

Komisja Wspólnot Europejskich

Bruksela, 30.04.2004

COM(2004) 327 final

ZIELONA KSIĘGA
W SPRAWIE PARTNERSTW PUBLICZNO-PRYWATNYCH I PRAWA
WSPÓLNOTOWEGO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I KONCESJI

(przedstawiona przez Komisję)

SPIS TREŚCI

1. Rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego: <i>fakty i wyzwania</i>	3
1.1 Zjawisko "partnerstwa publiczno-prywatnego"	3
1.2 Wyzwanie dla Rynku Wewnętrznego: ułatwienie rozwoju PPP na warunkach efektywnej konkurencji i <i>przejrzystości/jasności</i> prawnej.....	5
1.3 Specyficzny cel i plan tej Zielonej Księgi	9
2. Czysto kontraktualne PPP i prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji.....	10
2.1 Etap wyboru partnera prywatnego	11
2.1.1 Partnerstwo czysto kontraktualne: akt przyznania określony jako "kontrakt publiczny"	11
2.1.2 Partnerstwo czysto kontraktualne: akt przyznania określony jako "koncesja"	13
2.2 Konkretnie kwestie związane z wyborem podmiotu gospodarczego w ramach prywatnej inicjatywy PPP.....	16
2.3 Etap następujący po wyborze partnera prywatnego	18
2.3.1 <i>Struktura kontraktowa projektu</i>	18
2.3.2 Podkontraktowanie pewnych zadań	21
3. Instytucjonalne PPP i prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji..	23
3.1 Partnerstwo angażujące stworzenie ad hoc podmiotu prowadzonego wspólnie przez sektor publiczny i sektor prywatny	23
3.2 Kontrola podmiotu publicznego przez przedsiębiorcę prywatnego	26
4. Uwagi końcowe	28

1. ROZWÓJ PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO: FAKTY I WYZWANIA

1.1 Zjawisko "partnerstwa publiczno-prywatnego"

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

2. PPP charakteryzują normalnie następujące elementy:

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

3. W ostatniej dekadzie, zjawisko PPP rozwinęło się na wielu obszarach w zakresie sektora publicznego. Coraz częstsze uciekanie się do PPP tłumaczy się różnymi czynnikami. W związku z ograniczeniami budżetowymi państw członkowskich, odpowiada ono potrzebie

sektora publicznego na finansowanie prywatne. Innym wyjaśnieniem jest pragnienie większego wykorzystania publicznego specjalistycznej wiedzy i metod pracy sektora prywatnego. Rozwój PPP jest również częścią zmiany roli Państwa w gospodarce; zmienia się ona z bezpośredniego wykonawstwa na organizowanie, nadzorowanie i kontrolę.

4. Władze publiczne Państw Członkowskich często uciekają się do porozumień PPP, aby przedsięwziąć projekty infrastrukturalne, szczególnie w sektorach takich jak transport, zdrowie publiczne, edukacja i bezpieczeństwo narodowe. Zostało uznane na poziomie europejskim, że wcielenie w życie PPP mogłoby pomóc w realizacji trans-europejskiej sieci transportowej, która została w tym planu, głównie z powodu braku finansowania.¹ W ramach Inicjatywy na Rzecz Wzrostu, Rada zatwierdziła serię kroków mających na celu zwiększenie inwestycji w zakresie infrastruktury transeuropejskiej sieci transportowej oraz na polu innowacji, badań i rozwoju, głównie poprzez formy PPP.²

5. Jednakże, mimo iż prawdą jest, że współpraca między sektorem publicznym i prywatnym może zaferować korzyści mikroekonomiczne pozwalające na wykonanie projektu, który jest warty zainwestowanych w niego pieniędzy i spełnia cele interesu publicznego, uciekanie się do PPP nie może być przedstawione jako cudowne rozwiązanie dla sektora publicznego napotykanego na ograniczenia budżetowe³. Doświadczenie uczy, że, przy każdym projekcie niezbędna jest ocena, czy partnerstwo oferuje rzeczywistą wartość dodaną w porównaniu z innymi możliwościami, takimi jak zawarcie bardziej tradycyjnego kontraktu⁴.

5. Komisja wskazuje również z zainteresowaniem, iż niektóre państwa członkowskie i kraje przystępujące stworzyły narzędzia do koordynowania i promowania PPP, skierowane na, między innymi, rozpowszechnianie "dobrej praktyki/zwyczajów" dla PPP na poziomie

¹ Patrz Oświadczenie Komisji z dnia 23 kwietnia 2003 pt. "Rozwój transeuropejskiej sieci transportowej: innowacyjne rozwiązania finansowe- międzynarodowe działanie elektronicznego systemu pobierania opłat", COM (2003) 132, i raport grupy *wysokiego stopnia* dotyczący transeuropejskiej sieci transportowej z 27 czerwca 2003.

² Zakończenie *przewodnictwa*, Brukselska Rada Europejska, 12 grudnia 2003.

³ Eurostat, Biuro Statystyczne Wspólnot Europejskich, 11 lutego 2004 podjęło decyzję (por. STAT/04/18) dotyczącą obchodzenia się z księgowością narodową przy kontraktach podpisanych przez podmioty rządowe w ramach partnerstwa z podmiotami poza rządowymi. Decyzja określa wpływ rządowego deficytu/nadwyżki i długu. Eurostat zaleca, aby aktywa, których dotyczy PPP, były klasyfikowane jako aktywa poza rządowe, a tym samym niezapisywane na zestawieniu bilansowym rządu, jeśli oba z następujących warunków są spełnione: 1. partner prywatny ponosi ryzyko konstrukcji i 2. partner prywatny ponosi przynajmniej jedno spośród ryzyka dostępności czy popytu.

⁴ Patrz Oświadczenie Komisji dla Rady i Parlamentu "Finanse publiczne w EMU 2003" opublikowane w "European Economy" No 3/2003 (COM (2003)283 final)

krajowym lub europejskim. Narzędzia te mają na celu obustronne udostępnienie odpowiednich *kompetencji/wprawy* (np. grupy specjalistyczne w Zjednoczonym Królestwie lub we Włoszech) i doradzanie w ten sposób użytkownikom co do różnych form PPP i ich etapów, takich jak początek, wybór partnera prywatnego, najlepszy podział ryzyka, wybór klauzul kontraktowych lub nawet integracja finansowania wspólnotowego.

7. Władze publiczne ustaliły również struktury partnerstwa, gdzie sektor prywatny zarządza usługami publicznymi, szczególnie na poziomie lokalnym. Usługi publiczne związane z zarządzaniem odpadkami, lub dystrybucją wody lub energii są coraz częściej powierzane przedsięwzięciom, które mogą być publiczne, prywatne, lub stanowić połączenie tych dwóch typów. Zielona Księga dotycząca usług interesu publicznego wskazuje w tym kontekście, że kiedy władza publiczna decyduje się na przyznanie zarządzania usługą osobie trzeciej, jest ona zobowiązana do przestrzegania zasad dotyczących zamówień publicznych i koncesji, nawet jeżeli usługa ta jest uważana za służącą interesowi publicznemu.⁵ Parlament Europejski stwierdził również, iż dostosowywanie się do tych zasad może być "skutecznym instrumentem zapobiegającym ograniczeniom konkurencji oraz pozwalającym samym władzom Państwa na określenie i monitorowanie warunków dotyczących jakości, dostępności i wymagań środowiskowych."⁶

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

8. Niniejsza Zielona Księga omawia zjawisko PPP z perspektywy ustawodawstwa Wspólnoty dotyczącego zamówień publicznych i koncesji. Prawo Wspólnoty nie posiada specjalnych zasad dotyczących zjawiska PPP. Jednakże prawdą jest, iż każdy akt, kontraktowy lub jednostronny, na mocy którego podmiot publiczny powierza świadczenie działań ekonomicznych osobie trzeciej, musi być przeanalizowany pod kątem reguł i zasad wynikających z Traktatu, w szczególności zasad prawa prowadzenia działalności gospodarczej i świadczenia usług (artykuł 43 i 49 Traktatu Europejskiego)⁷, co wiąże się z

⁵ COM (2003)270 final. Tekstów Zielonej Księgi i Wkładów szukaj na stronie http://europa.eu.int/comm.secretariat_general/services_general_interest.

⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego dotycząca Zielonej Księgi o usługach interesu publicznego, zatwierdzona 14 stycznia 2004.

⁷ Zasady Rynku Wewnętrznego, łącznie z zasadami i regułami rządzącymi kontraktami publicznymi i koncesjami, stosują się do wszelkich działalności ekonomicznych tj. wszelkich działalności, na które składa się

zasadami przejrzystości, równości traktowania, proporcjonalności i obustronnego uznania.⁸ Co więcej, szczegółowe ustalenia stosowane są w przypadkach określonych przez Dyrektywy odnoszące się do koordynacji procedur przyznawania kontraktów publicznych.^{9 10} Tak więc Dyrektywy te są "przede wszystkim skierowane na ochronę interesów handlowców prowadzących działalność gospodarczą w określonym Państwie Członkowskim, którzy chcą oferować dobra i usługi władzom innego Państwa Członkowskiego i, w tym celu, uniknąć zarówno ryzyka preferowania krajowych licytantów lub kandydatów przy przyznawaniu kontraktu przez władze *układające się/zawierające kontrakt* jak i możliwości, że organ zarządzany przez prawo publiczne może zdecydować, że będzie się kierował przesłankami innymi niż ekonomiczne."¹¹ Jednakże, zastosowanie szczegółowych ustaleń tych Dyrektyw jest ograniczone przez pewne założenia i dotyczy przede wszystkim przyznawania kontraktu.

9. Zasady stosowane przy wyborze partnera prywatnego mają swój początek w definicji związku kontraktowego, w który wchodzi ta strona z organem umawiającym się.¹² Na zasadach ustawodawstwa wtórnego Wspólnoty, każdy kontrakt dla interesu pieniężnego

dostarczanie usług, dóbr lub wykonywanie prac na rynku, nawet jeśli te usługi, dobra lub prace mają na celu dostarczenie "usługi publicznej", jak jest to określone przez Państwo Członkowskie.

⁸ Patrz Oświadczenie Wyjaśniające Komisji dotyczące koncesji w prawie Wspólnotowym, OJ C 121, z 29 kwietnia 2000.

⁹ tj. Dyrektywy 92/50/EEC, 93/36/EEC, 93/37/EEC, 93/38/EEC, odnoszące się od koordynacji procedur przyznawania odpowiednio kontraktów na usługi publiczne, kontrakty na zapasy publiczne, kontrakty na prace publiczne i kontrakty w sektorach: wodnym, energetycznym, transportowym i telekomunikacyjnym. Dyrektywy te będą zastąpione Dyrektywą 2004/18/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 odnoszącą się do koordynacji procedur przyznawania kontraktów na prace publiczne, zapasy, i usługi, i Dyrektywą 2004/17/EC Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącą koordynacji procedur przyznawania kontraktów w sektorach: wodnym, energetycznym, transportowym i usług pocztowych, które będą opublikowane w niedalekiej przyszłości w OJ (Dz. Urz). Tymczasowa wersja nowych Dyrektyw może być znaleziona na stronie: http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm.

¹⁰ Co więcej, w pewnych sektorach, a szczególnie w sektorze transportowym, organizacja PPP może podlegać specyficznemu ustawodawstwu danego sektora. Patrz Regulacja (EEC) No 2408/92 Rady dotycząca dostępu przewoźników powietrznych Wspólnoty do wewnątrzspółnotowych dróg powietrznych, Regulacja Rady (EEC) No 3577/92 zawierająca zasadę wolności w świadczeniu usług transportowi morskiemu na obszarze Państw Członkowskich, Regulacja Rady (EEC) No 1191/69 dotycząca zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i wód śródlądowych, z poprawką wprowadzoną przez Regulację (EEC) No 1893/91, poprawiona propozycja Regulacji Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca działań Państw Członkowskich związanych z wymaganiami usług publicznych i przyznawaniem kontraktów na prace publiczne w transporcie pasażerskim kolejowym, drogowym i wód śródlądowych (COM(2002) 107 final).

¹¹ Wspólne sprawy C-285/99 i C-286/99, Impresa Lombardini przeciwko ANAS, orzeczenie z 27 listopada 2001, punkt 36 i, dla tego celu sprawa C-380/98, University of Cambridge, ECR I-8035 i sprawa C-19/00, SIAC construction, ECR I-7725.

¹² W PPP partnerzy publiczni są przede wszystkim władzami krajowymi, regionalnymi lub lokalnymi. Mogą być również publicznymi organami prawnymi stworzonymi do wypełniania zadań interesu publicznego pod kontrolą Państwa, lub pewien system sieci przedsiębiorców. W celu uproszczenia, termin "organ umawiający się" będzie używany w tym dokumencie w celu określenia wszystkich tych instytucji. Tak więc termin ten określa "umawiające się władze" w zakresie znaczenia Dyrektyw 92/50/EEC, 93/36/EEC, 93/37/EEC i 2004/18/EC i podmiotów umawiających się typu "władz publicznych" i "przedsięwzięć publicznych" z zakresu znaczenia Dyrektyw 93/38/EEC i 2004/17/EC.

zawarty na piśmie pomiędzy organem umawiającym się a podmiotem, którego celem jest wykonanie prac, wykonanie pracy lub świadczenie usługi, jest określony jako "kontrakt na prace publiczne lub usługi publiczne". Termin "koncesja" jest określony jako kontrakt tego samego typu co kontrakt publiczny, tyle że rozpatrywanie prac, które mają być wykonane lub usług, które mają być świadczone składa się albo jedynie z prawa do eksploataowania konstrukcji lub usługi, albo z tego prawa i płatności.

10. Ocena elementów tych definicji musi, z punktu widzenia Trybunału, być uczyniona w sposób zapewniający, iż Dyrektywa nie jest pozbawiona swojego praktycznego działania.¹³ Na przykład, formalizm związany z ideą kontraktu na zasadach prawa narodowego nie może być *użyty w sposób* pozbawiający Dyrektywy ich praktycznego działania. Podobnie, natura pieniężna omawianego kontraktu nie musi koniecznie implikować bezpośredniej płatności ceny przez partnera publicznego, ale może mieć źródło w innej formie *wynagrodzenia* otrzymanego przez partnera prywatnego.

11. Kontrakty określone jako kontrakty na prace publiczne lub na usługi publiczne, określone jako te mające pierwszeństwo¹⁴, są podległe szczegółowym ustaleniom Dyrektyw Wspólnoty. Tzw. kontrakty koncesyjne "bez pierwszeństwa" na prace i usługi publiczne są zarządzane jedynie przez niektóre rzadkie ustalenia ustawodawstwa wtórnego. Ponadto, niektóre projekty, a w szczególności koncesje na usługi, nie należą do zakresu ustawodawstwa wtórnego. To samo dotyczy wszelkich zadań przyznanych w formie jednostronnego kontraktu.

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

13. Komisja już objęła inicjatywy *Ustawą o Zamówieniach Publicznych*, aby zająć się zjawiskiem PPP. W 2000 roku opublikowała Oświadczenie Wyjaśniające dotyczące koncesji i

¹³ Orzeczenie Sądu z 12 lipca 2001, sprawa C-399/98, Scala, ECR I-5409, patrz w szczególności punkty od 53 do 55.

¹⁴ tj. te, wymienione w aneksie/załączniku IA Dyrektywy 92/50/EEC lub aneksie XVIA Dyrektywy 93/38/EEC.

wspólnotowej ustawy o zamówieniach publicznych¹⁵, w którym określiła, na podstawie reguł i zasad pochodzących z Traktatu i stosowanego ustawodawstwa wtórne, zarys idei koncesji w prawie wspólnotowym i zobowiązania spoczywające na władzach publicznych podczas wyboru podmiotu gospodarczego, któremu są przyznawane koncesje. Co więcej, nowe Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nakreślone w celu zmodernizowania i uproszczenia ramy ustawodawstwa Wspólnoty, ustalają innowacyjną procedurę przyznania, zaprojektowaną przede wszystkim po to, by sprostać określonym zasadom przyznawania "szczególnie złożonych kontraktów", i tym samym pewne formy PPP. Ta nowa procedura, określona jako „dialog konkurencyjny”, pozwala władzom publicznym na prowadzenie rozmów z kandydującymi podmiotami w celu określenia rozwiązań najlepiej dostosowanych do ich potrzeb.

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

15. Parlament Europejski poprosił Komisję o rozpatrzenie możliwości przyjęcia szkicu Dyrektywy, której celem byłoby ujednolicenie zasad dla sektora koncesji i innych form PPP.¹⁶ Komitet Gospodarczy i Socjalny również uważały, że taka inicjatywa ustawodawcza była potrzebna.¹⁷

16. W kontekście swej strategii dla rynku wewnętrznego w latach 2003-2006,¹⁸ Komisja ogłosiła, iż opublikuje Zieloną Księgę dotyczącą PPP i prawa Wspólnoty o zamówieniach publicznych i koncesjach, w celu rozpoczęcia debaty o najlepszym sposobie zapewnienia, iż PPP może rozwijać się w kontekście skutecznej konkurencji i przejrzystości prawnej.

¹⁵ Oświadczenie Wyjaśniające o koncesjach w prawie Wspólnoty, OJ C 121, z 29 kwietnia 2000.

¹⁶ Opinia Parlamentu Europejskiego (pierwsze czytanie) o propozycji Komisji, COM (2000) 275, 10.05.2002

¹⁷ Opinia, ESC, OJ C 14, 16.1.2001, autor raportu Mr Levaux, punkt 4.1.3 i opinia, ESC, OJ C 193, 10.07.2001, autor raportu Bo Green, punkt 3.5.

¹⁸ Strategia dla rynku wewnętrznego, Priorytety 2003-2006, COM (2003) 238 final.

Opublikowanie Zielonej Księgi jest również jednym z działań planowanych w ramach Europejskiej Inicjatywy na Rzecz Wzrostu.¹⁹ W końcu, odpowiada na pewne prośby poczynione w trakcie publicznej konsultacji Zielonej Księgi dotyczącej usług interesu publicznego.²⁰

1.3 Szczegółowy cel i plan tej Zielonej Księgi.

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

18. Jaśniej mówiąc, niniejsza Zielona Księga ma na celu ukazanie które zasady Wspólnoty są stosowalne na etapie wyboru partnera prywatnego i na etapie następnym, z zamiarem określenia wszelkich niepewności i przeanalizowania do jakiego stopnia struktury Wspólnoty dostosowane są do imperatywów i cech szczególnych PPP. Zarysowane będą drogi rozważań możliwych interwencji Wspólnoty. Jako że celem tej Zielonej Księgi jest rozpoczęcie konsultacji, nie została określona z góry żadna możliwość interwencji Wspólnoty. W rzeczy samej, dostępna jest szeroka gama instrumentów czyniących PPP bardziej otwartym dla konkurencji w przejrzystym środowisku prawnym, tj. instrumenty legislacyjne, oświadczenia wyjaśniające, działania mające na celu ulepszenie koordynacji krajowej *praktyki/zwyczajów* wymiany dobrych *zwyczajów/praktyk* pomiędzy Państwami Członkowskimi.

¹⁹ Oświadczenie Komisji "Europejska Inicjatywa dla Rozwoju: *Inwestowanie w sieci i wiedzę dla rozwoju i zatrudnień*", COM (2003) 690 final, 11 listopad 2003. Raport ten był zatwierdzony przez Brukselską Komisję Europejską 12 grudnia 2003.

²⁰ Patrz raport o wynikach konsultacji dotyczącej Zielonej Księgi o usługach interesu publicznego. Patrz wyżej, przypis 5.

19. Tak więc, podczas gdy księga ta koncentruje się na kwestiach związanych z prawem w zakresie zamówień publicznych i koncesji, powinno być zauważone, że Komisja przyjęła już środki, w pewnych obszarach, które mają usunąć bariery dla PPP. W ten sposób, miało już miejsce objaśnienie zasad traktowania w księgowości narodowej kontraktów zawartych między podmiotami publicznymi w zakresie partnerstwa z podmiotami prywatnymi.²¹ Należy również zwrócić uwagę, że przyjęcie statutu dla przedsiębiorstwa europejskiego ułatwi PPP pomiędzy Państwami członkowskimi.²²

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

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

Rozróżnienie to oparte jest na obserwacjach wskazujące na to, iż różnorodność praktyk związanych z PPP w Państwach Członkowskich może być ograniczona do dwóch głównych modeli. Każdy z nich wiąże się z określoną kwestią dotyczącą zastosowania prawa Wspólnoty w zakresie zamówień publicznych i koncesji, i zasługuje na oddzielną analizę, przedstawioną w następnych rozdziałach.²³

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

21. Termin "PPP czysto kontraktualne" odnosi się do partnerstwa opartego na zobowiązaniach pomiędzy uczestnikami wynikających jedynie z kontraktu. Zawiera w sobie różnorodne rodzaje ustaleń, w których jedno lub więcej zadań większego lub mniejszego

²¹ Patrz powyżej, przypis 3.

²² Regulacja Rady (EC) No 2157/2001, 8 października 2001.

²³ tak dokonane rozróżnienie nie bierze pod uwagę interpretacji prawnych poczynionych w oparciu o prawo krajowe i w żadnym wypadku nie przesądza o interpretacji prawa Wspólnoty o tych typach ustaleń i kontraktów. Jedynym celem tej analizy jest dokonanie podziału pomiędzy ustaleniami ogólnie zwanymi PPP w celu zadecydowania, które zasady prawa Wspólnoty o kontraktach publicznych i koncesjach powinny być zastosowane w drugim etapie.

formatu jest przypisane partnerowi prywatnemu; zadania te mogą zawierać projektowanie, finansowanie, wykonanie, renowację lub eksploatację prac lub usługi.

22. W tym kontekście, jeden z najlepiej znanych modeli, często określany jako "model koncesyjny"²⁴, charakteryzuje się bezpośrednim połączeniem między partnerem prywatnym i ostatecznym użytkownikiem; partner prywatny świadczy społeczeństwu usługę, zamiast, ale pod kontrolą, partnera publicznego. Inną cechą jest metoda wynagradzania wspólnego kontrahenta, na którą składa się pobieranie opłat od użytkowników usługi, uzupełnione, jeśli konieczne, subwencjami od władz publicznych.

23. W innych typach ustaleń, partner prywatny wykonuje i zarządza infrastrukturą dla władz publicznych (na przykład szkoła, szpital, ośrodek poprawczy, infrastruktura transportowa). Najbardziej typowym przykładem tego modelu jest ustalenie PFI²⁵. W modelu tym, wynagrodzenie partnera prywatnego nie przyjmuje formy opłat czynionych przez użytkowników prac lub usługi, ale formę regularnych płatności ze strony partnera publicznego. Płatności te mogą być ustalone, ale mogą być również wyliczane na różne sposoby, na przykład na podstawie dostępności prac lub odpowiedniej usługi, lub nawet na podstawie poziomu użytkowania prac.²⁶

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

2.1 Etap wyboru partnera prywatnego

2.1.1 Partnerstwo czysto kontraktualne: akt przyznania określony jako "kontrakt publiczny".

24. Ustalenia stosowane przy przyznawaniu kontraktu na prace publiczne lub na usługi publiczne określone jako "posiadający pierwszeństwo"²⁷ wynikają z ustaleń Dyrektyw

²⁴ Należy zauważyć, że interpretacja podana przez prawo narodowe lub przez strony nie ma wpływu na interpretację tych kontraktów dla celów zastosowania prawa Wspólnoty o kontraktach publicznych i koncesjach.

²⁵ Termin PFI odnosi się do "Inicjatywy finansowania prywatnego" (ang. "Private Finance Initiative"), programu rządu brytyjskiego zezwalającego na modernizację infrastruktury publicznej poprzez uciekanie się do finansowania prywatnego. Taki sam model używany jest w innych Państwach Członkowskich, czasem ze znacznymi zmianami. Na przykład, model PFI zainspirował rozwój "Betriebermodell" w Niemczech.

²⁶ Patrz sprawa "wirtualnych opłat", użytych w przypadku projektów autostrad, w szczególności w Zjednoczonym Królestwie, Portugalii, Hiszpanii i Finlandii.

²⁷ czyli te wymienione w aneksie IA Dyrektywy 92/50/EEC i aneksie XVII Dyrektywy 93/38/EEC.

Wspólnoty przedstawiających szczegółowe zasady związane w szczególności z rozgłosem i udziałem. Kiedy władza publiczna jest władzą umawiającą się działającą na podstawie "klasycznych" Dyrektyw²⁸, musi mieć możliwość uciekania się do otwartej lub ograniczonej procedury wyboru swego partnera prywatnego. Na drodze wyjątku, i na pewnych warunkach, możliwe jest uciekanie się do procedury negocjacyjnej. W tym kontekście, Komisja wskazuje, iż uchylenie artykułu 7(2) Dyrektywy 92/37/EEC, która określa uciekanie się do procedury negocjacyjnej w przypadku kontraktu, gdy "natura prac lub ryzyko z nimi związane nie zezwalają na wcześniejszą ogólną wycenę", ma ograniczony zakres. Uchylenie to może mieć miejsce jedynie w sytuacjach wyjątkowych, w których istnieje niepewność a priori co do natury lub zakresu prac, które mają być wykonane, ale nie w sytuacjach, w których niepewności wynikają z innych przyczyn, takich jak trudność w uprzednim wycenieniu, powstała w wyniku złożoności pakietu finansowego i prawnego zastosowanego w tym przypadku.²⁹

25. Od czasu przyjęcia Dyrektywy 2004/18/EC, przy przyznawaniu szczególnie złożonych kontraktów może być stosowana nowa procedura znana jako "dialog konkurencyjny".³⁰ Procedura dialogu konkurencyjnego stosowana jest w przypadkach, w których organ umawiający się jest obiektywnie niezdolny do określenia środków technicznych, które najlepiej zaspokoilyby jego potrzeby i cele, lub w przypadkach, w których jest obiektywnie niezdolny do określenia prawnej i/lub finansowej formy projektu. Ta nowa procedura umożliwi organom umawiającym się otworzenie dialogu z kandydatami w celu określenia rozwiązań umożliwiających spełnienie tych potrzeb. Na końcu tego dialogu, kandydaci będą zaproszeni do przedłożenia ich ostatecznej propozycji przetargowej na podstawie rozwiązania lub rozwiązań określonych podczas dialogu. Propozycje te muszą zawierać elementy wymagane i potrzebne dla wykonania projektu. Władze umawiające się muszą ocenić propozycje na podstawie kryteriów ustalonych przed procesem przyznawania. Stający do przetargu, który przedłożył najbardziej korzystną ekonomicznie propozycję może być poproszony o wyjaśnienie jej aspektów lub o potwierdzenie widniejących tam zobowiązań

²⁸ czyli Dyrektywy 93/37/EEC, 92/50/EEC i 2004/18/EC.

²⁹ Na przykład, może być to zastosowane gdy prace, które mają być wykonane na terenie niestałym geologicznie lub architektonicznie i z tego powodu zakres niezbędnych prac nie jest znany w chwili rozpoczęcia procesu przetargowego. Podobne uchylenie możliwe jest przy artykule 11(2) Dyrektywy 92/50 i przy artykule 30(1)(b) Dyrektywy 2004/18/EC.

³⁰ Artykuł 29 Dyrektywy 2004/18/EC.

pod warunkiem, iż nie przyniesie to fundamentalnych zmian w propozycji lub zaproszeniu do przetargu, lub zafałszowania konkurencji i nie doprowadzi do dyskryminacji.

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

27. Co więcej, należy zauważyć, iż nowe Dyrektywy podkreślają korzyść organów umawiających się formułowana opisów technicznych w zakresie wymagań co do wykonania lub funkcjonowania. Nowe ustalenia dostarczą w ten sposób organom umawiającym się więcej możliwości korzystania z innowacyjnych rozwiązań podczas procesu przyznania, bez względu na przyjętą procedurę.³¹

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

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

2.1.2. Partnerstwo czysto kontraktualne: akt przyznania określony jako "koncesja".

28. Istnieje mało ustaleń w ustawodawstwie wtórnym Wspólnoty, które koordynują procedury przyznania kontraktów określonych jako kontrakty koncesyjne. W przypadku koncesji na

³¹ Artykuł 23 Dyrektywy 2004/18/EC i artykuł 34 Dyrektywy 2004/17/EC.

wykonanie robót, istnieją jedynie pewne zobowiązania rozgłosu, mające na celu zapewnienie uprzedniej konkurencji pośród zainteresowanych przedsiębiorców, i zobowiązanie dotyczące minimalnego limitu czasu dla potwierdzenia podań.³² Organa umawiające się mają wtedy wolność zadecydowania jak wybrać partnera prywatnego, jednak czyniąc tak muszą zagwarantować pełną zgodność z zasadami i regułami wynikającymi z Traktatu.

29. Zasady zarządzające przyznawaniem koncesji stosowane są jedynie w odniesieniu do zasad wynikających z artykułów 43 i 49 Traktatu, w szczególności zasady przejrzystości, równości traktowania, proporcjonalności i obopólnego uznania.³³ W swym orzeczeniu w sprawie *Telaustria* Trybunał orzekł w tej dziedzinie, iż " zobowiązanie przejrzystości, które jest narzucone na władze umawiające się, polega na zapewnieniu, dla korzyści każdego potencjalnego stającego do przetargu, stopnia rozgłosu wystarczającego, aby umożliwić otworzenie rynku usługowego dla konkurencji i aby ponownie przeanalizować procedury bezstronności *nabywania/zaopatrzenia*."³⁴

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

31. Tak oto prawo Wspólnoty stosowane przy przyznawaniu koncesji pochodzi przede wszystkim od ogólnych zobowiązań, które nie angażują żadnej koordynacji ustawodawstwa Państw Członkowskich. Co więcej, pomimo iż Państwa Członkowskie mogą tak zrobić,

³² Patrz artykuł 3(1) Dyrektywy 93/37/EEC i artykuły od 56 do 59 Dyrektywy 2004/18/EC.

³³ Mimo iż Komisja zaproponowała, by koncesje na usługi były włączone w Dyrektywie 92/50/EEC, w trakcie procesu legislacyjnego Rada zadecydowała o ich wyłączeniu z tej Dyrektywy.

³⁴ Sprawa C-324/98. Patrz również orzeczenie z 30 maja 2002, sprawa C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, ECR. I-4685. Zasady te są również stosowane przy innych aktach państwowych powierzających usługi ekonomiczne osobie trzeciej, jak na przykład przy kontraktach wyłączonych z zakresu Dyrektyw, jako że mają wartość poniżej progu wartości przedstawionego w ustawodawstwie wtórnym (Rozporządzenie/nakaz Sądu z 3 grudnia 2001, sprawa C 59/00, *Vestergaard*, ECR. I-9505), lub tzw. usługi bez pierwszeństwa.

bardzo niewiele spośród nich optowało za przyjęciem ustaw krajowych w celu określenia ogólnych i szczegółowych zasad rządzących przyznawaniem koncesji na prace lub usługi.³⁵ W ten sposób, zasady stosowane przy wyborze koncesjonariusza przez organ umawiający się są, w większości, ustalane w każdym konkretnym przypadku.

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

33. Co więcej, pewne osoby twierdzą, iż cele rynku wewnętrznego nie mogą być osiągnięte w niektórych sytuacjach ze względu na brak skutecznej konkurencji na rynku. W tym miejscu Komisja pragnie przypomnieć, iż Dyrektywy dotyczące "kontraktów publicznych" mają na celu nie tylko zapewnienie przejrzystości procedur i równości traktowania podmiotów gospodarczych, ale wymagają również, aby do uczestniczenia w procedurach, otwartych, ograniczonych, negocjowanych czy do procedur dialogu konkurencyjnego, zaproszona była minimalna ilość kandydatów³⁶. Istnieje potrzeba oceny czy skuteczne zastosowanie tych ustaleń jest wystarczające, czy potrzebne są inne środki mające na celu stworzenie lepszej konkurencji.

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

³⁵ Hiszpania (ustawa z 23 maja 2003 roku dotycząca koncesji na prace), Włochy (poprawiony akt Merloniego z 1994) i Francja (ustawa Sapina z 1993) przyjęły jednak takie ustawodawstwo.

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

35. W związku z tym, Komisja mogłaby zaproponować działanie legislacyjne, które miało by na celu koordynowanie procedur przyznawania koncesji w Unii Europejskiej; takie nowe ustawodawstwo byłoby dodane do istniejących tekstów o przyznawaniu kontraktów publicznych. W przypadku tym, niezbędne było by określenie szczegółowych ustaleń stosowanych przy przyznawaniu koncesji.

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

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

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

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

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

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

37. Ostatnio w niektórych Państwach Członkowskich rozwinięte zostały pewne zwyczaje, w których sektor prywatny ma możliwość podjęcia inicjatywy w projekcie PPP.³⁷ W ustaleniach tego typu, podmioty gospodarcze formułują, w pewnych przypadkach na zaproszenie władz publicznych, szczegółową propozycję projektu, ogólnie w zakresie konstrukcji i zarządzania infrastrukturą.

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

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

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

41. Aby uatrakcyjnić system, Państwa Członkowskie próbują czasem dostarczyć *bodźce/premie* dla pierwszych wnioskodawców. Używano również opcji rekompensowania inicjatorowi projektu, na przykład płacąc mu za inicjatywę poza następnym wezwaniem do procedury konkursowej. Było również możliwe przyznanie pierwszemu wnioskodawcy

³⁷ W pewnych Państwach Członkowskich, inicjatywa prywatna jest podległa określonej nadzorowi (patrz akt Merloniego we Włoszech z 18 listopada 1998 i regulacja dotycząca usług władz lokalnych z 1995 i ustawa 13/2003 o koncesjach na wykonanie robót z 23 maja 2003 w Hiszpanii). W innych Państwach Członkowskich, prywatna inicjatywa w PPP również zaczyna pojawiać się w praktyce.

pewnej przewagi w związku z wezwaniem do konkursu, mającej na celu rozwinięcie pewnego projektu. Rozwiązania takie zasługują na większą uwagę, w celu zapewnienia, iż przewaga w konkursie przyznawana wnioskodawcy nie naruszy równości traktowania kandydatów.

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

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

2.3 Etap następujący po wyborze partnera prywatnego

42. Ustawodawstwo wtórne Wspólnoty o zamówieniach publicznych i koncesjach dotyczy głównie etapu przyznawania kontraktu. Nie odnosi się ono w sposób wyczerpujący do etapu następującego po wyborze partnera prywatnego. Jednakże zasada równości traktowania i zasada przejrzystości wynikające z Traktatu, ogólnie wykluczają interwencję partnera publicznego po wyborze partnera prywatnego, jeżeli interwencja taka miałaby zakwestionować zasadę równości traktowania podmiotów gospodarczych.³⁸

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

2.3.1. Struktura kontraktowa projektu

³⁸ Patrz również Sprawa C-87/94, "Komisja przeciwko Belgii" (Bus Wallons), orzeczenie z 25 kwietnia 1994, punkt 54. Patrz również Sprawa C-243/89, "Komisja przeciwko Danii" (Most na Storebaelt), orzeczenie z 22 czerwca 1992.

44. Ustalenia kontraktu rządzące etapem wdrażania PPP to przede wszystkim te należące do prawa krajowego. Jednakże klauzule kontraktu muszą być również zgodne z odpowiednimi zasadami Wspólnoty, w szczególności z zasadami równości traktowania i przejrzystości. To oznacza, przede wszystkim, iż dokumenty *opisowe/opisujące* muszą jasno formułować warunki wykonania kontraktu tak, aby różni kandydaci do partnerstwa interpretowali je w ten sam sposób i brali je pod uwagę przygotowując swą ofertę przetargową. Co więcej, te warunki wykonania nie mogą mieć żadnego pośredniego lub bezpośredniego dyskryminującego wpływu lub służyć jako nieuzasadniona bariera dla wolności świadczenia usług lub dla prawa prowadzenie działalności gospodarczej.³⁹

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

46. Co więcej, okres, w którym partner prywatny podejmie się wykonania prac lub usługi' musi być ustalony w zakresie potrzeby zagwarantowania stabilności ekonomicznej i finansowej projektu. W szczególności określony musi być okres trwania związku partnerskiego, aby nie ograniczał on konkurencji poza tym, co jest wymagane w celu zapewnienia, iż inwestycja się opłaca i ma miejsce rozsądny zwrot zainwestowanego kapitału. Zbyt długi okres trwania będzie prawdopodobnie skrytykowany na podstawie zasad rządzących rynkiem wewnętrznym⁴⁰ lub na podstawie ustaleń Traktatu dotyczących konkurencji⁴¹. Podobnie, zasada przejrzystości wymaga, aby elementy użyte przy ustalaniu okresu podane były w dokumentach opisowych, aby stający do przetargu mogli wziąć je pod uwagę przy przygotowywaniu swych ofert przetargowych.

³⁹ Sprawa C-19/00, "Konstrukcje SIAC", orzeczenie z 18 października 2001, punkty 41-45; Sprawa C-31/87, "Gebroeders Beentjes kontra Holandia", orzeczenie z 20 września 1988, punkty 29-37. Patrz również artykuł 26 Dyrektywy 2000/18/EC i artykuł 38 Dyrektywy 2000/17/EC.

⁴⁰ Patrz Oświadczenie Wyjaśniające o koncesjach, szczególnie punkt 3.1.3.

⁴¹ Artykuły 81, 82 i 86 (2) Traktatu Europejskiego.

47. Związki PPP, jako że dotyczą usługi rozłożonej w czasie, muszą być w stanie rozwijać się zgodnie ze zmianami w środowisku makroekonomicznym lub technicznym i zgodnie z wymaganiami interesu publicznego. Ogólnie, prawo Wspólnoty dotyczące zamówień publicznych nie odrzuca takiej możliwości, jeżeli jest to dokonane zgodnie z zasadami równości traktowania i przejrzystości. W ten sposób, dokumenty opisowe przekazane stającym do przetargu lub kandydatom podczas procedury wyboru mogą być powodem automatycznych poprawek w klauzulach, takich jak klauzule cenowe, lub określić w jakich okolicznościach pobierane stawki mogą być ponownie przeanalizowane. Mogą one również ustanowić ponowne przeanalizowanie klauzul pod warunkiem, że określają one dokładnie okoliczności i warunki na jakich mogą być dokonane poprawki w związku wynikającym z kontraktu. Jednakże takie klauzule muszą być wystarczająco jasne, aby pozwolić podmiotom gospodarczym na interpretowanie je w taki sam sposób podczas etapu wyboru partnera.

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

49. Ogólnie, zmiany dokonywane w czasie trwania PPP, jeżeli nie są objęte przez dokumenty kontraktowe, zazwyczaj powodują zakwestionowanie zasady równości traktowania podmiotów gospodarczych.⁴² Takie nieuregulowane zmiany są w związku z tym akceptowalne jedynie jeśli są konieczne ze względu na nieprzewidziane okoliczności, lub gdy są one uzasadnione ze względu na politykę publiczną, bezpieczeństwo publiczne lub zdrowie

⁴² Patrz sprawa C-337/98, "Komisja przeciw Francji", orzeczenie z 5 października 2000, punkt 44 i następn. Prawo Wspólnoty odrzuca również wszelkie zmiany poczynione podczas etapu sporządzania kontraktu, po ostatecznym wyborze zwycięskiego stającego do przetargu. W związku z tym, nowe określenia rządzące dialogiem konkurencyjnym ustanawiają, że zwycięski stający do przetargu może jedynie "wyjaśnić aspekty oferty przetargowej lub potwierdzić zobowiązania zawarte w ofercie przetargowej, pod warunkiem iż nie powoduje to zmian kluczowych aspektów oferty przetargowej lub wezwania do przetargu i nie stwarza ryzyka zakłócenia konkurencji oraz nie powoduje dyskryminacji."

publiczne.⁴³ Co więcej, wszelkie znaczące zmiany odnoszące się do faktycznego tematu kontraktu muszą być uznane za równoznaczne zawarciu nowego kontraktu, wymagającego nowego konkursu.⁴⁴

50. W końcu należy zauważyć, że ustawodawstwo wtórne określa sytuacje wyjątkowe, w których prace lub usługi pierwotnie nie zawarte w kontrakcie lub pierwotny kontrakt może być przyznany bezpośrednio, bez wezwania do konkursu.⁴⁵

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

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

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

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

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

2.3.2. Podkontraktowanie pewnych zadań.

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

⁴³ Artykuł 46 Traktatu.

⁴⁴ Sprawa C-337/98 "Komisja przeciw Francji", orzeczenie z 5 października 2000, punkt 44 i następn.

Oświadczenie wyjaśniające o koncesjach stwierdza tu, że zakres istniejącej koncesji poza pierwotnie ustalonym okresem musi zostać uznany równoznacznym z nową koncesją tego samego koncesjonariusza.

⁴⁵ Patrz artykuł 11 (3)(e) Dyrektywy 92/50/EEC, artykuł 7 (3)(d) Dyrektywy 93/37/EEC i artykuł 20 (2)(f) Dyrektywy 93/38/EEC. Nowa dyrektywa 2004/18/EC określa podobny wyjątek dla koncesji na wykonanie robót, patrz artykuł 61.

nie jest to stosowane ma miejsce, gdy usługi powierzone przez przedsiębiorstwo wykonujące projekt swym udziałowcom było już przedmiotem konkursu przez partnera publicznego przed formowaniem przedsiębiorstwa podejmującego się projektu.⁴⁶ Jednakże gdy przedsiębiorstwo to nie pełni roli organu umawiającego się, zazwyczaj może zawierać kontrakty z osobami trzecimi, bez względu na to, czy są one jego udziałowcami czy nie. Na drodze wyjątku, gdy przedsiębiorstwo wykonujące projekt jest "koncesjonariuszem prac", pewne wymagania rozgłosu stosują się przy przyznawaniu kontraktów na pracę przekraczające próg 5 milionów €, z wyjątkiem kontraktów zawartych z przedsiębiorstwami, które uformowały grupę w celu wygrania koncesji, lub przedsiębiorstwa stowarzyszone.⁴⁷

52. Z reguły, partnerzy prywatni mogą podzlecić część lub całość kontraktu publicznego lub koncesji. Jednak należy zauważyć, że, w przypadku przyznawania kontraktów publicznych, stający do przetargu mogą być poproszeni o wskazanie w swych ofertach przetargowych części kontraktu, którą mają zamiar podzlecić osobom trzecim.⁴⁸ W przypadku koncesji na prace publiczne, której wartość przekracza 5 milionów €, organ umawiający się może wymagać, aby koncesjonariusz przyznał kontrakty reprezentujące minimum 30% całkowitej wartości prac, *na które kontrakt ma być przyznany stronom trzecim.*⁴⁹

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

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

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

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

⁴⁷ Artykuł 3(4) dyrektywy 93/37/EEC i artykuły od 63 do 65 dyrektywy 2004/18/EC (tu wspomniany powyżej próg ustalony jest na wysokość 6 242 000 €)

⁴⁸ Artykuł 17 dyrektywy 93/36/EEC, artykuł 20 dyrektywy 93/37/EEC, artykuł 25 dyrektywy 92/50, artykuł 27 dyrektywy 93/38. Patrz również artykuł 25 dyrektywy 2004/18/EEC i artykuł 37 dyrektywy 2004/17/EC.

⁴⁹ Artykuł 3 (2) dyrektywy 93/37/EEC. Patrz również artykuł 60 dyrektywy 2004/18/EC.

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

53. Zgodnie ze znaczeniem tej Zielonej Księgi, instytucjonalne PPP zakładają stworzenie podmiotu zarządzanego łącznie przez partnera publicznego i partnera prywatnego.⁵⁰ W ten sposób wspólny podmiot ma za zadanie zapewnić dostarczenie pracy lub usług na korzyść społeczeństwa. W Państwach Członkowskich władze publiczne uciekają się do takich struktur w szczególności dla zarządzania usługami publicznymi na poziomie lokalnym (na przykład przy usługach zaopatrzenia wody lub zbierania odpadów).

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

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

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

3.1. Partnerstwo angażujące stworzenie ad hoc podmiotu prowadzonego wspólnie przez sektor publiczny i sektor prywatny.⁵¹

⁵⁰ Państwa Członkowskie używają tu różnej terminologii i schematów (na przykład Kooperationsmodel, połączone PPP, Joint Venture)

⁵¹ Omawiana jest tu kwestia stworzenia ex novo podmiotów w związku z określonymi ustaleniami prawnymi. Jednakże nie będzie omawiany szczegółowo przypadek wcześniejszego istnienia podmiotów mieszanych biorących udział w procedurach przyznawania kontraktów publicznych lub koncesji, ponieważ hipoteza ta nie powoduje wielu komentarzy w zakresie stosowanego prawa Wspólnotowego. Mieszany charakter podmiotu

57. Prawo w zakresie zamówień publicznych i koncesji nie stosuje się samo w sobie przy tworzeniu podmiotu o kapitale mieszanym. Jednak gdy transakcji takiej towarzyszy przyznanie zadań poprzez akt, który może być określony jako kontrakt publiczny, albo nawet koncesja, ważne jest aby miała miejsce zgodność z zasadami i regułami wynikającymi z tego prawa (ogólne zasady Traktatu lub, w pewnych przypadkach, ustalenia Dyrektyw).⁵²

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

59. W związku z tym, transakcja angażująca stworzenie takiego podmiotu, gdy stanowi on środek w wykonaniu zadania powierzonego w kontrakcie partnerowi prywatnemu, generalnie nie stanowi problemu w zakresie stosowanego prawa Wspólnoty. Jednakże, warunki rządzące stworzeniem takiego podmiotu muszą być jasno określone przy sporządzeniu wezwania do konkursu na zadania, które mają być powierzone partnerowi prywatnemu.⁵³

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

biorącego udział w procesie przetargowym w zasadzie nie powoduje żadnych uchyleń od zasad stosowanych przy przyznawaniu kontraktów publicznych lub koncesji. Jedynie w przypadku, gdy dany podmiot odpowiada cechom podmiotu "wewnętrznego", według znaczenia *Sprawy Teckala, Ustawy/Prawa Trybunału Sprawiedliwości*, władze umawiające się mogą nie stosować zwyczajowych zasad.

⁵² Należy zauważyć, że zasady rządzące prawem o zamówieniach publicznych i koncesjach są również stosowane, gdy zadanie jest przyznane w formie aktu jednostronnego (np. akt ustawodawczy lub *regulujący/nadzorujący*)

⁵³ Warunki te nie mogą również dyskryminować, stanowić nieuzasadnioną barierę dla wolności świadczenia usług lub prawa prowadzenia działalności gospodarczej, oraz być nieproporcjonalne dla żądanego celu.

Dlatego też celem procedury zapoczątkowanej przez władze umawiające się jest stworzenie podmiotu mieszanego, któremu powierzone są pewne zadania.

61. Takie formuły nie wydają się podawać satysfakcjonujących rozwiązań w zakresie ustaleń stosowanych przy kontraktach publicznych i koncesjach.⁵⁴ W pierwszym przypadku istnieje ryzyko, że skuteczna konkurencja będzie zniekształcona przez uprzywilejowaną pozycję wcielonego przedsiębiorstwa i, konsekwentnie, partnera prywatnego mającego udział w tym przedsiębiorstwie. W drugim przypadku, określona procedura wyboru partnera prywatnego również stanowi pewne problemy. Władze umawiające się napotykać na pewne trudności w określeniu tematu kontraktu lub koncesji na tyle jasno i dokładnie na ile są zobowiązani. Komisja często zauważała, że zadania powierzane strukturze partnerstwa nie są jasno określone i, w pewnych przypadkach, nie zawierają się w strukturze kontraktu. Stanowi to problem nie tylko ze względu na zasady przejrzystości i równości traktowania, ale nawet na ryzyko uszczerbku na celach interesu publicznego, które władze publiczne pragną osiągnąć. Jasne jest również, że czas trwania stworzonego podmiotu generalnie nie zbiega się z czasem trwania przyznanego kontraktu lub koncesji, a to wydaje się sprzyjać rozszerzeniu zadań powierzonych temu podmiotowi bez faktycznego konkursu w chwili tego ponowienia. Czasami doprowadza to do sytuacji, w których zadania powierzane są de facto na czas nieograniczony.

62. Należy zauważyć ponadto, że wspólne tworzenie takich podmiotów musi być zgodne z zasadą niedyskryminacji ogólnie w zakresie narodowości, a w szczególności w zakresie wolnej cyrkulacji kapitału.⁵⁵ W ten sposób, na przykład, władze publiczne nie mogą posiadać pozycji udziałowca w takim podmiocie, zależnym od nadmiernych przywilejów, które nie wynikają z normalnej aplikacji prawa spółek.⁵⁶

⁵⁴ Przy planowaniu i aranżowaniu takich transakcji, test angażujący użycie form standardowych- które zawierają elementy niezbędne dla dobrze poinformowanego konkursu- również ukazuje jak trudne może być dobranie odpowiedniej formy ogłoszenia przyznania zadań w zakresie prawa o zamówieniach publicznych i koncesjach.

⁵⁵ Udział w nowym przedsięwzięciu z perspektywą ustanowienia trwałych kontaktów ekonomicznych jest opisany w ustaleniach artykułu 56 odnoszącego się do wolnego *poruszania się* kapitału. Patrz aneks I Dyrektywy 88/361/EEC, przyjęty w kontekście poprzedniego artykułu 67, w którym wymienione są typy operacji uznanych za *zmianę/ruch* kapitału.

⁵⁶ Patrz orzeczenie sądu z 4 czerwca 2002, sprawa C-367/98, "Komisja przeciw Portugalii", ECR I-4731; Sprawa C-483/99, "Komisja przeciw Francji", ECR I-4781; i orzeczenie z 13 maja 2003, sprawa C-463/00, "Komisja przeciwko Hiszpanii", ECR. I-4581; Sprawa C-98/01. "Komisja przeciw Zjednoczonemu Królestwu:", Rec. I-4641. Dla możliwych uzasadnień w tej strukturze, patrz orzeczenie sądu z 4 czerwca 2002, Sprawa C-503/99, "Komisja przeciw Belgii", ECR I-4809.

63. Komisja pragnie również zauważyć, że udział organu umawiającego się, który staje się wspólnym posiadaczem kontraktu w podmiocie mieszanym na końcu procedury wyboru, nie uzasadnia niestosowania prawa o zamówieniach publicznych i koncesjach przy wyborze partnera prywatnego. Stosowanie prawa Wspólnoty o zamówieniach publicznych i koncesji nie jest zależne od publicznego, prywatnego czy mieszanego charakteru wspólnego kontrahenta organu umawiającego się. Jak potwierdził Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Teckal, prawo to stosuje się gdy organ umawiający się decyduje się na powierzenie zadania osobie trzeciej, tj. osobie prawnie innej od niego. W innym przypadku może mieć to miejsce jedynie, gdy władze publiczne sprawują nad osobą, której to dotyczy, kontrolę podobną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi *wydziałami/departamentami* i, jednocześnie, osoba ta wykonuje kluczową część swych działalności *pod kontrolą/kontrolując* lokalne władze.⁵⁷ Jedynie podmioty spełniające te dwa warunki jednocześnie mogą być traktowane jako podmioty "wewnętrzne" w związku z Organem umawiającym się i mieć zadania powierzone bez procedury konkurencyjnej.⁵⁸

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

3.2. Kontrola podmiotu publicznego przez przedsiębiorcę prywatnego.

65. Ustanowienie zinstytucjonalizowanych PPP może również prowadzić do zmian w organie udziałowców podmiotu publicznego. W związku z tym, należy podkreślić, iż przekazanie przedsiębiorstwa z sektora publicznego do sektora prywatnego jest decyzją polityczną i ekonomiczną, która podlega jedynie kompetencji Państwa Członkowskiego.⁵⁹

⁵⁷ Sprawa C-107/98, "Teckal", orzeczenie z 18 listopada 1999, punkt 50.

⁵⁸ Trybunał Sprawiedliwości został poproszony o wydanie trzech wstępnych orzeczeń (Sprawy C-26/03, C-321/03 i C-458/03) mające na celu dodatkowe wyjaśnienia dotyczące zakresu kryteriów, które mogą ustanowić istnienie "wewnętrznego" typu zależności.

⁵⁹ Wynika to z zasady neutralności Traktatu w związku z zasadami *własnościowymi*, zawartymi w artykule 295 Traktatu.

66. Należy również zauważyć, że prawo Wspólnoty o zamówieniach publicznych nie ma być stosowane przy transakcjach angażujących proste zastrzyki kapitału czynione przez inwestora w przedsięwzięciu, bez względu na to, czy należy on do sektora publicznego czy prywatnego. Takie transakcje wchodzą w zakres ustaleń Traktatu dotyczących *ruchu/zmiany* kapitału,⁶⁰ implikujących w szczególności, iż środki narodowe nadzorujące je nie mogą stanowić bariery dla inwestycji innych Państw Członkowskich.⁶¹

67. Z drugiej strony, ustalenia dotyczące wolności zakładania/tworzenia w zakresie znaczenia artykułu 43 Traktatu musi być stosowane organ publiczny zadecyduje, poprzez środki transakcji kapitałowej, sędować na stronę trzecią portfel akcji nadający określony wpływ w podmiocie publicznym świadczącym usługi należące normalnie do odpowiedzialności Państwa.⁶²

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

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

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

⁶⁰ Artykuł 56 i następne Traktatu UE.

⁶¹ Patrz Oświadczenie Komisji o pewnych aspektach prawnych dotyczących wewnątrz europejskich inwestycji OJ No C 220. z 10 lipca 1997, str.15.

⁶² W kwestii tej patrz: orzeczenie Trybunału z 13 kwietnia 2000, sprawa C-251/98, "Baars", ECR I-2787.

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

Ogólnie i niezależnie od pytań postawionych w tym dokumencie:

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

21. Czy znasz inne formy PPP, które zostały rozwinięte w krajach poza Unią? Czy znasz przykłady "dobrych zwyczajów" w tej strukturze, które mogłyby posłużyć za model dla Unii? Jeżeli tak, opisz je.

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

4. UWAGI KOŃCOWE

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

Komisja Europejska

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

C 100 2/005

B-1049 Bruksela

lub drogą elektroniczną na adres:

MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

Komentarze powinny dotrzeć do Komisji najpóźniej do 30 lipca 2004. Informacje o zainteresowanych osobach i wkładach otrzymanych drogą elektroniczną, z imieniem i adresem nadawcy, będą przedstawione na stronie http://europa.eu.int/comm/internal_market, pod warunkiem, że autorzy nie będą mieli obiekcji co do takiej publikacji.

71. Na podstawie otrzymanych wkładów, inter alia, Komisja planuje wyciągnąć wnioski i, kiedy stosowne, przedłożyć konkretne inicjatywy.