

Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie Zielonej Księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji

COM(2004) 327 final

(2005/C 120/18)

Dnia 30 kwietnia 2004 r., działając na podstawie art. 262 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Komisja Europejska postanowiła zasięgnąć opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie *Zielonej Księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji*

Sekcja ds. Jednolitego Rynku, Produkcji i Konsumpcji, której powierzono przygotowanie prac Komitetu w tej sprawie, uchwaliła swą opinię dnia 8 września 2004 r. Sprawozdawcą był **Philippe Levaux**.

Na 412 sesji plenarnej w dniach 27 i 28 października 2004 r. (posiedzenie z dn. 27 października) Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny stosunkiem głosów 96 do 2, przy 2 głosach wstrzymujących się, przyjął następującą opinię:

1. Wprowadzenie

1.1 Komisja opublikowała Zieloną Księgę w sprawie Partnerstwa Publiczno-Prywatnego (PPP) w dniu 30 kwietnia 2004 r. Jej celem jest wszczęcie debaty na temat stosowania prawa wspólnotowego w odniesieniu do koncesji/PPP.

1.2 EKES w swojej opinii z własnej inicjatywy z października 2000 r. ⁽¹⁾ sporządził zalecenia, które są ciągle jeszcze aktualne. PPP cieszy się coraz większym zainteresowaniem oraz nadal ma strategiczne znaczenie dla Europy w obliczu jej rozszerzenia jak również przyjęcia nowych dyrektyw z dnia 30 kwietnia 2004 r. ⁽²⁾

1.3 W międzyczasie szereg krajów poczyniło już doświadczenia z projektami partnerstwa publiczno-prywatnego. Doświadczenia te są bardzo różne. Dlatego też warto byłoby przeprowadzić systematyczną analizę tych doświadczeń z punktu widzenia różnych kryteriów takich jak na przykład koszty, dostęp do świadczeń, jakość świadczeń, wpływ na warunki zatrudnienia itd. W szczególności należałoby zbadać, czy i w jakim stopniu partnerstwa PPP przyczyniają się do utrzymania konkurencyjności Europy wobec reszty świata i jakie mają one zalety i wady w porównaniu z tradycyjnymi formami realizacji tych świadczeń.

2. W Europie można zaobserwować znaczny rozwój przepisów prawa krajowego oraz realizacji projektów w ramach PPP

2.1 Wszystkie państwa europejskie stosują — albo przynajmniej stosowały w przeszłości — system PPP i koncesji. Jednakże do dnia dzisiejszego Komisji nie udało się stworzyć odpowiedniej statystyki takich posunięć. EBI posiada częściowe dane dotyczące około setki projektów. Nie zapomnijmy, że „pierwsza Europa” — cesarstwo rzymskie — stosowała system

koncesji już dwa tysiące lat temu. W XIX wieku europejska sieć kolejowa została zbudowana w oparciu o umowy koncesyjne. Były one szeroko stosowane nie tylko w odniesieniu do dróg kolejowych, ale również w odniesieniu do publicznych usług komunalnych, takich jak woda, gaz, elektryczność, wywóz śmieci itd.

2.2 Od dawna już w skali światowej zawiera się umowy globalne pozwalające na podejmowanie, wykonywanie, wykorzystywanie i rozłożenie w czasie finansowania nie tylko projektów dotyczących autostrad i parkingów, ale również posunięć odnoszących się do wodociągów, muzeów, lotnisk, tramwajów lub metra, zagospodarowania miejskiego, remontów szkół i szpitali itd.

2.3 **Wiele państw wydało nowe przepisy prawne dotyczące PPP.** Poniższe opisy ograniczają się do spostrzeżeń poczynionych w kilku wybranych krajach, takich jak Włochy, Hiszpania, Wielka Brytania i Francja.

2.3.1 Włochy

2.3.1.1 Ustawa ramowa z 1994 r. (akt Merloniego) określa pojęcie **koncesji na budowę i eksploatację**. Ta forma koncesji charakteryzuje się tym, iż koncesjonariusz wykonuje pracę za pomocą swoich własnych środków, odzyskując wyłożony kapitał poprzez **wykorzystanie gospodarcze** zrealizowanego projektu (art. 19 ust. 2 ustawy nr 109/94) ⁽³⁾.

Program nadrabiania zaległości w sferze infrastruktury ma na celu realizację 220 projektów uważanych za strategiczne:

- na lata 2002 do 2011 przewiduje się i inwestycje w wysokości 125 miliardów euro;
- połowa środków pochodzi od państwa, a druga część z sektora prywatnego .

⁽¹⁾ Dz.U. C 14 z 16.1.2001

⁽²⁾ Dz.U. L 134 z 30.4.2004

⁽³⁾ Ustawa ramowa (L 109/94) (G.U. nr 41 z dnia 19.2.1994) zmieniona ustawą z dnia 2 czerwca 1995 r. nr 216 (G.U. nr 127 z 2.6.1995)

Ustawa przewidziała odpowiednie ramy prawne definiując pojęcie generalnego wykonawcy, koncesjonariusza, dzierżawcy i dewelopera.

W celu uniknięcia opóźnień terminów oddawania projektów do użytku i w celu zwiększenia efektywności robót budowlanych ustawa przewidziała koncepcję „**generalnego wykonawcy**”. Przekazuje on do użytku gotowy projekt i zapewnia jego utrzymanie. Ponadto we własnym zakresie zapewnia jego wstępne finansowanie.

2.3.1.2 Koncesjonariusz

Koncesja na budowę i eksploatację jest alternatywą dla koncepcji generalnego wykonawcy: w przypadku braku niezbędnych środków finansowych zwykle stosuje się ten instrument polegający na całkowitym lub częściowym finansowaniu przez użytkownika, bowiem w przypadku „wykonawcy generalnego” sfera budżetowa musi dokonywać płatności w określonych czasowo ratach.

2.3.1.3 Dzierżawa lub koncesja na zarządzanie

Koncesje są także stosowane w odniesieniu do zarządzania istniejącymi już obiektami, takimi jak szpitale, szkoły czy więzienia. Odpowiednie zalecenie ministerstwa finansów w tym zakresie powinno umożliwić skierowanie uwagi administracji na jej pierwotne zadania oraz skorzystanie z innowacyjnych rozwiązań sektora prywatnego.

2.3.1.4 Umowa deweloperska

W ramach trzyletniego programu inwestycji różnych instytucji publicznych każdy podmiot ma możliwość złożenia oferty na wykonanie danego projektu. Administracja ma prawo wyboru, czy zajmie się zaproponowanym projektem, czy nie. W przypadku pozytywnej decyzji organizowany jest przetarg. Deweloper ma prawo do pierwokupu i sporządza umowę.

We Włoszech zauważa się silny rozwój opcji deweloperskiej:

- 1163 projektów przedstawionych w ciągu trzech i pół roku (styczeń 2000-czerwiec 2003 r.);
- 660 pochodzi od deweloperów (koncesje z prywatnej inicjatywy, aż 302 w 2003 r.);
- 503 koncesje z inicjatywy publicznej.

2.3.2 Hiszpania

2.3.2.1 W Hiszpanii to ustawa nr 13/2003 z 23 maja 2003 r. reguluje kwestię umów koncesyjnych na prace publiczne. Ustawa ta znowelizowała ustawę o umowach zawieranych przez organy administracji publicznej, której tekst skonsolidowany został przyjęty królewskim dekretem z mocą ustawy nr 2/2000 z 16 czerwca 2000 r., wprowadzającą nowy tytuł do przepisów dotyczących różnych rodzajów umów

administracyjnych („umowę koncesji na prace publiczne”), który określa podstawy prawne wspomnianej umowy, już powszechne, uwzględniając jej specyfikę oraz w duchu tradycji prawa hiszpańskiego.

2.3.2.2 Nowa definicja umowy koncesyjnej obejmuje cztery charakterystyczne elementy tego rodzaju umowy: „prace publiczne”, „ryzyka związane z koncesjonariuszem”, „równowaga ekonomiczna koncesji” oraz „dywersyfikacja finansowania”.

2.3.3 Wielka Brytania

2.3.3.1 W latach 1993 — 1994 rząd prowadził politykę delegowania usług publicznych i prac budowlanych w ramach tzw. „Private Finance Initiative” (PFI). Mechanizm ten powierza przedsiębiorstwu prywatnemu w ramach „całościowego” zlecenia daną instytucję użyteczności publicznej; zlecenie to obejmuje następujące aspekty: „projektowanie-finansowanie-budowę-eksploatację-utrzymanie”. Od momentu wprowadzenia PFI:

- zainicjowano ponad 650 projektów PPP, z czego 45 szpitali i ponad 200 szkół;
- realizuje się 400 projektów;
- zaangażowano środki finansowe w wysokości 48 miliardów funtów (60 mld euro);
- oczekuje się jeszcze jednego programu;
- wykorzystano rocznie około 12 % narodowych środków budżetowych przeznaczonych na inwestycje.

2.3.3.2 Brytyjski skarb państwa oparł się na dwóch zasadniczych argumentach uzasadniających korzyść PFI: „sektor prywatny musi rzeczywiście wziąć na siebie ryzyko” oraz „sektor publiczny powinien otrzymywać możliwie tanio jak najlepsze usługi” (wg zasady „Best Value for Money”); Filozofia ta ma na celu optymalizację kosztów użytkowania, ponieważ inwestor, który sam będzie odpowiedzialny za eksploatację danego obiektu, zadba o to, by obiekt ten zaplanowano i wykonano w oparciu o wysokie standardy jakościowe oraz by charakteryzował się on jak najniższymi kosztami eksploatacyjnymi i możliwością długotrwałego użytkowania.

2.3.3.3 Bieżące kontrakty dotyczą praktycznie wszystkich dziedzin: wodociągów, kanalizacji, transportu publicznego, ośrodków wojskowych, szpitali, szkół, budynków publicznych, dróg, autostrad itd.

2.3.3.4 Ze względu na dużą ilość projektów PPP w Wielkiej Brytanii, także tam zebrano kompleksowe doświadczenia, które są bardzo różne. Należałoby podjąć systematyczną analizę i ocenę tych doświadczeń i wykorzystać je w dalszym rozwoju wydarzeń

2.3.4 Francja

2.3.4.1 Prawo dotyczące zawierania umów koncesyjnych polegających na finansowaniu przez użytkownika zostało uregulowane przez ustawę z dnia 29.01.1993 r. zwaną ustawą Sapina; tego rodzaju umów koncesyjnych są szczególnie rozpowszechnione:

- w odniesieniu do usług komunalnych, takich jak zaopatrywanie w wodę, wywóz śmieci, utrzymywanie czystości, transport publiczny itd.
- w odniesieniu do dużych projektów infrastrukturalnych, takich jak autostrady, mosty, duże stadiony, tunele itd.

2.3.4.2 Umowy PPP finansowane przez budżet są we Francji bardzo rozpowszechnione.

2.3.4.2.1 Ustawa z dnia 5 stycznia 1988 r. ustanowiła we Francji długoterminowe kontrakty dzierżawcze finansowane przez budżet, tzw. Baux Emphytéotiques Administratifs. Kontrakty te zawierane są w odniesieniu do budynków publicznych, w szczególności szkół, jako swego rodzaju odmiana leasingu, który jest stosowany również przez państwo francuskie⁽¹⁾. Ponadto państwo ma od pewnego czasu do dyspozycji instrument tzw. Locations avec Options d'Achat (wynajęcie z możliwością zakupu), który upowszechnił się w szczególności w dziedzinie budownictwa i infrastruktury (ustawa z dnia 29 sierpnia 2002 r. w odniesieniu do policji i z początku 2003 r. w odniesieniu do wojska).

2.3.4.2.2 Ustawa z dnia 2 lipca 2003 r. przewidziała wydanie rozporządzeń odnośnie umów długoterminowych obejmujących cały kompleks projektowania, budowy, finansowania i eksploatacji przy udziale środków publicznych. Pierwsze z rozporządzeń dla sektora szpitalnego zostało opublikowane we wrześniu 2003 r., drugie zostało wydane dla państwa francuskiego i władz komunalnych. Chodzi o *rozporządzenie dotyczące umów o partnerstwie z dnia 17 czerwca 2004 r.*⁽²⁾

2.3.5 Niemcy

2.3.5.1 W Niemczech, tak jak i w innych Państwach Członkowskich, istnieje szczegółowe prawo dotyczące zawierania umów koncesyjnych obejmujące zlecenia publiczne (na prace budowlane), w których mogą uczestniczyć przedsiębiorstwa publiczne i prywatne, jak również PPP, bez obawy przed dyskryminacją.

2.3.5.2 Należy to zasadniczo odróżnić od procedur zapewniania świadczenia usług w zaspokajaniu potrzeb bytowych. Gminy w wielu wypadkach wybierają w Niemczech partnerstwa publiczno-prywatne (PPP), aby zapewnić świadczenie takich usług w ogólnym interesie gospodarczym, na przykład w dziedzinie zaopatrzenia i odprowadzania, a więc w obszarach takich jak energia, woda/ ścieki i odpady. Odbywa się to na mocy wszystkich możliwych form umów. Obok rozpowszechnionych koncesji na świadczenie usług występują zlecenia publiczne, na przykład na zaopatrzenie w energię elektryczną, jak również zinstytucjonalizowane PPP w gminach. PPP tego rodzaju przyczyniają się do zapewniania miejsc pracy i do wzrostu gospodarczego w danym regionie.

2.3.5.3 Takie PPP opierają się na zapisanym w Konstytucji prawie gmin do swobodnego podejmowania decyzji w sprawie sposobu i organizacji świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w ramach koncesji. Mogą one wybrać pomiędzy założeniem własnego przedsiębiorstwa, realizacją PPP z odpowiednimi partnerami lub przekazaniem świadczenia tych usług podmiotom prywatnym. Takie PPP nie podlegają prawu dotyczącemu zawierania umów koncesyjnych.

2.4 Uwagi dotyczące umowy deweloperskiej

2.4.1 Ten coraz bardziej popularny w Europie system wywodzi się z europejskiej tradycji koncesji. Można się zastanowić, czy potrzebna jest jego harmonizacja ramowa lub też umocowanie w prawie unijnym.

2.4.2 Francja i Hiszpania przyjęły ten system w okresie późniejszym niż Włochy, gdzie przepisy prawne w tym względzie są bardzo szczegółowe. We Włoszech właściwy organ publiczny wzywa do składania ofert odnoszących się do wstępnego — ew. poprawionego przez ten organ — projektu dewelopera oraz do jego planu finansowego (proponowany czas trwania, niezbędne opłaty za użytkowanie itd.).

2.4.3 Na podstawie procedury negocjacyjnej dany organ przyznaje koncesję albo deweloperowi albo jednej z dwóch najlepszych ofert proponowanych w trakcie przetargu. Deweloper i inni oferenci muszą wnieść wadium w wysokości 2,5 % wartości całości inwestycji.

2.4.4 Jeżeli organ publiczny nie zdecyduje się na wybór oferty dewelopera, tenże otrzymuje kwotę wadium wniesioną przez oferenta wygrywającego w ramach wyrównania poniesionych kosztów, włączając prawa własności intelektualnej. Jeżeli koncesja zostanie zaś przyznana deweloperowi, jego wadium w wysokości 2,5 % zostaje przekazane pozostałym dwóm oferentom (60 % dla najlepszego i 40 % dla drugiego).

2.4.5 Podobnie jak ma to miejsce w przypadku możliwości zastrzeżenia niektórych zleceń dla organizacji/zakładów, których większość stanowią pracownicy niepełnosprawni (art. 19 dyrektywy Parlamentu Europejskiego 2004/18/WE i Rady z dnia 31 marca 2004 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na prace budowlane, dostawy i usługi), EKES uważa, iż w ramach realizacji tej formy partnerstwa publiczno-prywatnego uwzględnienie pewnych kryteriów społecznych przez dewelopera wzgl. jednej ze strony kontraktu powinny działać na jego/jej korzyść.

⁽¹⁾ Budowa Ministerstwa Finansów w Bercy (Paryż) została częściowo wykonana za pomocą tego instrumentu finansowego.

⁽²⁾ Zarządzenie dotyczące umowy o partnerstwie nr 2004-559, opublikowane w Dz.U. z dnia 19.6.2004

2.5 Państwa, w których PPP i koncesje są słabo rozwinięte. Poniższe opisy ograniczają się do spostrzeżeń poczynionych w kilku wybranych krajach.

2.5.1 Belgia

2.5.1.1 Pojęcie koncesji określone jest w art. 24 i 25 ustawy z dnia 24 grudnia 1993 r. oraz w art. 123 i następnym uchwały królewskiej z dnia 8 stycznia 1996 r. ⁽¹⁾ Poza pojęciem wykonania i ewentualnej koncepcji prac, artykuły te przewidują eksploatację projektu przez koncesjonariusza. **Natomiast umowa deweloperska nie jest w prawie belgijskim specjalnie rozwinięta.**

2.5.1.2 Umowa deweloperska ⁽²⁾ charakteryzuje się połączeniem finansowania, wykonania oraz czasami również koncepcji projektu; zleceniodawca natomiast płaci za prawo do korzystania z budynku w formie czynszu ⁽³⁾.

2.5.2 Portugalia

2.5.2.1 Kraj ten w celu polepszenia stanu sieci dróg wdrożył umowę SCUT, czyli system delegowania zadań publicznych pozwalający prywatnemu przedsiębiorcy budowlanemu na pobieranie opłat publicznych. SCUT wzoruje się na systemie tzw. „myta wirtualnego” („shadow toll”) stosowanego na drogach brytyjskich. Przetargi odnoszące się do umów SCUT odbyły się w 1997 r. Aktualnie są raczej rzadko stosowane.

2.5.3 Węgry

2.5.3.1 Nie istnieje specjalne prawo regulujące projekty PPP, jednakże uregulowania dotyczące zobowiązań finansowych państwa wymienione są w uchwale nr 2098/9003 (V29).

2.5.3.2 W 1997 r. kraj ten zainicjował program współpracy z sektorem prywatnym dotyczący rozwoju parków przemysłowych, których liczba na początku 2004 r. wynosiła 165. Jak należy zdefiniować pojęcie koncesji i PPP?

3. Jak należy zdefiniować pojęcie koncesji i PPP?

3.1 Prawo europejskie nie było w stanie zaproponować odpowiadających rzeczywistości i użytecznych definicji PPP oraz koncesji. W prawie europejskim albo w ogóle brak jest

definicji PPP i koncesji na roboty budowlane i usługi publiczne albo — jeśli takowe już są — wywołują one negatywne opinie. Krytyka aktualnej definicji dotyczy następujących kwestii:

- ujęcia koncesji tylko w połączeniu ze zleceniami na roboty publiczne (ust. 3.1.1);
- braku rozróżnienia między długoterminowymi i krótkoterminowymi umowami, które stanowi kryterium finansowania zewnętrznego (a nie ze środków administracji publicznej) a tym podstawę do delegowania danych zleceń na inne podmioty (ust. 3.1.2);
- braku uwzględnienia własnych propozycji sektora prywatnego dotyczących koncesji (pkt. 3.1.3).

3.1.1 Powiązanie PPP i koncesji ze zleceniami na roboty publiczne

3.1.1.1 Zagadnienie koncesji uregulowane jest w prawie wspólnotowym z jednej strony w zasadach i postanowieniach Traktatu, z drugiej strony zaś w dyrektywach dotyczących ich realizacji.

3.1.1.2 Dyrektywy opracowane przez Unię mają na celu zapewnienie przejrzystych zasad konkurencji odnośnie całego spektrum zamówień publicznych; ich zakres stosowania jest jednak **czasami** nie do końca jasny, jeśli chodzi o kompleksowe umowy koncesyjne lub partnerstwa publiczno-prywatnego.

3.1.1.3 Jedynie dyrektywa 93/37 ⁽⁴⁾ dotycząca koordynacji procedur udzielania zleceń na roboty publiczne określa w art. 1 lit. d) definicję umowy koncesyjnej na roboty publiczne. Niestety odnosi się do tylko prostych zleceń roboty publiczne ⁽⁵⁾. **Dyrektywa 92/50** ⁽⁶⁾ w sprawie koordynacji procedur udzielania zleceń publicznych na usługi nie zawiera żadnej definicji koncesji. Wreszcie **dyrektywa 93/38** ⁽⁷⁾ też nie zajmuje się kwestią definicji wzgl. udzielania koncesji, reguluje ona bowiem tylko udzielanie wszelkiego rodzaju zleceń publicznych w tzw. sektorach szczególnych, zastępując przez to inne dyrektywy. EKES krytykuje to lakoniczne i nierealistyczne podejście, które zostało niestety utrzymane w dyrektywach 2004/17 i 2004/18 ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Ustawa z dnia 24/12/93 r. - zamówienia publiczne - Monitor belgijski z dnia 22.1.1994, uchwały królewskie z 8 i 10.01.1996 - Monitor belgijski z dnia 26.1.1996, uchwała królewska odnosząca się do zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i koncesji na usługi .

⁽²⁾ Idem.

⁽³⁾ Ustawa z dnia 24.12.1993 (art. 9) - uchwała królewska z dnia 8.1.1996. (art. 21) - uchwała królewska z dnia 26.1.1996 Maurice André Flamme. Ustawa z dnia 24.12.1993, Dziennik Sądowy 1994 r. System budowlany.

⁽⁴⁾ Dz.U. L 199 z 09.8.1993

⁽⁵⁾ „Koncesja na roboty publiczne” jest kontraktem posiadającym takie same cechy jak te, które określono w lit. a), z wyjątkiem faktu, iż zapłata za pracę będzie polegała bądź jedynie na prawie wykorzystania projektu, bądź na prawie doboru ceny.

⁽⁶⁾ Dz.U. L 209 z 24.7.1992

⁽⁷⁾ Dz.U. L 199 z 09.8.1993

⁽⁸⁾ Dz.U. L 134 z 30.4.2004

3.1.1.4 Komisja świadoma rosnącego odwoływania się do PPP opublikowała w kwietniu 2000 r. **Komunikat w sprawie interpretacji kwestii koncesji w prawie unijnym dotyczącym zamówień publicznych** ⁽¹⁾. Komunikat ten miał na celu wyeliminowanie podstawowych niejasności prawnych związanych z brakiem precyzyjnych definicji koncesji i PPP w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych. Należy przypomnieć, iż obecnie obowiązujące prawa narodowe regulują koncesje i PPP w sposób bardzo różny.

3.1.1.5 EKES jest zdania, iż brak jest takich definicji koncesji i umów PPP wzgl. delegowania zadań na inne podmioty, które wyraźnie określałyby ich znaczenie i zakres. Pojęcia koncesji czy szeroko pojętego delegowania zadań nie można bowiem sprowadzić tylko do jednego kryterium — ryzyka względnie płatności —, zastosowanego pierwotnie w dyrektywie 93/37 a następnie w Komunikacie w sprawie interpretacji; na koncepcję koncesji składa się bowiem szereg różnych elementów.

3.1.1.6 Jak można dokładniej zdefiniować pojęcie koncesji czy PPP?

3.1.1.6.1 Umowa lub akt jednostronny, na mocy którego organ władzy publicznej przyznaje stronie trzeciej określone uprawnienia w zakresie projektowania, budowania, finansowania, utrzymywania i eksploataowania danej infrastruktury lub usługi na długi i określony okres czasu:

- jest koncesją, jeżeli strona ta otrzymuje wynagrodzenie w większości opłacane przez użytkowników;
- jest umową w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, jeżeli wynagrodzenie to pochodzi w większości ze środków budżetu publicznego.

3.1.1.6.2 W oparciu o te definicje należy skoncentrować uwagę na dwóch kryteriach, które muszą być spełnione w przypadku tego rodzaju umów:

- konieczność **przekazania odpowiedzialności** ze strony władzy publicznej na zleceniobiorcę;
- pojęcie **globalnej umowy**, która obejmuje liczne aspekty (budowę, finansowanie, wykorzystanie, utrzymanie itd.) w kategoriach długoterminowych (średni przedział czasu od 10 do 75 lat).

3.1.1.6.3 EKES uważa, iż nie ma powodów do definiowania umowy (koncesyjnej) jedynie w aspekcie podjęcia ryzyka eksploatacyjnego, jak ma to miejsce w Komunikacie w sprawie interpretacji z kwietnia 2000 r.; byłoby to bowiem zbyt płytkie i uproszczone podejście do tej formy umów.

⁽¹⁾ Dz.U. C 121 z 29.4.2000

3.1.2 Konieczność odmiennego traktowania kontraktów krótko- i długoterminowych.

3.1.2.1 Po opublikowaniu Zielonej Księgi przez Komisję Europejską w listopadzie 1996 r. ⁽²⁾ EKES wydał opinię w dniu 28 maja 1997 r. ⁽³⁾, w której zwrócił do Komisji z prośbą o ponowne przemyślenie jej podejścia w kwestii koncesji oraz o ich większe uniezależnienie od definicji zleceń na roboty publiczne: *Kwestia koncesji powinna stanowić przedmiot dokładnego rozpatrzenia z uwzględnieniem podstawowego wymogu polegającego na tym, iż ich udzielenie musi się opierać o przejrzyste i obiektywne kryteria. Istnieje podstawowa różnica między koncesją a zleceniem dotycząca przedmiotu i czasu trwania umowy, warunków finansowania oraz zakresu odpowiedzialności cywilnej. W celu propagowania tego rodzaju kontraktów Komisja Europejska dokonać analizy dotyczącej sporządzenia odpowiedniego instrumentu prawnego pozwalającego na ich implementację* ⁽⁴⁾.

3.1.2.2 EKES uważa za konieczne, by w ramach definiowania i klasyfikowania kontraktów uwzględniać ich specyficzne funkcje:

3.1.2.3 Umowa koncesyjna lub PPP nie może sprowadzać się — bez podania okresu trwania — do definicji przeniesienia ryzyka eksploatacyjnego, bowiem w ramach takiej umowy chodzi przede wszystkim o przekazywanie wybranemu kandydatowi odpowiedzialność za planowanie, budowę, finansowanie, zarządzanie oraz utrzymanie/udostępnianie danego projektu lub usługi.

3.1.3 **W kontekście wyżej wymienionych umów deweloperskich** szereg państw ustanowiło specjalne przepisy prawa otwierające podmiotom prywatnym możliwość proponowania projektów odpowiedzialnym władzom publicznym. Ta powszechna we Włoszech praktyka powinna być propagowana również w pozostałych państwach członkowskich, które aktualnie nie posiadają podobnych procedur.

3.2 Różna praktyka stosowania prawa europejskiego powoduje różnice prawne.

3.2.1 Ponieważ koncepcje kontraktów publicznych nie są w Europie jednolite, więc w jednym państwie kontrakt taki definiuje się jako umowę, a w innym jako koncesję. W odniesieniu do tego samego kontraktu obowiązują zatem w zależności od państwa dwa różne systemy zawierania kontraktów/udzielania zleceń. Wielka Brytania, przywiązująca mniejszą uwagę do klasyfikacji kontraktów niż kraje o tradycji prawa rzymskiego z rozbudowanym prawem administracyjnym, zawsze traktowała PPP jako zwykłe zamówienia publiczne, chociaż równie dobrze można by je zakwalifikować jako koncesje na roboty publiczne.

⁽²⁾ COM(96) 583 final

⁽³⁾ Dz.U. C 287, z 22.9.1997

⁽⁴⁾ Inne punkty opinii godne wymienienia:

„W wielu krajach rozwija się metody finansowania projektów publicznych przez sektor prywatny. Chodzi przy tym o kontrakty długoterminowe przewidujące użycie środków finansowych podmiotów prywatnych, co je wyraźnie wyróżnia od zamówień publicznych”.

„EKES zaleca, aby udzielenie koncesji stanowiło przedmiot specjalnych uregulowań, w szczególności w odniesieniu do sieci transeuropejskich”.

„EKES proponuje, aby Komisja Europejska popierała promowanie nowych metod kontraktowych, w ramach których infrastruktury publiczne mogłyby być finansowane przez podmioty prywatne”.

3.2.2 Pojawienie się w wielu państwach osobnego prawa dotyczącego PPP wskazuje na to, że mamy tu do czynienia ze specyficzną formą umów znajdującą się na granicy zarządzania administracyjnego i kontraktu, co *a priori* utrudnia jakiegokolwiek przepisy.

3.3 *Czy prawo unijne może poprzestać na klasyfikowaniu kontraktów tylko w perspektywie ich zawierania, pozostawiając w niejasności kwestię delegowania zadań publicznych w rozumieniu instytucjonalnym? Czy system udzielania kontraktów ma aż takie znaczenie?*

3.3.1 Zakres dyrektywy znacznie wykracza poza harmonizację procedur przydzielania kontraktów publicznych. Definicje zawarte w tych dyrektywach zostały w całości przejęte przez ustawodawstwo różnych państw członkowskich, co doprowadziło do powstania jednolitych koncepcji kontraktów w wielu państwach Europy.

3.3.2 Ale dyrektywy 2004/17 i 2004/18 pozostawiają regulowanie systemu prawnego dotyczącego kontraktów narodowych ustawodawstwu krajowemu, które definiuje procedury ich realizowania. Powstaje zatem pytanie dotyczące miejsca przyznanego sektorowi prywatnemu w zarządzaniu publicznymi projektami.

3.4 *Hierarchia norm na podstawie porządku rynkowego przypisuje szczególne znaczenie zadaniom związanym z zaspokojeniem potrzeb bytowych oraz wymiarowi społecznemu.*

3.4.1 EKES podkreśla:

- że zgodnie z przyszłą Konstytucją uchwaloną przez Radę cele te obejmują trwały rozwój na bazie zrównoważonego wzrostu gospodarczego i stabilności cen, wysoce konkurencyjnej socjalnej gospodarki rynkowej, która zmierza do pełnego zatrudnienia i ochrony socjalnej, jak i — w dużym stopniu — do ochrony środowiska i poprawy jego jakości;
- jeśli tworzone będą partnerstwa publiczno-prywatne, to muszą one przyczynić się do realizacji celów Unii;
- że w strategii przyjętej na szczycie w Lizbonie potwierdzono zasadę otwartej gospodarki rynkowej uzupełniając ją o cel silnego rozwoju Europy uwzględniającego wymiar społeczny (edukacja, kształcenie zawodowe, zatrudnienie itd.).

3.4.2 Przy poszanowaniu zasady pomocniczości w celu osiągnięcia celu otwartej gospodarki rynkowej kompetentny organ publiczny musi uwzględnić możliwości konkurencji i wybrać najlepsze rozwiązanie.

3.4.3 Bez względu na wybraną koncepcję umowy wszelkie rozwiązania muszą się opierać na zasadzie przestrzegania norm socjalnych danego kraju i jakości świadczeń ustalonych w kontrakcie. W przypadku nieprzestrzegania wymogów socjalnych lub jakościowych muszą obowiązywać klauzule rozwiązania kontraktu.

4. Propozycje mające na celu ulepszenie i sprecyzowanie przepisów prawa dotyczących PPP i koncesji

4.1 W celu stworzenia zharmonizowanych ram na poziomie europejskim EKES uważa za pożądane, by rozwojowi tego rodzaju kontraktów towarzyszyło raczej wydanie jednego wzgl. kilku komunikatów w sprawie ich interpretacji, aktualnie uwzględniających różnorodność i złożoność tego zjawiska, niż natychmiastowe opracowanie jakiejś dyrektywy, która szybko mogłaby się okazać niedoskonałą.

4.2 Poza tym EKES apeluje do Komisji o traktowanie zagadnienia PPP w sposób kompleksowy oraz do sporządzenia w ramach jej komunikatów (po przeprowadzeniu odpowiednich badań w państwach członkowskich) wykazu kryteriów, które władze publiczne mogłyby uwzględniać w odniesieniu do aspektów społecznych i ekologicznych. Władze publiczne mogłyby, uzupełniając na podstawie tych kryteriów istniejące ustawodawstwo, wprowadzić je tym samym do katalogu warunków niezbędnych przy realizacji kontraktów.

4.3 EKES uważa, że:

- PPP jest elastycznym i dynamicznym instrumentem ekonomicznym, który może służyć jako katalizator integracji określonych celów gospodarczych, społecznych i ekologicznych, takich jak zrównoważony rozwój, zatrudnienie i integracja społeczna;
- PPP umożliwia wymianę wzajemnej wiedzy między partnerami publicznymi i prywatnymi.

4.4 Dyrektywa 2004/18 reguluje kilka istotnych kwestii dotyczących zawierania kontraktów publicznych, które mogą się odpowiednio stosować do PPP i koncesji, a mianowicie takie kryteria jak dialog konkurencyjny i poufność ofert. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na następujące punkty:

4.4.1 Utrzymanie otwartego podejścia do koncesji

4.4.1.1 Otwarte podejście dyrektywy 2004/18 powinno być utrzymane tym bardziej, że nie wszystkie Państwa Członkowskie stosują metodę koncesji.

4.4.2 Przedstawienie zharmonizowanej na szczeblu unijnym definicji prawnej koncesji i PPP

4.4.2.1 Niezbędne jest ujednoczenie definicji tych obu form kontraktów w Państwach Członkowskich. Definicja proponowana przez EKES (patrz pkt. 3.1.1.6) umożliwia podkreślenie szczególnego miejsca, jakie te kontrakty zajmują na styku rynku z administracją publiczną.

4.4.3 Poszanowanie dla innowacji

4.4.3.1 Rozporządzenia wspólnotowe dotyczące koncesji na wykonanie robót nie zobowiązują udzielającego koncesji do określenia w ogłoszeniu przetargowym, czy będzie on akceptował warianty alternatywne.

4.4.3.2 EKES uważa za pożądane, aby w ramach procedury przetargowej odnoszącej się do tego rodzaju kontraktów przyjmowane były wszelkie warianty alternatywne, z preferencją dla innowacji.

4.4.3.3 Kandydat mający otrzymać koncesję może bowiem ewentualnie przedstawić oryginalną propozycję znaczących i istotnych innowacji w aspekcie technicznym, finansowym czy komercyjnym, która może też zostać wykorzystana do poprawy socjalnych i ekonomicznych warunków życia i pracy konsumentów i pracobiorców, których ona dotyczy.

4.4.3.4 Takie zachęcanie kandydatów do inwestowania kosztownego potencjału intelektualnego w ramach procedur przetargowych, umożliwiającego tego rodzaju innowacje, jest zgodne z duchem Strategii Lizbońskiej. Należy poza tym unikać sytuacji, w których własność intelektualna pierwotnych propozycji tych uczestników przetargu mogła zostać wykorzystana przez innych konkurentów. Jest to kwestia etyki oraz zachęcania do innowacji i powinna ona jako nowa procedura, tzw. „dialogu konkurencyjnego”, zostać wprowadzona do krajowych ustawodawstw Państw Członkowskich.

4.4.4 Procedura negocjacyjna

4.4.4.1 Propozycja umowy koncesyjnej musi co prawda odpowiadać celowi usługi określonej przez udzielającego koncesję, ale powinna ona przy tym dawać maksymalną wolność w zakresie sposobu realizacji danego celu, czyli odnośnie planowania projektu, podziału na poszczególne fazy, podejmowania ryzyka technicznego itd. EKES proponuje, by po przekazaniu propozycji przez jednego lub kilku kandydatów nastąpiło nawiązanie dialogu między stroną udzielającą koncesję a potencjalnymi koncesjonariuszami w celu ostatecznego uregulowania umowy koncesyjnej lub PPP w oparciu o potrzeby zgłoszone przez organ władzy publicznej. Wcześniejsza dyrektywa 94/37 przewidywała wykorzystanie procedury negocjacyjnej w jedynie w przypadkach wyjątkowych. W przyszłości w przypadku dialogu konkurencyjnego obowiązywać będzie zasada negocjowania w odniesieniu do tzw. kontraktów kompleksowych.

4.4.4.2 Przyjęta procedura dialogu konkurencyjnego powinna zatem:

— jasno określać, że przypadki, w których można rozpocząć taką procedurę (trudności w ocenie rozwiązania zaproponowanego przez sektor prywatny lub dokładnych potrzeb wzgl. kwestii finansowych), są ujęte w rozumieniu bardzo szerokim i liberalnym.

— potwierdzać, że każde przedsiębiorstwo może przedstawić swoją własną propozycję oraz że własność intelektualna każdego konkurenta będzie chroniona.

4.4.4.3 Wreszcie należy przypomnieć, iż między organem władzy publicznej udzielającym koncesji a koncesjonariuszem niezbędne jest zawarcie kontraktu definiującego obowiązki każdej ze stron zgodnymi z uregulowaniami przewidywanymi w prawie narodowym państw, z którymi związane są dane strony kontraktu.

4.4.5 Ustalenie ogólnych zasad

4.4.5.1 Konieczność odpowiednich ram prawnych odnoszących się do koncesji i PPP musi się odzwierciedlać w praktyce, w szczególności poprzez przyjęcie zasad dotyczących wykonania umów koncesyjnych lub PPP.

4.4.5.2 Możliwość zawarcia umów o partnerstwie zależy w decydujący sposób od tego, czy możliwe jest osiągnięcie równowagi między stronami umowy, która utrzyma się przez dłuższy okres czasu.

4.4.5.3 EKES zaleca, aby Komisja poparła w komunikacie w sprawie interpretacji zrównoważone rozłożenie ryzyka pomiędzy udzielającym koncesji a koncesjonariuszem, pozostawiając każdemu państwu ustalenie odpowiednich ku temu środków oraz ich ew. adaptację w miarę wpływu czasu. Mając na uwadze ten cel komunikat taki powinien uwzględnić następujące kwestie:

— ryzyko koncesji dotyczącej infrastruktury lub koncesji PPP powinno być zdefiniowane, wyrażone ilościowo i przydzielone tej stronie, która jest najlepiej w stanie je ponosić;

— w przypadku wyjątkowego ryzyka, np. nieprzewidywalnych okoliczności pociągających za sobą wzrost kosztów kontraktu (nieoczekiwana zmiana wymogów ze strony państwa, nieprzewidywalne warunki techniczne przy wykonywaniu robót, krótkofalowe zmiany w zachowaniu konsumenta itd.), między udzielającym koncesji a koncesjodawcą powinno najpierw dojść do odpowiedniego, zgodnego z kontraktem porozumienia w sprawie podziału ryzyka);

— koncesjonariusz winien gwarantować wypłatę odszkodowania w razie naruszenia postanowień kontraktu;

— podobnie jak w każdym przypadku zawarcia umowy w ramach prawa prywatnego, koncesjonariusz przejmujący finansowanie musi być w stanie oprzeć się na fakcie, że mimo zmiany natury prawnej i podatkowej dokonanej na szczeblu ustawodawczym, nie została naruszona treść obowiązujących kontraktów;

- należy przewidzieć bezzwłoczne odszkodowanie na rzecz posiadacza kontraktu w przypadkach wysunięcia nowych żądań przez zleceniodawcę bez zmiany pierwotnych warunków kontraktu;
- koncesjonariusz powinien mieć wystarczającą swobodę w zakresie wykonywania zadań postawionych mu przez zleceniodawcę, przy czym udzielający koncesji zastrzega sobie pełne stosowanie kompetencji w zakresie praw suwerennych oraz porządku publicznego.

4.4.5.4 Wprowadzenie systemu koncesji jako formy efektywnego połączenia zarządzania prywatnego i prywatnego finansowania z inwestycjami publicznymi w celu realizacji zadań związanych z usługami użyteczności publicznej dla swojego powodzenia wymaga odpowiednich ram prawnych i księgowych, dostosowanych do szczególnej struktury koncesji. Znaczące inwestycje i wydatki, które przedsiębiorstwo prywatne musi ponieść w ciągu pierwszych lat swojej działalności w celu rozbudowy infrastruktury, muszą zostać rozdzielone w ciągu całego czasu trwania koncesji na okresy sprawozdawczości. W swojej obecnej formie projekt zharmonizowania sprawozdawczości na szczeblu europejskiej uniemożliwia istnienie systemu koncesji. Rachunkowość w Hiszpanii — szczególnie w wypadku nowych koncesji — mogłaby służyć za przykład, na który należałoby zwrócić uwagę przy tworzeniu partnerstw publiczno-prawnych w ramach projektów budowlanych lub związanych z świadczeniem usług w Unii Europejskiej.

5. Ustalenie jaśniejszych reguł konkurencji między jednostkami publicznymi wzgl. parapublicznymi a podmiotami prywatnymi

5.1 Często spółkom mieszanym przyznaje się w sposób bezpośredni koncesje lub prawa specjalne wzgl. wyłączne; w niektórych wypadkach mogą one w drodze zwykłej zmiany statutu rozszerzać swój zakres działania na obszary nieprzewidziane podczas ich tworzenia. Z powyższego wynika, iż konkurencja, jeżeli takowa ma w ogóle miejsce, jest czasami zakłócona. W takich wypadkach winny one prowadzić odrębną księgowość, umożliwiającą sprawdzenie, czy nie stosują one zakłócającego konkurencję subsydiowania skrośnego.

5.2 EKES proponuje wyjaśnienie reguł w następujący sposób:

5.2.1 Przed utworzeniem jednostki mieszanej właściwy organ władzy musi uwzględnić warunki konkurencji na rynku i zdecydować, które z rozwiązań jest najbardziej racjonalne.

5.2.2 W trosce o przejrzystość i wydajność o procedurach mających na celu utworzenie jednostek mieszanych należy zawiadomić przed ogłoszeniem przetargu publicznego i wyraźnie zwrócić uwagę konkurentom prywatnym na możli-

wości ewentualnego uczestnictwa w tworzeniu spółek parapublicznych. Poza tym organ władzy publicznej składając lokalnej jednostce mieszanej zlecenie na nowe świadczenie musi zapewnić, że:

- w razie rozszerzenia przez tę jednostkę działalności poza pierwotny zakres działania zostanie ona zobowiązana do prowadzenia odrębnej księgowości, umożliwiającej sprawdzenie, czy nie stosuje ona zakłócającego konkurencję subsydiowania skrośnego;
- przestrzegane są procedury wspólnotowe, włączając procedury związane z subwencjami państwowymi;
- respektowane są warunki uczciwej konkurencji wobec sektora prywatnego (opodatkowanie i koszty produkcyjne przedsiębiorstwa mieszanego).

6. Wnioski

EKES stwierdza, iż w wielu państwach pojawiają się obecnie specjalne przepisy prawne dotyczące PPP oraz że z uwagi na dotychczasowe doświadczenia należałoby:

- umożliwić rozwój różnych form PPP przez kilka lat,
- postulować systematyczne przekazywanie przez Państwa Członkowskie informacji o różnych formach PPP i napotkanych trudnościach (zalety i wady w stosunku do form tradycyjnych);
- stworzyć wraz z przedstawicielami państw, Komisji i społeczeństwa obywatelskiego, w tym EKES, ośrodek monitorujący rozwój PPP (mając na celu ocenę doświadczeń w zakresie różnych kryteriów, takich jak koszty, dostęp do świadczeń, wpływ na stosunki zatrudnienia, konkurencyjność, środowisko itd.);
- podkreślić, że odnośnie PPP i koncesji obowiązują europejskie progi (na roboty i usługi); poniżej tych progów każde państwo stosuje swoje własne przepisy w celu uniknięcia niepotrzebnego nakładu administracyjnego,
- opublikować przed 2007 r. komunikat w sprawie interpretacji dotyczący:
 - definicji koncesji i PPP,
 - pozycji konkurencyjnej jednostek mieszanych lub parapublicznych,
 - dialogu konkurencyjnego i procedury dotyczącej publikacji,
 - sposobu traktowania „dewelopera”, który popiera innowację;
 - znaczenia pomocy państwa dla jednostek mieszanych lub parapublicznych.

Bruksela, 27 października 2004 r.

Przewodniczący
Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego
Anne-Marie SIGMUND