

Andrzej Panasiuk

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: a.panasiuk@uwb.edu.pl

KLASYCZNE ZAMÓWIENIA PUBLICZNE NA TLE PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO ORAZ KONCESJI NA ROBOTY BUDOWLANE LUB USŁUGI

CLASSICAL PUBLIC PROCUREMENT AGAINST THE BACKGROUND OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AND CONCESSIONS FOR CONSTRUCTION WORKS OR SERVICES

DOI: 10.15611/pn.2017.497.07

Streszczenie: Regulacje prawne, które możemy zakwalifikować do jednego spójnego systemu prawa regulującego procedury realizacji zamówień publicznych, muszą w swojej treści normatywnie regulować kwestie związane ze sposobem udzielania zamówień publicznych, w szczególności na potrzeby podmiotów sektora publicznego lub podmiotów dysponujących środkami publicznymi na określone cele. Konieczność szczególnego i systemowego podejścia do regulacji zamówień publicznych pojawiła się w związku z ich ogromnym znaczeniem dla sprawnego funkcjonowania sektora publicznego, świadczącego bez zakłóceń usługi publiczne. W artykule wskazano cechy pozwalające na wyróżnienie trzech instytucji systemu zamówień publicznych, tj. koncesji, partnerstwa publiczno-prywatnego i klasycznych zamówień publicznych. Zarówno koncesje, jak i PPP zaliczymy do katalogu instrumentów prawnych umożliwiających udzielanie zamówień publicznych, zmierzających do realizacji zadań publicznych.

Słowa kluczowe: klasyczne zamówienia publiczne, partnerstwo publiczno-prywatne, koncesja na roboty budowlane lub usługi.

Summary: Legal regulations that we can qualify for one coherent legal system regulating the procedures for the implementation of public procurement have to regulate in their normative content issues related to the way public procurement is awarded, in particular for public sector entities or entities with public funds for specific purposes. The necessity of a special and systemic approach to the regulation of public procurement appeared due to their great importance for the smooth functioning of the public sector, providing public services without interruption. The article deals with the identification of three institutions of the public procurement system, concessions, public-private partnership and classical public procurement. Both concessions and PPPs are included in the catalogue of legal instruments enabling public procurement to pursue public tasks.

Keywords: classical public procurement, public-private partnership, construction works concession or services concessions.

1. Wstęp

Sektor publiczny przy realizacji szeregu różnorodnych zadań wykorzystuje aktywne formy charakterystyczne dla prawa cywilnego, takie jak różnego rodzaju umowy cywilne. Nieobce mu są również działania kwalifikowane do kategorii umów publicznoprawnych skoncentrowane na realizacji określonych celów publicznych. W szerokim ujęciu systemu zamówień publicznych nie sposób nie odnieść się do problematyki związanej z zasadami i sposobem realizacji wydatków przez podmioty sektora publicznego. To właśnie regulacje systemu finansów publicznych mają dość znaczny wpływ na kierunek rozwoju instytucji prawa zamówień publicznych. Kondycja sektora finansów publicznych definiuje istniejące rozwiązania systemu zamówień publicznych, aktywnie je rozwijając. W chwili obecnej istnieje współzależność stanu i kondycji finansów publicznych w państwie od zakresu i rodzaju możliwych środków wykorzystywanych przy realizacji zadań publicznych i świadczeniu usług publicznych na rzecz obywateli. Im stan finansów publicznych państwa jest bardziej stabilny, tym zakres możliwych środków prawnych udzielania zamówień publicznych jest bardziej ograniczony, a ograniczenie zmierza w kierunku wykorzystywania jedynie klasycznych zamówień. Im zaś państwowa kasa jest bardziej pusta, tym sektor publiczny sięga do coraz to nowszych możliwości świadczenia usług publicznych, w szczególności opartych na współdziałaniu z sektorem prywatnym, takich jak umowy koncesji czy też partnerstwo publiczno-prywatne. Myślę, że rosnąca tendencja do wykorzystywania form świadczenia usług publicznych opartych na konsensusie obu sektorów wiąże się z dynamicznie rozwijającym się społeczeństwem żyjącym w świecie szybkich zmian technologicznych, opartych na coraz to nowszych rozwiązaniach innowacyjnych¹. Regulacje systemu zamówień publicznych, ukierunkowane jedynie na wykorzystywanie sił i zasobów sektora publicznego, są niewystarczające w związku z potrzebami i oczekiwaniami społeczeństwa.

Regulacje prawne, które możemy zakwalifikować do jednego spójnego systemu prawa regulującego procedury realizacji zamówień publicznych, muszą w swojej treści normatywnej regulować kwestie związane ze sposobem udzielania zamówień publicznych, w szczególności uwzględniać potrzeby podmiotów sektora publicznego lub podmiotów dysponujących środkami publicznymi na określone cele. Konieczność szczególnego i systemowego podejścia do regulacji zamówień publicznych pojawiła się w związku z ich ogromnym znaczeniem dla sprawnego funkcjonowania sektora publicznego, świadczącego bez zakłóceń usługi publiczne. Przełomowym momentem było uchwalenie dwóch regulacji prawnych wprowadzających instrumenty prawne współpracy obu sektorów, tj. ustawy o partnerstwie pu-

¹ W literaturze przedmiotu szczególnie z przełomu XIX i XX wieku raczej krytycznie podchodzono do oparcia działań sektora publicznego na konsensusie, poza kilkoma wyjątkami, jak np. N. Herschel, *Die Vertragsordnung als Rechtsnorm*, Deutsches Recht XII, 1942, s. 753 i n. oraz W. Burckardt, *Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht*, Bern 1924.

bliczno-prywatnym² oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi³. Wejście w życie przedmiotowych regulacji prawnych spowodowało konieczność uporządkowania rozwiązań prawnych w poszczególnych obszarach działalności państwa. Tak więc między innymi uporządkowano procedury udzielania zamówień na budowę i eksploatację autostrad, uchylając dotychczasową procedurę wyboru wykonawcy zawartą w przepisach ustawy o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym i wprowadzając tym samym jednolite procedury zawarte w ustawie partnerskiej i koncesyjnej.

Jednakże uchwalenie dwóch nowych ustaw, wprowadzających nowe instrumenty prawne oraz procedury do systemu zamówień publicznych, musiało wzbudzić sporo wątpliwości interpretacyjnych, związanych z właściwym doбором odpowiedniej procedury wyboru partnera prywatnego.

Tak więc w obszarze funkcjonowania PPP możemy wyróżnić dwie procedury wyboru partnera prywatnego, z którym podmiot publiczny będzie mógł zawrzeć umowę partnerską. Partnera prywatnego można wyłonić w procedurze klasycznych zamówień publicznych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych lub w procedurze określonej w przepisach ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi. W związku z powyższym pojawiają się trzy podstawowe pojęcia – klasyczne zamówienia publiczne, koncesje na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwo publiczno-prywatne, które wymagać będą rozróżnienia, tak by móc odpowiednio dobrać właściwą procedurę wyboru partnera prywatnego.

Zarówno koncesje, jak i PPP zaliczymy do katalogu instrumentów prawnych umożliwiających udzielanie zamówień publicznych zmierzających do realizacji zadań publicznych. Z tym że koncesje na roboty budowlane lub usługi można wydzielić z szeroko rozumianego partnerstwa publiczno-prywatnego. PPP może być realizowane bądź na podstawie ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi łącznie z ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym, bądź na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych łącznie z ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym. Koncesje mogą istnieć w obrocie gospodarczym niezależnie od istnienia PPP. Od klasycznego PPP, zdefiniowanego w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, koncesja jako samoistny instrument wyboru partnera różni się szeregiem specyficznych cech. Do podstawowych elementów odróżniających koncesję od PPP możemy zaliczyć formę wynagrodzenia oraz zakres i sposób podziału ryzyka pomiędzy partnerów.

² Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U. z 2009, nr 19, poz. 100 ze zm.

³ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz.U. nr 19, poz. 101 ze zm., zmieniona następnie ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz.U. z 2016, poz. 1920.

2. Pierwszy element wyróżniający – forma wynagrodzenia

Wynagrodzenie koncesjonariusza co do zasady pochodzi z opłat od użytkowników końcowych. W niektórych przypadkach może być uzupełniane o płatności stromy publicznej, jednakże tylko w takiej wysokości, by nie zminimalizować ryzyka ekonomicznego ponoszonego przez koncesjonariusza. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE dostarcza wyjaśnień pomagających odróżnić koncesje od tradycyjnej definicji zamówienia publicznego. W sprawie C-324/98 *Telaustria*⁴ oraz w postanowieniu C-358/00 *Buchhandler*⁵ mowa jest o tym, że koncesję odróżnia od zamówienia to, że „wynagrodzeniem za realizację zadania w drodze koncesji może być możliwość eksploatacji (wykorzystywania) przedmiotu koncesji w zamian za pobieranie opłat”. Koncesja występuje więc wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu koncesjonariusza do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie. Takie ukształtowanie sposobu wynagrodzenia wyraźnie wskazuje, że jednym z możliwych sposobów wynagrodzenia jest możliwość pobierania przez koncesjonariusza opłaty od użytkowników przedmiotu koncesji. W orzeczeniu TSUE w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*⁶ wskazano wyraźnie, że:

(...) wynagrodzenie koncesjonariusza nie pochodzi od danego organu władzy publicznej, lecz z kwot pieniężnych wpłacanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z rzeczzonego parkingu. Ten sposób wynagrodzenia oznacza, iż koncesjonariusz bierze na siebie ryzyko związane z korzystaniem ze spornych usług, co stanowi cechę charakterystyczną koncesji. Z tego względu w sytuacji takiej, jak ta zaistniała w postępowaniu głównym, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na usługi, lecz z koncesją na świadczenie usług publicznych.

W praktyce mogą się zdarzać sytuacje z jednoznacznym zakwalifikowaniem określonej umowy do koncesji. Taki wniosek wyciągnąć należy z orzecznictwa TSUE w sprawie C-382/05⁷, gdzie wskazuje się, że:

(...) w świetle utrwalonego orzecznictwa Trybunału, koncesja na świadczenie usług występuje wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu usługodawcy do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie.

⁴ Orzeczenie TSUE z dnia 7 grudnia 2000 r.

⁵ Orzeczenie TSUE z dnia 30 maja 2002 r.

⁶ Orzeczenie TSUE z dnia 13 października 2005 r.

⁷ Orzeczenie TSUE z dnia 18 lipca 2007 r.

Jednocześnie w tej samej sprawie Trybunał, analizując postanowienia umowy i kwalifikując ją jako zamówienie publiczne *sensu stricto*, zauważył, że:

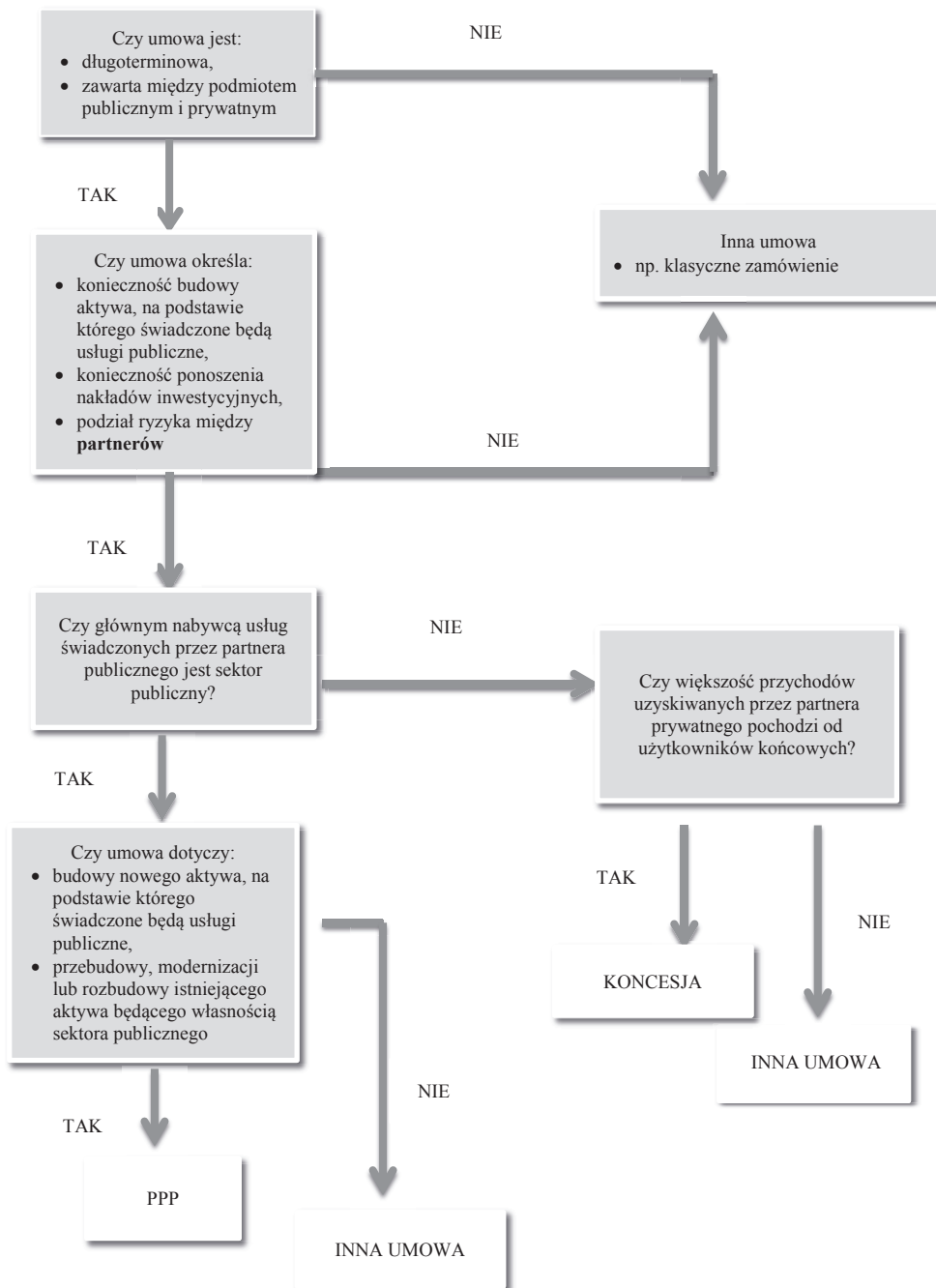
Nie tylko bowiem rzeczony przedsiębiorca jest zasadniczo wynagradzany przez pełnomocnika poprzez opłatę ustaloną od tony przesłanych mu odpadów, lecz ponadto bezsporne jest, że na podstawie spornych umów pełnomocnik zobowiązuje się po pierwsze do tego, że wszystkie zainteresowane gminy będą przysyłać ogół pozostałości odpadów do przedsiębiorcy, a po drugie, że pewna minimalna ilość w skali roku zostanie przesłana do przedsiębiorcy. Ponadto rzeczony umowy przewidują dostosowanie kwoty opłaty w sytuacji, gdy rzeczywista roczna ilość przesłanych odpadów jest niższa niż 95% lub przekracza 115% tej minimalnej gwarantowanej ilości, w celu zapewnienia finansowej i ekonomicznej równowagi przedsiębiorcy. Przewidują one również, że opłata jest przedmiotem rocznej rewaloryzacji odpowiadającej zmianom kosztów w zakresie personelu, surowców i prac konserwacyjnych oraz zmianom wskaźnika finansowego. Umowy te przewidują ponadto renegowację opłaty, gdy z powodu zmiany uregulowań prawnych przedsiębiorca musi dokonać przekraczających pewien poziom inwestycji, celem dostosowania się do nowych wymogów.

Wynika z tego, że umowy, które na pierwszy rzut oka można by uznać za koncesje ze względu na możliwość uzyskania przez koncesjonariusza wynagrodzenia bezpośrednio od użytkowników, kwalifikowane są z punktu widzenia prawa wspólnotowego jako zamówienia publiczne. Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że Trybunał Sprawiedliwości UE wielokrotnie wskazywał, że kwestia ewentualnego odmiennego zdefiniowania umowy w porządku prawnym państwa członkowskiego nie ma znaczenia z punktu widzenia przepisów dyrektywy koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych i zawartej w niej definicji zamówienia publicznego lub koncesji. Przepis art. 1 ust. 2 dyrektywy 2004/18 WE nie zawierał bowiem żadnego wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich w celu ustalenia jego treści i zakresu, co powoduje, że dochodzenie, jak zakwalifikowane są takie umowy w prawie krajowym, nie jest właściwe⁸.

Główną cechą koncesji w ujęciu dyrektywy 2014/23 WE jest prawo do eksploatacji obiektów budowlanych lub wykonywania usług, które spowoduje przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego o charakterze ekonomicznym, wiążącego się z możliwością, że nie odzyska on nakładów inwestycyjnych ani kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji w normalnych warunkach działalności, nawet jeżeli część ryzyka przejmie podmiot publiczny⁹. W innym przypadku, gdyby podmiot prywatny został uwolniony od ryzyka wystąpienia strat przy realizacji przedsięwzięcia, co gwarantowałoby minimalny przychód, co najmniej równy nakładom

⁸ Patrz orzeczenie TSUE z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03; oraz orzeczenie TSUE z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05.

⁹ Pkt 18 preambuły dyrektywy 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji.



Rys. 1. Schemat wskazujący różnicę pomiędzy PPP a koncesją

Źródło: na podstawie: *PPP w statystyce – podział ryzyka i raportowanie zobowiązań*, European PPP Expertise Centre, grudzień 2011.

poniesionym przez partnera w związku z wykonaniem umowy, mielibyśmy sytuację zbliżoną do klasycznego zamówienia. Co nie wyklucza sytuacji, kiedy wynagrodzenie wypłaca wyłącznie podmiot publiczny, kiedy odzyskanie poniesionych nakładów przez partnera uzależnione jest od faktycznego popytu na daną usługę publiczną lub też możliwości jej faktycznej podaży, jednak taka sytuacja wydaje się wyłącznie hipotetyczna. Należy równocześnie zauważyć, że nie wszystkie rodzaje działalności mogą być realizowane w formie koncesji. Znajdzie ona zastosowanie w przypadkach, w których odbiorcą świadczenia mogą być osoby trzecie, tj. faktyczni użytkownicy przedmiotu koncesji. W innych okolicznościach, kiedy odbiorcą świadczenia będzie podmiot, który to świadczenie zamawia, będziemy mieli do czynienia z klasycznym zamówieniem, do którego udzielenia zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy prawa zamówień publicznych.

W przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego wynagrodzenie partnera prywatnego może pochodzić wyłącznie z płatności podmiotu publicznego. Wynagrodzenie w PPP może również pochodzić od użytkowników końcowych wraz z płatnościami sektora publicznego, lecz w takim przypadku wysokość płatności od podmiotu publicznego nie będzie formalnie powiązana z ryzykiem ekonomicznym zarządzanym przez podmiot prywatny. Dzieje się tak dlatego, że w przypadku PPP strony mogą dowolnie zarządzać ryzykiem przedsięwzięcia. W przypadku PPP podmiot publiczny może pokryć wydatki podmiotu prywatnego w obszarze zarówno nakładów inwestycyjnych, jak i eksploatacyjnych, a także planowany zysk partnera ze środków publicznych. Pamiętać jednak należy, że w takim przypadku będziemy mieli do czynienia z klasycznym zamówieniem publicznym, gdyż podmiot prywatny będzie zwolniony w zasadzie z ponoszenia ryzyka realizacji przedsięwzięcia.

Możemy również stwierdzić, że w sytuacji kiedy kluczowym ryzykiem będzie ryzyko popytu, zawsze będziemy mieli do czynienia z koncesją. Ryzyko popytu nie będzie miało kluczowego znaczenia w sytuacji, przeważających płatności ze strony publicznej nad opłatami pobieranymi od użytkowników końcowych, a z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przy PPP¹⁰.

3. Element ryzyka

Kolejnym elementem odróżniającym koncesję od PPP oraz od klasycznego zamówienia publicznego jest ryzyko. O ile w przypadku klasycznego zamówienia publicznego całe ryzyko realizacji zamówienia spoczywa na podmiocie publicznym, o tyle w przypadku koncesji i PPP mamy do czynienia z podziałem ryzyka pomiędzy partnerów. Cechą charakterystyczną zawarcia umowy koncesji będzie przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka ekonomicznego związanego z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z podażą. Rozwiązanie, które znalazło się w dyspozycji art. 3 ustawy o umowach

¹⁰ B. Korbus, A. Panasiuk, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, UZP, Warszawa 2010, s. 58.

koncesji, wprost odwołało się do treści dyrektywy 2014/23 WE. Przedmiotowa dyrektywa określiła zakres ryzyka przy udzielaniu koncesji jako ryzyko operacyjne związane z realizacją przedmiotu koncesji, obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą albo oba te ryzyka jednocześnie. Dyrektywa nie wymaga przeniesienia na koncesjonariusza całości ryzyka, istotne jest jednak, aby ryzyko przeniesione na koncesjonariusza obejmowało rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne lub nieistotne z punktu widzenia całego projektu. Podstawą ryzyka muszą być czynniki pozostające poza kontrolą stron, zaś ryzyka związane ze złym zarządzaniem czy też działaniem siły wyższej nie powinny być decydujące przy klasyfikowaniu koncesji, gdyż są częścią każdej zawieranej umowy. Dyspozycja art. 3 ust. 3 ustawy o umowach koncesji przewiduje, że koncesjonariusz będzie ponosił jedynie ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonaniem usługi, obejmujące jednocześnie ryzyko związane z popytem lub podażą. Pojęcie ryzyka przy realizacji koncesji w ustawie o umowach koncesji zostało ograniczone w stosunku do obowiązującej dotychczas ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi. Obecnie obejmuje jedynie potencjalne ryzyka, mogące wystąpić na etapie eksploatacji obiektu budowlanego lub wykonywania usługi, wyłączając z tego zakresu ryzyka mogące wystąpić na etapie wytwarzania aktywa, w oparciu o które będzie wykonywana koncesja (świadczona usługa publiczna). Rozwiązania przyjęte w tym zakresie przez krajowego ustawodawcę różnią się nieco od rozwiązań wprowadzonych prawem europejskim. Należy bowiem zauważyć, że punkt 20 preambuły do dyrektywy 2014/23 UE określa ryzyko związane z podażą jako ryzyko minimalne związane z realizacją robót budowlanych. Ponadto możliwość określenia zakresu ryzyka operacyjnego, przyjętego w art. 3 ust. 3 ustawy o umowach koncesji do ryzyka związanego z popytem lub podażą albo do obu tych obszarów ryzyk, spowoduje częstsze definiowanie przez sektor publiczny ryzyk w obszarze zarówno podaży, jak i popytu. Działanie takie wynika z dużej skłonności sektora publicznego do przerzucania nadmiernego ryzyka na sektor prywatny.

W ustawie o umowach koncesji silnie wyeksponowane zostaje ryzyko ekonomiczne. W treści art. 3 ust. 4 ustawy zostało ono zdefiniowane jako sytuacja, w której w normalnych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji, a przeniesione na niego ryzyko obejmuje rzeczywiste poddanie się wahanom rynku, tak aby potencjalnie szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie mogły mieć jedynie charakteru nominalnego lub nieistotnego. W takim ujęciu ryzyko ekonomiczne powinno wynikać z czynników, które pozostają poza kontrolą stron. Przy takim rozumieniu ryzyka koncesji należy zwrócić uwagę na fakt, iż strony przedsięwzięcia są zobowiązane do zwrócenia większej uwagi na strukturyzację transakcji oraz alokację ryzyka planowanego przedsięwzięcia. A to w konsekwencji może wpłynąć na koszty całego projektu, gdyż im większe ryzyko będzie ciążyło

na jednej ze stron, tym druga strona będzie ponosiła większe koszty. Należy jednak podkreślić, że sposób, w jaki ryzyko ekonomiczne będzie interpretowane i stosowane w praktyce, będzie mieć kluczowe znaczenie z punktu widzenia akceptowalności przez instytucje finansujące projekty. Również wyeksponowanie w analizie ryzyka konieczności określenia rzeczywistych strat z wykonywania koncesji, niemających jedynie charakteru nominalnego, może wpływać na faktyczne zainteresowanie podmiotów prywatnych ubieganiem się o koncesje.

Jak wynika z powyższych rozważań, aby zastosować w praktyce przepisy ustawy o umowach koncesji, trzeba nie tylko wskazać źródła finansowania koncesjonariusza, ale również przeprowadzić analizę narażenia go na potencjalne wahania rynku w czasie trwania projektu. W porównaniu zatem z poprzednim stanem prawnym, zgodnie z którym koncesjonariusz ponosił w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji¹¹, obecnie zakres ryzyka ekonomicznego uległ rozszerzeniu. Może się również zdarzyć, że całość ryzyka ekonomicznego danego przedsięwzięcia będzie ponosił partner prywatny. Z tego względu, że ryzyko jest czymś zmiennym, czyli raczej procesem niż stanem otoczenia, trudno jest je na samym początku procesu określić i zdefiniować.

Z kolei w przypadku przedsięwzięć realizowanych w modelu PPP strony mogą dowolnie rozkładać pomiędzy siebie różne kategorie ryzyka. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, czy będzie to ryzyko ekonomiczne przedsięwzięcia, czy też inne rodzaje ryzyk, jak chociażby związane z wystąpieniem siły wyższej. Ryzyko ekonomiczne przedsięwzięcia, w tym ryzyko popytu, nie ma większego znaczenia z tego względu, iż w tego typu przedsięwzięciach mogą z powodzeniem występować różne formy płatności uzależnione od dostępności usług lub też związane z gotowością do realizacji usługi publicznej.

4. Inne elementy wyróżniające poszczególne instytucje prawne

4.1. Przedmiot zamówienia

Do pozostałych elementów odróżniających PPP i koncesje od klasycznych zamówień publicznych zaliczyłbym również przedmiot zamówienia. O ile w przypadku umowy koncesji na roboty budowlane zobowiązanie koncesjonariusza obejmuje zaprojektowanie, wybudowanie, finansowanie i eksploatację aktywa, na podstawie którego będzie świadczona usługa publicznie, o tyle w przypadku koncesji na usługi będzie to tylko finansowanie i eksploatacja. A zatem zakres zobowiązań koncesjonariusza jest ściśle związany z zakresem wyznaczonym przez ustawę o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi. Należy równocześnie zauważyć, że nie wszystkie rodzaje działalności mogą być realizowane w formie koncesji. Znajdzie

¹¹ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz.U. nr 19, poz. 101 ze zm., art. 3 ust. 3.

ona zastosowanie w przypadkach, w których odbiorcą świadczenia mogą być osoby trzecie, tj. faktyczni użytkownicy przedmiotu koncesji. W innych okolicznościach, kiedy odbiorcą świadczenia będzie podmiot, który to świadczenie zamawia, będziemy mieli do czynienia z klasycznym zamówieniem, do udzielenia którego zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy PZP.

W przypadku PPP zobowiązania stron takiej umowy podlegają względnej swobodzie umów. Umowę partnerską od klasycznego zamówienia publicznego odróżniać będzie konieczność wspólnej realizacji zadania przez obie strony. W przypadku klasycznego zamówienia publicznego to podmiot publiczny samodzielnie, na bazie nabytego aktywa, realizuje zadania publiczne. Współpraca w umowie PPP nie ogranicza się wyłącznie do nabycia usług, dostaw lub robót budowlanych w zamian za ustaloną zapłatę, jak w klasycznym zamówieniu publicznym¹².

4.2. Własność aktywów przedsięwzięcia

Własność aktywów przedsięwzięcia w umowie koncesji najczęściej pozostaje po stronie sektora publicznego, aczkolwiek nie ma przeszkód, aby własność została przeniesiona na stronę prywatną. W przypadku umów PPP kwestia własności zazwyczaj jest jedną z dyskusyjnych materii. Strony w procesie toczących się negocjacji powinny jednoznacznie określić, kto po zakończeniu umowy stanie się właścicielem aktywa. Należy pamiętać, że nie zawsze przejęcie własności do aktywa po zakończeniu umowy będzie korzystne dla strony publicznej. Przy ocenie ryzyka przedsięwzięcia trzeba uwzględnić ryzyko wartości rezydualnej, które będzie miało wpływ na końcową wartość aktywa, na bazie którego świadczona była usługa publiczna.

Kolejnym dość ważnym aspektem wymagającym analizy jest kwestia nakładów ponoszonych na utrzymanie aktywa w należyтым stanie, zazwyczaj przez stronę prywatną. Jeżeli aktywo z końcem umowy będzie przechodziło na własność strony publicznej, to należy się liczyć z tym, że zaangażowanie i chęci strony prywatnej do ponoszenia nakładów pod koniec trwania umowy będą znikome, a to może wpłynąć na wartość końcową aktywa.

Jak zauważyłem wyżej, umowy koncesyjne mogą, ale nie muszą, pociągać za sobą przekazanie własności na rzecz podmiotu publicznego do wytworzonych elementów aktywów, na podstawie których będą realizowane usługi publiczne. Ważnym elementem, który powinien zostać jasno określony w treści zawartej umowy partnerskiej, jest rozstrzygnięcie co do prawa własności wytworzonych aktywów. Należy wziąć pod uwagę, że kwestie te budzą najwięcej emocji społecznych, a zatem wymagają szczegółowych przemyśleń i rozstrzygnięć systemowych. Trzeba więc pamiętać nie tylko o dokładnej specyfikacji przedmiotu umowy, ale również o dokładnym zdefiniowaniu oczekiwań co do parametrów określających jakość świadczonych usług publicznych, tak by mieć możliwość weryfikacji realizacji zawartej

¹² B. Korbus, A. Panasiuk, *op. cit.*, s. 35.

umowy. Pamiętać również należy o rozstrzygnięciu kwestii związanych z prawami własności intelektualnej, o ile taka konieczność się pojawi¹³. Przedsięwzięcia oparte na współpracy międzysektorowej często uznaje się za pewną formę prywatyzacji usług publicznych. Jednak nie wszyscy są zgodni co do takiego rozumienia partnerstwa. Przykładowo część poglądów w doktrynie uznaje projekty partnerskie za długoterminową umowę pozwalającą nabywać określone aktywa i usługi przez sektor publiczny¹⁴. Takie podejście do projektów partnerskich podkreśla fakt, że własność aktywów zawsze pozostaje po stronie sektora publicznego. Moim zdaniem, kwestie własności aktywów, na bazie których realizowane będą usługi publiczne, powinny zostać indywidualnie w każdym przypadku rozstrzygnięte w trakcie negocjacji nad istotnymi postanowieniami zawieranej umowy. Tam, gdzie istnieją spore niepokoje społeczne zagrażające prywatyzacji świadczonych usług publicznych, tam własność może pozostawać po stronie sektora publicznego. Z kolei w przypadku klasycznych zamówień publicznych własność aktywa, na podstawie którego realizowane są usługi publiczne, zawsze będzie należała do podmiotu publicznego.

4.3. *Special Purpose Vehicle (SPV)*

Kolejnym elementem odróżniającym koncesję od PPP jest w przypadku partnerstwa możliwość zawiązania spółki SPV, zaś w przypadku koncesji brak takiej możliwości. Partnerstwo publiczno-prywatne może być oparte na samej umowie partnerskiej albo na zawiązanej w tym celu spółce kapitałowej, spółce komandytowej lub spółce komandytowo-akcyjnej. W związku z powyższym w doktrynie są identyfikowane dwa podstawowe modele współpracy publiczno-prywatnej. Pierwszy model współpracy oparty jest na kontrakcie (model kontraktowy), którego zakres mieści się w systemie zamówień publicznych, a drugi – model organizacyjny – utożsamiany jest z przedsięwzięciami *joint venture*. Model organizacyjny współpracy partnerskiej może być ustanowiony albo poprzez utworzenie nowej spółki celowej do realizacji konkretnego zadania publicznego, w której udziałowcami będą zarówno podmioty sektora publicznego, jak i prywatnego, albo poprzez uczestnictwo partnera prywatnego w istniejącej spółce publicznej, której będą udzielane zamówienia publiczne w trybie zamówienia z wolnej ręki po zaistnieniu przesłanki *in-house*¹⁵. Model realizacji przedsięwzięcia w oparciu o utworzenie mieszanej spółki celowej

¹³ A. Graeme, D.M. Bowman, *PPP Contractual Issues – Big Promises and Unfinished Business*, [w:] A. Ghobadian *et al.*, *Public Private Partnerships. Policy and Experience*, Palgrave Macmillan, New York 2006, s. 202.

¹⁴ S. Domberger, P. Fernandez, *Public-private partnership for service delivery*, *Business Strategy Review*, vol. 10, no. 4, 1999, s. 29-39.

¹⁵ J. Klingmann, L. Knopp, B. Friedrich, *Cooperation between state and economy in Germany compared to Poland exemplified by the PPP*, *European Public Private Partnership Law Review*, The Legal Publisher Lexion, vol. 3, no. 1, 2008, s. 11; M. Lottini, *The new interpretative Communication on IPPPs: Has the Issue really been „interpreted”*, *European Public Private Partnership Law Review*, The Legal Publisher Lexion, vol. 3, no. 2, 2008, s. 65.

powinien być wybierany wtedy, kiedy zaistnieją łącznie dwa warunki. Po pierwsze, kiedy podmiot publiczny potrzebuje szczególnych umiejętności oraz *know-how* posiadanych przez sektor prywatny. Po drugie, kiedy podmiot publiczny posiada umiejętności wysoce efektywnej kontroli sposobu realizacji zadań publicznych przekazanych w wyniku współpracy partnerskiej podmiotowi prywatnemu¹⁶. Spółki celowe są również dobrym rozwiązaniem z punktu widzenia zasilania finansowego przez instytucje finansowe. Zazwyczaj przy wysokich kwotach zasilania finansowego instytucje finansowe wymagają, aby finansowanie projektów odbywało się w formule *project finance*, tj. przy zastosowaniu spółki celowej – najczęściej w formie spółek kapitałowych – która pozwala na zminimalizowanie ryzyka inwestycyjnego. Formuła *project finance* ma wiele zalet, w szczególności pozwala na odseparowanie przepływów pieniężnych związanych z danym projektem od przepływów finansowych związanych z innymi projektami. Dodatkowo umożliwia pozabilansowo określenie zadłużenia spółki celowej z punktu widzenia jej udziałowców. Nie muszą oni wykazywać w swych sprawozdaniach finansowych kredytu spółki celowej zaciągniętego na realizację przedsięwzięcia. Jednocześnie spółka celowa umożliwia uzyskanie wyższego poziomu zaciągniętych kredytów od tego, który normalnie byłby dostępny dla poszczególnych udziałowców takiej spółki z osobna. Ponadto upadłość spółki celowej w następstwie niepowodzenia realizacji przedsięwzięcia nie oznacza upadłości jej udziałowców. Spółkę celową, poza elastycznymi warunkami korzystania z zewnętrznych środków finansowych, cechuje również racjonalizacja zatrudnienia jej pracowników.

5. Podsumowanie

Przy dużych projektach, których wartość przekracza 100 mln zł, dominuje partnerstwo realizowane w trybie koncesji oraz partnerstwo w trybie PPP. W mniejszych projektach dominują z kolei same koncesje. Bezspornie do większego zaangażowania finansowego strony prywatnej prowadzi głównie większa równowaga świadczeń w ramach kontraktu między stronami, co dokonuje się najczęściej po stronie publicznej wnoszonymi wkładami w postaci własności nieruchomości lub w postaci płatności pochodzących ze środków budżetowych. Większe projekty muszą wykorzystywać instrumenty prawne zawarte w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, by móc równoważyć wzajemne wkłady finansowe współpracujących stron oraz bilansować w sposób jak najbardziej optymalny występujące ryzyka. Z kolei w mniejszych wartościowo projektach najistotniejszą rzeczą jest wybór właściwego partnera zdolnego należycie wykonać zadanie publiczne, a przy tym przejąć na siebie zarządzanie większym ryzykiem finansowym niż partner publiczny, dlatego też ustawa o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi jako ustawa proceduralna może być częściej wykorzystywana. Widzimy więc wyraźnie, że pomimo

¹⁶ M. Lottini, *op. cit.*, s. 65.

pojawiającego się terminologicznego chaosu w obszarze zamówień publicznych, możemy dość precyzyjnie wyróżnić trzy podstawowe instrumenty, za pomocą których sektor publiczny może realizować zadania publiczne, jednocześnie wskazując na różnice pomiędzy nimi.

Literatura

- Burckardt W., 1924, *Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht*, Bern.
- Domberger S., Fernandez P., 1999, *Public-private partnership for service delivery*, Business Strategy Review, vol. 10, no. 4.
- Graeme A., Bowman D.M., 2006, *PPP Contractual Issues – Big Promises and Unfinished Business*, [w:] A. Ghobadian, D. Gallear, N. O'Regan, H. Viney (eds), *Public Private Partnerships. Policy and Experience*, Palgrave Macmillan, New York.
- Herschel N., 1942, *Die Vertragsordnung als Rechtsnorm*, Deutsches Recht XII.
- Klingmann J., Knopp L., Friedrich B., 2008, *Cooperation between state and economy in Germany compared to Poland exemplified by the PPP*, European Public Private Partnership Law Review, The Legal Publisher Lexxion, vol. 3, no. 1.
- Korbus B., Panasiuk A., 2010, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, UZP, Warszawa.
- Lottini M., 2008, *The new interpretative Communication on IPPPs: Has the Issue really been „interpreted”*, European Public Private Partnership Law Review, The Legal Publisher Lexxion, vol. 3, no. 2.