności bankowej/rynkowości (*bankability/marketability*)

Przystępność ekonomiczna koncentruje się na tym do jakiego stopnia dostępny budżet pokrywa koszty projektu, który ma być zrealizowany. W teście przystępności ekonomicznej szacunkowe koszty projektu zestawiane są ze wszystkimi dostępnymi źródłami. Wynik pozytywny świadczy o tym, że podmiot publiczny posiada wystarczające rezerwy budżetowe by zrealizować projekt, wynik negatywny zaś o tym, że koszty przekraczają dostępne tradycyjne źródła.

Rentowność lub wykonalność opisuje, do jakiego stopnia projekt stwarza pozytywną ekonomiczną lub finansową stopę zwrotu. W związku z tym, rentowność lub wykonalność byłaby jednym z najważniejszych kryteriów przy podejmowaniu decyzji o realizacji lub nie projektu bądź o wyborze pomiędzy różnymi projektami. Przy analizowaniu rentowności lub wykonalności pomocnymi mogłyby być model finansowy lub analiza kosztów i korzyści ekonomicznych.

Akceptowalność bankowa lub rynkowość opisuje w jakim stopniu sektor prywatny byłby zainteresowany realizacją projektu. Kryterium to jest istotne przy ocenie potencjalnego zainteresowania sektora prywatnego udziałem w projekcie lub przy określeniu warunków na jakich sektor prywatny byłby zainteresowany tym udziałem.

Wdrożenie PPP do założeń polityki lokalnej, powierzenie zadań z tego zakresu merytorycznemu zespołowi, identyfikacja projektu, wykonanie studium wykonalności, wstępnych analiz finansowych, prawnych, określenia potencjalnych ryzyk i zagrożeń związanych z PPP oraz sposobów ich alokacji i neutralizacji, to najczęstsze elementy przygotowania projektu przez podmioty publiczne. Prace te powinny zakończyć się ostateczną decyzją o realizacji przedsięwzięcia w modelu PPP lub koncesji i skutkować wszczęciem procedury wyboru partnera (koncesjonariusza).

4.4. Postępowanie w przedmiocie wyboru partnera prywatnego (koncesjonariusza)

Wybór partnera prywatnego to bardzo newralgiczna część całego procesu. Decyzje podjęte na tym etapie rzutować będą na całą dalszą współpracę stron. Dlatego wybór i staranne przygotowanie procedury przetargowej będzie kluczowym zadaniem podmiotu publicznego. Ze względu na wymagania stawiane prawem Unii Europejskiej, do wyboru partnera prywatnego będą miały zastosowanie regulacje proceduralne określone w ustawie – Prawo zamówień publicznych lub ustawie o koncesjach na roboty budowlane lub usługi. KoncRobBudU stanowić będzie również samoistną podstawę prawną do zawierania umów koncesji . Ustawodawca umożliwił także stosowanie jej przepisów do realizacji zadań w zakresie budowy i eksploatacji lub tylko eksploatacji autostrad oraz dróg ekspresowych (art. 13a ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych – Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz.115, z późn. zm.), w tym autostrad i dróg ekspresowych płatnych (art. 1 ust. 1a AutostrPłatU) oraz powierzania wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez JST (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej – Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43, z późn. zm.).

Wybór partnera prywatnego w trybie KoncRobBudU nie będzie istotnie różnił się od wyboru koncesjonariusza. Jedyną różnicą będą: definicja najkorzystniejszej oferty oraz kryteria oceny ofert oraz wymóg ogłaszania o planowanym PPP w Biuletynie Informacji Publicznej.

4.4.1. PrZamPubl czy KoncRobBudU?

Zgodnie z art. 4 ust. 1 PartPublPrywU, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, wyboru partnera prywatnego dokonuje się stosując przepisy ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi, z uwzględnieniem przepisów PartPublPrywU. Ustawa koncesyjna znajdzie zastosowanie do procedury wyboru partnera prywatnego wtedy, gdy jego wynagrodzeniem będzie wyłącznie prawo do pobierania pożytków z będącego przedmiotem PPP przedsięwzięcia, jak również wtedy, kiedy temu prawu towarzyszyć będą płatności ze strony podmiotu publicznego (np. dopłaty do świadczonych usług), ale tylko w sytuacji, gdy wysokość zapłaty z tego tytułu będzie miała charakter uboczny (tj. stanowić będzie mniej, niż 50% ogólnego wynagrodzenia partnera prywatnego) – szerzej na ten temat w rozdziale 2.6.2.

W efekcie nowelizacji art. 4 PartPublPrywU z 7 maja 2010 r. przepisy KoncRobBudU będą miały zastosowanie zarówno w zakresie wyboru partnera prywatnego, jak również w zakresie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Oznacza to, że do PPP mieszczącego się w definicji art. 4 ust. 1 PartPublPrywU należy stosować rozdziały 2 i 3 KoncRobBudU. Rozszerzenie zakresu zastosowania KoncRobBudU do partnerstwa publiczno-prywatnego uzasadnione jest wymogami prawa UE. Jak to zostało już omówione, prawo europejskie nie wyróżnia PPP jako odrębnej instytucji prawnej. W zależności od formy wynagrodzenia wykonawcy, PPP będzie albo koncesją, albo zwykłym zamówieniem publicznym. Wobec czego, zastosowanie PartPublPrywU w przypadku, gdy *de facto* (z ekonomicznego punktu widzenia) mamy do czynienia z koncesją (art. 4 ust. 1 PartPublPrywU) nie przesądza o tym, że dane zamówienie przestaje być koncesją na gruncie prawa UE, skoro przepisy Dyrektywy 2004/18 nie przewidziały żadnego dodatkowego trybu wyboru partnera prywatnego, w każdym przypadku, kiedy wynagrodzenie partnera prywatnego będzie odpowiadało wynagrodzeniu koncesjonariusza, zgodnie z definicją koncesji na roboty budowlane z art. 1 ust. 3 Dyrektywy, procedura wyboru partnera w prawie państwa członkowskiego będzie musiała być zgodna przepisami Dyrektywy. Prawo państwa członkowskiego w zakresie regulacji PPP, odpowiadającego definicji koncesji w rozumieniu prawa UE, musi również uwzględniać inne przepisy Dyrektywy, niż tylko dotyczące wyboru koncesjonariusza (np. art. 63–65 Dyrektywy 2004/18, regulujące zasady, mające zastosowanie do zamówień udzielanych przez koncesjonariuszy, którzy nie są instytucjami zamawiającymi). Przenosząc te rozważania na grunt PartPublPrywU należy uznać, że ustawodawca nowelizując art. 4 ust. 1 PartPublPrywU, dążył do jak najdalej idącej zgodności z prawem UE.

Rozszerzenie obowiązku stosowania rozdziału 3 KoncRobBudU do PPP opartego na art. 4 ust. 1 PartPublPrywU uzasadnione jest również tym, że rozdział 3 KoncRobBudU reguluje takie zagadnienia, jak okres wstrzymania możliwości zawarcia umowy (art. 21 ust. 1 i 2), dopuszczalność zawarcia umowy z innym oferentem, kiedy zawarcie umowy ze zwycięskim oferentem nie jest możliwe (art. 21 ust. 3), forma prawna umowy (art. 21 ust. 5), obligatoryjne i nieobligatoryjne elementy umowy (art. 22 ust. 1 i 2), okres trwania umowy (art. 24), zasady zawierania dodatkowych umów na wykonanie robót budowlanych nieobjętych umową pierwotną (art. 25) oraz zasady dopuszczalności podwykonawstwa (art. 26). Kwestie te nie zostały uregulowane w PartPublPrywU, jakkolwiek mają one niezwykle istotne znaczenie dla prawidłowości zawarcia i wykonywania umowy o PPP z zachowaniem należytej ochrony interesu publicznego. Tym bardziej nowelizację art. 4 ust. 1 PartPublPrywU należy uznać za uzasadnioną.

Choć z redakcji art. 4 ust. 1 nie wynika wprost, w jakim zakresie należy stosować przepisy KoncRobBudU odnośnie wyboru partnera i umowy o PPP, przyjąć można, że chodzi o stosowanie odpowiednie. Niektóre bowiem zagadnienia objęte zakresem rozdziału 2 i 3 KoncRob-

BudU są już przedmiotem rozstrzygnięcia ustawodawcy w PartPublPrywU (np. kryteria oceny ofert, obowiązek publikacji w BIP, niektóre elementy umowy o PPP, zasady dopuszczalności zmiany umowy, zasady gospodarowania wkładem własnym). Wobec czego, rozdziały 2 i 3 KoncRobBudU znajdą zastosowanie do PPP tylko i wyłącznie w zakresie niesprzecznym z postanowieniami PartPublPrywU.

W pozostałym zakresie zastosowanie będą miały przepisy PartPublPrywU. **Ustawa ta nie reguluje wszakże środków ochrony prawnej interesu podmiotów biorących udział w postępowaniu. Wydaje się zatem zasadne zastosowanie wykładni systemowej i funkcjonalnej, w świetle której również rozdział 4 KoncRobBudU, dotyczący postępowania skargowego, stosowany będzie do PPP w formie koncesji.**

W świetle art. 4 ust. 2 PartPublPrywU, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego będzie prawo do pobierania pożytków z przedsięwzięcia, będącego przedmiotem PPP, ale w stopniu mniejszym, niż wynosić będzie bezpośrednia zapłata od podmiotu publicznego, albo stanowić będzie ono tylko zapłatę ze środków publicznych, wówczas wyboru partnera prywatnego dokonuje się stosując przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem przepisów PartPublPrywU.

Inaczej niż art. 14 wcześniej obowiązującej ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, PartPublPrywU nie modyfikuje ogólnych przesłanek zastosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia publicznego, lecz odsyła w tym zakresie do przepisów PrZamPubl. Takie rozwiązanie uzasadnione jest wymogami prawa unijnego. W świetle orzecznictwa ETS modyfikacja przesłanek zastosowania poszczególnych trybów udzielania zamówień publicznych w prawie krajowym jest sprzeczna z prawem Unii Europejskiej[69].

Analogicznie, jak w przypadku art. 4 ust. 1 PartPublPrywU, przepisy PrZamPubl znajdą zastosowanie do PPP opartego o art. 4 ust. 2 również w zakresie umowy o PPP. W konsekwencji tego umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym będzie *de facto* umową o zamówienie publiczne. Powinna ona zostać zawarta z uwzględnieniem zasad przewidzianych w Dziale IV PrZamPubl. Przepisy Działu IV PrZamPubl znajdą do PPP zastosowanie odpowiednie, tj. w zakresie niesprzecznym z postanowieniami PartPublPrywU. Również i w tym przypadku zastosowanie znajdą powyżej poczynione uwagi odnośnie środków ochrony prawnej w procedurze zmierzającej do zawarcia umowy o PPP. Oznacza to, że do PPP zawieranego w trybie art. 4 ust. 2 PartPublPrywU zastosowanie znajdą przepisy Działu VI PrZamPubl.

Trzecim możliwym trybem wyboru partnera prywatnego będzie tryb opisany w art. 4 ust. 3 PartPublPrywU. Znajdzie on zastosowanie do tych kontraktów partnerskich, do których z mocy ustawy nie stosuje się ani KoncRobBudU, ani PrZamPubl, lub które nie mieszczą się w ustawowym pojęciu „partnerstwa publiczno-prywatnego" lub „koncesji". Będą to np.:

- zamówienia i koncesje w sektorze telekomunikacyjnym, które wyłączone są zarówno z ustawy – PrZamPubl (art. 4 pkt. 10), jak i z KoncRobBudU (art. 4 ust. 1 pkt. 2);
- zamówienia i koncesje udzielane przez podmioty publiczne, które nie mieszczą się w definicji „koncesjodawcy" lub „zamawiającego", jak np. jednostki organizacyjne: wojska, Policji, Państwowej Straży Pożarnej, a także Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe;
- umowy dotyczące powierzenia wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez JST podmiotowi prywatnemu w sytuacji, gdy brak przesłanek do zastosowania PartPublPrywU, KoncRobBudU, PrZamPubl lub ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie;
- umowy spółki mieszanej, w której spółka nie będzie ani zarządzać, ani utrzymywać składnika majątkowego, wobec czego nie zaistnieje definicyjna przesłanka przedsięwzięcia partnerskiego z art. 2 pkt. 4 PartPublPrywU.

---

[69] zob. wyrok w sprawie C-84/03 *Komisja v Hiszpania* z dnia 13 stycznia 2005 r.

Do wyboru partnera prywatnego w przypadkach, o których mowa powyżej, podmiot publiczny będzie miał względną swobodę ustalenia odpowiedniej procedury z tym jednak, że będzie musiał zastosować przesłanki określone w art. 4 ust. 3. W efekcie tego, wybór partnera prywatnego powinien zostać dokonany w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów PartPublPrywU. Przyjąć należy, że warunek ten zostanie spełniony, gdy podmiot publiczny dobrowolnie zastosuje jedną z otwartych i konkurencyjnych procedur ustawowych (PrZamPubl, KoncRobBud, GospNierU). Ponadto, zasadne będzie przeprowadzenie otwartego konkursu ofert z publicznym ogłoszeniem. Odpowiednie stosowanie PartPublPrywU w omawianym przypadku oznaczać może konieczność publikacji ogłoszenia w BIP, jak również zastosowanie kryteriów oceny ofert określonych w art. 6 PartPublPrywU. Ustawodawca dodatkowo wyraźnie zastrzegł, że jeżeli w ramach umowy zawartej w trybie art. 4 ust. 3 PartPublPrywU dochodzi do wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, zastosowanie obligatoryjnie będą musiały znaleźć przepisy GospNierU.

Przedmiotem dalszych rozważań będą zasady wyboru partnera prywatnego w trybie PrZamPubl oraz partnera prywatnego i koncesjonariusza w trybie KoncRobBudU.

4.4.2. Wybór partnera prywatnego w trybie PrZamPubl

Wybierając partnera prywatnego podmiot publiczny będzie musiał stosować PrZamPubl w pełnym zakresie, w tym również odnośnie środków ochrony prawnej (jak wynika z wykładni funkcjonalnej i systemowej). Jedyną modyfikację procedury stanowić będą szczególne normy PartPublPrywU (lex specialis).

Kryteria oceny ofert

Różnicą w stosunku do przepisów prawa zamówień publicznych będą kryteria oceny ofert (art. 6 PartPublPrywU). Najkorzystniejszą będzie oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Przepis ten właściwie pokrywa się z normą art. 2 pkt. 5 PrZamPubl. Natomiast kryteriami oceny ofert będą obligatoryjnie:

1) podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
2) terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane.

Te kryteria będą musiały znaleźć się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezależnie od woli podmiotu publicznego. Ponadto, zamawiający będzie mógł zastrzec w SIWZ również inne kryteria, o których mówi PartPublPrywU, w szczególności:

1) podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
2) stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego;
3) efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych;
4) kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania, serwis (Art. 6 ust. 1–3 PartPublPrywU).

Zamawiający nie będzie mógł zastrzec kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (Art. 91 ust. 3 PrZamPubl).

Miejsce ogłoszenia z zamówieniu

Zgodnie z art. 5 PartPublPrywU podmiot publiczny, po zamieszczeniu ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (w zależności od wartości zamówienia) dodatkowo zamieszcza w Biuletynie Informacji Publicznej informację o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym. Ten nowy wymóg odnośnie dodatkowego obligatoryjnego publikatora ustawodawca uzasadnia jawnością działalności władzy publicznej. Ustawodawca nie zdecydował się, pomimo postulatów praktyków i ekspertów, na wprowadzenie odrębnego ogłoszenia o partnerstwie publiczno-prywatnym, które miałoby być zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zastosowanie będą miały wzory ogłoszeń określone dla zamówień publicznych i koncesji. Uzasadnienie do ustawy wskazuje, że wzór ogłoszenia (ZP-400), przeznaczonego do zamieszczania w BZP, pozwala na zamieszczenie dodatkowych informacji w punkcie IV.3.6. Pełna informacja o ofercie sektora publicznego i tak jest – naturalnie – przekazywana dopiero w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przeciwko wprowadzaniu do polskiego systemu prawnego odrębnego ogłoszenia o partnerstwie publiczno-prywatnym miało przemawiać przede wszystkim to, że takiego szczególnego ogłoszenia nie przewiduje prawo Unii Europejskiej[70]. Ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym, których wartość jest wyższa od unijnych progów zamówieniowych powinny być ogłaszane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Przepisy prawa unijnego nie wyróżniają PPP, jako formuły współpracy wymagającej odrębnej procedury. Postępowanie w zakresie wyboru partnera prywatnego będzie traktowane, jak zwykłe zamówienie publiczne. Jeżeli podmiot publiczny będzie realizował zamówienie w trybie art. 4 ust. 2 PartPublPrywU, właściwy będzie wówczas formularz ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczony na stronie internetowej „http://simap.europa.eu". Poniżej przedstawiony został Państwu przykładowy formularz ogłoszenia w BZP o zamówieniu w zakresie wyboru partnera prywatnego.

Przykładowy fragmenty ogłoszenia w BZP:

Sekcja II. Przedmiot zamówienia

II.1) OPIS

II.1.1) Nazwa nadana zamówieniu przez zamawiającego		
Budowa składowiska odpadów komunalnych. Rozbudowa systemu selektywnej zbiórki odpadów. Utrzymanie i zarządzanie przedmiotu zamówienia przez okres 30 lat.		
Roboty budowlane **X**	**Dostawy**	**Usługi**

Sekcja IV. Procedura

IV. 2) Kryteria oceny ofert

IV.2.1) Kryteria oceny ofert
Najniższa cena *lub* **Cena oraz dodatkowe kryteria i ich znaczenie** X

[70] Uzasadnienie do projektu ustawy o PPP, s. 16.

Kryteria	Znaczenie
1. Cena	**40%**
2. Podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym	**30%**
3. Terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane	**20%**
4. Stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego	**10%**

IV. 3.6) Informacje dodatkowe

IV.3.6) Informacje dodatkowe w tym dotyczące finansowania projektu/programu ze środków Unii Europejskiej *(jeżeli dotyczy)*

Realizacja przedmiotu zamówienia w związku z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19 poz. 100).

Przez okres trwania umowy partner prywatny utrzymuje i zarządza przedmiotem zamówienia, pobierając pożytki rzeczy i pożytki prawa.

Suma wynagrodzenia partnera prywatnego wynosi X, płatna w ratach rocznych w wysokości X/30 przez okres 30 lat, zapadalna do końca pierwszego miesiąca każdego roku kalendarzowego za rok poprzedni.

Wkład własny partnera prywatnego nie powinien być niższy niż X/3.

Inne zmiany – tymczasowy partner prywatny

W stosunku do standardowej procedury regulowanej PrZamPubl ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym wprowadza również inne zmiany. Po pierwsze, umożliwia podmiotowi publicznemu wybór „tymczasowego" partnera – w trybie zamówienia z wolnej ręki – niezwłocznie po rozwiązaniu umowy o PPP, gdy przedsięwzięcie ma być nadal realizowane w ramach tego typu współpracy. Umowa z „tymczasowym" partnerem trwa do czasu wyboru nowego wykonawcy, przy czym podmiot publiczny powinien dokonać tego wyboru niezwłocznie (art. 10 ust. 1 i 2 PartPublPrywU). Ponadto, inna będzie podstawa do zmiany zawartej już umowy.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 PrZamPubl istotna zmiana umowy w stosunku do treści oferty, na postawie której wybrano wykonawcę, możliwa jest tylko wtedy, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Tymczasem, w świetle art. 13 PartPublPrywU zmiana już zawartej umowy możliwa jest również wtedy, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy (klauzula *rebus sic stantibus*).

Tryb wyboru partnera

Ustawodawca pozostawił podmiotowi publicznemu możliwość wyboru optymalnego trybu postępowania w celu zawarcia umowy PPP. Trudno jednak sobie wyobrazić, i w praktyce takie przypadki właściwie nie występują, aby partner prywatny wybierany był w trybie przetargowym. Poza wprost wskazanym w PartPublPrywU przypadkiem (wybór partnera tymcza-

sowego), nie znajdą zastosowania tryby niekonkurencyjne: tryb zamówienie z wolnej ręki lub zapytania o cenę. Specyfika kontraktów PPP wskazuje, że najbardziej odpowiednie do wyboru partnera są procedury negocjacyjne, w szczególności dialog konkurencyjny[71], rekomendowany przez Komisję Europejską. Ten tryb udzielenia zamówienia publicznego jest na tyle elastyczny, że nie wymaga jakichkolwiek modyfikacji w przypadku realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego – dlatego zalecane jest w tym wypadku stosowanie przepisów PrZamPubl wprost. Dialog konkurencyjny polega na tym, że po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Możliwość zastosowania dialogu konkurencyjnego uwarunkowana będzie zaistnieniem ustawowych przesłanek (zob. art. 60b ust. 1. PrZamPubl). Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. Po zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców i zaprasza ich do składania ofert, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu, przekazując jednocześnie specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu.

Dialog konkurencyjny jest procedurą najbardziej zbliżoną do modelu wyboru koncesjonariusza w trybie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Charakter tego trybu postępowania pozwala podmiotowi publicznemu do ostatniej chwili definiować przedmiot przyszłego partnerstwa publiczno-prywatnego.

Ważne!

Poprzednio obowiązująca PartPublPrywU wyłączała zastosowanie art. 142 ust. 2 PrZamPubl (który został później zastąpiony art. 142 ust. 3), nakazującego zawiadamiać Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania. Znowelizowana w dniu 7 maja 2010 r. PartPublPrywU nakazuje stosować do umów o PPP zawieranych w trybie art. 4 ust. 2 PartPublPrywU przepisy PrZamPubl. Umowy z zakresu zamówień publicznych reguluje Dział IV PrZamPubl, w ramach którego uregulowany został art. 142. Wobec braku wyłączenia tego przepisu należy uznać, że stosowanie przepisu art. 142 ust. 3 PrZamPubl będzie obligatoryjne w procedurze wyboru partnera prywatnego, z zastrzeżeniem wyłączeń określonych w art. 143 ust. 1. Zamawiający będzie musiał w powyższym zawiadomieniu uzasadnić, że zachodzi przynajmniej jedna z przesłanek, określonych w ust. 2 art. 142[72].

4.4.3. Wybór partnera prywatnego (koncesjonariusza) w trybie KoncRobBudU

Postępowanie o wybór koncesjonariusza lub partnera prywatnego w sytuacji, o której mowa w art. 4 ust. 1 PartPublPrywU, będzie przebiegało analogicznie, w oparciu o przepisy KoncRobBudU. Różnicę stanowić będą przepisy art. 5 i 6 PartPublPrywU, które będą modyfikować procedurę koncesyjną. Ponadto, gdy będziemy mieli do czynienia z postępowaniem wywołanym artykułem 4 ust. 1 PartPublPrywU, ostatecznie zawarta umowa, pomimo zastosowania procedury opisanej w KoncRobBudU, formalnie będzie umową o partnerstwie publiczno-prywatnym.

---

[71] Tryb ten uregulowany jest w art. 60a–60e ustawy – Prawo zamówień publicznych.

[72] Zgodnie z art. 142 ust. 2 PrZamPubl zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

Procedura zmierzająca do zawarcia umowy koncesji ma charakter dwu etapowego postępowania eliminacyjnego, łączącego elementy negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego, wszczynanego w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji.

4.4.3.1. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji – uwagi ogólne

Przepisy o postępowaniu o zawarcie umowy koncesji wprowadzają nowatorski „mechanizm" nawiązywania współpracy pomiędzy „sferą publiczną" a przedsiębiorcami[73, 74], w celu wypracowania i zawarcia umowy o koncesję lub realizacji projektu typu PPP. Myślą przewodnią przepisów „proceduralnych" jest rezygnacja z formalizmu zamówień publicznych, oraz umożliwienie komunikacji pomiędzy koncesjodawcą a podmiotami (podmiotem) zainteresowanym zawarciem umowy, w trakcie postępowania w celu wypracowania elastycznych rozwiązań najkorzystniejszych dla koncesjdawcy ale uwzględniający możliwości koncesjonariusza. Przepisy postępowania umożliwiają także modyfikację pierwotnego zamiaru koncesjodawcy w trakcie postępowania.

Ustawodawca konsekwentnie wskazał (w art. 4 ust. 1 i 2) dwie ścieżki wyboru partnera prywatnego w relacjach z podmiotem publicznym (a) koncesję i (b) zamówienia publiczne. Najszersza zakresowo ustawa regulująca wspólne projekty sektora publicznego tj. PartPublPrywU może być realizowana wyłącznie jedną z tych ścieżek, w zależności od wynagrodzenia partnera prywatnego[75].

Postępowanie o udzielenie koncesji składa się dwóch części: pierwszej o niskim stopniu formalizmu zmierzającego do negocjacji i wypracowania ostatecznych warunków koncesji i drugiej której efektem będzie wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy o koncesji. Rozdział 2 KoncRobBudU reguluje postępowanie w sposób wyłączny z pomocniczym zastosowaniem przepisów KC i tego potwierdzeniem jest treść artykułu 5, zgodnie z którym *„do czynności podejmowanych przez koncesjodawcę i zainteresowane podmioty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Takie zestawienie artykułów 6 i 5 „chroni" autonomię KoncRobBudU przed pomocniczym zastosowaniem przepisów PrZamPubl.

Warto zwrócić uwagę na chronologię postępowania odzwierciedloną w zmianie określenia podmiotów ubiegających się o koncesję, terminologia ta znalazła swoje definicje w art. 2 natomiast rozdział 2 przyporządkowuje tę terminologię do poszczególnych etapów postępowania:

Art.	Strony	Etap postępowania
7–9	Koncesjodawca	Przygotowanie postępowania
10–12	Koncesjodawca	Przygotowanie i publikacja ogłoszenia o koncesji

[73] Warunkiem uzyskania statusu zainteresowanego podmiotu jest wyposażenie w zdolność prawną oraz zdolność do czynności prawnych w rozumieniu prawa cywilnego. Zainteresowany podmiot nie musi być przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jednak z istoty koncesji wynika prowadzenie działalności gospodarczej w ramach koncesji i uzyskiwanie wynagrodzenia stąd stroną umowy koncesji co do zasady będzie przedsiębiorca. L. Lipiec – Warzechy komentarz do ustawy o koncesji na roboty budowlane.

[74] Pojęcie przedsiębiorcy rozciąga się na publiczne jednostki organizacyjne pomimo braku wpisu do rejestru przedsiębiorców C. Kosikowski Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej Warszawa 2009 str. 41, zatem pojęcie przedsiębiorcy w tym kontekście jest uzasadnione.

[75] W. Gonet Komentarz do ustawy o PPP Lexis Nexis Warszawa 2009 str. 45.

13–14	Koncesjodawca i zainteresowane podmioty	Złożenie wniosków o zawarcie umowy oraz prowadzenie negocjacji
15– 16	Koncesjodawca i kandydaci	Przesłanie kandydatom opisu warunków koncesji oraz złożenie ofert
16	Oferenci	Złożenie dodatkowych wyjaśnień
17–18	Koncesjodawca i najlepszy oferent	Wybór oferty i przedłożenie dokumentów wymaganych w OWK
21	Koncesjodawca i Koncesjonariusz	Zawarcie umowy koncesji

Ustawodawca konsekwentnie wprowadził zmiany nazewnictwa ubiegającego się o koncesję, który od zainteresowanego podmiotu, poprzez kandydata, oferenta, staje się koncesjonariuszem. Terminologia stosowana w procedurze koncesyjnej, w tym również nazewnictwo stron postępowania, znajdzie również zastosowanie do wyboru partnera prywatnego w trybie KoncRobBudU. Formalne nazewnictwo na etapie procedury nie będzie jednak miało żadnego wpływu na definicję stron umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, jak i na samą umowę o PPP.

Harmonogram postępowania koncesyjnego:

	Czas	Czynność
1	Termin dowolnie wybrany przez koncesjodawcę.	Publikacja (przesłanie) ogłoszenia o koncesji
1*	**Po ogłoszeniu o koncesji**	**Publikacja informacji o planowym partnerstwie (w przypadku PPP w trybie koncesji) w Biuletynie Informacji Publicznej**
2	21 lub 45 dni Wyjątek – możliwość skrócenia do 14 dni, gdy zachodzi konieczność pilnego zawarcia umowy koncesji na usługi	Termin złożenia wniosków o zawarcie Umowy koncesji
3	Brak regulacji – termin wskazany przez koncesjodawcę	Badanie wniosków o zawarcie umowy koncesji oraz rozesłanie zaproszeń do negocjacji
4	Brak regulacji – termin wskazany przez koncesjodawcę	Negocjacje
5	Brak regulacji – termin wskazany przez koncesjodawcę	Termin zamknięcia negocjacji i rozesłanie informacji do kandydatów o zakończeniu negocjacji
6	Brak regulacji – termin wskazany przez koncesjodawcę	Przygotowanie opisu warunków koncesji
7	Brak regulacji – termin wskazany przez koncesjodawcę	Termin przekazania opisu warunków koncesji oraz rozesłania zaproszeń do składania ofert

8	Czas konieczny na przygotowanie ofert	Termin zgłoszenia ofert
9	Brak regulacji – termin wskazany przez koncesjodawcę	Termin rozstrzygnięcia i zawiadomienie oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty
10	Termin wskazany przez koncesjodawcę	Termin złożenia wymaganych dokumentów przez Oferenta, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą
11	10/15 dni od przekazania informacji o wyborze oferty Wyjątek – gdy wpłynęła tylko jedna oferta lub wartość przedmiotu koncesji jest mniejsza od kwoty określonej w przepisach wydanych na podst. Art. 11 ust. 8 PrZamPubl.	Termin zawarcia umowy koncesji

4.4.3.2. Zasady przygotowania i prowadzenia postępowania

Art. 6 KoncRobBudU potwierdza obowiązujące już w prawie zamówień publicznych zasady prowadzenia postępowania:

- równości,
- niedyskryminowania uczestników,
- przejrzystości postępowania oraz
- uczciwej konkurencji.

Reguły te dotyczą postępowania oraz jego przygotowania, zatem już informacje o zamiarze rozpoczęcia postępowania powinny być przekazywane w sposób zapewniający równy, dostęp podmiotów zainteresowanych. Jest to istotne w przypadku przedsiębiorców o złożonej strukturze korporacyjnej dla podjęcia decyzji o udziale w postępowaniu a w szczególności zasadach jego finansowania. Same zasady prowadzenia postępowania są znane i ukształtowane w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego stąd ich analiza, sprowadzać się będzie w dalszej części do wskazania ich zastosowania w postępowaniu o udzielenie koncesji.

Zanim o zasadach prowadzenia i przygotowania postępowania warto ustalić, jakie czynności należą do: (1) przygotowania postępowania, kiedy (2) rozpoczyna się postępowanie o zawarcie umowy koncesji, a jakie czynności stanowią o jego (3) zakończeniu.

Początkiem „postępowania" jest publikacja ogłoszenia o koncesji zgodnie z art. 10 KoncRobBudU. Postępowanie kończy się z chwilą dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność sporządzenia protokołu już po wyborze najkorzystniejszej oferty służy natomiast utrwaleniu przebiegu postępowania. Samo zawarcie umowy koncesji wykracza poza ramy procedury eliminacyjnej. Zatem wcześniejsze czynności, jak i późniejsze, tj.: zawarcie umowy oraz jej wykonywanie, mogą być regulowane odpowiednio przepisami o prowadzeniu negocjacji z KC lub przepisami o należytym wykonaniu zobowiązań oraz odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji.

Zakładając aktywności koncesjodawcy przed wszczęciem postępowania w szczególności polegającej na „rozeznaniu się" w warunkach ekonomicznych i rynkowych przyszłego projektu, ustawodawca rozciągnął obowiązek zachowania reguł równego, niedyskryminacyjnego traktowania zainteresowanych podmiotów także na etap przygotowania postępowania. Naruszenie tych zasad przed rozpoczęciem postępowania nie znajduje sankcji na gruncie KoncRobBudU. Dlatego, dla czynności sprzed rozpoczęcia postępowania zastosowanie będą miały przepisy art. 72 KC o prowadzeniu negocjacji w złej wierze:

- strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy.
- jeżeli w toku negocjacji strona udostępniła informacje z zastrzeżeniem poufności, druga strona jest obowiązana do nieujawniania i nieprzekazywania ich innym osobom oraz do niewykorzystywania tych informacji dla własnych celów, chyba że strony uzgodniły inaczej.

Po zakończeniu postępowania, relacje pomiędzy koncesjodawcą i koncesjonariuszem (lub zwycięskim oferentem) regulować będą przepisy KC o zobowiązaniach umownych.

Zasady prowadzenia postępowania:

Istotą **równego traktowania** zainteresowanych podmiotów, a następnie oferentów na etapie przygotowania postępowania jest przede wszystkim zapewnienie równego dostępu do informacji o samym postępowaniu jak i przedmiocie koncesji oraz informowanie o zamiarach koncesjodawcy. Zasada ta na późniejszym etapie postępowania sprowadza się głównie do sposobu prowadzenia negocjacji oraz opracowania warunków koncesji uwzględniających wyniki negocjacji ze wszystkimi podmiotami w równym stopniu. W dalszej części rozwinięcie tej zasady.

Zasada **niedyskryminacji.** Na skromnych kartach niniejszego poradnika nie ma miejsca na przytaczanie bogatego orzecznictwa ETS ukształtowanego dla przepisów TFUE oraz odpowiednio orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Niewątpliwie znajduje ono zastosowanie na gruncie KoncRobBudU w zakresie zakazu dyskryminacji. Etapem postępowania, gdzie zasada niedyskryminacji znajduje szczególne zastosowanie, to przygotowanie opisu przedmiotu koncesji oraz specyfikacji zgodnie z art. 10 oraz warunków koncesji – art. 15 KoncRobBudU.

Przejrzystości postępowania – najdalej idącą formą tej zasady jest prowadzenie postępowania przez organ kolegialny koncesjodawcy lub np. zespół doradczy, negocjacyjny na podstawie jawnego regulaminu przy zastosowaniu publikatorów (np. witryna internetowa) w celu bieżącego informowania o etapach postępowania oraz podejmowanych decyzjach. Jeżeli sporządzenie oferty wymaga dostępu do informacji o koncesjodawcy lub z nim związanych, powinny być dostępne w równym czasie i zakresie dla wszystkich podmiotów zainteresowanych.

Co do **uczciwej konkurencji**, zastosowanie będą miały wnioski ukształtowane przez orzecznictwo ETS oraz polskiej KIO. Zasada ta rozciąga się na całe postępowanie i może zostać naruszona zarówno na etapie przygotowania postępowania jak i ostatecznego przygotowania warunków koncesji.

Reguły równości oraz braku dyskryminacji postępowania będą dodatkowo weryfikowane na trzech płaszczyznach postępowania:

1) dostępu do informacji

2) kryteriów udziału w postępowaniu

3) kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty

ad 1) dostęp do informacji

Należy rozróżnić dwie kwestie: (1) informacje o postępowaniu oraz o (2) przedmiocie koncesji.

W pierwszym przypadku koncesjodawca winien informować wszystkie zainteresowane podmioty o przebiegu postępowania w tym np. o zakończeniu negocjacji, zarówno tych kandydatów, którzy zostali zaproszeni do negocjacji, jak też tych, których wniosek nie został przyjęty. Takie zachowanie koncesjodawcy będzie zgodne z ogólnymi zasadami prowadzenia postępowania o zawarcie koncesji, zawartymi w art. 6 ustawy o koncesji.

Co do informacji o przedmiocie koncesji np. o warunkach procesu budowlanego lub istniejącym rynku usług, który stanowić będzie przedmiot koncesji, bez wątpienia koncesjodawca winien zadbać o równą dystrybucję tych informacji, co oczywiście nie wyklucza starań zainteresowanych podmiotów o zdobycie dodatkowych informacji.

ad 2) kryteria dopuszczenia do postępowania

Celem koncesjodawcy powinno być jak najefektywniejsze przeprowadzenie postępowania, zatem ogłoszenie o postępowaniu powinno być skierowane do z góry zdefiniowanej grupy podmiotów np. posiadających specjalistyczny sprzęt lub uprawnienia do prowadzenia określonego typu usług. Ogłoszenie o koncesji powinno więc możliwie zawężać krąg podmiotów uprawnionych do złożenia wniosków o zawarcie umowy koncesji, brak kryteriów prekwalifikacyjnych skazuje koncesjodwcę na konieczność prowadzenia negocjacji z liczną grupą podmiotów zainteresowanych np. przedsiębiorcami budowlanymi.

Z drugiej strony kryteria „prekwalifikacyjne" nie mogą zastępować celu samego postępowania, zatem muszą być na tyle otwarte aby faktyczny wybór miał miejsce po negocjacjach na podstawie ofert złożonych po przygotowaniu warunków koncesji.

ad 3) kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty

Zasadnicze znaczenie dla oceny wskazanych kryteriów ma wykładania autentyczna przepisów KoncRobBudU, wynikająca z uzasadnienia do projektu ustawy, który stanowi, iż: *„nie jest celem ustawy kształtowanie za koncesjodawcę kryteriów oceny ofert. Stąd też do koncesjodawcy należy wybór, ile kryteriów ma być ustanowione, jakie mają to być kryteria oraz jakie znaczenie nadać poszczególnym kryteriom"* (s. 16 uzasadnienia).

Mocą art. 17 ust. 4 KoncRobBudU kryteria oceny ofert w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane mogą dotyczyć również właściwości zainteresowanego podmiotu. Dla przykładu, doświadczenie poparte referencjami, stanowić może jedno z kryteriów uzupełniające o charakterze pomocniczym, a nie esencjalnym, któremu w toku dokonywania oceny ofert zostanie przyznana stosunkowo niższa pula punktów procentowych, mających wpływ na finalną ocenę wszystkich złożonych ofert. Kryterium doświadczenia powinno zostać przez kandydatów doprecyzowane na etapie prowadzenia negocjacji ze względu na to, że to właśnie kryterium doświadczenia implikuje know-how kandydata (oferenta).

4.4.3.3. Opis przedmiotu koncesji

Przy opisie przedmiotu koncesji pojawia się po raz pierwszy pytanie o przyszły charakter umowy koncesji. Jeżeli nazwa umowy wynika wyłącznie z zastosowanej procedury, i w tym sensie oznacza każdą umowę zawartą w trybie KoncRobBudU, to oceniając treść umowy z cywilistycznego punktu widzenia umowa ta może być kwalifikowana bądź jako umowa o roboty budowlane lub świadczenie usług (możliwa jest też dalsza kwalifikacja jako np. odbiór odpadów). Zatem przystępując do opisu przedmiotu koncesji koncesjodawca ma dwie drogi:

- swobody opisu koncesji wynikającej z autonomii (na tym etapie postępowania) KoncRobBudU względem KC i innych przepisów szczególnych, takie rozwiązanie zakłada możliwość późniejszej modyfikacji opisu przedmiotu koncesji tak aby odpowiadał cywilistycznej formule umowy np. o roboty budowlane,
- determinowania opisu przedmiotu koncesji treścią przyszłej umowy.

Pamiętać należy, że w postępowaniu o zawarcie koncesji ostateczne ustalenie warunków koncesji następuje po przeprowadzeniu negocjacji, zatem nie ma ustawowego zakazu modyfikacji pierwotnie ustalonego przedmiotu koncesji w późniejszym etapie. Zaletą pierwszego rozwiązania

jest otwartość opisu umożliwiająca jego dalsze uszczegółowienie np. w wyniku negocjacji, możliwość taką przewiduje wprost art. 8 KoncRobBudU. Drugie rozwiązanie może zostać z powodzeniem zastosowane w prostych projektach lub w sytuacji gdy koncesjodawca dokładnie wie czego oczekuje od oferentów. Najdalej idącym rozwiązaniem jednocześnie usztywniającym stanowisko koncesjodawcy jest załączenie do opisu przedmiotu koncesji projektu umowy koncesji[76].

Opis przedmiotu koncesji obejmować będzie: 1) odniesienie do specyfikacji technicznej, 2) charakterystykę lub wymagania w zakresie funkcjonalności, pod warunkiem, że opis taki umożliwia zainteresowanym podmiotom ustalenie przedmiotu koncesji albo 3) częściowe odniesienie się do specyfikacji technicznej, oraz częściowe odniesienie się do charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności.

Opis przedmiotu koncesji powinien zostać przeprowadzony w oparciu o możliwe dostępne specyfikacje oraz warunki techniczne dostępne koncesjodawcy w chwili rozpoczęcia postępowania, w szczególności powinien zawierać odniesienia do:

— norm europejskich

— europejskich aprobat technicznych

— wspólnych specyfikacji technicznych

— norm międzynarodowych

— innych systemów referencji technicznych

— norm krajowych

— krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych odnoszących się do projektowania, obliczania, realizacji robót, a także wykorzystania produktów

oraz powinien zawierać przyjętą **procedurę oceny zgodności oferty** z wymaganiami koncesjodawcy, a ponadto:

1) w przypadku robót budowlanych – powinien dotyczyć całości zaleceń technicznych określających wymagane cechy materiału lub dostawy, w szczególności poziomu oddziaływania na środowisko, dostosowania do potrzeb wszystkich użytkowników, funkcjonalności, bezpieczeństwa, wymiarów, procedury dotyczącej zapewnienia jakości, metod produkcji, a także zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania, warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych, metod i technik budowy oraz innych warunków technicznych, które koncesjodawca może określić zgodnie z odrębnymi przepisami;
2) w przypadku usług – powinien dotyczyć wymaganych cech usługi, w szczególności poziomu jakości, poziomu oddziaływania na środowisko, dostosowania do potrzeb wszystkich użytkowników.

W przypadku przygotowania ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane koncesjodawca określi specyfikację według najdalej idących przepisów wynikających z przepisów prawa budowlanego lub przepisów szczególnych np.:

1) warunki techniczne użytkowania budynków mieszkalnych (Dz. U. z 1999 r. Nr 74, poz. 836),
2) warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r. Nr 15, poz. 140 – j.t.),
3) warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 r. Nr 63, poz. 735),
4) warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać telekomunikacyjne obiekty budowlane i ich usytuowanie (Dz. U. z 2005 r. Nr 219, poz. 1864),

[76] Taka sytuacja miała miejsce w ogłoszeniu postępowania koncesyjnego na usługi zaopatrzenia w wodę i odbiór ścieków w Będzinie 2009 r.

5) warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690),

6) przepisy techniczno-budowlane dotyczące autostrad płatnych (Dz. U. z 2002 r. Nr 12, poz. 116).

Oczywiście, nie wystarczy samo odesłanie do odpowiedniej regulacji, ale doprecyzowanie przedmiotu koncesji według odpowiedniego rozporządzenia „branżowego" jest łatwiejsze i wyklucza ryzyko pominięcia części wymagań oczekiwanych od zainteresowanych podmiotów.

W literaturze podkreśla się także, że w przypadku opisu przedmiotu koncesji na roboty budowlane zastosowanie znaleźć może rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2.9.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm.)[77].

Bardziej skomplikowane jest określenie przedmiotu koncesji oraz oczekiwań koncesjodawcy w przypadku koncesji na usługi, a także etapu eksploatacyjnego koncesji budowlanej. Nie wystarczy bowiem wskazanie ustawowego określenia sposobu ich realizacji np. poprzez odesłanie do ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę lub zbiorowym odprowadzaniu ścieków oraz przepisów wykonawczych, lub przepisów ustawy o utrzymaniu porządku w gminach. Niezależnie od przedmiotu przewidzianych prac budowlanych lub samego wskazania danego typu usług, koniecznym będzie określenie oczekiwanego sposobu wykonywania oraz jakości oferowanych usług od podmiotów zainteresowanych. Gdy przedmiotem koncesji będzie miała być np. usługa polegająca na prowadzeniu gospodarki odpadami, opis ten powinien być szerszy, niż tylko specyfikacja techniczna planowanych robót budowlanych, i zawierać niezależnie od elementów prawnych czy technologicznych, także elementy organizacyjne i logistyczne. W tym zakresie koncesjodawca często opisywał będzie przedmiot koncesji poprzez charakterystykę lub wymagania w zakresie funkcjonalności częściowe odniesienie się do specyfikacji technicznej, oraz częściowe odniesienie się do charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności.

Opis przedmiotu koncesji powinien zostać dokonany w sposób obiektywny, nieuprzywilejowujący określonych wykonawców, a przez to dyskryminujący innych Opis przedmiotu koncesji nie może zawierać znaków towarowych, patentów, oznaczenia typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania zainteresowanego podmiotu z postępowania. Opis taki jest dopuszczalny w uzasadnionych przypadkach, gdy koncesjodawca nie może opisać przedmiotu koncesji zgodnie z art. 7 ust. 3 KoncRobBudU, a opisowi takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".

Zmiana opisu przedmiotu koncesji

Artykuł 8 KoncRobBudU potwierdza elastyczność postępowania, daje uprawnienie obu stronom do wzajemnego oddziaływania na siebie w celu wypracowania optymalnej konstrukcji umowy. Wprawdzie koncesjodawca organizując i wszczynając postępowanie powinien sprecyzować czego oczekuje od przyszłych koncesjonariuszy, to jednak w trakcie postępowania może zostać przekonany albo może pozyskać informacje, które pozwolą na modyfikację pierwotnego zamiaru. Istotą postępowania jest osiągnięcie celu, natomiast narzędzia jakie temu służą, a takim niewątpliwie jest opis przedmiotu koncesji, mogą być ostatecznie ukształtowane w trakcie postępowania.

Ważnym uprawnieniem koncesjonariusza jest możliwość wskazania w ofercie innego, równoważnego do określonego w specyfikacji technicznej rozwiązania w zakresie wykonania

[77] por. A. Panasiuk, *op. cit*., s. 101.

przedmiotu koncesji. W takiej sytuacji koncesjodawca nie może uznać oferty za nieodpowiadającą wymaganiom. Analogiczna sytuacja dotyczyć może postępowania, gdzie opis przedmiotu koncesji został dokonany za pomocą charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności. W takim przypadku koncesjodawca nie może uznać oferty za nieodpowiadającą wymaganiom, jeżeli oferent uzasadni w ofercie, że oferowane przez niego roboty budowlane lub usługi są zgodne z normami przenoszącymi normy europejskie, europejskimi aprobatami technicznymi, wspólnymi specyfikacjami technicznymi, normami międzynarodowymi lub innymi systemami referencji technicznych ustanowionymi przez europejskie organy normalizacyjne oraz gdy odpowiadają one charakterystyce lub wymaganiom w zakresie funkcjonalności określonym przez koncesjodawcę (art. 8 ust. 1 i 2 KoncRobBudU).

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji dzieli się na dwie części. W pierwszej, o charakterze elastycznym, koncesjodawca wskazuje czym jest zainteresowany, opisuje to, odnosząc się do specyfikacji technicznej, technologicznej lub użytkowej, w drugiej zaś ukształtowanej już w wyniku prowadzonych negocjacji, wskazuje precyzyjnie przedmiot koncesji, oczekując na oferty, które odpowiadać będą precyzyjnie jego zamiarom. Artykuł 8 wskazuje wprost, kiedy może dojść do odstąpienia od specyfikacji technicznej i jest to etap składania ofert. Wydawać się jednak może, że ze względu na fakt możliwości prowadzenia negocjacji w tej materii, odstąpienie od specyfikacji może być przeprowadzone już wcześniej, to jest w trakcie negocjacji.

4.4.3.4. Szacunkowa wartość koncesji

Zgodnie z art. 9 KoncRobBudU pkt. 1 i 2 podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji: – na roboty budowlane jest, ustalona przez koncesjodawcę z należytą starannością, kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględnia szacunkowy koszt robót budowlanych oraz szacunkową całkowitą wartość dostaw niezbędnych do ich wykonania oddanych przez koncesjodawcę do dyspozycji koncesjonariusza, bez względu na planowany sposób zapłaty wynagrodzenia koncesjonariusza; – na usługi jest, ustalona przez koncesjodawcę z należytą starannością, kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględnia szacunkowy koszt świadczonych usług, bez względu na planowany sposób zapłaty wynagrodzenia koncesjonariusza.

Jak wynika z powyższego, KoncRobBudU dla określenia szacunkowej wartości koncesji, tj. przytaczając za Słownikiem Języka Polskiego PWN, wartości przybliżonej, wymaga jedynie, by kwota ta została ustalona z należytą starannością. Natomiast poza wskazaniem w niej szacunkowego kosztu świadczonych usług. KoncRobBudU nie daje żadnych wskazówek, ani tym bardziej reguł o charakterze imperatywnym, które nakładałyby na koncesjodawcę obowiązek stosowania dla obliczenia szacunkowej wartości koncesji jakiegoś ustawowego algorytmu.

Ustawowe pojęcie szacunkowego kosztu świadczonych usług stanowi klauzulę otwartą, która przy uwzględnieniu reguł wykładni gramatycznej, z góry zakłada, że koszt ten nie będzie faktycznie odpowiadał sumie kosztów poniesionych przy wykonywaniu konkretnej umowy. Co więcej, dokonana na etapie ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji estymacja wysokości takich kosztów w perspektywie 15 lat lub 30 lat, przy uwzględnianiu czynników natury ekonomicznej, może odbiegać od dokonanej prognozy nawet o kilkaset procent.

Warto przytoczyć uzasadnienie projektu KoncRobBudU, który stanowi, iż: „w projektowanej regulacji nie przewiduje się szczegółowych przepisów odnośnie ustalania wartości koncesji. Należy zresztą zauważyć, iż **ustalenie wartości szacunkowej ma wyłącznie na celu umiejscowienie danego postępowania powyżej lub poniżej progu wynikającego z Dyrektywy 2004/18, a procedury stosowane powyżej lub poniżej tych progów są w pełni transparentne**. Inne znaczenie ma szacowanie wartości w PrZamPubl, gdzie jest to opisane bardziej precyzyjnie dla robót budowlanych, z tym że wartość szacunkowa zamówienia odnosi się tam pośrednio do innych czynności przy udzielaniu zamówień publicznych np. do wyboru trybu niekonkurencyjnego zamkniętego. **Szacunkowa wartość nie wpływa na meritum prowadzo-**

nego postępowania o zawarcie umowy o koncesji, a jedynie służy do ustalania obowiązku przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane" (s. 12 uzasadnienia)[78]. Dla przykładu szacunkowa wartość koncesji na usługi powinna uwzględniać:

- okres wykonywania usług w latach lub miesiącach;
- ilość sprzedaży w okresie rozliczeniowym np. miesięcznym;
- ceny jednostkowej usługi;
- zakładanej stopy zysku – marży;
- kosztów działalności operacyjnej w okresie rozliczeniowym.

4.4.3.5. Ogłoszenie o koncesji

Koncesjodawca wszczyna postępowanie przez publikację ogłoszenia o koncesji. Ustawa zobowiązuje koncesjodawcę do **przesyłania ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną**, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej „http://simap.europa.eu". Dla obowiązku przesłania ogłoszenia publikatorowi unijnemu nie będzie miała znaczenia wartość koncesji budowlanej. Na powyższej stronie internetowej dostępny jest formularz ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane, który jest zgodny ze wzorem ogłoszenia określonym w załączniku nr X do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. (zmienionego rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 1150/2009 z dnia 10 listopada 2009 r.) ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych.

Ustawa w art. 10 ust. 2 w zw. z ust. 4 wymaga, by koncesjodawca, **bez względu na wartość przedmiotu koncesji, zamieścił ogłoszenie o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych**, udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie ze wzorem określonym przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 marca 2009 r. w sprawie wzoru ogłoszenia o koncesji na usługi zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U z 2009 r. Nr 39, poz. 311).

Niezwłocznie po zamieszczeniu ogłoszenia o koncesji na usługi lub po przesłaniu ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane, koncesjodawca jest zobowiązany umieścić ogłoszenie także w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej.

Już po zamieszczeniu ogłoszenia o koncesji na usługi w BZP lub przesłaniu publikatorowi unijnemu ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane w przypadku, gdy w trybie koncesyjnym dokonujemy wyboru partnera prywatnego, art. 5 PartPublPrywU wymaga dodatkowo zamieszczenia ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym w Biuletynie Informacji Publicznej. Mimo że PartPublPrywU nie podaje terminu na zamieszczenie informacji w BIP należy przyjąć, że czynności tej podmiot publiczny powinien dokonać niezwłocznie.

Przepisy KoncRobBudU nie odwołują się wprost do treści Wspólnego Słownika Zamówień, jednakże konieczność jego stosowania przy opisie koncesji wynika z Rozporządzenia Nr 1565/2005[79].

Treść ogłoszenia

Art. 11 KoncRobBudU determinuje minimalną treść ogłoszenia o koncesji – pierwszego i najistotniejszego dokumentu postępowania. Kolejne kroki oraz działania koncesjodawcy są

---

[78] Odwołanie się do uzasadnienia projektu KoncRobBudU ma esencjalne znaczenie dla celów interpretacji poszczególnych postanowień KoncRobBudU ze względu na możliwość uwzględnienia wykładni autentycznej (tj. celu ustawodawcy przy wprowadzaniu konkretnych regulacji).

w znacznej mierze zdeterminowane treścią ogłoszenia o koncesji. Nieuzasadnione jest powtarzanie (i komentowanie) postanowień o charakterze organizacyjnym takich jak nazwa koncesjodawcy, a jedynie próba przybliżenia spraw istotnych, to jest:

1) określenie przedmiotu koncesji;
2) opis potrzeb i wymagań koncesjodawcy lub informacja o sposobie uzyskania tego opisu;
3) termin wykonania przedmiotu koncesji;
4) warunki udziału oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
5) kryteria oceny ofert jakimi koncesjodawca będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ile to możliwe ich znaczenie;
6) warunki uznania oferty za nieopowiadającą wymaganiom koncesjodawcy, skutkujące niedopuszczeniem do oceny i porównania.

Pozostałe wymogi ogłoszenia mają charakter organizacyjny albo też zostaną w późniejszym czasie uszczegółowione przy okazji dalszych kroków w postępowaniu. Co do określenia wadium (wysokości oraz formy) wskazać można jedynie na odesłanie do przepisów KC. Opis przedmiotu koncesji omówiono powyżej. **Należy wszakże pamiętać, że opis przedmiotu koncesji w ogłoszeniu obejmować powinien nie tylko samo określeniu oczekiwanych robót budowlanych i usług, ale również cały opis późniejszej eksploatacji przedmiotu koncesji (czyli pożądany efekt końcowy koncesji)**. Poniżej pozostałe kwestie:

Wymagania i oczekiwania

Koncesjodawca obowiązany jest opisać swoje potrzeby i wymagania lub wskazać sposób uzyskania tego opisu. Przez drugą część zdania należy rozumieć odesłanie do ogólnie dostępnego źródła publikacji opisu tych potrzeb i wymagań np. poprzez wskazanie strony internetowej. Określenie potrzeb i wymagań koncesjodawcy względem przyszłego obiektu budowlanego lub usług objętych koncesją, dotyczy przygotowania oferty, jednak ma także skutek na przyszłość – po zawarciu umowy determinuje przyszłą współpracę pomiędzy koncesjodawcą a koncesjonariuszem i stanowić będzie kryteria oceny wykonywania koncesji w okresie obowiązywania umowy. Niedopuszczalne jest takie ukształtowanie treści przyszłej umowy, aby ta nie uwzględniała pierwotnych oczekiwań i wymagań. Jeżeli opis potrzeb i wymagań nie zostanie inkorporowany wprost do umowy należy domniemywać, że wolą stron było takie wykonywanie koncesji aby odpowiadało oczekiwaniom i wymaganiom zawartym w ogłoszeniu.

Podejmując decyzje o przekazaniu usługi lub zlecając wykonanie obiektu budowlanego w drodze koncesji, koncesjodawca zainteresowany jest uzyskaniem wyższego standardu niż wynikający z regulacji powszechnie obowiązujących lub standardu usług wyższego niż istniejący. Przesłanką rozpoczęcia postępowania jest niezadowolenie lub braki infrastrukturalne po stronie koncesjodawcy, wymagające podjęcia działań innych niż realizacja projektu we własnym zakresie, co implikuje konieczność współpracy z przyszłym koncesjonariuszem.

Zamiarem koncesjodawcy powinno być oczekiwanie standardu świadczenia usług lub realizacji obiektu na poziomie wyższym niż przeciętny lub dotychczasowy a przynajmniej podjęcie próby wymuszenia takiej oferty od podmiotów zainteresowanych. Dla przykładu w przypadku

---

[79] **Wspólny Słownik Zamówień, CPV** (ang. *Common Procurement Vocabulary*) – to jednolity system klasyfikacji zamówień publicznych. Ma on na celu standaryzację pozycji stosowanych przez instytucje i podmioty zamawiające przy opisywaniu przedmiotów zamówień publicznych. Słownik ma na celu jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia. Klasyfikacja kodów CPV została wprowadzona do stosowania w zamówieniach publicznych realizowanych w krajach Unii Europejskiej na podstawie rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), a została zastąpiona nową od września 2008 r. na mocy rozporządzenia Komisji WE nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r.

koncesji na zarządzanie infrastrukturą wodociągową może to być: zdefiniowany czas reakcji ekipy remontowej na usunięcie awarii wodociągu, poprawa ciśnienia dostarczanej wody, wyższe standardy oczyszczania ścieków, w ten sposób koncesjodawca kieruje ofertę do podmiotów oferujących wyższe usługi, niż przeciętnie dostępne na rynku.

Mimo, że ogłoszenie o koncesji jest pierwszym krokiem postępowania, to jego treść może przesądzać, czy usługi bądź roboty budowlane mają być wykonane na poziomie przeciętnym, wyższym lub najwyższym. W ten sposób koncesjodawca definiuje krąg adresatów ogłoszenia. Opis ten uzależniony jest od celu realizacji umowy koncesyjnej. Zatem, jeżeli w ramach przedmiotu koncesji ma być wybudowany ośrodek pomocy społecznej o wysokim standardzie, okoliczność ta winna być już wskazana w opisie potrzeb i wymagań koncesjodawcy.

Termin wykonania przedmiotu koncesji

W tym przypadku zyskuje na znaczeniu różnica pomiędzy koncesją na usługi, a koncesją na roboty budowlane w pierwszym przypadku mówimy o okresie, na który zostanie udzielona koncesja wykonywania usług czyli czas „zlecenia" wykonywania usług, w drugim przypadku koncesjodawca powinien określić dwa terminy (1) wykonania obiektu budowlanego oraz (2) okres wyznaczony dla jego eksploatacji, a zatem okres pobierania pożytków z wybudowanego obiektu.

W obu przypadkach kalkulacja czasu na etapie ogłoszenia powinna mieć charakter otwarty, czas wykonywania koncesji stanowi istotny czynnik przygotowania oferty. Dla przykładu cena jednostkowa usługi może być niższa, o ile czas koncesji będzie dłuższy podobnie z obiektem budowlanym przedsiębiorca będzie zainteresowany dłuższą eksploatacją wybudowanego obiektu.

Warunki udziału i sposób oceny spełnienia warunków

Celem postępowania koncesyjnego jest wyłonienie przedsiębiorcy reprezentującego odpowiednio wysoki poziom realizacji prac budowlanych bądź wykonywania powierzonych usług. Ponieważ cena usługi zostanie zweryfikowana bądź przez rynek usług, bądź przez postępowanie regulacyjne, stąd nie powinna na etapie ogłoszenia wpływać na krąg adresatów ogłoszenia. W warunkach udziału można wskazać takie czynniki, które zawężają krąg adresatów oferty do podmiotów posiadających doświadczenie, referencje, potencjał techniczny, naukowy, ludzki, który jest niezbędny zdaniem koncesjodawcy do realizacji zamierzonego celu. Oczywiście „standing" finansowy jest istotny, ale nie powinien być dominujący przy wyborze koncesjonariusza. Ponadto, warunki te powinny być obiektywne i nie mogą ograniczać uczciwej konkurencji. Warunki powinny także odpowiadać charakterystyce, zakresowi, czy stopniowi złożoności przedmiotu koncesji. Warunki te powinny być ujawnione potencjalnym zainteresowanym podmiotom w sposób precyzyjny i nie mogą być zmieniane na kolejnych etapach postępowania. Za niedopuszczalne należy uznać formułowanie warunków nadmiernych lub faworyzujących niektóre podmioty (lub dyskryminujących inne). Niedopuszczalne jest również uprzywilejowane traktowanie podmiotów krajowych lub regionalnych kosztem przedsiębiorców zagranicznych.

Warunki muszą być skonstruowane w taki sposób, że zapewnią, że wybrany oferent będzie zdolny do realizacji koncesji. Do katalogu warunków, które mogą być zastosowane przez koncesjodawcę zaliczyć można: obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania czynności objętych przedmiotem koncesji, odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania koncesji[80].

Oprócz określenia katalogu warunków koncesjodawca musi wskazać w ogłoszeniu opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 11 pkt. 6 KoncRobBudU). Co do zasady, ocena spełnienia warunków dokonywana będzie na podstawie złożonych przez kandydata dokumentów. Wobec czego właściwe określenie rodzaju doku-

mentów oraz formy, w jakiej powinien je przedstawić zainteresowany kandydat jest niezmiernie istotne ze względu na poprawność całego postępowania. Choć katalog wymaganych dokumentów od potencjalnych kandydatów nie został w KoncRobBudU wprost określony, bez wątpienia koncesjodawca będzie mógł żądać dokumentów potwierdzających sytuację ekonomiczną i finansową kandydatów oraz dokumentów weryfikujących ich środki, zasoby oraz uprawnienia niezbędne do wykonywania koncesji[81].

W tym miejscu należy szerzej przedstawić propozycję prof. Andrzeja Panasiuka, który uważa, że w zakresie oczekiwanych dokumentów koncesjodawca może posiłkować się Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm.). Zdaniem autora, w celu potwierdzenia, że kandydat posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności koncesjodawca może np. zażądać następujących dokumentów:

- koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem koncesji;
- aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, z jednoczesnym wyznaczeniem terminu ważności takiego odpisu;
- aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że kandydat nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, z określeniem terminu ważności takiego zaświadczenia;
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie prawomocnego skazania za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwami przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwami przekupstwa, przestępstwami przeciwko obrotowi gospodarczemu lub innych przestępstw popełnionych w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, z jednoczesnym wyznaczeniem terminu ważności takiej informacji.

W celu potwierdzenia warunku posiadania przez kandydata niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu koncesji, koncesjodawca może np. zażądać następujących dokumentów:

- wykazu wykonanych robót budowlanych w określonym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot koncesji, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie;
- wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonanych, dostaw lub usług w ustalonym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot koncesji, z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie;

---

[80] A. Panasiuk, *op. cit.*, s. 131.
[81] *tamże*, s. 131–132.

- wykazu niezbędnych do wykonania koncesji narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował kandydat;
- informacji na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników lub liczebności personelu kierowniczego, w ustalonym okresie;
- wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysonował kandydat i które będą uczestniczyć w wykonywaniu koncesji, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania koncesji;
- stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu koncesji, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

W celu potwierdzenia warunku znajdowania się przez kandydata w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie koncesji, koncesjodawca może zażądać np. następujących dokumentów:

- sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, za okres wyznaczony przez koncesjodawcę;
- informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których kandydat posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub jego zdolność kredytową;
- polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że kandydat jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności[82].

W tym miejscu kolejny raz warto przypomnieć, że wymaganych ogłoszeniem dokumentów koncesjodawca żądać będzie dopiero od oferenta, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Kryteria oceny ofert

Praktyka zamówień publicznych najczęściej sprowadzała się do wyłonienia kontrahenta, oferującego najniższą cenę. Wiązało się to z faktem, dysponowania przez zamawiającego środkami publicznymi. W koncesji co do zasady wynagrodzeniem koncesjonariusza jest czerpanie pożytków z rynku, na który to koncesja została udzielona. Zatem, nie dochodzi do rozporządzenia środkami publicznymi, a co za tym idzie, kryterium ceny nie powinno być decydującym przy wyborze koncesjonariusza. Przykładowo podaję poniżej kryteria mogące mieć zastosowanie do oceny ofert o udzielenie koncesji:

1) doświadczenie zainteresowanych podmiotów;
2) jakość świadczonych usług, jakość wykonanych prac;
3) standard wykonywanych prac;
4) czas realizacji przedmiotu koncesji;
5) cena usług, które koncesjodawca będzie świadczył na podstawie koncesji (oczywiście w tym przypadku najkorzystniejsza jest najniższa cena.;
6) możliwość dodatkowej usługi związanej z głównym przedmiotem koncesji (na przykład obok świadczonych usług, koncesjonariusz zobowiązuje się poczynić nakłady na infrastrukturę komunalną, z której korzysta w ramach wykonywania koncesji.

Te wszystkie kryteria winny być wskazane w ogłoszeniu o koncesji bądź wprost, bądź też z przypisaniem im ich znaczenia, na przykład z podziałem na kryteria istotne lub mniej istotne, bądź już w najdalej idącej wersji, z przyporządkowaniem wag do poszczególnych kryteriów.

---

[82] *tamże*, s. 132–134.

W tym miejscu należy wyjaśnić relację kryteriów oceny ofert, określonych w art. 6 ust. 2 i 3 PartPublPrywU do kryteriów oceny ofert na gruncie ustawy o koncesjach (chodzi o przypadek wyboru partnera prywatnego w trybie przepisów KoncRobBudU). Wydaje się zasadne, że przepisy PartPublPrywU będą w tym przypadku stosowane, jako *lex specialis* wobec ustawy koncesyjnej, a kryteria określone w art. 6 ust. 2 i 3 PartPublPrywU, jak również definicja najkorzystniejszej oferty (art. 6 ust. 1 PartPublPrywU) będą modyfikować kryteria wynikające z KoncRobBudU.

Niewłaściwe przygotowane ogłoszenie zawęża możliwość zmiany zamiarów, koncesjodawcy w późniejszym okresie, stąd też zbyt kategoryczne formułowanie warunków bądź kryteriów, jakimi posługują się koncesjodawcy może przekreślić możliwość prawidłowego ukształtowania przyszłej umowy. Najdalej idącym negatywnym przykładem zawężenia możliwości negocjacyjnych wydaje się być dołączenie wzoru umowy, czyli potraktowanie ogłoszenia o koncesji, jako specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takim bowiem przypadku późniejsze negocjacje muszą przebiegać w ramach umowy, która została załączona do ogłoszenia.

Publikacja ogłoszenia

Ustawa zakreśla trzy terminy dla składania wniosków o zawarcie umowy koncesji, ich długość uzależniona jest od wartości przedmiotu koncesji w stosunku do kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 3 PrZamPubl (aktualny komentarz do art. 9). Terminy liczone są od dnia zamieszczenia ogłoszenia o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przesłania ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej:

- **45 dni** od dnia przesłania ogłoszenia, jeżeli wartość przedmiotu koncesji jest równa lub przekracza równowartość kwoty określonej w rozporządzeniu;
- **21 dni** – od dnia zamieszczenia ogłoszenia, jeżeli wartość przedmiotu koncesji jest mniejsza od kwoty określonej w rozporządzeniu;
- **14 dni** – od dnia zamieszczenia ogłoszenia, jeżeli wartość przedmiotu koncesji jest mniejsza od kwoty określonej w rozporządzeniu i zachodzi konieczność pilnego zawarcia umowy koncesji.

KoncRobBudU w art. 10 zobowiązuje koncesjodawcę do przesyłania ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, natomiast całkowicie pomija obowiązek umieszczenia w przedmiotowym publikatorze ogłoszenia o koncesji na usługi. Co więcej, w odróżnieniu od ogłoszeń w sprawie zamówień publicznych, Unia Europejska nie opublikowała nawet formy, procedur oraz wzoru ogłoszenia dotyczącego ogłoszenia o koncesji na usługi.

4.4.3.6. Wniosek o zawarcie umowy koncesji

Formalne zamanifestowanie zainteresowania zawarciem umowy koncesji polega na złożenie wniosku o zawarcie umowy. Składając wniosek zainteresowane podmioty potwierdzają, że są adresatami ogłoszenia w tym sensie, że spełniają kryteria wiedzy, doświadczenia, technologii oraz dysponują potencjałem ludzkim, pozwalającym na realizację przedmiotu koncesji, a także posiadają uprawnienia niezbędne do wykonywania przedmiotu koncesji. Potwierdzenie zainteresowania zawarciem umowy koncesji oraz spełnienia opisanych w ogłoszeniu wymagań na tym etapie postępowania ogranicza się do złożenia dwóch oświadczeń:

- oświadczenie o zgłoszeniu udziału w postępowaniu oraz;
- oświadczenie o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu o koncesji warunków udziału dotyczących:

  1) zdolności ekonomicznej i finansowej;

2) kwalifikacji technicznych lub zawodowych, w tym:
   a) posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
   b) dysponowania potencjałem technicznym,
   c) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu koncesji;
3) uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;
4) niekaralności zainteresowanego podmiotu albo wspólnika, partnera, komplementariusza, członka zarządu zainteresowanego podmiotu, za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji lub postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Wniosek powinien zawierać również inne oświadczenia związane z wykonywaniem przedmiotu koncesji w przypadku, gdy wymóg taki został przewidziany w ogłoszeniu o koncesji.

Ustawodawca nie wyposażył na tym etapie postępowania koncesjodawcy w żadne mechanizmy pozwalające na weryfikację złożonych oświadczeń. Nie można na tym etapie postępowania żądać dokumentów, które by potwierdzały fakt posiadania wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, a nawet uprawnień do wykonywania przedmiotu koncesji. Zatem dopuszczalne jest, że po ogłoszeniu o koncesji, do koncesjodawcy spłyną wnioski zawierające nieprawdę. Sankcją mającą zastosowanie są przepisy kodeksu karnego o składaniu nieprawdziwych oświadczeń. Ustawodawca w ramach ustawy o koncesji nie przewidział innych sankcji za złożenie wniosku, który odbiega od prawdy. Sprawa wydaje się być prosta w sytuacji, gdy na przykład koncesja dotyczy robót budowlanych o charakterze specjalistycznym i wymagania dotyczą posiadania specjalistycznych uprawnień do wykonywania na przykład prac na wysokościach. Jednak w przypadku przeciętnych prac budowlanych bądź też przeciętnego katalogu usług publicznych, uprawnienia mogą być potwierdzane „miękkimi" dokumentami. W tym momencie pojawi się polemika, czy dany podmiot spełnia, czy nie spełnia kryteria, na przykład kryteria wiedzy i doświadczenia, które nie są potwierdzane dokumentami urzędowymi. W tym przypadku istnieje spore ryzyko odrzucenia oferty, w której uprawnienia zostały nie dość dostatecznie potwierdzone lub też przyjęcia oferty złożonej bez posiadania odpowiednich uprawnień, wyłącznie zastępując je zapewnieniami, co do posiadania takich uprawnień. Ważnym jest, że w art. 13 KoncRobBudU ustawodawca nie dopuścił możliwości żądania od koncesjodawcy jakichkolwiek dokumentów, które mogłyby uwiarygodniać oświadczenia zainteresowanego podmiotu.

Poniżej praktyczne kwestie powstające przy składaniu wniosków o zawarcie umowy koncesji:

1) <u>Możliwość wykorzystania zdolności i referencji jednostki powiązanej</u>

Podmiot zainteresowany może wykorzystać zarówno referencje jaki i powoływać się na zdolności ekonomiczne, techniczne i zawodowe, jednostek powiązanych np. należących do grupy kapitałowej do której należy, pod warunkiem, że wykaże prawnie wiążącą możliwość wykorzystania środków, wiedzy i doświadczenia tych jednostek dla celów realizacji przedmiotu niniejszej koncesji. Taka konstrukcja ustawy stanowi odpowiedź na nowoczesną strukturę korporacyjną podmiotów zajmujących czołowe miejsca w sektorze usług komunalnych Europy i świata. Przedsiębiorcy ci utworzyli wąsko wyspecjalizowane podmioty, wspierające się wzajemnie w realizacji zadań publicznych stąd np. spółka holdingowa posiada odpowiednie zdolności finansowe a spółki córki dysponują potencjałem ludzkim i technologicznym.

2) Wielość podmiotowa po stronie koncesjonariusza a zdolność finansowa

Koncesjodawca powinien dopuścić możliwość ubiegania się o koncesję przez kilka podmiotów wspólnie w ramach konsorcjum, możliwość taką powinna przewidywać treść ogłoszenia. W takiej sytuacji wszystkie warunki, mogą być spełnione przez jeden z podmiotów uczestniczących w konsorcjum lub przez oba bądź więcej podmiotów występujących wspólnie. Dla przykładu o koncesję ubiegać się mogą zainteresowane podmioty, które posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę określoną w ogłoszeniu. W przypadku podmiotów występujących wspólnie, powyższy warunek powinien być spełniony wspólnie, tj. wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa będzie zsumowana. Nie ma natomiast wymogu zachowania określonych proporcji stąd do udziału w postępowaniu można zaprosić konsorcjum, w którym jeden z partnerów to podmiot „branżowy" faktycznie przyszły koncesjonariusz wspierany przez instytucję finansową, dysponującą odpowiednimi środkami finansowymi wymaganymi w ogłoszeniu.

3) Sposób zabezpieczenia wniosku konsorcjum

O koncesję mogą ubiegać się zainteresowane, które przedstawią zabezpieczenie prawidłowego wykonania koncesji np. przez polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na wskazaną kwotę. W przypadku podmiotów występujących wspólnie, powyższy warunek powinien być spełniony wspólnie, tj. koncesjodawca uzna dwie polisy na łączą sumę gwarancyjną odpowiadającej sumie minimalnej. Podmioty ubiegający się o zamówienie zobowiążą się w formie oświadczenia do zawarcia ubezpieczenia we wskazanym powyżej zakresie lub przedstawi promesę bezwarunkowego zawarcia ubezpieczenia wystawioną przez towarzystwo ubezpieczeniowe.

4) Czas trwania koncesji

Koncesjodawca powinien przewidzieć, że z uwagi na poziom oczekiwanych nakładów inwestycyjnych do poniesienia przez koncesjonariusza, 15 letni okres trwania umowy koncesji na usługi lub 30 letni okres trwania umowy koncesji na roboty budowlane będzie minimalnym dla zwrotu inwestycji. W przypadku, gdyby w wyniku przeprowadzonych negocjacji okazało się, że przewidywany okres zwrotu nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji będzie dłuższy, przewidywana jest możliwość zawarcia umowy koncesji na okres przekraczający 15 lat (30 lat). Oferent powinien, składając ofertę, szczegółowo uzasadnić czas trwania koncesji przewyższający ustawowe limity.

5) Spółka Celowa

Umowa koncesji powinna być zawarta i wykonywana przez oferenta. Dopuszczalne może być powołanie przez oferenta spółki celowej pod warunkiem zagwarantowania przez oferenta spełnienia wszystkich kryteriów opisanych w ogłoszeniu o koncesji przez tę spółkę, w szczególności zagwarantowania spełnienia wymogów finansowych, to oznacza, że do zobowiązań koncesjonariusza (strony umowy) należeć będzie wykonywanie koncesji poprzez powołaną spółkę celową nie będącą stroną umowy lub o ile zostanie zarejestrowana przed podpisaniem umowy może być jedną ze stron po stronie koncesjonariusza. Nie oznacza to jednak automatycznego przejęcia przez nią zobowiązań oraz oświadczeń złożonych w trakcie postępowania.

6) Spełnienie wymagań ogłoszenia przez podmiot zagraniczny

W przypadku podmiotu zagranicznego należy przedłożyć odpowiednie zaświadczenia wydane przez właściwe organy działające w kraju tego podmiotu wraz z tłumaczeniem przysięgłym z języka obcego na język polski, zaopatrzone w apostille. Jeżeli nie jest możliwe przedsta-

wienie zaświadczenia nie starszego niż 3 miesiące, należy przedłożyć ostatnie wydane zaświadczenie wraz z oświadczeniem, że stan przedstawiony w zaświadczeniu nie uległ zmianie. Jeżeli ze względu na regulacje wewnętrzne państwa siedziby podmiotu zainteresowanego nie jest możliwe uzyskania zaświadczenia od właściwego organu, należy przedłożyć oświadczenie podmiotu zainteresowanego o spełnianiu kryteriów wskazanych w ogłoszeniu o koncesję.

7) Moment okazania dokumentów

Do złożenia dokumentów wymaganych od oferenta w ogłoszeniu może zostać wezwany wyłącznie ten podmiot, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, co oznacza, że nie jest wymagalne składanie ich razem z wnioskiem o zawarcie umowy koncesji. Wyłącza to kontrolę formalną ofert na tym etapie postępowania.

4.4.3.7. Zaproszenie do negocjacji

Art. 14 KoncRobBudU zawęża krąg adresatów zaproszenia do negocjacji do tych zainteresowanych podmiotów, które złożyły prawidłowe wnioski o zawarcie umowy. Zatem wnioski nieodpowiadające treści ogłoszenia, w szczególności niezawierające oświadczeń zainteresowanego podmiotu, lub zawierające oświadczenia w niepełnym zakresie, nie mogą skutkować zaproszeniem do negocjacji (art. 13 ust. 3 KoncRobBudU). Taka redakcja powinna skupić koncesjodawcę na negocjacjach z podmiotami realnie zainteresowanymi zawarciem umowy.

Przepis ten nie wprowadza minimalnego limitu czasowego pomiędzy zaproszeniem a terminem negocjacji, zatem należy oferent powinien liczyć z tym, że omal niezwłocznie po badaniu formalnym wniosku o zawarcie koncesji, zostanie zaproszony do negocjacji i powinien być przygotowany do ich prowadzenia.

Podmiot składający wniosek o zawarcie umowy koncesji, powinien w tym momencie być przygotowany zarówno pod względem merytorycznym, jak i formalnym do stawienia się w określonym miejscu i czasie celem prowadzenia negocjacji. Słowo „negocjacje" w tym przypadku nie jest najlepszym, strony nie posiadają pozycji równych. To kandydat prezentuje swoje doświadczenie wiedzę, przedstawia pomysł na przyszłą koncesję oraz składa wyjaśnienia niezbędne dla koncesjodawcy. Sposób prowadzenia negocjacji zależy od koncesjodawcy i determinuje skuteczność tego etapu postępowania. Ważnym jest dla koncesjodawcy, aby zrozumieć pozycję kandydatków, ich potencjał oraz korzyści, jakie wiążą się z przyjęciem oferty poszczególnych podmiotów. Jeżeli przyjmiemy, że koncesjodawcami z reguły są podmioty prawa publicznego, w tym JST, negocjacje stanowią dobrą okazję do zapoznania się z najnowszymi rozwiązaniami technicznymi, technologicznymi oraz organizacyjnymi, które mogą mieć zastosowanie do realizacji przedmiotu koncesji.

Punktem wyjścia dla negocjacji jest **opis potrzeb i wymagań zawarty w treści ogłoszenia o koncesji**. Poza wskazanymi przez ustawodawcę aspektami (technicznymi, finansowymi i prawnymi), negocjacje mogą dotyczyć również takich zagadnień, jak m.in.:

- sposób wykonania przedmiotu koncesji,
- okres koncesji,
- dopuszczalność podwykonawstwa,
- zakres finansowania koncesji przez koncesjonariusza,
- wysokość ewentualnych opłat pobieranych przez koncesjonariusza,
- jakość użytych materiałów i standard świadczonych usług,
- zasady korzystania z nieruchomości przekazanej przez koncesjodawcę, itp.

W przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie KoncRobBudU przedmiotem negocjacji powinny być wszystkie istotne zagadnienia, które związane są z obligatoryjnymi kry-

teriami oceny ofert (zob. art. 6 PartPublPrywU), takie jak: podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane.

Przez cały czas negocjacje powinny być protokołowane. Prowadzone negocjacje **mogą dotyczyć wszystkich aspektów koncesji**, w tym aspektów technicznych, finansowych i prawnych. Jednym z kluczowych aspektów negocjacji będzie sposób i wielkość wynagrodzenia koncesjonariusza. Zgodnie z KoncRobBudU, zarówno sposób wynagrodzenia koncesjonariusza, jak i określenie poziomu należnych dlań płatności (z dokładnym wskazaniem, za co dana płatność będzie uiszczana) stanowią *essentialia negotii* umowy koncesji i są kluczowym elementem współpracy stron. KoncRobBudU dopuszcza możliwość zawarcia w umowie zapisu dotyczącego poziomu opłat lub sposobu ustalania ich wysokości, pobieranych przez koncesjonariusza od osób trzecich z tytułu korzystania z przedmiotu koncesji. Jeżeli zamawiający chciałby zabezpieczyć się przed ewentualnym ryzykiem politycznym uwolnienia stawek opłat (lub ich wprowadzenia) za określone usługi publiczne, albo zabezpieczyć niższe ceny dla określonych grup odbiorców, powinien zadbać o to już w toku negocjacji.

Jeżeli w toku negocjacji oferenci domagaliby się wyższych płatności – równych lub przekraczających szacunkową wartość nakładów, zamawiający powinien odwołać postępowanie, o ile taką możliwość przewidział w ogłoszeniu rozważywszy przy tym możliwość udzielenia zwykłego zamówienia publicznego. W takim bowiem przypadku ustawowe i faktyczne uzasadnienie zawarcia umowy koncesji odpada. Należyta staranność w określeniu sposobu wynagrodzenia koncesjonariusza pozwoli zamawiającemu skorzystać w całości z reżimu ustawy o koncesjach w zakresie procedury wyboru wykonawcy. Brak staranności może spowodować negatywne implikacje prawne, włącznie z narażeniem się na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

O zakończeniu negocjacji należy powiadomić wszystkich kandydatów. W wyniku przeprowadzonych negocjacji koncesjodawca **może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań określonych w ogłoszeniu o koncesji**. W ten sposób podmiot publiczny ma możliwość dookreślenia ostatecznego kształtu umowy koncesji aż do ostatniej chwili.

Wyżej wymienione wskazówki dotyczące odpowiedniego określenia i zapisania w umowie właściwego poziomu wynagrodzenia wykonawcy, w odpowiednim zakresie znajdą również zastosowanie do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

4.4.3.8. Warunki koncesji – złożenie ofert

Art. 15 KoncRobBudU, to kolejne zawężenie podmiotowe postępowania do tych kandydatów, z którymi koncesjodawca prowadził negocjacje. Jeżeli zainteresowany podmiot nie stawił się na negocjacje, to nie spełnił warunku do przesłania mu opisu warunków koncesji, co wyklucza go z dalszego postępowania.

Opis warunków koncesji (OWK), to ostatni dokument przygotowany przez koncesjodawcę, kształtujący z jego strony treść przyszłej umowy z koncesjonariuszem. Opis przedmiotu w stosunku do pierwotnie zawartego w ogłoszeniu, może ulec modyfikacji w wyniku negocjacji. Koncesjodawca, po uzyskaniu informacji od zainteresowanych podmiotów w trakcie negocjacji może doprecyzować przedmiot koncesji, na przykład poprzez wskazanie norm jakościowych właściwych dla koncesji lub poprzez określenie sposobu realizacji przedmiotu koncesji.

Opis warunków w pierwszych punktach zawiera informacje o charakterze organizacyjno-technicznym i stanowią one powtórzenie treści wniosków składanych przez zainteresowane podmioty.

✓ OWK obejmuje się w szczególności:

1) nazwę (firmę) i adres koncesjodawcy;
2) opis przedmiotu koncesji;
3) wskazanie miejsca i terminu składania ofert;
4) termin związania ofertą;
5) termin wykonania przedmiotu koncesji, o ile jest to podyktowane specyfiką koncesji;
6) określenie opłat za korzystanie z przedmiotu koncesji przez koncesjonariusza lub podmioty trzecie lub sposób ich ustalania, o ile jest to podyktowane specyfiką koncesji;
7) warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
8) informację o dokumentach składanych przez zainteresowany podmiot, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału;
9) informację na temat wadium, o ile obowiązek jego wniesienia był przewidziany w ogłoszeniu o koncesji;
10) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
11) warunki uznania oferty za niespełniającą wymagań koncesjodawcy, skutkujące niedopuszczeniem oferty do oceny i porównania;
12) okoliczności uzasadniające odwołanie postępowania;
13) pouczenie o prawie do wniesienia skargi na czynności podejmowane przez koncesjodawcę w trakcie postępowania.

Opis warunków koncesji powinien być tak skonstruowany aby przygotowane na jego podstawie oferty, mogły być porównywalne, powinien być skonstruowany w sposób przejrzysty i jednoznaczny tak, aby informacje przesłane w ramach oferty nie budziły wątpliwości przy ich porównywaniu.

Najistotniejsze elementy opisu warunków koncesji:

1) Określenie opłat za korzystanie z przedmiotu koncesji

Na wstępie należy zaznaczyć, że chodzi o opłaty za eksploatację przedmiotu koncesji. Pojęcie „korzystania z przedmiotu koncesji" na gruncie tego przepisu należy uznać za pozostałość sprzed nowelizacji KoncRobBudU, zastępującej pojęcie „korzystania" pojęciem „eksploatacji" przedmiotu koncesji.

Poprzez określenie opłat rozumieć należy zarówno wysokość nominalną, jak i ich kalkulację – w zależności od czynników związanych z przedmiotem koncesji. Może to być zwykłe odesłanie do taryf wodociągowych lub opłat za prowadzenie gospodarki odpadami, czy też stawek za usuwanie nieczystości. Bardziej skomplikowane mechanizmy, to na przykład ustalanie ceny za korzystanie z publicznego basenu wybudowanego przez koncesjonariusza w ramach koncesji. Koncesjodawca będzie chciał mieć kontrolę nad sposobem ustalania tych opłat, gdyż obiekt będzie stanowił jego własność i istotne, z punktu widzenia koncesjodawcy, aby nie utracił kontroli nad mechanizmem ustalania takich opłat. Oferent powinien przedstawić koncesjodawcy swoją koncepcję biznesową realizacji koncesji, w tym sensie koniecznym będzie określenie się w sposób wiążący na przyszłość.

2) Warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału

Niezależnie od powyższego, koncesjodawca dodatkowo powinien przekazać oferentom informację, w jaki sposób oferta będzie weryfikowana. W tym zakresie mogą być istotne sposoby oceniania poszczególnych ofert wg. ustalonych wcześniej kryteriów, np. poprzez przypo-

rządkowanie punktacji za poszczególne elementy oferty. Ostatecznie oferta powinna odwoływać się do dokumentów, których wymagał koncesjodawca w ogłoszeniu. W opisie warunków koncesji, dokumenty te powinny być wyłącznie wymienione tak, aby oferent, którego oferta zostanie uznana za najlepszą, był przygotowany niezwłocznie do ich okazania koncesjonariuszowi,

3) Kryteria oceny ofert i ich znaczenia

W wyniku przeprowadzanego postępowania, koncesjodawca dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym informuje oferentów. Podejmując decyzję o wyborze oferty, koncesjodawca może się kierować takimi okolicznościami, jak:

- czas trwania koncesji,
- wysokość współfinansowania przedmiotu koncesji ze środków oferenta,
- koszty użytkowania przedmiotu koncesji,
- wysokość opłaty za usługę świadczoną na rzecz osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji.
- jakość wykonania,
- wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe,
- rentowność,
- termin wykonania przedmiotu koncesji.

Celem koncesjodawcy jest takie ukształtowanie relacji z koncesjonariuszem, aby ten w sposób najkorzystniejszy dla potencjalnych odbiorców i jego działania, ukształtował swoją ofertę. Zatem, na przykład, jeżeli kryterium oceny będzie wysokość cen oferowanych usług, najkorzystniejszą ofertą będzie oferta o najniższej cenie. Jednak przez fakt, że ustawodawca nie wprowadził hierarchii kryteriów oceny, należy domniemywać, iż to koncesjodawca ma „skompilować" kryteria w taki sposób, aby osiągnąć zamierzony publiczny efekt. Jeżeli jego zamiarem było ogłoszenie koncesji na obiekt o najwyższych standardach użytkowych, to z ekonomicznego punktu widzenia nie można za korzystanie z tego obiektu żądać niskich cen. Kryterium jakości i wysokości opłat powinno być tak „wzmocnione" wagami kryterium, aby został osiągnięty efekt, polegający na oferowaniu jak najwyższego standardu za jak najniższą cenę, co nie oznacza wcale, że oferta o najniższej cenie powinna zostać w tym przypadku wybrana.

W przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie przepisów KoncRobBudU kryteria oceny ofert ulegną istotnej modyfikacji, wynikającej z obowiązku stosowania art. 6 PartPublPrywU. Najkorzystniejszą będzie oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Obligatoryjne kryteria oceny ofert określone, to podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym oraz terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane. Podmiot publiczny będzie mógł zastosować jako dodatkowe inne kryteria, w tym w szczególności określone w art. 6 ust. 3 PartPublPrywU. Oprócz nich zastosowanie będą mogły znaleźć kryteria wymienione w art. 17 ust. 3 KoncRobBudU, jak np. czas trwania umowy, koszty użytkowania składnika majątkowego lub wysokość opłaty za usługę świadczoną na rzecz osób trzecich korzystających z przedmiotu przedsięwzięcia.

W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane kryteria oceny ofert dotyczyć mogą również właściwości zainteresowanego podmiotu, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej (np. odpowiedniej wielkości kapitału zakładowego, wolumenu wartości zrealizowanych przedsięwzięć, posiadania odpowiedniej aparatury technicznej, itp.). Kryteria podmiotowe dopuszczalne będą również w przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie koncesyjnym.

Koncesjodawca może żądać od oferentów złożenia wyjaśnień, sprecyzowania lub dopracowania złożonych ofert. Wyjaśnienie, sprecyzowanie, dopracowanie lub dodatkowe informacje nie mogą prowadzić do zmiany oferty lub warunków zawartych w opisie warunków koncesji, która mogłaby prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub mogłaby mieć charakter dyskryminacyjny. Koncesjodawca może prowadzić postępowanie także w przypadku, gdy wpłynęła tylko jedna oferta – art. 17 ust. 2 KoncRobBudU.

Koncesjodawca wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Czas ten powinien być równy dla wszystkich oferentów i powinien uwzględniać stopień złożoności przedsięwzięcia.

4.4.3.9. Wybór najkorzystniejszej oferty

Kolejnym etapem postępowania, ostatnim, jest wybór najkorzystniejszej oferty. Oferta odpowiadająca wymaganiom formalnym oraz oceniona najwyżej przez koncesjodawcę na podstawie określonych kryteriów jest uznawana za najlepszą w rozumieniu ustawy. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty kierowana jest zarówno do tego oferenta, jak i wszystkich pozostałych uczestników postępowania. Weryfikacja dokumentów, podmiotowe, jak i przedmiotowe sprawdzenie zarówno osoby oferenta, jak i jego oferty następuje po wyborze oferty. Zatem, oferent niezwłocznie po wyborze jego oferty, zobowiązany jest przedłożyć wymagane i zadeklarowane wcześniej dokumenty, zarówno te, które wymagane były na etapie składania wniosków, jak i te, które były wymagane opisem warunków koncesji. Oferent jest zobowiązany przedłożyć te dokumenty w terminie wskazanym przez koncesjodawcę.

Wprawdzie ustawodawca w ust. 3 art. 18 wskazał możliwość posłużenia się innymi dokumentami niż te, które należą do oferenta, jednak to na oferencie ciąży obowiązek przedstawiania tych dokumentów. Wyjątkiem jest udowodnienie sytuacji ekonomicznej i finansowej, gdzie oferent może dokumenty wymagane przez koncesjodawcę zastąpić innymi dokumentami, o ile koncesjodawca uzna je za wystarczające.

Łączne spełnienie dwóch przesłanek: – wybór najkorzystniejszej oferty – oraz – potwierdzenie i przedłożenie dokumentów przez oferenta – należy uznać za kończące postępowanie, a zarazem pozwalające na zawarcie umowy koncesji. Warto podkreślić pewną niekonsekwencję pomiędzy art. 18 i 21, mianowicie – nie z każdym oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą koncesjodawca zawiera umowę.

Umowę, zgodnie z art. 21 i art. 18, koncesjodawca może zawrzeć dopiero wtedy, gdy oferent wykaże się dokumentami wymaganymi w postępowaniu koncesyjnym. Zatem pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej może podlegać dalszej weryfikacji, gdy nie zostaną przedłożone wymagane dokumenty. Jeżeli jednak zwycięski oferent będzie uchylał się od zawarcia umowy, w szczególności przez niezłożenie wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, koncesjodawca może zawrzeć umowę z oferentem, który złożył najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji. Oczywiście, kolejny oferent także zobowiązany jest do przedstawienia dokumentów oczekiwanych przez koncesjodawcę w postępowaniu koncesyjnym.

W sytuacji uchylania się od zawarcia umowy, koncesjodawca zachowuje pobrane od uchylającego się oferenta złożone przezeń **wadium** (o ile wniesienie wadium było wymagane) albo dochodzi zaspokojenia tej sumy z przedmiotu zabezpieczenia. (art. 21 ust. 3 i 4 KoncRobBudU).

4.4.3.10. Odwołanie lub zakończenie postępowania

Czynnością służącą utrwaleniu przebiegu postępowania jest sporządzenie protokołu. Data wszczęcia postępowania, określenie przedmiotu koncesji – to informacje pojawiające się na wcześ-

niejszym etapie postępowania. Dla protokołu istotne są te, które dotyczą negocjacji z poszczególnymi kandydatami, lub przyczyn niezaproszenia do negocjacji. Protokół z postępowania jest świadectwem przejrzystości postępowania, a z punktu widzenia środków ochrony prawnej oferentów, dokumentem podlegającym szczególnemu badaniu w postępowaniu sądowym.

Ze względu na zarówno wielość oferentów, oraz etapowość ich aktywności w trakcie postępowania, **protokół** powinien zawierać następujące informacje:

1) o kandydacie, z którym były prowadzone negocjacje, jego skład osobowy jeżeli w trakcie negocjacji były składane wyjaśnienia lub zapewnienia, ważne jest określenie umocowania osoby składającej takie oświadczenia, a w tym celu konieczne jest wskazanie umocowania poszczególnych członków składu osobowego oferenta,
2) określenie tych podmiotów zainteresowanych, które nie zostały zaproszone do negocjacji, w tym przypadku, powinny być szczegółowo wskazane przyczyny niezaproszenia, a o ile to możliwe powołanie dokumentów, które stanowiły bądź o niezaproszeniu, bądź w przypadku niemożności doręczenia zaproszenia potwierdzające fakt niemożności zaproszenia podmiotu zainteresowanego.
3) w przypadku negocjacji koncesjodawca powinien określić, co było przedmiotem negocjacji, czas poświęcony na negocjacje z każdym z kandydatów, jeżeli w trakcie negocjacji zostały złożone dokumenty w postaci prezentacji lub wyjaśnienia na pytania koncesjodawcy, okoliczności te powinny być przytoczone w protokole. Kwestią szczególną jest ochrona informacji, które kandydat zastrzega, jako należące do tajemnicy przedsiębiorstwa, w takim przypadku koniecznym jest objęcie poufnością tych dokumentów, jednak fakt, że takie dokumenty zostały złożone, powinien znaleźć się w protokole. Negocjacje z każdym z kandydatów, powinny być podsumowane przez koncesjodawcę.
4) streszczenie oceny i porównania ofert powinno polegać na „zestawieniu" oferty z treścią warunków koncesji, w szczególności powinna być przytoczona punktacja przyporządkowana każdemu z kandydatów.
5) w efekcie powyższego wybór najkorzystniejszej oferty.

Ustawodawca wskazał konieczność dokonania oceny każdej z ofert w tym sensie, aby w protokole z negocjacji znalazła się również ocena przyporządkowana pozostałym, kandydatom.

Artykuł 20 stanowi odniesienie do artykułu 19 KoncRobBudU. W przypadku, gdy postępowanie zostanie odwołane, koncesjodawca zobowiązany jest zamieścić tę okoliczność w protokole, a także wskazać przyczyny odwołania postępowania. Łączna interpretacja artykułu 19 i artykułu 20 prowadzi do wniosku, że przyczyna opisana w protokole winna odpowiadać jednej z przyczyn lub przyczynie wskazanej w ogłoszeniu o koncesji. Odwołanie postępowania z innych przyczyn niż wskazane w ogłoszeniu o koncesji, naraża koncesjodawcę na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi, koncesjodawca odwołuje postępowanie, o ile zaistnieją okoliczności przewidziane w ogłoszeniu o koncesji. W ogłoszeniu o koncesji na usługi, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, jedną z takich okoliczności jest wystąpienie wady lub okoliczności uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy o koncesji na usługi.

4.4.3.11. Zawarcie umowy koncesji

Zawarcie umowy koncesji, jak również umowy o PPP w trybie „koncesyjnym", będzie musiało być poprzedzone przesłaniem oferentom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (umowa będzie mogła być zawarta dopiero po upływie co najmniej 10 dni od przesłania informacji faksem lub drogą elektroniczną, lub 15 dni – w przypadku przesłania inną drogą).

Rozwiązanie przyjęte przez ustawę ma zagwarantować oferentom skuteczne wniesienie skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zachowanie tego terminu nie będzie konieczne, gdy wpłynie tylko jedna oferta lub w przypadku, gdy wartość przedmiotu koncesji jest mniejsza od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PrZamPubl, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane.

Wyjątek ten nie dotyczy jednak sytuacji, w której złożono więcej ofert, nawet, gdy tylko jedna z nich, w ocenie koncesjodawcy, odpowiada jego wymaganiom (art. 21 ust. 1 i 2 KoncRobBudU).

Ochrona prawa pozostałych oferentów do wniesienia skargi na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, mimo że obejmuje okres już po formalnym zakończeniu postępowania, dotyczy również wyboru partnera prywatnego w trybie przepisów KoncRobBudU. Oznacza to, że po wyborze najkorzystniejszej oferty nie jest możliwe natychmiastowe zawarcie umowy koncesji (lub umowy o PPP w trybie koncesyjnym).

4.5. Środki ochrony prawnej

Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi reguluje zupełnie autonomiczny model ochrony interesów prawnych podmiotów, ubiegających się o zawarcie umowy koncesji. Zgodnie z przepisami rozdziału 4 KoncRobBudU zainteresowane podmioty, których mają lub miały interes w zawarciu umowy koncesji, i doznały lub mogły doznać szkody w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy będą mogły dochodzić swoich praw poprzez wniesienie skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Postępowanie przed sądem odbywa się zgodnie z przepisami Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, z wyjątkami określonymi w projekcie ustawy (art. 27–31 KoncRobBudU). Kontrola sądów administracyjnych ma ograniczać się wyłącznie do badania legalności działania koncesjodawcy. Nie będzie przedmiotem analizy sądu merytoryczna strona postępowania. W rozważanym przypadku autorzy uwzględnili **nowelizację przepisów KoncRobBudU** wprowadzoną ustawą z dnia z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 Nr 223, poz. 1778) – PrZamPublNow, która weszła w życie 29 stycznia 2010 r.

Środki ochrony prawnej opisane w rozdziale 4 KoncRobBudU znajdą zastosowanie zarówno w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, jak również w przypadku wyboru partnera prywatnego w oparciu o przepisy KoncRobBudU (w związku z art. 4 ust. 1 PartPublPrywU).

✔ Środkami ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie wyboru partnera prywatnego (na podstawie art. 4 ust. 2 PartPublPrywU) będą środki występujące w Prawie zamówień publicznych (w świetle zmian wprowadzonych PrZamPublNow – będą to: odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skarga do sądu. Znajdą one pełne zastosowanie bez żadnych modyfikacji. Ze względu na ich powszechne zastosowanie oraz utrwaloną praktykę, nie są one przedmiotem niniejszego opracowania.

4.5.1. Postępowanie przed sądem administracyjnym

Skargę wnosi się do wojewódzkiego sądu administracyjnego właściwego dla siedziby koncesjodawcy w terminie 10 dni od dnia, w którym skarżący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć informację o czynności podjętej przez koncesjodawcę w sprawie. Od skargi uiszcza się wpis stały w wysokości określonej w przepisach wydanych na

podstawie art. 233 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

Skargę do sądu wnosi się za pośrednictwem koncesjodawcy, którego czynność jest przedmiotem skargi. Ten następnie przekazuje skargę sądowi wraz z aktami sprawy i odpowiedzią na skargę w terminie 10 dni od dnia jej wniesienia. Koncesjodawca, jeżeli uzna skargę za zasadną, może w zakresie swojej właściwości uwzględnić ją w całości do dnia rozpoczęcia rozprawy.

Wniesienie skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wstrzymuje prawo do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie przez WSA. Jednakże, na wniosek koncesjodawcy, sąd na posiedzeniu niejawnym, może, w drodze postanowienia (na które zażalenie nie przysługuje), wyrazić zgodę na zawarcie umowy koncesji, o ile występuje uzasadniona obawa, że negatywne konsekwencje wstrzymania zawarcia umowy dla interesu publicznego mogłyby przewyższyć wynikające z tego korzyści dla ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji (**nadzwyczajna konwalidacja**).

Sąd orzeka tylko i wyłącznie w granicach wniesionej skargi. Jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji, uwzględnia skargę i może uchylić czynności podjęte przez koncesjodawcę. Sad, uwzględniając skargę **unieważnia umowę**, jeżeli została zawarta z naruszeniem terminu określonego w art. 21 ust. 1 KoncRobBudU albo w okresie wstrzymania prawa do zawarcia umowy, o którym mowa w art. 29 ust. 1, oraz, jeżeli uniemożliwiło to sądowi administracyjnemu uwzględnienie skargi przed zawarciem umowy. **Unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia.**

W uzasadnionych przypadkach, w szczególności, gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń uzyskanych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, **sąd może utrzymać w mocy postanowienia umowy** zawartej w okolicznościach, o których mowa w akapicie powyżej, w zakresie spełnionych świadczeń. W takim przypadku sąd nakłada karę finansową. Sąd nie orzeka unieważnienia umowy, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym lub umowa została już w całości wykonana. W takim przypadku sąd nakłada karę finansową lub orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy.

Kary finansowe, o których mowa powyżej, nakłada się w wysokości do **10% szacunkowej wartości koncesji**, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia, za które kara jest orzekana, oraz okoliczności, w jakich naruszenie zostało popełnione

✔ **ważnym interesem publicznym** w rozważanym przypadku nie będzie interes gospodarczy związany bezpośrednio z zawarciem umowy koncesji, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z opóźnienia w wykonaniu przedmiotu koncesji, z wszczęcia nowego postępowania o zawarcie umowy koncesji, zawarciem umowy koncesji z innym wykonawcą oraz z zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje.

W przypadku zawarcia umowy koncesji nadzwyczajnie konwalidowanej (art. 29 ust. 2 KoncRobBudU), sąd, uwzględniając skargę, może odstąpić od uchylenia czynności koncesjodawcy podjętych w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji w uzasadnionych przypadkach, w których uchylenie czynności mogłoby wywołać niewspółmierne negatywne skutki dla interesu publicznego.

Stwierdzenie naruszenia przez sąd przepisu art. 21 ust. 1 albo art. 29 ust. 1, które nie było połączone z naruszeniem innego przepisu ustawy, skutkować będzie nałożeniem kary finansowej w wysokości do 5% szacunkowej wartości koncesji, biorąc pod uwagę okoliczności, w jakich naruszenie zostało popełnione.

✔ **karę finansową** uiszcza się w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia sądu o nałożeniu kary finansowej, na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Prezes sądu rozpatrującego skargę przesyła niezwłocznie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych odpis prawomocnego orzeczenia dotyczącego nałożenia kary finansowej. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest wierzycielem w rozumieniu przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Orzeczenie sądu o nałożeniu kary finansowej jest prawomocne z dniem jego wydania. W razie upływu terminu, o którym mowa w ust. 1, kara finansowa podlega ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. W przypadku nieterminowego uiszczenia kary finansowej odsetek nie pobiera się. Wpływy z tytułu kar finansowych stanowią dochód budżetu państwa.

W przypadku odstąpienia od uchylenia czynności koncesjodawcy nadzwyczajnie konwalidowanej (art. 29 ust. 2 KoncRobBudU) lub w przypadku naruszenia, za które na zasadach nałożono karę finansową albo orzeczono skrócenie okresu obowiązywania umowy, skarżącemu, który poniósł szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji, przysługuje **roszczenie o odszkodowanie** w zakresie i na zasadach określonych w KC. Wydaje się, że najbardziej stosowną podstawą do dochodzenia roszczeń będzie art. 417^1 ust. 2 KC.

Uprawnienie to wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia uprawomocnienia się wyroku sądu administracyjnego stwierdzającego naruszenie, za które nałożono karę finansową albo orzeczono skrócenie okresu obowiązywania umowy.

Postępowanie wynikające ze skargi na czynności koncesjodawcy w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji sąd powinien rozpoznać niezwłocznie, nie później jednak niż **w terminie 30 dni** od dnia otrzymania akt wraz z odpowiedzią na skargę. Od wydanego przez WSA orzeczenia stronom będzie przysługiwała skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

4.6. Umowa koncesji oraz umowa o PPP

Umowa statuująca partnerstwo publiczno-prywatne jest najważniejszym dokumentem regulującym zobowiązania partnerów przedsięwzięcia. Z jednej strony, powinna jak najbardziej służyć sprawnej realizacji projektu, z drugiej powinna chronić uzasadnione interesy stron. Przede wszystkim, powinna być gwarancją zachowania odpowiedzialności i kontroli podmiotu publicznego za przedmiot przedsięwzięcia. Zakres treści umowy powinien być pochodną wyniku negocjacji prowadzonych na etapie wyłaniania partnera prywatnego. *De facto*, również jakość kontraktu będzie wypadkową jakości prowadzonych z zainteresowanymi podmiotami rokowań. Zapisy kontraktu powinny dawać jasny obraz wzajemnych płatności, podziału ryzyk, określać prace, jakie muszą być wykonane ze szczegółowym opisem ich jakości, standardu usług oraz ilości i jakości ewentualnych produktów powstających w trakcie współpracy, przy określeniu harmonogramu ich świadczenia. Kontrakt powinien także określać system kar i zachęt gwarantujących realizację zaciągniętych zobowiązań, w szczególności w zakresie terminowego ich spełnienia, zachowania wymogów bezpieczeństwa, kontroli kosztów, wymogów zarządzania majątkiem i eksploatacji wykorzystywanej infrastruktury. Na treść umowy powinny składać się również postanowienia, w oparciu o które mierzony będzie stopień poprawności wykonywanych zadań oraz określające zasady monitorowania poszczególnych elementów współpracy. Ważne jest również określenie zasad zmiany partnera prywatnego, w związku z zaistnienie określonych okoliczności, rozwiązania umowy i rozliczenia wkładów własnych.

Umowa powinna także wskazywać, czy strony powołają spółkę celową, podstawowe zasady jej funkcjonowania, wnoszenia wkładów, rozliczania płatności, itp.

Kluczowe elementy treści umów o PPP lub umów koncesji będą wyznaczone wymogami ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawy koncesyjnej. Umowy z tego zakresu nie są w żaden sposób zestandaryzowane. Brak również jednolitych opracowań i wytycznych. Dlatego w części nieuregulowanej w PartPublPrywU i KoncRobBudU, do umów PPP będą miały zastosowanie przepisy KC i szeregu innych aktów prawnych (m.in. ustaw: o gospodarce nieruchomościami, o gospodarce komunalnej, o drogach publicznych).

4.6.1. Umowa koncesji

Umowa koncesji jest umową nazwaną, kauzalną (zawieraną w celu wykonania zadania publicznego), dwustronnie zobowiązującą, wzajemną i odpłatną[83]. O jej odrębnym charakterze decydować będzie forma wynagrodzenia koncesjonariusza, która odpowiadać musi dyrektywie art. 1 ust. 2 i 3 KoncRobBudU. Umowa koncesji wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności (art. 21 ust. 5). Standardową jej zawartość reguluje art. 22. Przepis ten enumeratywnie wymienia wszystkie *essentialia negotii* umowy koncesji, które muszą być przedmiotem każdego kontraktu tego typu (art. 22 ust. 1).

Essentialia negotii umowy koncesji

Obligatoryjne elementy treści umowy koncesji reguluje art. 22 ust. 1 KoncRobBudU. Konstrukcja przepisu może oznaczać, że dopiero zawarcie wszystkich postanowień z tego zakresu w kontrakcie przesądzać będzie, że jest to kontrakt koncesyjny. Taka wykładnia byłaby jednak sprzeczna z definicją umowy koncesji z art. 1 ust. 2 i 3 KoncRobBudU. Wady porozumienia stron, takie jak brak uregulowania w nim np. warunków przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy koncesji, czy warunki i zakres ubezpieczeń wykonywania przedmiotu koncesji, nie mogą *ex lege* przesądzać o nieważności umowy. Dlatego każdorazowo podlegać będą ocenie, co do stopnia istotności i wpływu na wykonywanie umowy, w szczególności zaś badane będą pod kątem zabezpieczenia interesu publicznego.

Podstawowymi postanowieniami, które zawierać powinna każda umowa koncesji, będą:

1) **określenie przedmiotu koncesji** – Istotą modelu koncesyjnego nie jest tylko samo wykonanie przedmiotu koncesji, lecz realizacja zadania publicznego przy użyciu przedmiotu koncesji. Efektem końcowym będzie zatem określenie modelu i szczególnych warunków eksploatacji przedmiotu koncesji tak, aby zaspokoić potrzeby społeczne w jak największym stopniu;
2) **termin wykonania przedmiotu koncesji**. Należy odnosić do etapu realizacji (np. określonego obiektu budowlanego), tworzenia aktywów, za pośrednictwem których następnie

[83] Jako że umowa koncesji jest kwalifikowaną formą umowy o zamówienie publiczne, a ponadto wymaga konsensusu stron, uzasadniony jest pogląd o jej cywilnoprawnym charakterze. Jednakże o specyfice koncesji przesądzać będzie także to, że tego typu umowa jest formą wykonywania zadań i realizacji uprawnień, stosowaną przez administrację publiczną. Co prawda funkcjonowanie koncesji opiera się na przepisach prawa cywilnego, jednak cel i istota koncesji dotyczy realizacji zadań publicznych, co sytuować będzie koncesję w obszarze szeroko rozumianego prawa administracyjnego. Koncesję od umowy prywatnoprawnej odróżnia ponadto przedmiot porozumienia stron, związany ściśle z materią leżącą w zakresie zadań administracji. Można zatem przyjąć, że umowa koncesji ma podwójny charakter. Zawiera z jednej strony elementy określające wzajemne prawa i obowiązki stron w zakresie realizowanego projektu, z drugiej zaś strony w umowie takiej znajdują się elementy mające naturę nakazu administracyjnego, wynikającego ze sfery praw podmiotowych administracji, takich jak np. obowiązki w zakresie bezpieczeństwa i porządku przy eksploatacji danego urządzenia technicznego, warunki normatywne prowadzenia takiej eksploatacji wynikające nie z samej umowy koncesji, lecz z przepisów prawa materialnego (zob. szerzej A. Panasiuk, *op. cit*, s. 192–194).

będzie świadczona usługa publiczna. Termin ten nie odnosi się do etapu eksploatacji zrealizowanego przedmiotu koncesji, do którego to etapu zastosowanie będzie miał okres obowiązywania umowy koncesji;

3) **okres obowiązywania umowy koncesji**. Okres ten powinien uwzględniać zwrot nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji i nie może być dłuższy niż: w przypadku koncesji **na roboty budowlane – 30 lat**; w przypadku **koncesji na usługi – 15 lat**. Jednakże, gdy przewidziany okres zwrotu nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji jest dłuższy niż okresy wskazane powyżej, umowa może zostać zawarta na okres dłuższy. Możliwość wydłużenia czasu obowiązywania umowy koncesji z powodu dłuższego okresu amortyzacji nakładów powyżej ustawowych limitów nie będzie nieograniczona. W kluczowej dla zagadnienia długotrwałości umów koncesyjnych sprawie przeciwko Królestwu Hiszpanii, Trybunał Sprawiedliwości uznał, że „krajowe przepisy zastrzegające usługi transportu morskiego po Ría de Vigo dla jednego przedsiębiorstwa za pomocą koncesji na 20 lat odnawialnej na dziesięć lat mogą przeszkodzić, a wręcz uniemożliwić świadczenie tych usług przez przedsiębiorstwa znajdujące się w innych państwach członkowskich i stanowią tym samym ograniczenie swobody świadczenia usług”[84]. Naruszenie powyższych zasad poczytywane będzie, jako zawarcie umowy odpowiednio na okres 30 lub 15 lat;

4) **sposób wynagrodzenia koncesjonariusza**. Wynagrodzenie musi uwzględniać wszelkie możliwe fluktuacje wynikające ze zmian ewentualnych kosztów eksploatacji, będące pochodną długoterminowego charakteru umów koncesyjnych.
   - ➤ Wynagrodzenie koncesjonariusza w umowie może być uzależnione od stopnia dostępności w korzystaniu z przedmiotu koncesji.
   - ➤ Zasadą będzie, że wynagrodzenie pochodzić będzie od końcowych użytkowników przedmiotu koncesji. Wówczas jego wielkość będzie determinowana ilością użytkowników końcowych korzystających w danym okresie z przedmiotu koncesji oaz zachowanie określonego standardu świadczonych usług. Taki model wynagrodzenia dopinguje koncesjonariusza do dokładania należytej staranności na każdym etapie realizacji umowy koncesji.
   - ➤ Umowa koncesji powinna również przewidywać korektę wynagrodzenia koncesjonariusza w przypadku pogorszenia standardu świadczonych usług.

5) **określenie płatności koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza**. Ten element umowy koncesji może, ale nie musi wystąpić w przypadku przedsięwzięć koncesyjnych.
   - ➤ Pojawia się zawsze wtedy, kiedy w wyniku dokonanych analiz, finalna cena jaką będą ponosiły końcowi użytkownicy korzystający z przedmiotu koncesji, przekroczy ich możliwości finansowe (ma zatem charakter uzupełniający).
   - ➤ Ponadto, wystąpienie płatności koncesjodawcy w umowie może być również związane z możliwościami oraz warunkami finansowania przedsięwzięcia przez podmioty trzecie. Niejednokrotnie wartość całego przedsięwzięcia będzie przekraczała możliwości samodzielnego finansowania przez koncesjonariusza.
   - ➤ Poza tym, płatność może mieć charakter czysto dotacyjny.
   - ➤ **Pamiętaj!** Suma płatności w okresie trwania umowy nie powinna przekraczać połowy łącznych nakładów inwestycyjnych i eksploatacyjnych poniesionych przez koncesjonariusza koncesji na roboty budowlane poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji lub połowy nakładów eksploatacyjnych w ramach koncesji na usługi.

6) **wskazanie i podział ryzyka** między koncesjodawcę a koncesjonariusza związanego z wykonywaniem przedmiotu koncesji

---

[84] Orzeczenie ETS w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii C-323/03*, wyrok z dnia 9.03.2006 r., pkt. 44.

7) **normy jakościowe, wymagania i standardy** stosowane przy wykonywaniu przedmiotu koncesji
8) **uprawnienia koncesjodawcy w zakresie kontroli** wykonywania koncesji przez koncesjonariusza
9) **warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy koncesji**
10) **warunki i sposób rozwiązania umowy koncesji**. W szczególności umowa powinna regulować zasady zwrotu świadczeń według ich wartości ekwiwalentnej w chwili zwrotu, rozliczenia pobranych pożytków; zwrotu sumy pieniężnej w przypadku niemożności zwrotu pobranych pożytków
11) **warunki i zakres odpowiedzialności stron** z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy koncesji (w tym kary umowne)
12) **warunki i zakres ubezpieczeń wykonywania przedmiotu koncesji**. W przypadku koncesji finansowanych przez strony trzecie (banki, instytucje finansowe) często ubezpieczyciele zabezpieczają nie tylko infrastrukturę, ale również spłatę zadłużenia zaciągniętego na finansowanie przedmiotu koncesji. Takie ubezpieczenie niejednokrotnie umożliwi obniżenie kosztów finansowania przedsięwzięcia. Ubezpieczenie powinno również obejmować różne kategorie ryzyk wstępujące w umowie
13) **wykaz dokumentów**, jakie strony umowy koncesji są obowiązane uzyskać lub dostarczyć w celu realizacji umowy wraz z podaniem terminów, w jakich powinno to nastąpić
14) **tryb i warunki rozwiązywania sporów związanych z realizacją umowy koncesji**

Accidentalia negotii umowy koncesji

Ustawodawca wskazuje również przykładowe dodatkowe elementy treści umowy koncesji, które jednak nie będą przesądzać o charakterze umowy. W zależności od przedmiotu koncesji, strony będą mogły uregulować w umowie również postanowienia dotyczące:

1) warunków i sposobu udostępnienia koncesjonariuszowi składników majątkowych niezbędnych do wykonania przedmiotu koncesji;
2) opłat lub sposobu ustalania ich wysokości, pobieranych przez koncesjonariusza od osób trzecich z tytułu korzystania z przedmiotu koncesji;
3) warunków dopuszczalności podwykonawstwa.

Umowa koncesji będzie mogła dotyczyć również innych istotnych dla stron zagadnień. Pomocne w ich sformułowaniu będą przepisy KC.

4.6.2. Umowa o PPP

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest **umową nazwaną** z zakresu prawa cywilnego. Jakkolwiek może zawierać zobowiązania typowe dla innych umów nazwanych (sprzedaż, dzierżawa, najem, leasing itd.), to zawiera cały szereg rozwiązań szczególnych, które predestynują ją do uznania za nowy typ umowy (której wzorzec normatywny opisany jest w PartPublPrywU). Ponadto ma charakter **dwustronnie zobowiązujący, wzajemny, odpłatny i kauzalny** (jej ważność uzależniona będzie od istnienia podstawy prawnej w postaci realizacji zadania publicznego). Cechą determinującą odrębny charakter umowy o PPP od innych umów nazwanych lub nienazwanych, będzie uczestnictwo podmiotu publicznego oraz szczególny tryb zawarcia umowy i relacji stron.

Definicję umowy zawiera art. 7 PartPublPrywU. W świetle tego przepisy świadczenia stron rozkładać będą się w następujący sposób:

- **partner prywatny** zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią;

- **podmiot publiczny** zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego.

Standardowy zakres umowy należy identyfikować na podstawie powyższej definicji umowy o PPP, a także pozostałych przepisów PartPublPrywU, które nakazują umieszczenie określonych zapisów w kontrakcie wprost, bądź pośrednio. Ponadto, zastosowanie znajdą również inne przepisy, o czym poniżej.

W związku z nowelizacją art. 4 PartPublPrywU z dnia 7 maja 2010 r. do umów o PPP należy stosować przepisy KoncRobBudU i PrZamPubl, w zależności od tego, w trybie których doszło do zawarcia umowy. Umowa o PPP będzie zatem podlegała regułom określonym odpowiednio w rozdziale 3 KoncRobBudU i Dziale IV PrZamPubl. Przepisy te określają obligatoryjny zakres umów w ich przedmiocie, jak również określają nieobligatoryjne elementy tego typu umów. Uzupełnieniem tych przepisów będą poszczególne reguły określone w PartPublPrywU. W kwestii wykładni należy przyjąć, że w sytuacji spornej pierwszeństwo powinno zostać nadane normie określonej w PartPublPrywU, jako *lex specialis*.

Wobec powyższego, poniższe rozważania dotyczącą cechcharakterystyki umów o PPP zawartych w trybie KoncRobBudU, PrZamPubl, jak również typowe elementy treści umowy o PPP, niezależnie od podstaw prawnych jej zawarcia.

Elementy umowy o PPP zawartej w trybie KoncRobBudU

Umowa o PPP zawarta w trybie KoncRobBudU musi być mieć formę pisemną pod rygorem nieważności (w zależności od rodzaju wnoszonych składników majątkowych – przedsiębiorstwa lub nieruchomości – konieczna będzie bardziej pewna forma, z podpisem notarialnie poświadczonym lub aktu notarialnego włącznie). Ponadto, do umowy o PPP zawartej w trybie KoncRobBudU odpowiednie zastosowanie znajdą postanowienia art. 22 KoncRobBudU, skutkiem czego umowa o PPP zawarta w tym trybie zawsze będzie musiała zawierać obligatoryjne elementy treści umowy, określone w ustępie 1 art. 22 KoncRobBudU.

Wobec powyższego, umowa o PPP, w której większość lub zasadnicza część wynagrodzenia partnera prywatnego pochodzi z prawa do pobierania pożytków, będzie musiała zawierać:

1) **opis przedmiotu przedsięwzięcia**, w tym uwarunkowania techniczne, funkcjonalne i jakościowe, jakim powinien odpowiadać, oraz zasady na jakich partner prywatny będzie utrzymywał lub zarządzał składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Szczegółowy opis przedmiotu przedsięwzięcia w oparciu o wszystkie kwestie techniczne i funkcjonalne, zwłaszcza przy bardzo skomplikowanych projektach, może stanowić załącznik do umowy;
2) **czas realizacji przedmiotu przedsięwzięcia**. Jeżeli wymagane jest szybkie wykonanie prac budowlanych związanych z realizacją przedmiotu przedsięwzięcia, umowa powinna zakreślać partnerowi prywatnemu termin wykonania tych prac, a także kary umowne za opóźnienia;
3) **czas trwania kontraktu.** Umowa o PPP powinna być zawarta na czas określony. Po pierwsze, okres trwania współpracy będzie najczęściej składową wynagrodzenia partnera prywatnego. Po drugie, terminowość umowy służy zabezpieczeniu interesu publicznego w zakresie trwałości świadczenia danej usługi i możliwości zmiany partnera w przyszłości. Po trzecie, określony czas trwania kontraktu zapewnia względną konkurencyjność i dostęp innym podmiotom do świadczenia danej usługi w przyszłości. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 1 i 2 KoncRobBudU w zw. z art. 4 ust. 1 PartPublPrywU, umowa o PPP dotycząca realizacji przedsięwzięcia odpowiadającego specyfice koncesji na roboty budowlane powinna zostać zawarta na okres do 30 lat, natomiast, gdy przedsięwzięcie będzie zbliżało PPP do koncesji na usługi, umowa powinna zostać zawarta na okres do 15 lat. Każdorazowo czas trwania

umowy o PPP powinien uwzględniać zwrot nakładów partnera prywatnego poniesionych w związku z wykonywaniem umowy. Odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust. 2 i 3 KoncRobBudU

4) **wysokość, formę i sposób wynagrodzenia partnera prywatnego**. Jeżeli z przedmiotu przedsięwzięcia mają korzystać jakieś osoby trzecie na zasadzie uprzywilejowania lub zwolnienia z opłat, umowa musi określać wysokość i sposób rozliczania wynikających z tego tytułu strat dla partnera prywatnego (tzw. *shadow tolls*). Jeżeli wynagrodzenie partnera ma być oparte w całości na opłatach od użytkowników, to umowa może określać maksymalny poziom cen. Zapis taki chronić będzie polityczny interes podmiotu publicznego w zachowaniu możliwie pełnej dostępności do usługi. Zasady wynagrodzenia partnera powinny czynić zadość wymogowi stawianemu w art. 7 ust. 2 PartPublPrywU. Musi być ono uzależnione od wyników jego pracy partnera lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego.

   Dopuszczalne sposoby wynagrodzenia partnera, to m.in.:

   - zapłata części sumy pieniężnej przez podmiot publiczny;
   - wzrost wartości tej części nieruchomości, która stanowi własność partnera prywatnego;
   - uiszczenie przez podmiot publiczny przez okres ustalony w umowie dopłat, służących pokryciu części kosztów świadczenia przez partnera prywatnego usług publicznych;
   - prawo partnera prywatnego do korzystania, pobierania pożytków lub innych korzyści z przedsięwzięcia, lub z powstałych w jego ramach, albo innych składników majątkowych;
   - udział partnera prywatnego w cenie zbycia składników majątkowych powstałych w wyniku przedsięwzięcia.

   Wynagrodzenie powinno zależeć od **rzeczywistego wykorzystania** lub **faktycznej dostępności** przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego.

   - Wynagrodzenie partnera musi więc być **uzależnione od popytu na świadczone w ramach przedsięwzięcia usługi, a także faktycznych wyników jego pracy** (zachowania gotowości do wykorzystania, np. łóżek szpitalnych, pasa drogowego, sprawności sieci wodno-kanalizacyjnej)
   - Umowa powinna być tak skonstruowana, aby szybko i elastycznie reagować na zmiany w popycie na świadczone przez partnera usługi
   - Jeżeli jednak umowa gwarantowałaby określony poziom wynagrodzenia partnera niezależnie od rzeczywistego wykorzystania przedmiotu przedsięwzięcia przez ostatecznych użytkowników, wówczas umowa **spełniałaby przesłanki zamówienia publicznego**

5) **płatność na rzecz podmiotu publicznego**. Umowa może przewidywać udział podmiotu publicznego w zyskach wypracowywanych z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego. Ponadto, jeżeli umowa zakłada wniesienie przez podmiot publiczny składnika majątkowego w drodze np. umowy najmu, dzierżawy lub leasingu, to powinna regulować również wysokość i sposób rozliczania płatności z tytułu czynszu lub rat leasingowych na rzecz podmiotu publicznego.

   Umowa powinna określać zakres współfinansowania ze środków publicznych, jeżeli jest przewidziany, sposób dokonywania związanych z tym płatności i rozliczania ich. Jeżeli wydatki ma ponieść osoba trzecia, kontrakt powinien identyfikować tę osobę, określać zakres finansowania i gwarancje lub zabezpieczenia płatności;

6) **podział ryzyk i zadań w ramach PPP**. Będzie to jeden z kluczowych elementów umowy. Potencjalne ryzyka zidentyfikowane na etapie przygotowywania przedsięwzięcia oraz procedury negocjacyjnej powinny zostać rozłożone w kontrakcie w sposób gwarantujący jak najlepszą ich neutralizację;

7) **normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy wykonywaniu przedsięwzięcia**;

8) **zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli bieżącej realizacji przedsięwzięcia**. Będzie to bardzo ważny zapis umowy. Ustawa nadaje mu charakter obligatoryjny. Podmiot publiczny będzie miał jednak swobodę ukształtowania odpowiedniego modelu kontroli. Zawsze winien mieć na względzie należytą ochronę interesu publicznego, w szczególności w zakresie zachowania właściwego standardu świadczonych usług (art. 8 PartPublPrywU);

9) **warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy**;

10) **sposób oraz terminy rozwiązania i wypowiedzenia umowy**, jak również zasady odpowiedzialności odszkodowawczej w związku z naruszeniem tych postanowień;

11) **skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania**, w szczególności kary umowne lub obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki celowej (art. 7 ust. 3 PartPublPrywU);

12) **warunki i zakres ubezpieczeń wykonywania przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego**;

13) **wykaz dokumentów, jakie strony umowy o PPP są obowiązane uzyskać lub dostarczyć w celu realizacji umowy wraz z podaniem terminów, w jakich powinno to nastąpić**;

14) **tryb i warunki rozwiązywania sporów związanych z realizacją umowy o PPP**.

Jeżeli powyższe instytucje prawne zawarte zostaną w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym i odpowiednio nazwane, w takim zakresie, w jakim określać będą zobowiązania właściwe umowom nazwanym (sprzedaż, najem, gwarancja, wypowiedzenie umów o świadczenia ciągłe, kary umowne, itp.), to do tych zobowiązań będą miały zastosowanie odpowiednie przepisy np. KC.

Elementy umowy o PPP zawartej w trybie PrZamPubl

Umowa o PPP zawarta w trybie PrZamPubl jest *de iure* umową o zamówienie publiczne. Oznacza to, że tego typu kontrakt w swojej podstawowej strukturze każdorazowo odpowiadał będzie, w zależności od specyfiki przedsięwzięcia, umowie o zamówienie publiczne na roboty budowlane, umowie o zamówienie publiczne na usługi lub umowie o zamówienie publiczne na dostawy. Od typowych umów z zakresu zamówień publicznych umowę o PPP odróżniać będą jej cechy szczególne (o których mowa poniżej).

Z uwagi na powyższe, nie wnikając w szczegóły, wśród koniecznych elementów umowy o PPP zawartej w trybie PrZamPubl wymienić należy:

1) formę pisemną pod rygorem nieważności;

2) jawność umowy;

3) co do zasady, oznaczony czas, na który może zostać zawarta;

4) zabezpieczenie jej wykonania.

Ponadto, od umowy o PPP zawartej w trybie art. 4 ust. 2 PartPublPrywU w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W takim przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

Umowa o PPP zawarta w trybie PrZamPubl podlega unieważnieniu na zasadach określonych w art. 146 PrZamPubl.

Elementy umowy o PPP niezależnie od podstawy prawnej jej zawarcia

Każda umowa o PPP, niezależnie od podstawy prawnej jej zawarcia, w świetle wymogów stawianych PartPublPrywU musi zawierać postanowienia dotyczące:

1) **zasady wnoszenia i rozliczania wkładów własnych**. Wniesienie wkładu własnego w postaci składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy. Umowa powinna rozstrzygać o sposobie wykorzystania wniesionych składników majątkowych. Zasady zwrotu i rozliczania wkładów powinny być określone w kontrakcie zgodnie z art. 9 i 11 PartPublPrywU;
2) **możliwość powołania spółki celowej o kapitale mieszanym** do wykonania przedsięwzięcia, będącego przedmiotem PPP. Umowa powinna określać także cel i przedmiot działalności takiej spółki (art. 14 ust. 1 PartPublPrywU);
3) **termin i zasady wykonania przez partnera prywatnego prawa pierwokupu nieruchomości**, będącej wkładem własnym podmiotu publicznego w realizację przedsięwzięcia (zob. art.12 PartPublPrywU).

Wyżej opisane postanowienia umowy o PPP, bez względu na tryb zawarcia umowy, będą mogły zawierać cały szereg innych postanowień, w zależności od woli stron i specyfiki danego przedsięwzięcia. Wśród takich dodatkowych postanowień wymienić można np. **gwarancje realizacji przedsięwzięcia**, tj. zapewnienia określonego poziomu usług, zachowania dostępności oraz podaży usług. Przedmiotem gwarancji mogą być również inne elementy partnerstwa publiczno-prywatnego. W tym zakresie zastosowanie będą miały przepisy KC dotyczące gwarancji jakości (art. 577–581).

Niezwykle ważne jest, aby wszystkie istotne aspekty przyszłej współpracy rozpoznać na etapie konstruowania umowy i włączyć je do treści kontraktu. Należy zawrzeć w jego treści wszystkie istotne zagadnienia, wchodzące w zakres przeprowadzonych negocjacji i będących przedmiotem wybranej oferty. Inaczej, w wyniku źle ułożonych relacji kontraktowych stron, szybko konieczna będzie zmiana umowy. Zakres zmian nie będzie jednak dowolny. PartPublPrywU **zakazuje istotnych modyfikacji kontraktu** w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego (chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy). Naruszenie ograniczeń dotyczących zmian umów o PPP skutkować będzie nieważnością kontraktu.

4.7. Realizacja umowy o PPP (koncesji)

4.7.1. Zmiany umów o PPP (koncesji) – zmiany przedmiotowe

Zmiana umowy o PPP obwarowana będzie znacznymi ograniczeniami. Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany – art. 13 ust. 1. PartPublPrywU. Brak przestrzegania tego wymogu będzie skutkował nieważnością umowy. Możliwość i zakres dopuszczalnych zmian umowy powinny zostać określone już na etapie procedury zmierzającej do zawarcia umowy.

Zakres zmian może mieścić się jedynie w ramach zobowiązań określonych w ofercie, na podstawie której wybrano partnera. Strony mogą na etapie kształtowania treści umowy ustalić np. klauzule waloryzacyjne, aktualizujące się w toku trwania kontraktu. Zmiany treści umowy dokonać może sąd (art. 357^1 KC). Sąd może orzeczeniem przywrócić ekwiwalentność świadczeń zachwianą niespodziewanymi zdarzeniami.

Nie może jednak ten przepis stanowić podstawy do zdjęcia z wykonawcy ryzyka prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, może natomiast służyć wyłącznie do zapobieżenia powstania po jego stronie rażącej straty. Ograniczenie to wyłączone będzie zaistnieniem okoliczności, której obiektywnie (przy zachowaniu należytej staranności) nie dało się przewidzieć (np. gwałtowna dekoniunktura).

W świetle nowelizacji art. 13 ust. 1 PartPublPrywU dopuszczone zostały nieistotne zmiany umowy o PPP. Za dopuszczalne można uznać takie zmiany, które w przypadku ich wprowadzenia w toku postępowania nie wywarłyby wpływu na krąg potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Umożliwienie wprowadzania zmian umów o partnerstwie publiczno-prywatnym wprowadziła ostatnia nowelizacji PartPublPrywU. Nowelizację tę należy uznać za korzystną dla funkcjonowania systemu PPP i wykluczając potencjalne sytuacje skutkujące impasem w realizacji procesu inwestycyjnego, spowodowanego brakiem możliwości zmiany zawartej umowy.

Zmianę treści umowy mogą powodować niespodziewane zdarzenia spowodowane działaniami sił natury, lub przyczyny społeczno-ekonomiczne, wynikające np. z drastycznego wzrostu cen surowców i materiałów, wzrostu stawek bankowych, czy też stawek roboczogodziny.

Nieco odmiennie kształtuje się dopuszczalność zmiany umowy koncesji. Zgodnie z art. 23 KoncRobBudU zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której zawarto umowę koncesji, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy. Zakazane będą zatem zarówno zmiany istotne, jak i nieistotne. Jedyną przesłanką dopuszczającą zmianę umowy będzie wystąpienie okoliczności, której przy dochowaniu należytej staranności nie dało się przewidzieć.

Należy negatywnie ocenić takie duże rozróżnienie dopuszczalności zmian umowy o PPP i umowy koncesji. Brak przesłanek uzasadniających odmienne traktowanie PPP i koncesji w tym aspekcie.

Jeżeli już po zawarciu umowy, partner (koncesjonariusz) zgłaszał będzie postulaty istotnych zmian umowy, będące wcześniej przedmiotem eliminacyjnego postępowania, takie jak termin wykonania, zakres przedmiotu koncesji, warunki realizacji umowy, to takie zmiany będą co do zasady niedopuszczalne i powinny być każdorazowo oceniane pod kątem zasady równości i uczciwej konkurencji.

4.7.2. Zmiany umów o PPP (koncesji) – zmiany podmiotowe

Umowa koncesyjna (umowa o PPP) nie może zostać zawarta z innym podmiotem niż z podmiotem wyłonionym na podstawie procedury wyboru wykonawcy (PrZamPubl lub KoncRobBudU). Reguła ta nie odnosi się do dokonywania zmian podmiotowych w takiej umowie. W przypadku, kiedy zorganizowana część przedsiębiorstwa jest wnoszona aportem do spółki zobowiązanej do stosowania przepisów KoncRobBudU, to wejście tej spółki w przysługujące danemu podmiotowi prawa i obowiązki wynikające z umowy koncesji, jest dopuszczalne, jeżeli koncesjonariusz został wybrany zgodnie z przepisami KoncRobBudU. Analogiczna sytuacja będzie dopuszczalna w przypadku przejęcia kontraktu przez JST od spółki komunalnej tejże jednostki. Translatywne przejęcie długu przez JST powinno zostać dokonane na podstawie trójstronnej umowy prawa prywatnego, której stronami będą: JST, spółka komunalna oraz koncesjonariusz.

4.7.3. Dodatkowe zamówienia w toku trwania umowy

W wyniku realizacji kontraktu koncesyjnego może się okazać, że pierwotny zakres robót budowlanych objętych koncesją zakreślony został zbyt wąsko i konieczne będzie wykona-

nie prac dodatkowych. Co do zasady, w takich sytuacjach koncesjodawca powinien udzielić nowego zamówienia publicznego w drodze konkurencyjnej procedury. Konkretna sytuacja może jednak uzasadniać odstąpienie od tej normy.

Jeżeli wykonanie prac dodatkowych okaże się niezbędne do realizacji określonego w koncesji obiektu budowlanego, koncesjodawca może zawrzeć z koncesjonariuszem **dodatkową umowę** na wykonanie tych prac w drodze **zamówienia z wolnej ręki**, o ile te roboty budowlane:

- ze względów technicznych lub ekonomicznych nie mogą zostać oddzielone od przedmiotu objętego koncesją w sposób nieuciążliwy dla koncesjodawcy lub
- mogą zostać oddzielone od wykonania przedmiotu objętego koncesją, ale są bezwzględnie niezbędne do jego zakończenia.

Łączna wartość dodatkowej umowy na roboty budowlane **nie może przekroczyć 50% wartości koncesji** (chodzi o wartość szacunkową, obliczoną zgodnie z art. 9 ust. 1 lub 2 KoncRobBudU). Możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na dodatkowe prace zawsze uwarunkowana będzie tym, czy w chwili zawierania umowy koncesji można było przewidzieć wystąpienie okoliczności uzasadniających takie postępowanie (art. 25 ust. 1 i 2 KoncRobBudU). Jeżeli umowa na dodatkowe prace zostanie zawarta pomimo brak podstaw do tego, będzie z mocy prawa nieważna.

Z punktu widzenia podmiotu publicznego istotne jest zagadnienie możliwości udzielenia partnerowi prywatnemu dalszych zamówień obejmujących prace dodatkowe, których konieczność wykonania wyniknęła w toku trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (analogicznie do przypadku opisanego powyżej w kontekście umowy koncesji). W związku z nowelizacją PartPublPrywU z dnia 7 maja 2010 r., poprzez rozciągnięcie na podmiot publiczny obowiązku stosowania KoncRobBudU lub PrZamPubl również w zakresie umów, odpowiednie zastosowanie do PPP znajdą przepisy obu ustaw regulujące kwestię dopuszczalności dalszych zamówień. Oznacza to, że partnerowi prywatnemu wybranemu w trybie KoncRobBudU będzie można udzielać dalszych zamówień w trybie art. 25 tej ustawy, natomiast partnerowi prywatnemu wybranemu w trybie PrZamPubl zamówienia na prace dodatkowe udzielane będą zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt. 5 lub 6 oraz 134 ust. 6 pkt. 3 i 4 PrZamPubl.

4.7.4. Zamówienia udzielane przez koncesjonariusza

Ustawodawca obowiązek stosowania prawa zamówień publicznych rozciąga nie tylko na dodatkowe zamówienia (chyba że zachodzi podstawa do ich udzielenia z wolnej ręki koncesjonariuszowi), ale również na zamówienia udzielane przez koncesjonariusza. Jeżeli koncesjonariusz jest:

- jednostką sektora finansów publicznych, lub podmiotem od takiej zależnym, jest obowiązany stosować przepisy PrZamPubl do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji **w pełnym zakresie**;
- podmiotem prywatnym, przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane stosował będzie przepisy prawa zamówień publicznych **w ograniczonym zakresie** (zob. art. 131 ust. 2 PrZamPubl), co dotyczyć będzie:
  - tylko udzielania zamówień na roboty budowlane,
  - których wartość jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
  - wynikających z wykonywania koncesji.
  - Podmiot taki:

1) jest obowiązany do stosowania przepisów PrZamPubl dotyczących:
   a) ogłoszenia o zamówieniu,
   b) ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane,
   c) określania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 49 ust. 1 i 2 oraz terminów składania ofert zgodnie z art. 52 ust. 2;
2) jest obowiązany do prowadzenia postępowań z zachowaniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1;
3) może nie stosować przepisów, o których mowa w pkt. 1, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1 (uzasadniających zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia) i art. 67 ust. 1 (uzasadniających udzielenie zamówienia z wolnej ręki).

Koncesjonariusz nie będzie miał obowiązku stosowania PrZamPubl również wtedy, gdy **zamówienia udzielał będzie podmiotowi od siebie zależnemu oraz podmiotowi, z którym wspólnie ubiegał się o udzielenie koncesji** (zob. art. 131 ust. 3 PrZamPubl).

W związku z udzieloną koncesją na roboty budowlane, w celu jej realizacji, koncesjonariusz nierzadko zmuszony będzie udzielać dalszych zamówień. W praktyce bowiem, najczęściej koncesjonariuszem są spółki lub związki spółek (konsorcja) – operatorzy, które firmują całe przedsięwzięcie, zaciągają zobowiązania i finansują jego realizację. Natomiast faktyczne wykonanie robót budowlanych koncesjonariusz powierza osobom trzecim – zleceniobiorcom.

Udzielając związanych z koncesją zamówień koncesjonariusz będzie musiał stosować przepisy dyrektywy 2004/18. Zakres stosowania postanowień dyrektywy zależeć będzie od statusu prawnego koncesjonariusza. Jeżeli koncesjonariusz jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 (czyli zamawiającym, określonym w art. 3 ust. 1–3a i 5 PrZamPubl), stosuje on przepisy tejże w odniesieniu do robót budowlanych, w przypadku, gdy mają być one wykonane przez osoby trzecie[85]. **Na gruncie krajowych przepisów w tym zakresie oznaczać to będzie, że koncesjonariusz będący np. spółką komunalną zmuszony będzie stosować przepisy PrZamPubl w pełnym zakresie, wprost i bez wyjątków.**

Na koncesjonariusza, który nie jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 (a więc są co do zasady podmiotami prywatnymi), w związku z udzielaniem przezeń zamówień związanych z wykonaniem koncesji osobom trzecim, ustawodawca unijny nie nakłada tak rygorystycznych wymogów. Zgodnie z postanowieniami rozdziału III Dyrektywy 2004/18, nie jest on zobowiązany do stosowania wszystkich reguł prawa zamówień publicznych, a jedynie do stosowania przepisów określonych w art. 63–65 Dyrektywy 2004/18. Szczególne wymogi dotyczą zasad publikacji ogłoszeń oraz terminów. **Normy te będzie stosował koncesjonariusz do umów podwykonawstwa**, zawieranych z osobami trzecimi w celu realizacji robót budowlanych, będących przedmiotem koncesji. Można z tego wnioskować, że zlecanie dostaw lub usług nie będzie objęte obowiązkami przewidzianymi w art. 63–65 Dyrektywy 2004/18 i w tym zakresie koncesjonariusz będzie miał swobodę. Zwolnienie z obowiązku stosowania przepisów Dyrektywy 2004/18 dotyczyć będzie także zamówień na roboty budowlane poniżej kwoty progowej lub wyłączonych z zakresu przedmiotowego Dyrektywy 2004/18.

Koncesjonariusze ci, przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane, wynikających z wykonywania koncesji, zobowiązani są do stosowania niektórych przepisów PrZamPubl, wymienionych w art. 131 ust. 2, ale tylko wówczas, jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych będzie równa lub wyższa niż równowartość 4 845 000 euro. Koncesjonariusz, który uzy-

[85] art. 62 Dyrektywy 2004/18.

skał zamówienie będące koncesją, wykonując roboty budowlane składające się na przedmiot koncesji, nie będzie w ogóle stosował przepisów PrZamPubl, gdy do realizacji zamówienia nabywał będzie usługi lub dostawy, a także gdy zlecał będzie roboty budowlane, których wartość nie przekroczy równowartości w złotych kwoty 4 845 000 euro. Z powyższej interpretacji przepisu art. 131 ust. 2 PrZamPubl, zgodnej wszak z jego literalnym brzmieniem wynika, że przy wykonywaniu koncesji koncesjonariusz stosował będzie przepisy dotyczące ogłoszeń oraz terminów składania wniosków tylko w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane o znacznej wartości.

Odmienny pogląd wyrażają G. Wicik i P. Wiśniewski, zdaniem których przy zamówieniach na roboty budowlane związane z wykonaniem koncesji, udzielanych przez koncesjonariuszy, niebędących zamawiającymi w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1–3a i 5, których wartość jest niższa niż równowartość w złotych kwoty 4 845 000 euro, jak również w odniesieniu do zlecanych usług i dostaw, istnieje obowiązek odpowiedniego stosowania przepisów PrZamPubl, w szczególności w odniesieniu do zasad zamieszczania ogłoszeń oraz terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i terminów składania ofert[86].

Pogląd taki przeczy językowej wykładni przepisu art. 131 ust. 2, który wymieniony w nim obowiązki stosowania przepisów PrZamPubl przez koncesjonariuszy, którymi najczęściej będą przecież podmioty prywatne, każe traktować jako wyjątek od zasady nie stosowania przez te podmioty przepisów prawa zamówień publicznych i interpretować w sposób ścisły. Nie dopuszczalne jest zatem rozciąganie na podmioty niebędące zamawiającymi w zrozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1–3a i 5 jakichkolwiek przepisów PrZamPubl, jeżeli wartość zamówienia jest niższa niż równowartość w złotych kwoty 4 845 000 euro. Potwierdzeniem tej tezy jest interpretacja art. 63 ust. 1 dyrektywy 2004/18[87].

Wartość udzielanych zamówień na roboty budowlane powinna być przez koncesjonariusza każdorazowo precyzyjnie oszacowywana w oparciu o przepisy PrZamPubl[88]. Celem tego wymogu jest przede wszystkim ustalenie zakresu stosowania przepisów dotyczących publikacji ogłoszeń o postępowaniu. Koncesjonariusze przygotowujący inwestycje o wartości zbliżonej do kwoty progowej stosowania przepisów PrZamPubl (4 845 000 euro), będą zatem musieli opracować kosztorysy inwestorskie oraz programy funkcjonalno-użytkowe, zgodnie z art. 33 PrZamPubl. Ustalenie wartości zamówienia w ten sposób pozwoli koncesjonariuszowi ustalić, czy stosowanie przepisów o ogłoszeniach jest konieczne.

Jeżeli ustalona przez koncesjonariusza wartość zamówienia jest równa lub wyższa od kwoty progowej, jest on zobowiązany do stosowania przepisów PrZamPubl dotyczących ogłoszenia o zamówieniu, jak również określania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 49 ust. 1 i 2 oraz terminów składania ofert zgodnie z art. 52 ust. 2 PrZamPubl[89]. Za zbędne należy uznać odesłanie do art. 49 ust. 1, który dotyczy terminów obowiązujących przy udzielaniu zamówień o wartościach, do których nie znajdują zastosowania przepisy dyrektyw (poniżej równowartości w złotych kwoty 4 845 000 euro). Z samej treści ust. 2 art. 131 wynika przecież, że w przypadku takich zamówień koncesjonariusz nie jest zobowiązany do stosowania jakichkolwiek przepisów PrZamPubl.

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub wyższa niż równowartość w złotych kwoty 4 845 000 euro, koncesjonariusz będzie zobowiązany przekazać ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenie powinno zostać sporządzone zgodnie z formularzem standardowym 11: „Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienie udzielane przez kon-

---

[86] G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 594–596.

[87] A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. Zakamycze, Kraków 2006, s. 456–457.

[88] Art. 131 ust. 2 lit. b PrZamPubl.

cesjonariusza, który nie jest instytucją zamawiającą", stanowiącym załącznik XI do Rozporządzenia Komisji i Rady WE 1564/2005.

Przepis art. 131 ust. 2 nie przesądza, w jakim trybie powinny być udzielane zamówienia związane z wykonaniem koncesji. Uznać zatem należy, że koncesjonariusz ma swobodę wyboru jednego z trybów ustawowych: przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego. Stosując wybrany tryb może go modyfikować i dostosowywać do swoich potrzeb[90]. Ustawa pozwala koncesjonariuszowi na odstąpienie od ogłoszenia o zamówieniu, a w konsekwencji również zachowywania terminów oraz ustalania wartości zamówienia w oparciu o przepisy PrZamPubl, poprzez zastosowanie niekonkurencyjnych trybów negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki, w przypadku wystąpienia choćby jednej z ustawowych przesłanek ich zastosowania[91].

Jakkolwiek przepisy PrZamPubl umożliwiają koncesjonariuszowi swobodę modyfikacji uregulowanych w niej trybów udzielania zamówień, to swoboda ta będzie miała pewne granice. Art. 131 ust. 2 pkt. 1 lit. c (odsyłając do art. 49 ust. 2 PrZamPubl) przewiduje, że termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, jak również negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego (poprzez odpowiednie stosowanie przepisów o przetargu ograniczonym), nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu publikatorowi unijnemu drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w Dyrektywie, lub 37 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w inny sposób (np. pisemnie, faksem, mailem). Natomiast termin składania ofert w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenie do składania ofert[92].

Zdaniem autorów komentarza *Prawo zamówień publicznych*[93], art. 131 ust. 2 pkt. 1 lit. c *„wskazuje na brak możliwości skorzystania przez koncesjonariusza, w sposób odpowiedni, z przepisów o przetargu nieograniczonym przy udzielaniu zamówień"*. Ma to wynikać z tego, że przepis ten nie wyjaśnia, jaki termin powinien zachować koncesjonariusz na złożenie ofert, które nie będą poprzedzane wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w sytuacji, gdy udziela zamówienia w sposób zbliżony do przetargu nieograniczonego. Według odmiennego poglądu, wyrażonego przez G. Wicika i P. Wiśniewskiego, przepis art. 52 ust. 2 *„należy stosować per analogiam oraz odwołując się do wykładni prawno-wspólnotowej (patrz art. 65 Dyrektywy 2004/18)"*[94]. Tę ostatnią argumentację należy uznać za trafną, mając na względzie, że ustawodawca, w zakresie niesprzecznym z art. 131 ust. 2, pozwolił koncesjonariuszowi na dowolne kształtowanie procedury, w której udzielał będzie zamówień, nie wyłączając wprost możliwości skorzystania przezeń z procedury przetargu nieograniczonego. Dlatego w wyniku odpowiedniego zastosowania przepisu art. 52 ust. 2 należy przyjąć, że w procedurze przetargu nieograniczonego termin na składanie ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W świetle powyższego, nawet przy odpowiednim stosowaniu przepisów o przetargu nieograniczonym nie zachodzi możliwość skorzystania ze skrócenia terminu składania ofert (poniżej 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej).

Koncesjonariusz będzie miał również istotną swobodę ustalania kryteriów oceny ofert, oczywiście przy zachowaniu zasady obiektywności i równego traktowania. Przepisy państw

---

89 Art. 132 ust. 2 PrZamPubl.

90 Zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, *op. cit.,* s. 594–595.

91 Art. 131 ust. 3 PrZamPubl.

92 Zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, *op. cit.,* s. 595.

93 J. Baehr, T. Czajkowski (red.), W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. Urzędu Zamówień Publicznych, Warszawa 2008, s. 388.

członkowskich nie mogą bowiem w sposób generalny i abstrakcyjny na instytucje zamawiające, w tym koncesjonariuszy udzielających zamówień w przedmiocie wykonania koncesji, nakładać obowiązku stosowania wyłącznie jednego kryterium najniższej ceny przy udzielaniu zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego[95].

Koncesjonariusz jest zobowiązany do przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie wykonania koncesji na roboty budowlane z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równości traktowania wykonawców[96]. Oznacza to m.in. zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny, tj. preferujący określonych wykonawców lub oferowane przez nich produkty. Niedopuszczalne będzie również stosowanie warunków udziału w postępowaniu, powodujące bezpośrednią lub pośrednią dyskryminacje niektórych wykonawców[97].

Koncesjonariusz nie musi w ogóle stosować przepisów PrZamPubl, jeżeli udziela zamówień podmiotom będącym w stosunku do wykonawcy podmiotami dominującymi lub zależnymi w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, a także podmiotom, z którymi koncesjonariusz zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji[98]. Wydaje się, że status podmiotu należy oceniać na dzień udzielenia zamówienia, nie zaś na dzień udzielenia koncesji[99].

Zamówienia udzielane przez koncesjonariuszy – zakres udziału podwykonawców

Przepisy Dyrektywy 2004/18 regulują pewne zasady dotyczące udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu koncesji na roboty budowlane. W toku dookreślania elementów przyszłej umowy, zamawiający może zastrzec nałożenie na koncesjonariusza obowiązku udzielenia osobom trzecim zamówień, których wartość stanowi co najmniej 30% całkowitej wartości robót budowlanych, będących przedmiotem koncesji na roboty budowlane. Koncesjonariusz będzie miał wszelako zawsze możliwość zawarcia umów o podwykonawstwo powyżej 30% wartości robót budowlanych będących przedmiotem koncesji. Minimalny udział procentowy, jak również zastrzeżenie, zezwalające koncesjonariuszowi na zwiększenie tego udziału, powinny zostać określone w umowie koncesji. Zamawiający, udzielający koncesji na roboty budowlane może wymagać takiego zastrzeżenia w umowie, jeśli przykładowo zależy mu na promocji małych i średnich przedsiębiorstw, które mogłyby wykonywać prace zlecone podczas realizacji inwestycji[100].

Jak słusznie podkreśla dr Aleksandra Sołtysińska, *„skoro zamawiający może wymagać zaangażowania podwykonawców, oznacza to, że koncesjonariusz nie może nie wyrazić zgody na taki zapis w kontrakcie”*[101]. Instytucja zamawiająca może także wezwać kandydatów ubiegających się o koncesję, aby określili w swych ofertach procentowy udział robót, które ewentualnie zamierzając zlecić podwykonawcom. Udział procentowy powinien odnosić się do całkowitej wartości robót budowlanych, będących przedmiotem koncesji na roboty budowlane. W tym przypadku zamawiający nie ingeruje w zakres robót powierzanych podwykonawcom, a jedynie dokonuje oceny ofert. Konstrukcja przepisu pośrednio wskazuje, że zadeklarowany przez oferenta udział procentowy podwykonawców w realizacji

---

94 Zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, *op. cit*., s. 596.
95 Orzeczenie ETS w sprawie C-247/02 Sintesi SpA v. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici z dnia 7 października 2004 r.
96 Art. 131 ust. 2 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PrZamPubl.
97 Zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, *op. cit.,* s. 101–104.
98 Art. 131 ust. 3 PrZamPubl.
99 Zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, *op. cit.,* s. 598.

przedmiotu koncesji może stanowić jeden z warunków realizacji zamówienia, od którego zależeć będzie ocena oferty[102]. Żądanie takiej informacji może mieć dla zamawiającego znaczenie czysto organizacyjne i nie będzie miała ona wówczas znaczenia przy wyborze koncesjonariusza.

Uprawnione jest także stwierdzenie, że zamawiający może zawrzeć w umowie z koncesjonariuszem zastrzeżenie, że całość robót budowlanych, będących przedmiotem koncesji, ma być wykonana przez koncesjonariusza lub podmioty z nim powiązane. Zamawiający nie może jednak żądać od kandydatów czy koncesjonariusza, aby w ofercie lub umowie wskazany został konkretny podwykonawca lub podwykonawcy. Wynika to z tego, że koncesjonariusz udzielając zamówień na roboty budowlane, zobowiązany jest postępować zgodnie z odpowiednimi przepisami dyrektywy 2004/18 (art. 62–65), w związku z czym nie może z góry przewidzieć, komu powierzy wykonanie prac. Przedmiotem umów z podwykonawcami może być nie tylko wykonanie robót budowlanych, ale również inne kontrakty (np. świadczenie usług, zarządzanie pracami itp.) udzielane w związku z realizacji przedmiotu koncesji[103].

Polski ustawodawca nie implementował wprost art. 60 Dyrektywy 2004/18, określającego szczególne zasady podwykonawstwa. Wynikać to może z semiiperatywnego charakteru tego przepisu. Echa tego przepisu można doszukać się w art. 22 ust. 2 pkt. 3 KoncRobBudU, zgodnie z którym warunki dopuszczalności podwykonawstwa mogą być jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji. Ustawa przy tym w ogóle nie wskazuje o jakie warunki dopuszczalności podwykonawstwa może chodzić. Bez żadnej szkody dla stosowania KoncRobBudU można przyjąć, że powyżej przedstawione zasady wynikające z art. 60 Dyrektywy 2004/18 znajdą pełne zastosowanie.

Zakres udziału podwykonawców koncesjodawca będzie mógł określić w sekcji II pkt. 2.2. standardowego formularza ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane.

Zamówienia udzielane przez partnera prywatnego – czy należy stosować PrZamPubl?

Obowiązek stosowania przepisów PrZamPubl w określonym zakresie przez koncesjonariuszy zlecających wykonanie robót budowlanych wynika wprost z przepisów prawa Unii Europejskiej. Wymogowi temu czyni zadość art. 131 PrZamPubl. Na tym tle dotychczas rodziła się wątpliwość, czy temu samemu obowiązkowi podlegać będą partnerzy prywatni. Jak to zostało już wskazane w rozdziale 4.4.1. niniejszego opracowania, wątpliwości te rozwiał ustawodawca nowelizując art. 4 ust. 1 PartPublPrywU i rozciągając obowiązek odpowiedniego stosowania do PPP przepisów KoncRobBudU w zakresie umów, tj. rozdziału 3, w którym znajduje się art. 26. Brak wyłączenia tego przepisu pozwala stwierdzić, że znajdzie on odpowiednie zastosowanie do umów podwykonawstwa zawieranych przez partnera prywatnego wybranego w trybie KoncRobBudU.

4.8. Zarządzanie kontraktem PPP. Monitoring, nadzór, kontrola

4.8.1. Wyznaczenie menadżera projektu

Gdy kontrakt konstruujący współpracę jest już podpisany, przed grupą roboczą pracującą nad wdrożeniem danego PPP stoi jeszcze ostatnie zadanie, jakim jest **wyznaczenie mene-**

---

[100] Por. P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa–Katowice 2006 s. 29.
[101] A. Sołtysińska, *op. cit.*, s. 448.
[102] Tamże, s. 448.
[103] Tamże, s. 448–449.

dżera zajmującego się zarządzaniem kontraktem i jego realizacją. Menedżer wyznaczony przez stronę publiczną powinien **posiadać odpowiedni zakres kompetencji** oraz **doświadczenie** umożliwiające mu kompetentne sprawowanie funkcji szczególnie przydatnych przy analizowaniu informacji dostarczanych przez partnera prywatnego, i to w trakcie całej współpracy (najlepiej jeśli ma zastępcę, który w razie potrzeby może przejąć jego obowiązki).

Jeśli menedżer nie jest wyznaczony z należytą starannością, może okazać się, iż partner prywatny będzie próbował wyzyskać jego niekompetencję, nie dotrzymując swych zobowiązań, a zacieranie zakresu odpowiedzialności spowoduje, iż proces wymknie się spod kontroli władz publicznych.

Rola menedżera umowy polega na:

- stałym monitoringu zachowań partnera prywatnego,
- zabezpieczeniu stosownego, regularnego i sformalizowanego mechanizmu raportowania oraz
- analizowaniu informacji pozyskiwanych ze źródeł zewnętrznych w celu śledzenia postępów w realizacji umowy.

Do bieżących jego zadań zalicza się również podtrzymywanie relacji z konsumentami usług świadczonych w ramach PPP.

4.8.2. Monitoring postępowania partnera prywatnego

Monitoring realizacji działań objętych współpracą obejmuje realizację wielu istotnych zadań, znajdujących swe odzwierciedlenie w zapisach kontraktu ustanawiającego PPP, obejmujących m.in.:

1) **przegląd i analizę odpowiednich wskaźników**, jakie spełniać ma partner prywatny zgodnie z warunkami współpracy, szczególnie w zakresie utrzymania wykorzystywanej przez niego infrastruktury;
2) **przegląd mechanizmów kontroli i zapewnienia odpowiedniej jakości usług świadczonych w ramach współpracy**, służący upewnieniu się co do tego, że cały proces przebiega zgodnie z przyjętymi założeniami, a nadzór nad ustalonymi standardami jest efektywny;
3) **stworzenie mechanizmów**, dzięki którym podmiot publiczny może sprawdzić, czy bieżący monitoring stosowany przez jej partnera jest sprawny i spełnia swoje zadania;
4) **zagwarantowanie odpowiedniego standardu technicznego** urządzeń wykorzystywanych w ramach pomiarów składających się na powyższe działania.

Menedżer kontraktu odpowiada w szczególności za: **ustalenie wskaźników** oceny zachowań partnera prywatnego, zgodnie z ustalonymi kryteriami, a następnie czuwanie nad ich przestrzeganiem. Monitoring prowadzony jest pod kątem:

- oszczędności,
- wydajności i efektywności działań podejmowanych w ramach PPP,
- jakości usług,
- rezultatów finansowych współpracy, przy uwzględnieniu stopnia satysfakcji konsumentów.

Pomocne dla obu stron może być spotkanie (po podpisaniu umowy) służące ustaleniu wskaźników oceny, które powinno być skupione raczej na uzyskiwanych rezultatach niż ponoszonych nakładach (jak to się dzieje w planowaniu budżetowym). Do dokonywania ocen można stosować metody opierające się na ustanowionych uprzednio parametrach, benchmarkingu, weryfikacji osiągania założonych celów czy określeniu ram maksimum/minimum.

Istotne jest, aby partner prywatny dostarczał stronie publicznej comiesięczne, sformalizowane w treści i formie **raporty**. Podobnie w cyklu kwartalnym i rocznym. Raporty roczne powinny być **przedkładane radzie miejskiej oraz opinii publicznej**.

Na poprawnie skonstruowany system raportowania składają się:

- szczegóły prac, z określeniem ich dat, oraz
- porównanie zakresu, w jakim podjęte działania spełniają standardy wymagane prawem (umową) w porównaniu do analogicznych działań podejmowanych przed nawiązaniem partnerstwa.

Jeśli system wynagradzania partnera prywatnego opiera się na płatnościach strony publicznej, może ona wymagać częstszych sprawozdań sporządzanych przez audytorów zewnętrznych. System wymiany informacji powinien obejmować również dostarczanie stronie publicznej prognoz dotyczących realizacji kontraktu na przyszłe okresy, opisów problemów, jakie pojawiają się w trakcie realizacji postanowień kontraktu, oraz propozycje (opis) stosownych rozwiązań, również ze wskazaniem pożądanych zmian w zapisach umowy (jeśli mogą ułatwić współpracę).

4.8.3. Monitoring jakości

W przypadku przedsięwzięć typu PPP odpowiedzialność za bieżący monitoring jakości świadczonych usług spoczywać będzie, podobnie jak ich świadczenie, na stronie prywatnej. Zadanie władz publicznych występujących jako partner publiczny ograniczać się będzie do analizy danych dostarczanych przez partnera prywatnego pod kątem ich prawdziwości i zgodności z przyjętymi standardami. Władze publiczne będą zatem musiały przeprowadzać wiele kontroli stałych i losowych.

Władze publiczne powinny skupić się przede wszystkim na **kontroli końcowego produktu** pracy strony prywatnej, tak aby była ona zgodna z przyjętymi założeniami. Dobrym rozwiązaniem dla władz publicznych jest **stałe utrzymywanie eksperta technicznego**, śledzącego poczynania partnera prywatnego na każdym etapie realizacji przedsięwzięcia: od jego projektowania przez prace konstrukcyjne aż po proces eksploatacji skonstruowanych urządzeń.

4.8.4. Rozstrzyganie sporów

Kontrakt, na podstawie którego przebiega współpraca, powinien szczegółowo określać procedury rozwiązywania konfliktów w sposób pozwalający na uniknięcie ewentualnych sporów sądowych.

Na gruncie praktyki wykształciło się wiele metod rozwiązywania konfliktowych sytuacji między stronami PPP, w tym negocjacje, doradztwo, w trakcie którego zewnętrzni eksperci badają zaistniałe fakty, oraz mediacja i arbitraż. Rozważając, jaką metodę rozstrzygania sporów wybrać przy okazji danego konfliktu, należy wziąć pod uwagę naturę owego sporu, relacje między partnerami, delikatność zagadnień, jakich spór dotyczy, oraz koszty, jakie pociąga za sobą jej zastosowanie.

4.8.5. Przejęcie obowiązków partnera prywatnego

Zamiast wszczynania sporów sądowych na tle niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków spoczywających na partnerze prywatnym, podmiotowi publicznemu, chroniącemu interes społeczny, bardziej opłaci się przejąć od partnera prywatnego powierzone mu zadania i rozwiązać nierokującą szans na powodzenie współpracę. Przesłanki skorzysta-

nia z klauzuli przejęcia roli partnera prywatnego powinny być określone jasno i precyzyjnie. W szczególności powinny być powiązane z przekonaniem partnerów co do tego, że:

- dalsza współpraca nie jest możliwa, ze złą sytuacją finansową partnera prywatnego lub ustaleniem, że
- cel lub określona faza partnerstwa jest niemożliwa do realizacji lub też dalsza współpraca staje się nierealistyczna lub bezprzedmiotowa.

Władze samorządowe powinny mieć zatem opracowany mechanizm oceny kosztów skorzystania z klauzuli przejęcia roli partnera prywatnego oraz plan przejęcia jego zadań w sposób najmniej odczuwalny dla społeczeństwa.

4.8.6. Rozwiązanie kontraktu

Rozwiązanie partnerstwa jest formalnym, prawnym procesem, który musi przebiegać na mocy postanowień kontraktowych oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Dlatego też przejęcie zadań przez podmiot publiczny (po zakończeniu zadań lub wcześniejsze) powinno być zaplanowane w kontrakcie ustanawiającym partnerstwo. Uregulowane powinny być przede wszystkim zagadnienia dotyczące:

- metody alokacji zysków lub strat, jakie pojawiły się w trakcie i w wyniku partnerstwa,
- ewentualnej spłaty zainwestowanego kapitału i rozdysponowanie aktywów stosownie do wcześniejszych ustaleń i wymogów prawa (PPP to nie prywatyzacja!).

Zadaniem strony publicznej jest w szczególności opracowanie takich zasad zwrotu wykorzystywanego w partnerstwie majątku, które zagwarantują możliwość jego dalszej eksploatacji. Może się zdarzyć, że przy okazji wygaśnięcia PPP trzeba będzie ustalić zasady spłaty zobowiązań powstałych w trakcie współpracy, niezależnie od woli stron, z ich winy (odpowiedzialność odszkodowawcza) lub na skutek zmian prawa (np. w zakresie ochrony środowiska czy prawa podatkowego).

Ostatecznym elementem zakończenia współpracy powinna być **ewaluacja partnera** (i samego partnerstwa). Audyt tego rodzaju powinien uwzględniać:

- oszacowanie zdolności partnera prywatnego do podjęcia współpracy w przyszłości,
- wskazywać zakres niezbędnych działań, jakie powinny być podjęte, zanim nawiąże się następne PPP,
- oraz wskazywać przeszkody w tego typu współpracy.

Ponadto omawiana analiza powinna uwzględnić zmiany zachodzące w trakcie współpracy w zakresie jakości świadczonych usług. W myśl zaleceń dotyczących najlepszych praktyk PPP ocena zamykanego partnerstwa powinna być dokonywana w odniesieniu do pierwotnych dokumentów przetargowych. Zamykać ją powinno sformułowanie stosownych rekomendacji dotyczących przyszłych projektów PPP.

Raport opracowany na podstawie audytu powinien zawierać:

- porównanie pierwotnie sporządzonego harmonogramu działań podejmowanych w trakcie współpracy z działaniami faktycznie podjętymi oraz
- raport na temat dokonanych inspekcji, zewnętrznych ewaluacji oraz zgłaszanych skarg. Uwzględniać także powinien analizę informacji dotyczących okoliczności, jakie miały wpływ na zmianę w jakości usług i w harmonogramie ich świadczenia, określonym pierwotnie w kontrakcie.

W omawianym dokumencie należy uwzględnić:

- **<u>poglądy urzędników wyższego szczebla na temat odstępstw od zapisów kontraktu</u>** oraz
- **analizę** funkcjonowania mechanizmów pozwalających na sygnalizowanie zadowolenia lub niezadowolenia konsumentów-mieszkańców z poziomu świadczonych usług.

Raport może zamykać **diagnoza oczekiwań i przyszłych** potrzeb związanych z zadaniami realizowanymi w ramach PPP oraz lista kontaktowa obejmująca osoby zaangażowane w PPP oraz ich rolę w zrealizowanym przedsięwzięciu.

V. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów

Ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi, zmieniając przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, z późn. zm.) – DyscFinPublU, wprowadziła **nowe kategorie czynów**, stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych – d.f.p. Określone rodzaje zaniedbań w zadośćuczynieniu wymogom formalnym ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi podlegać będą ocenie z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych. Odpowiedzialność prawną ponosić będą kierownicy jednostek sektora finansów publicznych, pracownicy tychże, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych oraz przepisach KoncRobBudU, jak również osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczonym do sektora finansów publicznych.

Odpowiedzialność na tych samych zasadach dotyczyć będzie zarówno przypadków niezgodnego z prawem prowadzenia procedury wyboru koncesjonariusza, jak również sprzecznego z KoncRobBudU wyboru partnera prywatnego.

Ten sam zakres odpowiedzialności dotyczył będzie podmiotów ściśle publicznych (np. jednostek samorządu terytorialnego, czy organów administracji rządowej), jak również działających na zasadach rynkowych, o ile tylko mieszczą się w statusie podmiotu prawa publicznego, zobowiązanego do stosowania KoncRobBudU

Ustawodawca wyróżnił następujące czyny, będące wprost naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, obejmujące **zawarcie umowy koncesji** (art. 17a ust. 1 DyscFinPublU):

1) z koncesjonariuszem, który nie został wybrany zgodnie z przepisami o koncesji na roboty budowlane lub usługi;
2) z naruszeniem przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi dotyczących obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji;
3) której przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji;
4) z innym, niż wymienione w pkt. 1–3, naruszeniem przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku zawarcia umowy o charakterze koncesji bez zastosowania przepisów KoncRobBudU potwierdza prawny wymóg stosowania przepisów ustawy o koncesjach w każdym przypadku, gdy struktura projektu odpowiada definicji koncesji z art. 1 ust. 2 pkt. 1 i 2 w zw. z ust. 3). Ustawa o koncesjach reguluje konkurencyjną i przejrzystą procedurę wyboru wykonawcy, która chroni interes publiczny, a także zapewnia równy dostęp do koncesji wszystkim potencjalnie zainteresowanym podmiotom. Pominięcie jej przepisów przy zawieraniu umowy koncesji może godzić w oba dobra. Brak zastosowania KoncRobBudU do wyboru koncesjonariusza nie zawsze jednak musi się wiązać się z rażącym naruszeniem d.f.p. W konkretnym przypadku może się zdarzyć, że koncesjodawca, w wyniku braku zachowania należytej staranności zawrze w trybie przepisów o zamówieniach publicznych umowę, która ma charakter koncesji (np. umowę o świadczenie kompleksowych usług, polegających na modernizacji i utrzymaniu systemu miejskich latarni w wariancie finansowania z oszczędności – *ESCO*). W takiej sytuacji nie będzie można mówić o istotnym naruszeniu d.f.p., jeżeli wykonawca zostanie wybrany w procedurze co najmniej tak konkurencyjnej, jak

przewidziana w ustawie o koncesjach. Z formalnego punktu widzenia zaistniałoby naruszenie d.f.p., ale niepowodujące żadnej szkody dla interesu publicznego lub prywatnego. Ewidentnym natomiast naruszeniem normy opisanej w art. 17a ust. 1 pkt. 1 DyscFinPublU byłby wybór koncesjonariusza w trybie np. negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki.

Naruszeniem d.f.p. będą także uchybienia przeciwko procedurze wyboru koncesjonariusza, dotyczące zasad zamieszczania ogłoszeń, opisu przedmiotu koncesji i warunków jej wykonywania. Również inne czyny, o ile tylko miały wpływ na wynik postępowania, będą naruszeniem d.f.p. Podlegać one będą wnikliwej ocenie skutków na przebieg i rozstrzygnięcie postępowania.

Ponadto, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy koncesji (art. 17a ust. 2 DyscFinPublU):

1) bez zachowania formy pisemnej;
2) z pominięciem terminu, w jakim może ona być zawarta, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o koncesji na roboty budowlane lub usługi;
3) na czas dłuższy niż określony w przepisach o koncesji na roboty budowlane lub usługi, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o koncesji na roboty budowlane lub usługi;
4) przed ogłoszeniem orzeczenia przez wojewódzki sąd administracyjny w sprawie skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem przypadku dopuszczonego w przepisach o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Ustawodawca obejmuje odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchybienia prawnie wymaganej formie umowy koncesji (pisemnej *ad solemnitatem*). Forma pisemna będzie zachowana, jeżeli na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli składający to oświadczenie złoży własnoręczny podpis.

Naruszeniem d.f.p. będzie również zawarcie umowy koncesji przed upływem terminu, określonego w art. 21 ust. 1 KoncRobBudU, jak również zawarcie umowy na czas dłuższy, niż dopuszczony przez ustawodawcę (art. 24 ust. 1 KoncRobBudU), jeżeli czas zwrotu poniesionych nakładów nie będzie uzasadniał terminów dłuższych.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będzie również (art. 17a ust. 3–5 DyscFinPublU):

1) odwołanie postępowania o zawarcie umowy koncesji z naruszeniem przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi;
2) zmiana umowy koncesji z naruszeniem przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi;
3) dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych, w określonych sytuacjach, do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej.

Odpowiedzialność za naruszenie przepisów PrZamPubl – niewłaściwe określenie wynagrodzenia partnera (koncesjonariusza)

W przypadku, gdyby doszło do zawarcia umowy koncesji z zainteresowanym podmiotem wyłonionym w trybie przepisów ustawy o koncesjach, a w rzeczywistości nie istniałyby przesłanki uzasadniające zawarcie umowy koncesji, zwłaszcza przesłanka dotycząca przeniesienia zasadniczej części ryzyka na koncesjonariusza, przez takie działanie udzielający zamówienia naruszyłby przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych. W takim bowiem przypadku udzielający zamówienia byłby zobligowany do stosowania przepisów tej ustawy. Zgodnie z przepisami PrZamPubl (art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. c.), kto udziela zamówienia bez stosowania ustawy, podlega karze pieniężnej.

Gdyby doszło do zawarcia umowy PPP w trybie przepisów KoncRobBudU, a brakowałoby przesłanek zastosowania tej procedury, w szczególności umowa zakładałaby sfinansowanie całości lub zasadniczej części wynagrodzenia partnera z zapłaty sumy pieniężnej, sytuacja spełniałaby przesłanki naruszenia przepisów PrZamPubl

Brak zastosowania przepisów PrZamPubl obok skutku w postaci kary nałożonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, skutkować może odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (d.f.p.). Jeżeli zamawiający, na którym ciążył obowiązek zastosowania PrZamPubl (a obowiązek taki zawsze istniał będzie w przypadku zawarcia umowy koncesji przy braku przesłanek do tego) udzielił zamówienia bez zastosowania przepisów zamówieniowych, jego czyn, zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt. 1 DyscFinPublU stanowił będzie naruszenie d.f.p. Odpowiedzialność z tytułu naruszenie dyscypliny finansów publicznych spoczywać będzie zarówno na osobie prowadzącej postępowanie, jak i na kierowniku zamawiającego.

W przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie przepisów **prawa zamówień publicznych** naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będą kategorię czynów określone w art. 17 DyscFinPublU Katalog tych czynów jest częściowo zbieżny z katalogiem „naruszeń" typowych dla koncesji, a ponadto obejmuje dodatkowe kategorie czynów, specyficzne dla procedury zawierania umowy o zamówienie publiczne. Przepisy PartPublPrywU nie wprowadzają w tym zakresie żadnej modyfikacji.

VI. PPP i koncesje a różne aspekty prawno-finansowe

6.1. Wpływ umów o PPP i koncesji na wielkość długu publicznego

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym zawiera mechanizmy kontroli długu publicznego, szczególnie istotne z punktu widzenia maksymalnych dopuszczalnych wielości długu publicznego i deficytu budżetowego. Mechanizmami tymi będą: limity wielkości długu zaciągniętego w danym roku z tytułu umów o PPP, a także obowiązek uzyskania zgody ministra ds. finansów publicznych na zawarcie określonych umów o PPP.

Podstawowym instrumentem kontroli wielkości długu związanego z PPP jest wymóg corocznego określania w ustawie budżetowej **łącznej kwoty, do wysokości której organy administracji rządowej mogą w danym roku zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym.** Językowa wykładnia przepisu art. 17 ust. 1 wskazuje, że z obowiązku ustalania takich limitów *a contrario* zwolnione są inne, niż organy administracji rządowej podmioty publiczne (definicja „administracji rządowej" na gruncie PPP opisana została w rozdziale 3.3.). Nie oznacza to jednak, że np. jednostki samorządu terytorialnego nie będą miały obowiązku ujmować umów o PPP w swoich budżetach. Zgodnie z art. 166a FinPublU uchwała budżetowa JST zawiera, w formie załącznika, wykaz obowiązujących umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, obejmujący m.in.: łączną kwotę wydatków na wykonanie umowy, w tym łączną kwotę wydatków budżetu oraz łączną kwotę wydatków w poszczególnych latach.

Zobowiązania finansowe związane z PPP oznaczają zobowiązania podmiotu do wydania aktywów finansowych albo do wymiany instrumentu finansowego z innym podmiotem, na niekorzystnych warunkach. Będą to np. zobowiązania z tytułu wyemitowanych papierów wartościowych, płatności, będącej częścią wynagrodzenia partnera, opłat typu *shadow tolls*.

Ustawa budżetowa określa górną kwotę łącznych zobowiązań administracji rządowej w danym roku, zaciągniętych w związku z PPP, jak również obejmuje wydatki na spłatę już istniejących zobowiązań z umów PPP. Dla przykładu, ustawa budżetowa na rok 2010 z dnia z dnia 18 grudnia 2009 r. ustala łączną kwotę, do wysokości której organy administracji rządo-

wej mogą zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym – w wysokości 1 000 000 tys. zł (art. 38).

Drugim mechanizmem kontroli wpływu przedsięwzięć PPP na poziom długu publicznego jest **obowiązek notyfikowania i uzyskania zgody** ministra właściwego ds. finansów publicznych na zawarcie niektórych umów o PPP (art. 18 PartPublPrywU). Zgody ministra finansów publicznych wymagać będzie sfinansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100 000 000 zł. Jeżeli kwota współfinansowania przedsięwzięcia partnerskiego będzie niższa niż ustawowy pułap, obowiązek ów nie powstanie. Nie będzie podlegało obowiązkowi notyfikacji przedsięwzięcie, którego łączna wartość nawet znaczenie przekracza kwotę 100 000 000 zł, jeżeli środki te pochodzić będą od partnera prywatnego lub jednostki sektora finansów publicznych, a wielkość środków z budżetu państwa będzie niższa, niż 100 mln zł. Jest to istotna różnica w stosunku do PartPublPrywU2005, która obowiązkiem uzyskania zgody ministra finansów obejmowała wszystkie przedsięwzięcia PPP, choćby w minimalnym stopniu przewidujące udział środków publicznych.

Minister właściwy do spraw finansów publicznych wydaje zgodę albo odmawia wydania zgody w terminie 6 tygodni od dnia otrzymania wniosku. Udzielając zgody minister uwzględnia wpływ planowanych wydatków z budżetu państwa na bezpieczeństwo finansów publicznych. Wniosek o wydanie zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych powinien zawierać:

1) określenie podmiotu publicznego;
2) określenie planowanego przedsięwzięcia;
3) przewidywaną wysokość środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia.

Merytoryczna wartość przedsięwzięcia nie będzie przedmiotem oceny. Minister niebędzie również badał legalności i celowości przedsięwzięcia. Zgoda i odmowa zgody nie są decyzją administracyjną, co oznacza brak możliwości odwołania się. Podmiot publiczny może jednak złożyć kolejny wniosek o wydanie zgody, na realizację tego samego przedsięwzięcia, ale tylko w przypadku zmiany danych, dotyczących przewidywanej wysokości środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia.

Brak złożenia wniosku, w przypadku gdy istnieje taka konieczność, skutkował będzie sankcją nieważności umowy zawartej bez zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych. Ten sam skutek będzie miało zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym mimo sprzeciwu ministra.

Zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych nie będzie wymagało wykorzystanie środków przeznaczonych na finansowanie programów operacyjnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. Nr 227, poz. 1658 oraz z 2007 r. Nr 140, poz. 984).

Badanie planowanego partnerstwa publiczno-prywatnego pod kątem jego wpływu na stan finansów publicznych uzasadniony jest koniecznością przestrzegania ustawowych wymogów dotyczących dopuszczalnego poziomu długu publicznego oraz wysokości deficytu budżetowego, określonych w ustawie o finansach publicznych. Ponadto, jako członek Unii Europejskiej Polska zobowiązana jest przestrzegać unijnych reguł dotyczących dopuszczalnych limitów zadłużeniowych. Z punktu widzenia prawa UE w zakresie długu publicznego i deficytu sektora publicznego najistotniejsze znaczenie mają postanowienia Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dawniej Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską dotyczące kryteriów konwergencji finansowej państw członkowskich. Artykuł 104c TFUE nakłada na państwa członkowskie generalnie określony obowiązek unikania nadmiernych deficytów budżetowych. W świetle załączonego do traktatu protokołu dotyczącego procedur stosowanych w przypadku wystąpienia „nadmiernego" deficytu, stosunek długu publicznego do produktu

krajowego brutto nie powinien przekraczać 60%, zaś stosunek deficytu sektora publicznego do PKB – 3%.

Precyzyjną interpretację pojęcia długu w stosunku do przedsięwzięć o charakterze PPP zawiera **Decyzja Eurostatu 18/2004**. Zgodnie z nią aktywa zaangażowane w PPP powinny być klasyfikowane jako aktywa nienależące do sektora publicznego (czyli nieodzwierciedlone w bilansie tego sektora) jeżeli spełnione są dwa warunki:

1) partner prywatny ponosi ryzyko związane z budową;

2) partner prywatny ponosi ryzyko dostępności lub ryzyko popytu.

Jeśli ryzyko budowlane jest ponoszone przez podmiot publiczny lub, jeśli jest to jedyny rodzaj ryzyka ponoszonego przez partnera prywatnego – aktywa zaangażowane w PPP są klasyfikowane jako aktywa sektora publicznego. Oznacza to, że wydatki związane z tworzeniem tych aktywów będą ujęte w ewidencji, jako wydatki sektora publicznego, tzn. będą ujemnie wpływać na wynik sektora (powiększać deficyt lub pomniejszać nadwyżkę). Ponadto dług publiczny wzrośnie o taką samą kwotę.

Według decyzji Eurostatu, dla oceny PPP z punktu widzenia długu publicznego kluczowe znaczenie mają trzy grupy ryzyka: ryzyko budowlane, ryzyko dostępności oraz ryzyko popytu. Definicje tych ryzyk będą analogiczne do odpowiednich rodzajów ryzyk określonych w rozdziale 4.3.4. niniejszego poradnika. Eurostat tworzy szereg domniemań dotyczących poszczególnych kategorii ryzyka:

a) **ryzyko budowlane** – jeśli podmiot publiczny zobowiązany jest do regularnych płatności na rzecz partnera prywatnego bez względu na zaistnienie przesłanek wystąpienia ryzyka, świadczy to o tym, że podmiot publiczny ponosi większą cześć ryzyka budowlanego;

b) **ryzyko dostępności** – jeśli w przypadku zaistnienia okoliczności, aktualizujących ryzyko, podmiot publiczny jest uprawniony do znaczącego obniżenia wysokości okresowych płatności na rzecz partnera prywatnego – podobnie jak zwykły odbiorca usług świadczonych na podstawie umowy – należy uznać, że większą część ryzyka dostępności ponosi partner prywatny.

c) **ryzyko popytu** – podmiot publiczny ponosi ryzyko popytu, jeśli jego zobowiązanie do płatności okresowych jest niezależne od poziomu zapotrzebowania na usługi oraz od wpływu wahań popytu na rentowność partnera prywatnego przy założeniu, że wahania te są następstwem działań partnera prywatnego, a nie okoliczności zewnętrznych albo działań podmiotu publicznego.

W przypadkach gdy analiza ryzyka nie prowadzi do jednoznacznych konkluzji, Eurostat zaleca stosowanie dodatkowych kryteriów, na przykład:

- statusu partnera prywatnego,
- znaczenia środków finansowych zapewnianych przez podmiot publiczny,
- zakresu gwarancji rządowych,
- statusu własnościowego aktywów po zakończeniu realizacji PPP (zob. szerzej na ten temat: Komentarz do ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U.05.169.1420), [w:] M. Bitner, A. Kozłowska, M. Kulesza, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2006, s. 40).

6.2. Prawno-podatkowe aspekty umów o PPP i koncesji

Okoliczność nieodpłatnego przenoszenia składników majątkowych między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym, a także cała gama różnego rodzaju przepływów pieniężnych w ramach skomplikowanych przedsięwzięć partnerskich wymaga odpowiedniej regulacji

na gruncie ustawodawstwa podatkowego. Ustawodawca utrzymał szereg przywilejów podatkowych dla kontraktów PPP, które wprowadził w 2005 r. wraz z wejściem w życie PartPublPrywU2005.

6.2.1. PPP a podatek dochodowy od osób fizycznych (PIT)

W celu zapewnienia maksymalnej neutralności podatkowej świadczeń, które wynikają z umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, PartPublPrywU utrzymuje preferencyjne zasady opodatkowania uczestników tego typu przedsięwzięć. W świetle tych przepisów wkład własny podmiotu publicznego w realizację przedsięwzięcia, otrzymany przez partnera prywatnego i przeznaczony na cele określone w umowie o PPP, będzie **wolny od podatku** dochodowego.

Zwolnieniu nie podlegają jednak środki stanowiące zwrot wydatków poniesionych na realizację zadania publicznego lub przedsięwzięcia będącego przedmiotem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym przez partnera prywatnego lub za jego pośrednictwem oraz środki przeznaczone na nabycie udziałów lub akcji w spółce handlowej. Dla partnera prywatnego określonego w umowie o PPP, w przypadku nieodpłatnego przeniesienia na rzecz podmiotu publicznego lub państwowej lub samorządowej osoby prawnej lub spółki handlowej z co najmniej większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa, własności środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych w terminie określonym w tej umowie, **kosztem uzyskania przychodu** jest wartość początkowa tych środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych, pomniejszona o sumę odpisów amortyzacyjnych, o których mowa w art. 22h ust. 1 pkt. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

6.2.2. PPP a podatek dochodowy od osób prawnych (CIT)

Przychodem, w rozumieniu przepisów ustawy o CIT, nie będą: wartości nieodpłatnie otrzymanych rzeczy lub praw, będących przedmiotem umowy o PPP, przekazanych podmiotowi publicznemu lub państwowej lub samorządowej osobie prawnej lub spółce handlowej z co najmniej większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa, przez partnera prywatnego lub spółkę celową; nominalna wartości udziałów (akcji) objętych w zamian za wkład niepieniężny, którego przedmiotem są środki trwałe lub wartości niematerialne i prawne, o których mowa w art. 16a–16c ustawy o CIT, wniesiony przez podmiot publiczny do spółki celowej.

W przypadku odpłatnego zbycia udziałów (akcji) w spółce objętych w zamian za wkład niepieniężny, na dzień zbycia tych udziałów (akcji), wkładów, **koszt uzyskania przychodów** ustala się w wysokości: wartości początkowej składnika majątkowego, będącego przedmiotem wkładu własnego, zaktualizowanej zgodnie z odrębnymi przepisami, pomniejszonej o dokonaną przed wniesieniem tego wkładu sumę odpisów amortyzacyjnych, o których mowa w art. 16h ust. 1 pkt 1 Ustawy o CIT, a w przypadku wniesienia gruntów lub prawa wieczystego użytkowania gruntów wartości równej wydatkom poniesionym na ich nabycie. Dla partnera prywatnego lub spółki celowej, określonych w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym, w przypadku *nieodpłatnego* przeniesienia na rzecz podmiotu publicznego lub państwowej lub samorządowej osobie prawnej lub spółce handlowej z co najmniej większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa, własności środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych w terminie określonym w tej umowie, **kosztem uzyskania przychodu** jest wartość początkowa tych środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych, pomniejszona o sumę odpisów amortyzacyjnych, o których mowa w art. 16h ust. 1 pkt 1 Ustawy o CIT.

Wolny od podatku CIT będzie wkład własny, otrzymany przez partnera prywatnego lub spółkę celową i przeznaczony na cele określone w umowie o PPP. Jednakże **nie będą podlegać zwolnieniu** środki stanowiące zwrot wydatków poniesionych na realizację zadania publicznego lub przedsięwzięcia będącego przedmiotem umowy o PPP przez partnera prywatnego lub za jego pośrednictwem oraz środki przeznaczone na nabycie udziałów lub akcji w spółce handlowej.

Niestety, przepisy prawa podatkowego **uniemożliwiają partnerowi prywatnemu rozliczenie straty podatkowej w okresie dłuższym niż 5 lat od jej wykazania**. Specyfika przedsięwzięć inwestycyjnych w ramach PPP polega często na wysokich nakładach na pierwszym etapie realizacji przedsięwzięcia. Przychody odpowiadające powyższym kosztom pojawiać się będą często dopiero po wielu latach. Oznacza to, że w znacznej liczbie przypadków nie będzie możliwe rozliczenie przez partnera prywatnego kosztów poniesionych w fazie konstrukcyjnej jako kosztów podatkowych.

6.2.3. PPP (koncesje) a podatek od towarów i usług (VAT)

Wbrew oczekiwaniom rynku i doktryny przedmiotu, **przedsięwzięcia PPP co do zasady nie będą neutralne w zakresie podatku VAT**. Wniesienie wkładu własnego przez podmiot publiczny, jak również przekazanie wkłady własnego podmiotowi publicznemu po zakończeniu współpracy w ramach PPP podlegać będzie opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. W procesie przygotowywania przedsięwzięcia partnerskiego podmioty publiczne będą zwykle ponosić wydatki z przygotowaniem analiz wewnętrznych, dokumentacji transakcji oraz procedury wyboru wykonawcy. Czynności świadczone przez usługodawców na rzecz podmiotu publicznego na tym etapie podlegać będą opodatkowaniu podatkiem VAT. Jako że przeważająca część podmiotów publicznych nie jest podatnikami VAT oraz świadczy usługi z VAT zwolnione, nie będzie przysługiwała im możliwość odliczenia podatku VAT naliczonego związanego z realizacją przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego. Możliwość taka będzie mogła zaistnieć w sytuacji inwestycji za pośrednictwem spółki komunalnej. W przypadku, gdy wkład własny podmiotu publicznego przyjmie postać wydatków na realizację przedsięwzięcia, to wydatki te mogą zostać potraktowane jako wynagrodzenie za usługi świadczone przez partnera prywatnego. Wówczas podatek naliczony często nie będzie mógł zostać odliczony przez podmiot publiczny[104].

Na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów prawa panuje wyraźna dwoistość między podatkowym kontekstem PPP, a prawno-podatkowymi aspektami umów koncesji. **W tej chwili brak szczególnych, analogicznych do PPP, regulacji dotyczących koncesji**. Oznaczać to może, że dokonanie nieodpłatnego świadczenia przez koncesjodawcę na rzecz koncesjonariusza np. w związku z nieodpłatnym udostępnieniem koncesjonariuszowi gruntu pod inwestycje, rodzić będzie ryzyko opodatkowania takich czynności przez organy podatkowe (w tym również ryzyko właściwego oszacowania przychodu). Potwierdzeniem takiego stanowiska może być decyzja Izby Skarbowej we Wrocławiu z dnia 19 grudnia 2007 r., syg. PPI443/1093/07, podjęta w wyniku rozpatrzenia zażalenia na postanowienie Naczelnika Dolnośląskiego Urzędu Skarbowego we Wrocławiu z dnia 28 września 2007 r. sygn. PPII-2/443/1/287/07/92891/MG w sprawie pisemnej interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania prawa podatkowego w indywidualnej sprawie dotyczącej podstawy opodatkowania podatkiem od towarów i usług w przypadku świadczonej usługi polegającej na udzieleniu uprawnienia do eksploatacji parkingu przez określony w umowie okres[105]. W odpowiedzi na tak postawione pytanie, Dyrektor Izby Skarbowej stwierdził, że **z tytułu świadczenia usługi polegającej na udzieleniu uprawnienia do eksploatacji parkingu (czyt. eksploatacji przed-**

[104] zob. M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *op. cit.*, s. 606–607.

miotu koncesji na gruncie KoncRobBudU – przyp. autorów) będzie miało miejsce opodatkowanie podatkiem od towarów i usług. Podstawą prawną opodatkowania podatkiem VAT ww. usługi będzie art. 29 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym podstawą opodatkowania jest obrót, który jest kwotą należną z tytułu sprzedaży, pomniejszoną o kwotę należnego podatku. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy[106]. W związku z tym samym stanem faktycznym Dyrektor Izby Skarbowej we Wrocławiu wypowiedział się na temat momentu powstania obowiązku podatkowego[107]. Momentem powstania obowiązku podatkowego będzie okoliczność otrzymania całości lub części zapłaty za świadczoną usługę nie później niż w terminie płatności. Przenosząc to na analizowany stan faktyczny, za zapłatę uznaje się moment odbioru końcowego obiektu i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Wobec powyższego, w umowach koncesji na roboty budowlane momentem powstania obowiązku podatkowego w związku z wykonaną usługą polegającą na przekazaniu prawa do uzyskiwania korzyści z obiektu budowlanego będzie moment końcowego odbioru przez koncesjodawcę efektu prac budowlanych (tj. efektu inwestycyjnego etapu współpracy stron). Warto również dodać, że Izba uznaje prawo koncesjodawcy do obniżenia podatku należnego z tytułu świadczenia usługi polegającej na udzieleniu uprawnienia do eksploatacji parkingu przez określony w umowie czas o podatek naliczony przy zakupie usługi wybudowania parkingu[108].

6.3. PPP a pomoc publiczna

Przystępując do realizacji przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego, a także w jej toku, podmiot publiczny powinna dokonywać analizy projektu z punktu widzenia zgodności z prawem pomocy publicznej.

W świetle prawa Unii Europejskiej (art. 107 ust. 1 TFUE, dawniej art. 87 ust. 1 TWE) wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych (niezależnie od formy), która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez tworzenie uprzywilejowanych warunków dla niektórych przedsiębiorstw lub produkcji niektórych towarów, godzi we rynek wewnętrzny w zakresie, w jakim wpływa na wewnętrzunijną wymianę handlową. Jeżeli w działaniu władz publicznych wyróżnić da się: korzyść, która musi być selektywna, interwencję państwa przy użyciu jego zasobów, zachodzić może okoliczność zakłócenia konkurencji[109].

Pomocą państwa będą wszelkiego rodzaju korzyści, niezależnie od formy ich udzielania (np. dotacje, dokapitalizowanie przez obejmowanie akcji lub udziałów, zwolnienia z opłat publicznoprawnych, ulgi, preferencyjne kredyty, poręczenia, gwarancje, odstąpienie od dochodzenia należności, zbycie mienia na warunkach korzystniejszych od rynkowych), o ile przysparzane będą beneficjentowi, których nie osiągnąłby w warunkach zwykłej działalności gospodarczej. Ocena, czy przedsiębiorca otrzymałby analogiczną pomoc działając w warunkach rynkowych, sprowadzać się będzie do analizy, czy państwo zachowuje się tak, jak prywatny inwestor lub prywatny wierzyciel działający w warunkach w pełni rynkowych (tzw. test prywatnego inwestora).

Przenosząc to na grunt partnerstwa publiczno-prywatnego pomocą państwa będą takie działania strony publicznej, które polegają na nierynkowym subwencjonowaniu działalności

---

[105] Cytowana interpretacja wrocławskiej Izby Skarbowej dotyczyła stanu prawnego wynikającego z regulacji umowy koncesji na gruncie przepisów PrZamPubl przed uchwaleniem KoncRobBudU. Jednakże znajduje ona pełne doniesienie do obecnie obowiązujących przepisów regulujących kontrakty koncesyjne.

[106] Decyzja Dyrektora Izby Skarbowej we Wrocławiu z dnia 19.12.2007 r., PPI443/1095/07.

[107] Decyzja Dyrektora Izby Skarbowej we Wrocławiu z dnia 19.12.2007 r., PPI443/1096/07.

[108] Decyzja Dyrektora Izby Skarbowej we Wrocławiu z dnia 19.12.2007 r., PPI443/1097/07.

partnera prywatnego, zarówno poprzez bezpośrednie płatności pieniężne (np. jako wynagrodzenie partnera, dopłaty do świadczonych usług), jak i rzeczowej (np. w postaci wniesienia wkładu własnego w postaci nieruchomości). Przyjąć należy, że co do zasady, nie będą nierynkowymi te przysporzenia, które zostaną udzielone partnerowi prywatnemu wybranemu w drodze otwartej, przejrzystej i konkurencyjnej procedury, tj. zgodnie z wymogami PrZamPubl lub. KoncRobBudU[110]. Dodatkowo, bardzo ważna będzie rynkowa wycena składników majątkowych przekazywanych partnerowi prywatnemu (np. tytułem sprzedaży, darowizny).

Wsparcie partnera prywatnego w postaci dopłat do świadczonych usług, podlegać będzie ocenie z punktu widzenia charakter usług świadczonych w ramach przedsięwzięcia partnerskiego. Jeżeli przedmiotem PPP będzie świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym (np. w świetle prawa unijnego i orzecznictwa ETS będą to usługi użyteczności publicznej (public utility), usługi publiczne (public services) czy usługi powszechne (ang. universal services), występujące przede wszystkim w dużych sieciowych sektorach, takich jak: transport, usługi pocztowe, energetyka oraz komunikacja), to udzielone wsparcie, pod pewnymi warunkami, oznaczać będzie, że działania podmiotu publicznego nie mają charakteru pomocy publicznej i nie podlegają notyfikacji Komisji Europejskiej. Warunki dopuszczalności uznania takiego wsparcia za zgodne z unijnymi regułami konkurencji określone zostały w sprawie C-280/00 *Altmark* (wyr. ETS z 24.07.2003 r.). Zgodnie z tym orzeczeniem, beneficjent (tu: dotowany partner prywatny) powinien być zobowiązany do świadczenia usług publicznych (zobowiązania te musza być jasno zdefiniowane), a wskaźniki, na podstawie której obliczane jest jego wynagrodzenie (dotacja), powinny być określone z góry w sposób obiektywny i przejrzysty, w ten sposób, aby uniknąć przyznania beneficjentowi korzyści uprzywilejowujących je w stosunku do innych podmiotów rynkowych, niebędących beneficjentami. Wysokość dopłat nie powinna być wyższa niż kwoty niezbędne do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w trakcie świadczenia usług publicznych, uwzględniając związane z tym przychody i rozsądny zysk, jakiego przedsiębiorstwo może się spodziewać w związku z wykonywanymi usługami. Ponadto, zasadą powinien być konkurencyjny i przejrzysty wybór beneficjenta wsparcia[111].

Spełnienie „standardu *Altmark*" wyłączać będzie konieczność notyfikacji Komisji Europejskiej wsparcia udzielanego partnerowi prywatnemu. W przeciwnym wypadku znajdą zastosowanie ogólne procedury dotyczące udzielania i notyfikowania pomocy publicznej.

6.4. PPP a fundusze UE

Ustawa wprost upoważnia do dofinansowywania ze środków budżetowych Unii Europejskiej projektów realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Brak takiego przepisu w poprzedniej ustawie powodował wątpliwości co do możliwości realizacji hybrydowego (łączącego finansowanie prywatne i ze środków dotacyjnych) PPP. Jakkolwiek, kwestię tę starają się wyjaśnić Wytyczne Komisji Europejskiej, to polski ustawodawca uznał, że konieczny będzie odrębny zapis (zob. art. 32 PartPublPrywU). Trudno w tej chwili przesądzić, czy faktycznie będzie pomocny w formułowaniu partnerstwa hybrydowego.

6.4.1. Praktyka stosowania partnerstwa hybrydowego

Praktyka państw będących od wielu lat beneficjentem środków pomocowych z budżetu Unii Europejskiej, a jednocześnie stosujących kontrakty PPP wskazuje na stosunkowo niewiel-

---

[109] *tamże*, s. 139.
[110] tamże, s. 140.
[111] tamże, s. 143.

kie zainteresowanie tworzeniem hybrydowych modeli finansowych. Można wskazać kilka przyczyn takiego stanu:

- metoda PPP jest koncepcją relatywnie nową, a jej rozwój i wcielenie w życie jest czasochłonne i wymaga dużego wysiłku;
- istnienie opinii, że budżety państw dysponują wystarczającymi zasobami do finansowania infrastruktury;
- nie było dotychczas silnej potrzeby pozyskiwania dodatkowego kapitału prywatnego w projektach finansowanych przez Unię ze względu na stosunkowo duży potencjalny udział środków UE, sięgający nawet 85 proc. kosztów kwalifikowanych;
- w krajach z większym doświadczeniem w zakresie PPP kapitał prywatny z powodzeniem zamykał lukę finansowania, co pozwalało władzom lokalnym uniknąć długotrwałych procedur związanych z ubieganiem się o współfinansowanie unijne;
- tradycyjnie, finansowanie dotacyjne wykorzystywane było przy realizacji inwestycji, których efekty z powodów społecznych i politycznych powinny zostać we władaniu władz publicznych, lub w przedsięwzięciach, które ze względu na swą naturę (słabą rentowność) nie mogły liczyć na wsparcie finansowe ze źródeł komercyjnych. Dotacje zatem stosowane były do finansowania przedsięwzięć, które w założeniu nie mogły opierać się na zasadach rynkowych. Celem dotacji nie jest więc (tak jak w przypadku kredytu czy innych zwrotnych źródeł finansowania) tworzenie przedsięwzięć, które mogą się zwrócić czy generować zysk;
- odmienna filozofia finansowania (pomocniczości) dotacyjnego powoduje, iż trudno pogodzić rygory, jakie są związane z warunkami udzielania tego rodzaju wsparcia, z zasadami, na jakich musi się opierać przedsięwzięcie komercyjne, aby uzyskać finansowanie (dochodowość zapewniająca zwrot zaangażowanych środków i zysk) i stanowić podstawę współpracy typu PPP.

6.4.2. Aktualne uwarunkowania rozwoju partnerstwa hybrydowego

Obecnie coraz bardziej oczywiste jest, że dla wypełnienia luki infrastrukturalnej, szczególnie w nowych krajach członkowskich, wobec kryteriów traktatu z Maastricht konieczne jest łączenie dostępnych funduszy europejskich i prywatnych źródeł finansowania. Rada Europejska w marcu 2005 r. wezwała Unię i państwa członkowskie do kontynuowania wysiłków inwestycyjnych i popierania PPP, również z wykorzystaniem środków unijnych.

Korzyści z hybrydowego PPP

Istnieje sporo **korzyści** przemawiających za wykorzystaniem hybrydowej metody PPP. Z doświadczeń krajów starej Unii wynika, że dzięki jej zastosowaniu współpraca między sektorem publicznym i prywatnym przy współudziale UE **była skuteczna**. W wypadku projektów hybrydowych obecność partnera prywatnego **poprawiała efektywność** i **wskaźnik korzyści** (value for money). Z kolei udział UE odgrywał bardzo ważną rolę nie tylko z powodu udostępnienia finansowania, ale również **uwiarygodnienia projektu** wobec pozostałych partnerów (w tym instytucji finansujących). Unia zapewniała również **pokrycie kosztów wstępnych studiów projektu i wsparcie instytucjonalne**.

Dotacje wykorzystywane jako swoista **dźwignia finansowa** umożliwiają **zmniejszenie ogólnych kosztów przedsięwzięcia lub odpowiednio zwiększenia strumienia dochodu**, jaki ono generuje. Zdaniem Komisji Europejskiej jest to najbardziej owocna i wyrafinowana forma stosowania dotacji w ramach przedsięwzięć typu PPP. Dotacje traktowane jako pewna **gwarancja finansowa** mogą być stosowane bezpośrednio w celu zarządzania ryzykiem finansowym występującym w ramach realizowanego przedsięwzięcia. Niekiedy sama gotowość władz publicznych do udzielenia dotacji może stanowić swoistą rękojmię wagi przedsięwzięcia PPP i wiarygodności podmiotów w nie zaangażowanych.

Słabe strony hybrydowego PPP

Komisja Europejska zwraca uwagę, iż pomoc tego rodzaju ma również wiele **słabych stron**, których istnienia powinny być świadome podmioty zamierzające w udany sposób włączyć dotacje do finansowania przedsięwzięć opartych na PPP. Autorzy Wytycznych zwracają uwagę, iż dotacje ze swej natury **nie wymuszają efektywności ekonomicznej przedsięwzięć**, w które są zaangażowane w stopniu takim, jak inne źródła finansowania (zwrotnego). Ponadto łatwy dostęp do „darmowego kapitału" **grozi zbyt szybkim uzależnieniem projektu od wymagań i celów podmiotu dotującego oraz przedkładaniem go ponad inne formy finansowania komercyjnego** (wymagające kreatywnego podejścia do ich spłaty i poszukiwania alternatywnych wobec dotacji źródeł kapitału), co skutkuje zmniejszeniem efektywności całego przedsięwzięcia i utratą korzyści wynikających z wdrożenia PPP.

Zbyt łatwy dostęp do dotacji może zdaniem Komisji Europejskiej (szczególnie w nowo przyjętych krajach Unii) doprowadzić do sytuacji, w której władze, zamiast skupić się na poszukiwaniu wydajnych i alternatywnych wobec dotacji źródeł finansowania swych przedsięwzięć, **ograniczą się raczej do przystosowania ich do kryteriów, od spełnienia których zależy uzyskanie dotacji**, nawet jeśli odbywa się to kosztem efektywności ekonomicznej całego przedsięwzięcia.

W przypadku wykorzystywania dotacji powszechne zastrzeżenia ich beneficjentów budzi **przewlekłość i koszty biurokratycznych procedur związanych z ich pozyskiwaniem i wykorzystaniem**. Ociężałość tych procedur stanowi poważną przeszkodę w integracji dotacji z projektami finansowanymi na zasadach komercyjnych, realizowanymi we współpracy z partnerem prywatnym przywykłym do szybkiego działania. Procedury te wiążą się z publicznym charakterem środków rozdysponowywanych w ramach dotacji.

6.4.3. Formy stosowania dotacji do PPP

Komisja Europejska w swych Wytycznych wskazuje na wiele alternatywnych **form stosowania dotacji**, które pełnić mogą różne role w finansowaniu projektu, obejmujących między innymi:

1) dostarczanie regularnych (subsydiarnych) płatności przeznaczonych na pokrycie kosztów operacyjnych związanych z bieżącą realizacją zadań. Jest to forma wsparcia użyteczna szczególnie na wczesnym etapie wspieranego przedsięwzięcia, gdy nie rozwinęły się jeszcze wszystkie przepływy finansowe zapewniające pełne pokrycie kosztów przedsięwzięcia (szczególnie kapitałowych);
2) pokrycie kosztów finansowych przedsięwzięcia za sprawą:
   - obniżenia kosztów związanych z uzyskaniem kredytu – udzielenie go na zasadach preferencyjnych (np. dopłaty do oprocentowania, umorzenie części spłat),
   - udzielenia gwarancji spłaty zobowiązań zaciągniętych na potrzeby przedsięwzięcia,
   - opłacenia elementów składających się na ryzyko finansowe,
   - kompensowania wydatków poniesionych tytułem podatku,
   - refundacji kosztów związanych z kosztami wymiany walut;
3) wspieranie (subsydiowanie) przepływu dochodów. Jest to rozwiązanie dobrze zabezpieczające osiągnięcie celów, jakie władze wyznaczyły sobie w zakresie zapewnienia obywatelom (dzięki niskim cenom) jak najszerszego dostępu do dotowanych dóbr dostarczanych w ramach PPP. Jednakże ze względu na niską efektywność tego typu rozwiązania nie powinno być ono uwzględniane w długoterminowym planowaniu tego typu przedsięwzięć;
4) obejmowanie przez sektor publiczny (na preferencyjnych zasadach) udziałów w realizowanych przedsięwzięciach (np. poprzez wniesienie aportu do spółki kapitałowej wykorzystywanej w ramach współpracy);

5) pomoc publiczną stosowaną w celu zachęcania sektora prywatnego do podejmowania określonych działań (np. roli partnera prywatnego).

6.4.4. Przesłanki uzyskania dotacji do PPP

Zgodnie z *Wytycznymi* KE, niezależnie od celów i zasad określonych w szczegółowych kryteriach udzielania dotacji przez Komisję Europejską w ramach programów operacyjnych, udzielenie dotacji dla przedsięwzięć PPP wymaga zaistnienia określonych przesłanek:

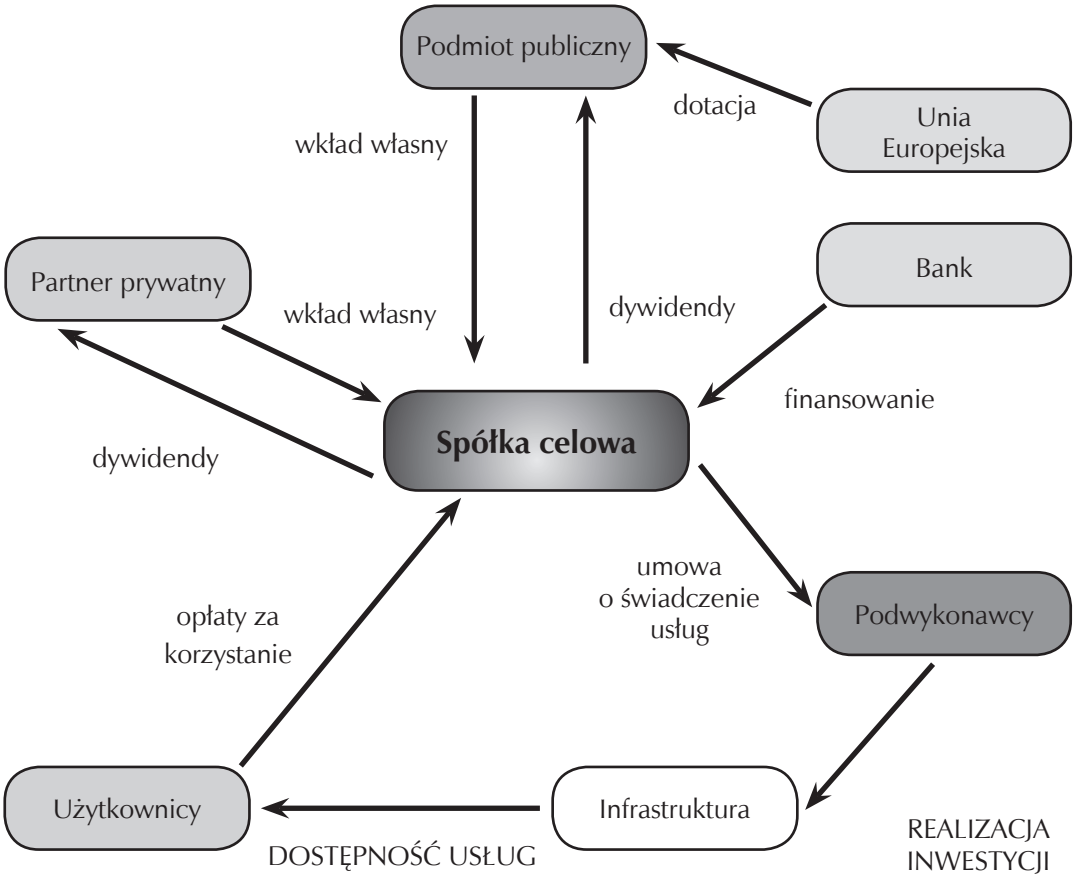
1) **konieczności zapewnienia otwartego dostępu do rynku**, co obejmuje:
   - pełne i otwarte uczestnictwo stron w rynku obejmujące również równość w traktowaniu,
   - stosowanie przejrzystych procedur udzielania zamówień publicznych,
   - stosowanie (omówionych już) dyrektyw dotyczących zamówień publicznych;
2) **przestrzegania zasad dopuszczalności i warunków udzielania zamówień publicznych**, co obejmuje:
   - upewnienie się, iż nie zachodzi nadmierne wynagradzanie partnera prywatnego za świadczone przez niego usługi,
   - dopasowanie wielkości dotacji do rzeczywistych potrzeb;
3) **ochrona interesu publicznego**, obejmująca:
   - zapewnienie warunków, w których połączenie PPP i dotacji zaowocuje wyższą jakością usług świadczonych w ramach dotowanego partnerstwa,
   - konieczność wykazania większej efektywności ekonomicznej,
   - zapewnienie władzy publicznej trwałego udziału w procedurach kontroli prawidłowego wywiązania się z przyjętych (i narzuconych) standardów,
   - wykluczenie możliwości odniesienia przez partnera nadmiernego i nieuzasadnionego zysku,
   - zagwarantowanie możliwości renegocjowania kontraktu, jeśli zachodzić będzie konieczność zrównoważenia relacji między partnerami,
   - realizacja PPP nie może oznaczać odwrócenia uwagi od konsekwencji społecznych tego rodzaju współpracy również w zakresie jej wpływu na rynek pracy i rozwój społeczno-ekonomiczny wspólnoty zaangażowanej w tego typu współpracę;
4) **określenie optymalnego poziomu finansowania dotacyjnego**, które obejmuje:
   - dopasowanie dotacji do rzeczywistych potrzeb,
   - maksymalizację wykorzystania ograniczonych (publicznych) zasobów finansowych,
   - eliminację możliwości zniekształcenia mechanizmów rynkowych,
   - zmaksymalizowanie efektu „dźwigni finansowej" dotacji,
   - PPP nie powinno być traktowane jako swoisty instrument sztucznego obniżenia poziomu długu publicznego.

Uzyskanie dotacji unijnych zależy przede wszystkim od:

1) wykluczenia sytuacji, w której na skutek dotacji partner prywatny mógłby odnieść nadmierne, nieuzasadnione jego zaangażowaniem korzyści finansowe;
2) odpowiedniego uzasadnienia zastosowania dotacji w ramach realizowanego przedsięwzięcia, w szczególności odnoszącego się do wykazania zwiększonej efektywności poczynionych nakładów (stosowne do celu i wymogów programu, w ramach którego dotacja jest przyznawana);

3) wysokiej przejrzystości i uczciwości stosowanych procedur przetargowych (szczególnie wyboru partnera prywatnego);
4) możliwości uzyskania (przez Komisję Europejską) korzyści z zaangażowania się w przedsięwzięcie na jak najwcześniejszym etapie jego planowania i wdrożenia;
5) stworzenia wydajnych mechanizmów i procedur monitoringu przedsięwzięcia.

Schemat hybrydowego PPP



6.4.5. Praktyczne wskazówki dotyczące wdrożenia partnerstwa hybrydowego

Ponieważ sektor ochrony środowiska będzie najprawdopodobniej pierwszym, w którym rozwinie się PPP i koncesje, przedstawiamy uwarunkowania realizacji projektów hybrydowych w oparciu o zasady dofinansowania obowiązujące w Programie Infrastruktura i Środowisko.

Poszukując źródeł finansowania inwestycji proekologicznych ze środków UE należy sięgnąć do zapisów odpowiednich programów operacyjnych oraz towarzyszące im uszczegółowienie wraz z załącznikami. Ponadto znaczenie mają odnoszące się do poszczególnych programów wytyczne Ministerstwa Rozwoju Regionalnego oraz postanowienia instytucji zarządzających dotyczące zasad na jakich odbywają się konkursy o dotacje. W przypadku Funduszu Spójności, zasadnicze znaczenie ma Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko (PO IiŚ)[112]. Zgodnie z Uszczegółowieniem PO IiŚ (Uszczegółowienie)[113] dofinansowanie przy-

znane może obejmować projekty usystematyzowane wedle kategorii branżowych określonych w Priorytetach PO IiŚ oraz Działaniach PO IiŚ – wyodrębnionych w ramach priorytetów.

Z punktu widzenia ochrony środowiska w kontekście rozwoju innych inż. Składowanie sposobów zagospodarowania odpadów najistotniejszy jest **Priorytet II: Gospodarka odpadami i ochrona powierzchni ziemi, obejmuje Działanie 2.1** – Kompleksowe przedsięwzięcia z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi ze szczególnym uwzględnieniem odpadów niebezpiecznych. Zgodnie z Uszczegółowieniem rozwijającym zapisy PO IiŚ w zakresie gospodarki odpadami wspierane będą działania w zakresie zapobiegania oraz ograniczania wytwarzania odpadów komunalnych, wdrażania technologii odzysku, w tym recyklingu, wdrażania technologii unieszkodliwiania odpadów komunalnych, a także likwidacji zagrożeń wynikających ze składowania odpadów zgodnie z krajowym i wojewódzkimi planami gospodarki odpadami. Komplementarnie wobec przedstawionego wyżej działania PO IiŚ mogą być środki zagwarantowane w 16 regionalnych programów operacyjnych skierowanych do samorządu i przedsiębiorstw w celu ograniczenia negatywnego wpływu istniejącej działalności przemysłowej na środowisko i dostosowania przedsiębiorstw do wymogów prawa unijnego wspierane będą projekty prowadzące do redukcji ilości zanieczyszczeń emitowanych do atmosfery, odprowadzanych ze ściekami, ilości zużywanych zasobów naturalnych oraz powstających odpadów i zwiększające udział odpadów poddawanych procesom odzysku, w szczególności inwestycje wskazane w Traktacie Akcesyjnym; wspierane będą również inwestycje skutkujące dostosowaniem istniejących instalacji do wymogów Najlepszych Dostępnych Technik (BAT).

O faktycznej możliwości uzyskania dofinansowania decyduje stopień spełnienia przez konkretny projekt wykorzystujący technologię przetwarzania odpadów inną niż składowanie, kryteriów wyboru projektów ustanowionych dla poszczególnych priorytetów. Za każdym razem składając wniosek o dofinansowanie wraz z odpowiednimi załącznikami beneficjent będzie musiał wykazać, że jego inwestycja jak najpełniej spełnienia założenia Priorytetu i działania, na które się powołuje w aplikacji. Ponadto, o kwalifikowalności poszczególnych wydatków, poniesionych w trakcie realizacji projektu, który uzyskał dofinansowanie decydują obok Uszczegółowienia i zapisów umowy o dofinansowanie szczegółowe „Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach PO IiŚ", wydanych przez instytucję zarządzającą PO IiŚ tj. Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (MRR).

Środki UE, a współpraca JST z przedsiębiorstwami prywatnymi

Środki w ramach Priorytetu II Działanie 2.1 PO IiŚ przeznaczone są dla jednostek samorządu terytorialnego i ich związków oraz podmiotów świadczące usługi publiczne w ramach realizacji obowiązków własnych jednostek samorządu terytorialnego.

Ze względu na kłopoty w samodzielnym pozyskiwaniu finansowania przez jednostki samorządu terytorialnego władze powinny ze szczególną uwagą przeanalizować możliwość wykorzystania w tym celu środków znajdujących się w dyspozycji sektora prywatnego. Przedsiębiorca może być samodzielnym beneficjentem może on samodzielnie i na własną odpowiedzialność składać wnioski o dofinansowanie oraz realizować projekty na które uzyskał dofinansowanie. Na zasadach ogólnych musi przestrzegać zapisów umowy o dofinansowanie w szczególności

---

[112] Ministerstwo Rozwoju Regionalnego – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko, Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007–2013. Wersja zaakceptowana przez Komisję Europejską 5 grudnia 2007 r.

[113] Podstawą niniejszego opracowania jest Dokument „Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007–2013 Szczegółowy opis priorytetów" opracowany zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (t: Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712) dla programu operacyjnego zatwierdzonego przez Komisję Europejską decyzją z dnia 7 grudnia 2007 r. oraz uchwałą Rady Ministrów z dnia 3 stycznia 2008 r. w wersji 3.2 obowiązującej od dnia, 3 września 2009 r.

procedury wydatkowanie i rozliczanie środków dotacyjnych przeznaczonych na realizację projektu w tym refundację kosztów kwalifikowanych. Samodzielnie musi tez zapewnić wkład własny i środki niezbędne na prefinansowanie wydatków związanych z realizacją projektu. Cześć wydatków zawsze może być poniesiona w drodze wkładu rzeczowego co nie oznacza oczywiście, że uniknie w ten sposób wydatkowania środków finansowych przy kontraktowaniu usług, dostaw i robót zgodnych z umową o dofinansowanie. Analogicznie również JST działając samodzielnie rozliczają realizowane projekty. Jednak w sytuacji gdy JST współpracują z podmiotami świadczące usługi publiczne w ramach realizacji obowiązków własnych jednostek samorządu terytorialnego, podmioty te mogą być samodzielnymi beneficjentami.

Możliwe są również sytuacje, w których JST jako beneficjentem środków pomocowych, realizuje dofinansowany projekt we współpracy z partnerem prywatnym lub koncesjonariuszem wybranym po uzyskaniu dofinansowania, niejako przy okazji procedury ponoszenia wydatków związanych z realizacją przedsięwzięcia. Środki unijne mogą być również zaangażowane w przedsięwzięcia realizowane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (lub koncesji) powstałego jeszcze przed wnioskowaniem o środki unijne. W obydwu wariantach ppp realizacja projektu może być powierzona spółce celowej powołanej w celu realizacji dofinansowanego projektu.

Pomoc publiczna i wielkość dofinansowania a kategoria beneficjentów

Kluczowe znaczenie dla określenia katalogu beneficjentów w projektach mających na celu modernizację procesu gospodarki odpadami, jak i zasad przekazywania im dofinansowania będą zatem miały zapisy dokumentu „Wytyczne w zakresie zasad dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami"[114] (Wytyczne Odpadowe – WO).

Wytyczne odpadowe stosuje się do usług, które zostały zlecone w drodze aktu o charakterze władczym lub umowy cywilnoprawnej, związanych z realizacją projektów dofinansowanych ze środków unijnych w perspektywie finansowej 2007–2013. Wytyczne mają to główne znaczenie, że jeśli przekazywanie wsparcia następuje w sposób w nich opisany udzielenie wsparcia nie prowadzi do naruszenia zasad wolnej konkurencji w sposób niedozwolony przez przepisy prawa unijnego i polskiego (pkt. 38 WO). JST może być **samodzielnym beneficjentem** środków ale w zakresie prowadzenia działalności w zakresie gospodarki odpadami posługuje się **zazwyczaj podmiotami wewnętrznymi lub przedsiębiorcami zewnętrznymi** – pomoc, jaką otrzymują te podmioty ze środków UE nie jest pomocą publiczną, jeśli w kategorii podmiotów wewnętrznych występują zakład budżetowy oraz spółka komunalna („kontrolowana"): Podmioty wewnętrzne: (podmiot wewnętrzny świadczące usługi publiczne w ramach realizacji obowiązków własnych jednostek samorządu terytorialnego to zakład budżetowy i spółka komunalna o 100% udziale/akcjonariacie publicznym).

O ile JST działając samodzielnie mogą samodzielnie występować w charakterze wnioskodawcy i rozliczają realizowane projekty, przedsiębiorcy prywatni w działaniu 2.1 Priorytetu II mogą korzystać ze środków unijnych jeśli posiadają status przedsiębiorcy zewnętrznego. Po uzyskaniu takiego statusu mogą występować o dofinansowanie samodzielnie. Status przedsiębiorcy zewnętrznego uzyskać muszą jednak w drodze procedury konkurencyjnej, przy czym możliwy jest również wariant w którym JST uzyskuje dofinansowanie, które przekazuje przedsiębiorcy zewnętrznemu już wybranemu lub też JST uzyskuje środki jeszcze przed wyborem partnera prywatnego (przedsiębiorcy zewnętrznego), który otrzymuje je po uzyskaniu statusu przedsiębiorcy zewnętrznego. W każdym przypadku w którym przedsiębiorca zewnętrzny korzysta ze środków dotacyjnych na zasadach określonych w WO, pomoc ta nie jest trakto-

[114] MRR/H/24(1)04/2009 wersja 1.0 z 28 kwietnia 2009 r.

wana jako pomoc publiczna jednak wsparcie obliczane jest jako rekompensata za świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym.

JST może powierzyć wykonywanie zadań gminy przedsiębiorcom zewnętrznym w drodze umowy cywilnoprawnej zawieranej na zasadach ogólnych. Umowa zawierana w celu wykonywania zadań w zakresie zaspokajania potrzeb mieszkańców w zakresie gospodarki odpadami przyjmuje formę umowy o świadczenie usług publicznych w rozumieniu przepisów UE. Przedsiębiorca zewnętrzny przyjmuje zobowiązanie do świadczenia usług publicznych w zawartej z gminą umowie o powierzenie wykonywania zadań związanych z zaspokajaniem zbiorowych potrzeb mieszkańców w zakresie określonego zadania własnego gminy.

Nałożenie na przedsiębiorcę zewnętrznego obowiązku świadczenia usług w drodze aktu władczego (aktu normatywnego wydanego przez gminę, aktu administracyjnego) jest w świetle polskich przepisów niedopuszczalne. Szczegółowe określenie zakresu obowiązku świadczenia usług publicznych przez przedsiębiorcę zewnętrznego następuje w umowie o świadczenie usług publicznych Przepisy TFUE nie przewidują maksymalnego okresu, na jaki mogą być zawierane umowy o świadczenie usług publicznych w gospodarce odpadami, jednak okres na jaki została zawarta umowa o świadczenie usług publicznych, co do zasady, powinien wynikać z analizy finansowej przedsięwzięcia. W zakresie spełnienia wymagania zachowania trwałości projektu zalecane jest, aby okres ten obejmował co najmniej 5 lat po przewidywanej dacie zakończenia realizacji projektu.

Zgodnie z pkt. 78 WO, wybór przedsiębiorcy zewnętrznego, z którym gmina zawrze umowę o świadczenie usług publicznych, następuje na zasadach określonych w Prawie zamówień publicznych, co do zasady w drodze przetargu przeprowadzonego po podjęciu przez radę gminy uchwały w przedmiocie upoważnienia wójta do przeprowadzenia postępowania przetargowego i zawarcia z przedsiębiorcą zewnętrznym umowy o wykonywanie zadań w zakresie gospodarki odpadami. Na mocy pkt. 79 WO, wybór przedsiębiorcy zewnętrznego może nastąpić również na podstawie przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi albo na mocy art. 4 PartPublPrywU.

Obliczanie wielkości dofinansowania

Beneficjent projektu z właściwego programu operacyjnego otrzymuje wsparcie na podstawie umowy o dofinansowanie z właściwą instytucją. Zgodnie z zasadami prawidłowego zarządzania finansowego właściwe instytucje zarządzające programami operacyjnymi mają obowiązek zapewnić, że dofinansowanie jest udzielane jedynie w zakresie niezbędnym do realizacji projektu (zasada proporcjonalności).

Zasady dofinansowania projektu muszą wynikać ze studium wykonalności stanowiącego załącznik do wniosku o dofinansowanie ze środków UE. Studium wykonalności zawiera długoterminową prognozę finansową i prawną wykonalności projektu. Prognoza obejmuje wszelkie dochody (przychody i koszty) generowane przez projekt, które pomniejszają wysokość wydatków kwalifikowanych stanowiących podstawę do wyliczenia dofinansowania ze środków programu operacyjnego.

Wysokość udziału środków UE z programów operacyjnych należy obliczać na podstawie metodyki luki finansowej zgodnie z Wytycznymi do przygotowania inwestycji w zakresie środowiska współfinansowanych przez Fundusz Spójności i Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego w latach 2007–2013.

Środki stanowiące wkład własny Beneficjenta na realizację projektu mogą pochodzić z publicznych lub prywatnych środków. Beneficjent jest zobowiązany do prowadzenia dla projektu odrębnej ewidencji księgowej kosztów, wydatków i przychodów lub stosowania w ramach istniejącego informatycznego systemu ewidencji księgowej odrębnego kodu księgowego umożli-

wiającego identyfikację wszystkich transakcji i poszczególnych operacji bankowych związanych z projektem, oraz dokonywania księgowania środków zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W sytuacji, gdy dofinansowanie stanowi jedyny składnik rekompensaty obliczenie jego wysokości zgodnie z wytycznymi, pozwala na wypełnienie wymogów wynikających z prawa unijnego, zgodnie z którymi wyznaczniki, na bazie których wyliczana jest rekompensata, muszą zostać wcześniej ustanowione w przejrzysty i obiektywny sposób a wysokość rekompensaty nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w trakcie wywiązywania się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i rozsądnego zysku.

Współpraca publiczno-prywatna w projektach priorytetu IX PO IiŚ w zakresie, w jakim beneficjentem jest JST nawiązująca współpracę na mocy ustawy o koncesjach lub PartPublPrywU

Możliwe są również sytuacje, w których JST jako beneficjentem środków pomocowych, realizuje dofinansowany projekt we współpracy z partnerem prywatnym lub koncesjonariuszem wybranym po uzyskaniu dofinansowania, niejako przy okazji procedury ponoszenia wydatków związanych z realizacją przedsięwzięcia. Środki unijne mogą być również zaangażowane w przedsięwzięcia realizowane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (lub koncesji) powstałego jeszcze przed wnioskowaniem o środki unijne. W obydwu wariantach PPP realizacja projektu może być powierzona spółce celowej powołanej w celu realizacji dofinansowanego projektu.

W kontekście realizacji inwestycji oraz świadczeniu usług wynikających z projektów w których dofinansowanie uzyskała JST warto przywołać pkt. 5.6 Podrozdział 6 „Podmiot upoważniony do ponoszenia wydatków kwalifikowanych" Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (wersja z dnia 12 maja 2009 r.).

Koncesjonariusz lub partner prywatny, w tym spółka celowa powołana w wykonaniu umowy o PPP, może po uzyskaniu dofinansowania przez JST (występujących w roli podmiotu publicznego czy koncesjodawcy) ponosić wydatki kwalifikowane związane z realizacją projektu a następnie eksploatować powstałą infrastrukturę odzyskując w ten sposób środki zainwestowane we wkład własny beneficjenta i koszty niekwalifikowane. Umowa koncesji lub PPP powinna zawierać zobowiązania strony prywatnej do zapewnienia środków koniecznych do realizacji projektu w zamian partner może korzystać w sensie ekonomicznym z dofinansowania które uzyskał beneficjent – podmiot publiczny. Do podmiotu upoważnionego (partnera, koncesjonariusza) stosuje się odpowiednio te postanowienia Wytycznych, które odnoszą się również do beneficjenta. Oznacza to w szczególności, iż dopuszczalna jest sytuacja, w której podmiot upoważniony przez beneficjenta do ponoszenia wydatków kwalifikowalnych jest właścicielem części majątku wytworzonego w związku z realizacją projektu.

W uzasadnionych przypadkach, za zgodą odpowiedniej instytucji pośredniczącej udzielającej dofinansowania dla projektu (dokonaną po analizie trwałości projektu oraz efektywności realizacji projektu wg struktury zaproponowanej przez beneficjenta), potwierdzoną poprzez wydanie dokumentu informującego o wyborze projektu do dofinansowania, beneficjent może wskazać inny podmiot, który również będzie mógł ponosić wydatki kwalifikowalne. Nie jest konieczne, aby dokument informujący o wyborze projektu do dofinansowania zawierał wyraźne odniesienie do podmiotu upoważnionego; wystarczające jest, aby informował o wyborze projektu do dofinansowania w kształcie określonym w złożonym przez beneficjenta wniosku o dofinansowanie. Beneficjent ubiegający się o zgodę na wskazanie podmiotu upoważnionego, dołącza do wniosku o dofinansowanie porozumienie lub umowę zawarte/ą pomiędzy beneficjentem a danym podmiotem upoważnionym, w którym beneficjent upoważnia dany

podmiot do ponoszenia wydatków kwalifikowalnych w ramach danego projektu. Dokument ten powinien być dołączony do wniosku o dofinansowanie w formie kopii poświadczonej przez beneficjenta za zgodność z oryginałem. W każdym przypadku podmiot upoważniony powinien być wyraźnie wskazany w umowie o dofinansowanie.

Niezbędnym warunkiem uznania za kwalifikowalne wydatków poniesionych przez podmiot upoważniony jest podpisanie porozumienia lub umowy pomiędzy beneficjentem a podmiotem upoważnionym z poszanowaniem obowiązujących przepisów, w tym w szczególności przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz przepisów dotyczących pomocy publicznej. Porozumienie lub umowa zawarte/a pomiędzy beneficjentem a podmiotem upoważnionym powinno/a określać w szczególności wzajemne prawa i obowiązki stron gwarantujące wypełnienie przez beneficjenta zobowiązań wynikających z umowy o dofinansowanie, w tym przede wszystkim zachowanie trwałości projektu przez wskazany w niej okres.

Niezależnie od tego, czy beneficjent upoważnia inny podmiot do ponoszenia wydatków kwalifikowalnych, beneficjent zawsze pozostaje odpowiedzialny za prawidłowość rzeczowej i finansowej realizacji tego projektu i odpowiada przed instytucją, z którą podpisał umowę o dofinansowanie, za prawidłowość całości wydatków kwalifikowalnych, które są ponoszone w ramach projektu. Ponadto, zawsze pozostaje odpowiedzialny za zapewnienie trwałości projektu, zgodnie z art. 57 rozporządzenia ogólnego, zawsze pozostaje jedynym podmiotem właściwym do kontaktów z instytucjami w systemie realizacji PO IiŚ, przedstawiania wniosków o płatność oraz otrzymywania dofinansowania ze środków przeznaczonych na realizację PO IiŚ.

W przypadku, gdy beneficjent upoważnia inny podmiot (partnera, koncesjonariusza) do ponoszenia wydatków kwalifikowalnych, we wniosku o dofinansowanie jest zobowiązany dodatkowo opisać strukturę własności majątku wytworzonego w związku z realizacją projektu, strukturę przepływów finansowych związanych z realizacją projektu oraz sposób zapewnienia trwałości projektu.

W przypadku, gdy beneficjent wskazuje więcej niż jeden podmiot upoważniony, warunki opisane w niniejszym podrozdziale stosuje się odpowiednio w odniesieniu do każdego podmiotu.

W sytuacji, w której inny niż beneficjent podmiot poniósł część wydatków (które beneficjent planuje zadeklarować jako kwalifikowalne) związanych z przygotowaniem bądź realizacją projektu przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, a jednocześnie beneficjent nie wskazuje tego podmiotu jako podmiotu upoważnionego do ponoszenia wydatków w przyszłości, wydatki poniesione przez ten podmiot mogą być uznane za kwalifikowalne pod warunkiem, że beneficjent dołączy do wniosku o dofinansowanie oświadczenie, w którym potwierdza, że wydatki poniesione przez ten podmiot zostały poniesione zgodnie z warunkami kwalifikowania wydatków i przyjmuje na siebie odpowiedzialność również za prawidłowość poniesienia wydatków przez ten podmiot. W takim przypadku należy we wniosku o dofinansowanie dodatkowo opisać strukturę własności majątku wytworzonego w związku z realizacją projektu oraz sposób zapewnienia trwałości projektu oraz stosować odpowiednio postanowienia niniejszego podrozdziału (w szczególności dotyczące konieczności zawierania umów lub porozumień). Sytuacja opisana w niniejszym punkcie jest szczególną sytuacją wskazania podmiotu upoważnionego do ponoszenia wydatków kwalifikowalnych.

Do wszystkich wydatków kwalifikowalnych, mają zastosowanie te same wymogi dotyczące ich ponoszenia, dokumentowania, sporządzania wniosków o płatność, itp. Bez względu na to, czy wydatek został poniesiony przez beneficjenta, czy przez podmiot upoważniony.

Po podpisaniu umowy o dofinansowanie, zmiana podmiotu upoważnionego może być dokonana na uzasadniony wniosek beneficjenta, za zgodą instytucji będącej stroną umowy o dofinansowanie z beneficjentem, w formie aneksu do umowy o dofinansowanie.

Bibliografia

Poniżej przedstawiamy Państwu wybrane źródła z zakresu literatury oraz orzecznictwa ETS, cytowane w niniejszym podręczniku.

Publikacje książkowe:

- M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009
- Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, *Administracja publiczna*, Wrocław 2003, 2004
- K. Brzozowska, Partnerstwo *publiczno-prywatne*. Przesłanki, możliwości, bariery, Wydawnictwo CeDeWu.PL, Warszawa 2006
- C. Delalleau, *Des droit et des obligationis des concessionaires de travaux publics*, Revere de legislation et de jurispridence, Paryż 1834, t. 1
- E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Wyd. Zakamycze, Kraków 2001. Komentarz do art. 140, System Informacji Prawnej LEX
- W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wzory umów i pism*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009
- D.R. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Wyd. Temida 2, Białystok 2000
- B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Wydanie 2, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009
- T. Korczyński, A. Kozłowska, K. Kozłowski, A. Mendis, A. Nowaczek, *Koncesja na roboty budowla lub usługi a inne formy realizacji inwestycji publiczno-prywatnych*, Wydawnictwo Wolter Kluwer Polska sp. z o.o., Warszawa 2010
- J. S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Reprint – Zakamycze 2003
- A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009
- G. Peters, *Administracja publiczna w systemie politycznym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1999 r.
- R. Reagan, *A life In letters*, (Ed.) K. K. Skinner, New York Free Prees 1992
- P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa–Katowice 2006
- A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. Zakamycze, Kraków 2006
- G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007
- E. Yescombe, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Zasady wdrażania i finansowania*, Wyd. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008

Artykuły i inne:

- *Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący zasad stosowania koncesji na gruncie prawa unijnego*, Dz. Urz. UE C 121/02, Bruksela 2000
- *Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych* (Dz. Urz. UE C 91/08, Bruksela 2008
- K. Mirski, *Rodzaje i warunki umów o koncesję na roboty budowlane*, Zamówienia Publiczne Doradca 2007, Nr 7
- A. Panasiuk, *Rola i możliwości sektora prywatnego w realizacji zadań publicznych. Przyczynek do dyskusji* (w:) Prawo zamówień publicznych Nr 4 z 2008 r.
- A. Szablewski, *Instytucja koncesjonowania w sferze infrastrukturalnej*, Samorząd Terytorialny 1993
- *Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*, Komisja Europejska, Bruksela 2003
- *Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji*, COM (2004) 327, Bruksela 2004

Orzeczenia ETS i opinie Rzecznika Generalnego:

- C-107/98 *Teckal* z 18 listopada 1999 r.
- C-337/98, *Komisja przeciwko Francji* z dnia 5 października 2000 r.
- C-324/98 *Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG*, z dnia 7 grudnia 2000 r.
- C-358/00 *Buchhändler-Vereinigung GmbH v. Saur GmbH & Co. KG, Die Deutsche Bibliothek*, z dnia 30 maja 2002 r.
- C-247/02 *Sintesi SpA v. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici* z dnia 7 października 2004 r.
- C-26/03 *Stadt Halle and RPL Lochau* z 11 stycznia 2005 r.
- C-84/03 *Komisja v Hiszpania*, z dnia 13 stycznia 2005 r.
- C-458/08 *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen* AG z dnia 1 marca 2005 r.
- C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti* z dnia 21 lipca 2005 r.
- C-323/03 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, wyrok z dnia 9 marca 2006 r.
- C-382/05 *Komisja WE v. Rep. Włoska* z dnia 18 lipca 2007 r.
- Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-458/08 *Parking Brixen* z 1 marca 2005 r.
- Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-196/08 Acoset SpA v. *Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i inni* z dnia 29 czerwca 2009 r.

ISBN: 978-83-88686-14-6

Warszawa 2010