

Michał **Wieloński**

PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE W UNII EUROPEJSKIEJ



Difin

PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE W UNII EUROPEJSKIEJ

Copyright © Difin SA
Warszawa 2014

Wszelkie prawa zastrzeżone.

Kopiowanie, przedrukowywanie i rozpowszechnianie całości
lub fragmentów niniejszej pracy bez zgody wydawcy zabronione.

Książka ta jest dziełem twórcy i wydawcy.

Prosimy, abyś przestrzegał praw, jakie im przysługują.

Jej zawartość możesz udostępnić nieodpłatnie osobom bliskim
lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie.

Jeśli cytujesz jej fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie
zaznacz, czyje to dzieło. A kopiując jej część, rób to jedynie
na użytek osobisty. Szanujmy cudzą własność i prawo.

Publikacja dofinansowana przez Wydział Dziennikarstwa
i Nauk Politycznych Uniwersytetu Warszawskiego.

Recenzent

prof. zw. dr hab. Katarzyna Żukrowska

Korekta

Zofia Firek

Projekt okładki

Mikołaj Miodowski

Redaktor prowadząca

Maria Adamska

ISBN 978-83-7930-252-9

Difin SA

Warszawa 2014, wydanie pierwsze

ul. F. Kostrzewskiego 1, 00-768 Warszawa,

tel.: 22 851 45 61, 22 851 45 62,

faks: 22 841 98 91

Księgarnie internetowe Difin:

www.ksiegarnia.difin.pl, www.ksiegarniasgh.pl

Skład i łamanie: Poligrafia, tel. 605 105 574

Wydrukowano w Polsce.

SPIS TREŚCI

Wstęp	7
-------	---

1

Partnerstwo publiczno-prywatne – charakterystyka	11
1.1. Problemy definicyjne związane z PPP	11
1.2. Partnerstwo publiczno-prywatne w prawie, w orzecznictwie i w dokumentach unijnych	24
1.3. Schematy współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego	27
1.4. Podmioty zaangażowane w partnerstwo publiczno-prywatne i ich rola	32
1.5. Rodzaje umów występujących w projektach PPP	36
1.6. Podsumowanie	39

2

Stanowisko Unii Europejskiej wobec partnerstwa publiczno-prywatnego	41
2.1. Stanowisko Komisji Europejskiej	41
2.2. Stanowisko Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów	48
2.3. PPP na poziomie unijnym – przykłady	56
2.4. Podsumowanie	62

3

Partnerstwo publiczno-prywatne jako wynik procesu zbliżenia sfery publicznej i prywatnej 65

- 3.1. Pojęcie „pogoni za rentą” 65
- 3.2. Prawodawstwo unijne jako czynnik sprzyjający pogoni za rentą 67
- 3.3. Partnerstwo publiczno-prywatne jako pochodna polityki interwencjonizmu 79

4

Korzyści i zagrożenia wynikające ze stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego 81

- 4.1. Wprowadzenie 81
- 4.2. PPP a ograniczenia budżetowe 84
- 4.3. PPP a podział ryzyka 88
- 4.4. PPP a *value for money* 98
- 4.5. PPP a jakość i efektywność usług 105
- 4.6. Podsumowanie 116

5

Koncesje w prawie europejskim 119

- 5.1. Koncesja w obecnym stanie prawnym 119
- 5.2. Cele projektu dyrektywy 2011/0437 123
- 5.3. Najważniejsze terminy stosowane w projekcie dyrektywy 2011/0437 125
- 5.4. Szacowanie wartości koncesji 128
- 5.5. Dostęp do informacji i transparentność procedur 130
- 5.6. Warunki ubiegania się o koncesję 134
- 5.7. Proces określania przedmiotu koncesji i wyboru oferty 139
- 5.8. Elastyczność umów koncesyjnych 144

Zakończenie 147

Bibliografia 153

WSTĘP

Unia Europejska jest ostatnio skonfrontowana z licznymi zjawiskami kryzysowymi. Pomimo pojawiających się wielokrotnie medialnych zapowiedzi, że kryzys zmierza ku końcowi, sytuacja gospodarcza w UE jest wciąż niestabilna. Jednym z większych problemów jest rosnące w szybkim tempie zadłużenie państw członkowskich. W 2001 r. wynosiło ono dla państw członkowskich średnio 61,1% produktu krajowego brutto, podczas gdy w 2012 r. wyniosło aż 85,3%. Wyrażone w euro wartości te wyniosły odpowiednio 5 854 449,5 mln w 2001 r. i 11 011 797 mln w roku 2012¹.

Niekorzystne zjawiska na rynku wewnętrznym UE skłaniają do podjęcia działań zaradczych. Prawo jest jednym z wielu instrumentów oddziaływania na procesy społeczno-gospodarcze. Samo w sobie jest narzędziem, które może skutkować wprowadzeniem rozmaitych rodzajów polityki, jakie postanowili wdrożyć polityczni i administracyjni decydenci. Poszukiwanie źródeł finansowania silnie rozróżnionej sfery świadczeń publicznych i administracji skłoniło do podjęcia prób stworzenia korzystniejszych warunków prawnych dla partnerstwa publiczno-prywatnego (zwanego dalej PPP). Upowszechnienie tej formy kooperacji sektora publicznego i prywatnego ma na celu pozyskanie dodatkowych środków, połączenie doświadczeń i podział ryzyka tak, aby zapewnić zasoby niezbędne do infrastruktury i usług zaspokajających przede wszystkim potrzeby publiczne. Trend związany z upowszechnianiem PPP poprzedził nasilenie zjawisk kryzysowych z 2008 r., jednak przybrał on zdecydowanie na sile wraz z pogarszaniem się sytuacji gospodarczej.

¹ General government gross debt – annual data, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/product_details/dataset?p_product_code=TEINA225 (22.06.2013).

Pomimo dużej aktywności władz unijnych i krajowych w rozprzestrzenianiu PPP, rozwija się ono znacznie wolniej, niżby chcieli jego zwolennicy. Przykładowo w Polsce wartość projektów ogłoszonych w 2012 r. (bez powtarzających się ogłoszeń) w formule partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP) wyniosła 4,5 mld zł – wynika z raportu Fundacji Centrum PPP. Oznacza to trzykrotny wzrost wobec 2011 r., gdy rynek wart był 1,5 mld zł. W sumie w ubiegłym roku podmioty publiczne ogłosiły postępowania dla 61 projektów, dokładnie tyle, ile w rekordowym 2010 r. i o 19 więcej niż w 2011 r. Jednak w minionym roku zaledwie w dziewięciu przypadkach stronom udało się doprowadzić do podpisania umowy, m.in. na budowę dworca w Sopocie, parkingu przy wrocławskiej Hali Stulecia czy na oczyszczanie ścieków w Gminie Konstancin-Jeziorna. Przez ostatnie lata liczba ogłaszanych postępowań to około 50 rocznie. Jedynie około 20% kończy się podpisaniem umowy i zapewnieniem finansowania. Zwolenników PPP martwić może to, że połowa ogłoszonych postępowań jest unieważniana².

Opisywana sytuacja wywołuje liczne pytania badawcze. Przede wszystkim trzeba określić, co należy rozumieć pod pojęciem partnerstwa publiczno-prywatnego. Trzeba również ustalić, jak kształtował się stosunek władz unijnych do PPP, jakich argumentów za jego stosowaniem używano oraz jak władze kształtowały i kształtują otoczenie prawne, aby stymulować tworzenie kolejnych projektów w tej formule. Dalsza część badań służyć będzie wyjaśnieniu kwestii bodźców o charakterze ekonomicznym oddziałujących na uczestników PPP i specyfiki uregulowań prawnych, mających niwelować zjawiska patologiczne i zrekompensować brak faktycznego właściciela zasobów po stronie publicznej. Konieczne będzie również ustalenie, jakie są zalety i wady PPP i w jaki sposób można prawnie ingerować, aby zwiększyć efektywność partnerstwa.

Jak wspomniałem, rozwiązania prawne są jednym z ważniejszych narzędzi, pozwalających, w opinii unijnych decydentów, na poprawę sytuacji UE. Stoję na stanowisku, że PPP jest przeceniane jako sposób na przezwycięzenie zjawisk kryzysowych, a nawet można je uznać za rozwiązanie szkodliwe, odsuwające na przyszłość problemy, z którymi należy zmierzyć się już teraz. Przepisy prawne nie są narzędziem doskonałym, zwłaszcza jako regulator sfer, w których oddzielana jest własność od właściciela, co na masową skalę występuje w sektorze publicznym. Co więcej, kolejne regulacje generują nowe problemy, co z kolei stwarza potrzebę nowych regulacji, coraz bardziej komplikując normy postępowania i czyniąc system społeczno-gospodarczy mało wydajnym. Za szczególnie trudne do objęcia prawem uważam te obszary, w których szeroko rozumiana sfera publiczna odchodzi od typowych dla siebie zadań administracyjnych, a jest

² Rok bez fajerwerków w PPP, <http://samorzady.pb.pl/2977191,12662,rok-bez-fajerwerkow-w-ppp> (22.06.2013).

włączana w procesy o charakterze biznesowym. Prawo, co postaram się wykazać w niniejszej pracy, jest wyjątkowo mało skuteczne, jeśli chodzi o normowanie sytuacji, w których nie właściciel, lecz zarządca środków publicznych zostaje zaangażowany w przedsięwzięcia gospodarcze, na dodatek w ścisłym związku z sektorem prywatnym. Na potrzeby niniejszej pracy przyjmuję hipotezę, że zaangażowanie sektora publicznego i prywatnego we wspólne przedsięwzięcia o charakterze biznesowym stawia przed prawodawcą nieprzewidywalne problemy, niepozwalające na stworzenie efektywnego środowiska prawnego dla projektów PPP. W konsekwencji upowszechnianie partnerstwa publiczno-prywatnego nie jest właściwym sposobem na walkę ze zjawiskami kryzysowymi w Unii Europejskiej.

Rozdział 1 zostanie poświęcony charakterystyce PPP. Przede wszystkim zostanie w nim poruszona kwestia definicji partnerstwa publiczno-prywatnego. Omówione zostaną także formy, jakie przybiera PPP. Poza tym rozdział będzie zawierał przegląd aktów prawnych i dokumentów regulujących kształt partnerstwa na poziomie unijnym. W dalszej części zostanie poruszona kwestia podmiotów zaangażowanych w PPP i prawnych relacji między nimi.

Rozdział 2 scharakteryzuje stanowisko Unii Europejskiej wobec partnerstwa publiczno-prywatnego. W tym rozdziale przedstawione będzie stanowisko Komisji Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów. Następnie zostaną wskazane przykłady inicjatyw PPP dokonanych na poziomie unijnym.

Rozdział 3 ma zadanie umiejscowić PPP w kontekście szerszego procesu, jakim jest proces zbliżenia sfery publicznej i prywatnej i wskazanie na istniejące w tej dziedzinie przepisy oraz przygotowanie sprzyjającego temu unijnego prawodawstwa. Punktem wyjścia będzie scharakteryzowanie zjawiska pogoni za rentą. Następnie zostanie szczegółowo omówiony wpływ prawodawstwa na kształtowanie się zjawiska pogoni za rentą po to, aby pod koniec rozdziału zaprezentować PPP jako logiczną konsekwencję polityki UE, realizowanej m.in. za pomocą prawa.

Rozdział 4 będzie dotyczył korzyści i zagrożeń wynikających ze stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego. Kolejno zostanie tu omówiona relacja PPP do ograniczeń budżetowych, podziału ryzyka, *value for money* oraz jakości i efektywności usług.

Rozdział 5 w całości zostanie poświęcony projektowi dyrektywy regulującej na poziomie unijnym koncesję jako wariant PPP. Będzie to stanowiło okazję do zweryfikowania wcześniej poczynionych ustaleń i określenia, z jakimi wyzwaniem musi zmierzyć się ustawodawca, chcący poddać regulacjom współpracę strony publicznej i prywatnej.

Badania przedstawione w książce były prowadzone przede wszystkim za pomocą metody dogmatyczno-prawnej. Została ona wsparta analizą orzecznictwa sądów, szczególnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (ETS). Pozyskane w drodze egzegezy prawa dane zostały następnie poddane analizie uwzględniającej dorobek austriackiej szkoły ekonomii (ASE) oraz teorii wyboru publicznego (TWP). Zarówno ASE, jak i TWP swoimi dokonaniem znakomicie wpisują się w szczególną problematykę, którą poruszam. Obie szkoły wielokrotnie badały wpływ biurokracji na życie społeczno-gospodarcze, znaczenie własności prywatnej dla dobrobytu społeczeństwa, a także podkreślały znaczenie grup interesu i ich oddziaływanie na prawodawstwo.

Polska literatura dotycząca PPP odnosi się przede wszystkim do polskich ustaw: o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Dominują komentarze dalekie od dogłębnej analizy specyfiki prawa regulującego poruszaną w niniejszej książce kwestię. Pozytywnie na tym tle wyróżnia się książka Krystyny Brzozowskiej³.

Literatura zagraniczna jest zdecydowanie bogatsza. Z jednej strony istnieją publikacje podkreślające korzyści płynące z PPP, z drugiej jednak strony partnerstwo jest poddawane bardzo silnej krytyce, także w krajach, w których stosowane jest na dużą skalę (jak np. w Wielkiej Brytanii). To sprawia, że w literaturze przedmiotu wywiązuje się interesująca dyskusja, daleka od propagandowego i poradnikowego ujęcia typowego dla Polski.

Wyrażam nadzieję, że niniejsza publikacja stanie się jednym z bodźców skłaniającym do pogłębionej refleksji nad zasadnością stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego na skalę masową.

³ K. Brzozowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne w Europie. Cele, uwarunkowania, efekty*, Warszawa 2010.

1

Partnerstwo publiczno-prywatne – charakterystyka

Partnerstwo publiczno-prywatne jest trudno zdefiniować w uniwersalny sposób, to znaczy tak, żeby definicja taka mogła znaleźć zastosowanie dla wszystkich przypadków takich związków.

1.1. Problemy definicyjne związane z PPP

Partnerstwo publiczno-prywatne jest zjawiskiem na tyle złożonym i różnorodnym, że nie ma jednej, powszechnie akceptowanej w literaturze przedmiotu definicji. Definicji legalnej nie zawiera również prawo unijne. W urzędowych dokumentach, jak i w literaturze naukowej, najczęściej można spotkać się nie tyle z klasycznymi definicjami, co raczej z katalogami cech, typowych dla partnerstwa publiczno-prywatnego. Przykładowo, zgodnie z charakterystyką występującą w dokumentach Komisji Europejskiej, partnerstwo publiczno-prywatne jest partnerstwem między sektorem publicznym oraz prywatnym w celu przedstawienia projektu lub świadczenia usługi tradycyjnie świadczonej przez sektor publiczny. PPP zakłada, iż obie strony czerpią pewne korzyści, odpowiednie do stopnia realizowania przez nie określonych zadań. Przez umożliwienie każdemu z sektorów robienia tego, co potrafi najlepiej, usługi oraz infrastruktura publiczna są realizowane w sposób najbardziej efektywny gospodarczo. Głównym celem PPP jest zatem kształtowanie takich stosunków między stronami, aby ryzyko ponosiła ta strona, która najlepiej potrafi je kontrolować, natomiast wzrasta-

jącą wartość osiąga się przez wykorzystywanie umiejętności i kompetencji sektora prywatnego¹.

W podobny sposób omawiane zjawisko próbuje scharakteryzować Organizacja Narodów Zjednoczonych. ONZ wskazuje następujące cechy, wyróżniające PPP:

- długoterminowa (nawet do trzydziestu lat) realizacja projektów (w rzeczywistości może to być znacznie więcej – nawet powyżej 70 lat – praktycznie nie ma górnej granicy – MW),
- transfer ryzyka do sektora prywatnego,
- różnorodność form kontraktów stanowiących podstawę współpracy między sektorem publicznym a prywatnym².

ONZ dodaje również, że przez PPP należy rozumieć innowacyjne metody stosowane w sektorze publicznym do umowy z sektorem prywatnym, w ramach których sektor prywatny wnosi swój kapitał i zdolności do realizacji projektów na czas i do budżetu, podczas gdy sektor publiczny zachowuje odpowiedzialność za świadczenie tych usług na rzecz społeczeństwa w taki sposób, że przynosi korzyści publiczne, zapewnia rozwój gospodarczy i poprawę jakości życia³.

Podobne propozycje charakterystyki PPP znajdują się w publikacji wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych. Za cechy charakterystyczne PPP autorzy publikacji uznają:

- współpracę sektora publicznego z sektorem prywatnym,
- umowny charakter (w ramach stosunku cywilnoprawnego),
- charakter celowy: realizacja przedsięwzięć (budowa infrastruktury, dostarczanie usług) tradycyjnie wykonywanych przez stronę publiczną,
- optymalny podział zadań,
- podział ryzyka,
- obustronną korzyść⁴.

Należy zwrócić uwagę na liczne nieścisłości, obecne w ww. katalogach cech przypisywanych PPP. Pierwszym zarzutem, jaki trzeba podnieść, jest obecność sądów wartościujących, które mogą prowadzić do nieprawdziwych wniosków. Np. stwierdzenie, iż usługi oraz infrastruktura publiczna są realizowane w sposób najbardziej efektywny gospodarczo, w żadnej mierze nie może być wyróżnikiem PPP. Można się zgodzić, że partnerstwo stwarza możliwości do

¹ Komisja Europejska, Wytoczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, Bruksela 2003, s. 17.

² *United Nations Economic Commission for Europe, Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, New York–Geneva 2007, s. 1.

³ *United Nations Economic Commission for Europe...*, op.cit.

⁴ B. Korbus (red.), A. Panasiuk (red. nauk.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, s. 22.

działania w efektywny gospodarczo sposób, ale z całą pewnością nie jest to jego cecha immanentna. Przedsięwzięcie realizowane w formule partnerstwa nie jest gwarancją gospodarczej efektywności, natomiast PPP przynoszące straty nie traci cech partnerstwa publiczno-prywatnego. Podobny zarzut można poczynić odnośnie do optymalnego podziału zadań jako wyróżnika PPP. Wbrew temu, co rzekomo cechuje PPP, w ramach partnerstwa może dojść do podziału nieoptymalnego z punktu widzenia powszechnie akceptowanych zasad zarządzania ryzykiem. Wadliwe funkcjonowanie projektu w tym zakresie również nie pozbawi go cech przynależnych PPP.

Transfer ryzyka, który ma rzekomo stanowić wyróżnik PPP, nie jest rozstrzygającą cechą. Uznanie transferu ryzyka za jedną ze specyficznych cech partnerstwa powoduje, że trudno jest rozróżnić PPP i zamówienia publiczne. W ramach zamówień strona prywatna również bierze na siebie mniejsze bądź większe ryzyko – może ono dotyczyć np. wzrostu cen dostarczanych w ramach zamówień produktów, cen surowców potrzebnych do wykonania roboty budowlanej czy obciążeń podatkowych.

Warto podkreślić, że definicja zamówień publicznych w projekcie nowej dyrektywy dotyczącej zamówień publicznych nie ułatwia odróżnienia zamówień publicznych od partnerstwa publiczno-prywatnego. Zgodnie z nią, zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jedną instytucją zamawiającą a co najmniej jednym wykonawcą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy⁵. Ponieważ w tym zakresie mieszczą się wszystkie możliwe dobra rynkowe, jakie można nabyć, a partnerstwo publiczno-prywatne między zamawiającym a wykonawcą w oparciu o umowę również jest regułą, prawo i unijne dokumenty nie pozwalają poprzez definicje na jednoznaczne odróżnienie PPP od zamówień publicznych.

Niewiele więcej światła na problem rozróżnienia zamówień publicznych od PPP rzuca Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), stwierdzając, że transfer ryzyka powinien być wystarczający. W przypadku gdy nie jest, mamy do czynienia z tradycyjnym zamówieniem publicznym⁶. Ze względu na użycie bardzo nieostrego pojęcia „wystarczalności” jest to ujęcie, które niewiele pomaga w precyzyjnej charakterystyce partnerstwa publiczno-prywatnego.

Inne instytucje również mają problemy z określeniem, czym jest PPP. Np. w ocenie Międzynarodowego Funduszu Walutowego partnerstwo publiczno-

⁵ Art. 2 pkt 7 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, KOM(2011) 896 wersja ostateczna.

⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Public-Private Partnerships. In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, 2008, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/public-private-partnerships_9789264046733-en (14.02.2013), s. 18.

-prywatne to porozumienie, na mocy którego sektor prywatny dostarcza infrastrukturę i usługi tradycyjnie dostarczane przez rząd⁷. Sformułowanie to, z racji ogólnikowości, może odnosić się do zamówień publicznych. Także charakterystyka proponowana przez Europejski Bank Inwestycyjny nie wnosi wielu konkretnych. Zgodnie z nią PPP jest ogólnym terminem dla relacji utworzonych pomiędzy sektorem prywatnym i organami publicznymi, często w celu wprowadzenia zasobów (w tym wiedzy) sektora prywatnego, aby pomóc w dostarczeniu zasobów i usług dla sektora publicznego. Termin PPP jest więc stosowany do opisu różnorodnych ustaleń roboczych, poczynając od luźnego, nieformalnego i strategicznego partnerstwa, a kończąc na projektach typu projektuj–buduj–finansuj–eksploatuj i sformalizowanych spółkach *joint venture*⁸.

W Zielonej Księdze dotyczącej PPP Komisja stworzyła listę elementów charakteryzujących partnerstwo:

- Względnie długie trwanie zależności angażującej współpracę pomiędzy partnerem publicznym i partnerem prywatnym w różnych aspektach planowanego projektu.
- Metoda finansowania projektu, częściowo przez sektor prywatny, czasem poprzez złożone porozumienia pomiędzy różnymi uczestnikami. Jednakże do funduszy prywatnych mogą być dodane fundusze publiczne, w niektórych przypadkach nawet znaczne.
- Istotna rola podmiotu gospodarczego, który uczestniczy w różnych etapach projektu (projektowanie, kończenie prac, wdrażanie, finansowanie). Partner publiczny skupia się głównie na określeniu celów, które muszą być osiągnięte z punktu widzenia interesu publicznego, na jakości świadczonych usług i polityce cenowej; jest on odpowiedzialny również za nadzorowanie dostosowywania się partnera prywatnego do tych celów.
- Rozłożenie ryzyka pomiędzy partnera publicznego i partnera prywatnego, na którego przenoszone są rodzaje 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 ryzykiem⁹.

⁷ International Monetary Fund, *Public-Private Partnerships*, 2004, <http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pipf/eng/031204.pdf> (14.02.2013), s. 4.

⁸ European Investment Bank, *The EIB's role in Public-Private Partnerships (PPPs)*, EIB 2004, http://www.eib.org/attachments/thematic/eib_ppp_en.pdf (14.02.2013), s. 2.

⁹ Komisja Europejska, Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, COM(2004) 327 final.

Krystyna Brzozowska stwierdza, że biorąc pod uwagę różne definicje, PPP można rozpatrywać jako:

- wszelkie formy współpracy sektora publicznego i sektora prywatnego na niwie inwestycji o charakterze publicznym (głównie infrastrukturalnych),
- udziały kapitałowe sektora publicznego i prywatnego¹⁰.

Tomasz Skoczyński, komentując ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym i starając się odróżnić partnerstwo publiczno-prywatne od zamówienia publicznego, zauważa, że co do zasady, każde działanie stron i wykonanie swoich zobowiązań wymaga współpracy drugiej strony, a brak takiej współpracy może prowadzić nawet do odpowiedzialności odszkodowawczej. Jednak akcentując kwestię współpracy stron, ustawodawca jednoznacznie wskazuje, że chodzi tu o współpracę zdecydowanie dalej idącą niż standardowa. W tej konstrukcji prawnej za niewystarczającą należy uznać współpracę ze strony podmiotu publicznego jedynie w postaci odebrania towaru lub usługi oraz zapłaty wynagrodzenia, jak to ma miejsce przy klasycznych zamówieniach publicznych, a konieczna jest rzeczywista wspólna realizacja przedsięwzięcia – nie można mówić o partnerstwie przy braku współpracy stron. Podkreśleniem tego jest także wymóg podziału zadań pomiędzy podmiot publiczny a partnera prywatnego, który wskazuje, że zarówno jedna, jak i druga strona umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym powinna mieć przypisane określone czynności do wykonania¹¹. W opisywanej próbie rozróżnienia PPP i zamówień publicznych po raz kolejny natrafiamy na przeszkodę w postaci nieostrych granic pojęć – przywołany autor wskazuje, że współpraca między podmiotami w ramach PPP jest „zdecydowanie dalej idąca” niż w zamówieniach publicznych, niemniej jednak nie wskazuje, gdzie konkretnie przebiega granica.

Trudności definicyjne oddaje *Słownik terminów statystycznych* wydany przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju. Wskazuje on, iż partnerstwa publiczno-prywatne to porozumienia, w których sektor prywatny zapewnia infrastrukturę i usługi tradycyjnie dostarczane przez rząd, np. szpitale, szkoły, więzienia, drogi, mosty, tunele, kolej, wodę i oczyszczalnie ścieków. Dodaje również, że przypadki, w których prywatny operator ponosi odpowiedzialność za utrzymanie infrastruktury i jej udoskonalenia są określane jako koncesje. Chociaż nie ma wyraźnego porozumienia w sprawie tego, co konstytuuje PPP, powinno ono zawierać transfer ryzyka od rządu do sektora prywatnego¹². Niestety, jak wcześniej wspomniałem, transfer ryzyka występuje także w ramach zamówień publicznych, dlatego nie może przesądzać o charakterze współpracy

¹⁰ K. Brzozowska, op.cit., s. 33.

¹¹ T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Lex (6.04.2013).

¹² Organisation for Economic Co-operation and Development, *Glossary of Statistical Terms*, 2007, <http://stats.oecd.org/glossary/glossaryPDF.zip> (14.02.2013), s. 632.

między sektorem publicznym i prywatnym. W innych publikacjach OECD wskazuje zresztą, że nie ma zgody co do elementów, które konstytuują PPP¹³.

Istnieją wszakże próby odnalezienia cech konstytuujących partnerstwo publiczno-prywatne. Wymienia się wśród nich:

- potrzebę publiczną,
- partnera publicznego,
- partnera prywatnego,
- usługę¹⁴.

Zależności pomiędzy powyższymi elementami polegają na:

- partnerstwie,
- całościowym podejściu do projektu,
- połączeniu kompetencji,
- podziale ryzyka i korzyści,
- zachowaniu odpowiedzialności i kontroli przez podmiot publiczny¹⁵.

Zgodnie z takim podejściem partner publiczny i prywatny podejmują współpracę w celu zaspokojenia potrzeby publicznej poprzez realizację określonej usługi. Identyfikacja potrzeby publicznej i definicja usługi, która zaspokoi tę potrzebę należy do kompetencji i zadań sektora publicznego. Partner prywatny, podejmując współpracę z sektorem publicznym, inwestuje określone składniki aktywów, które będzie wykorzystywał do wykonywania zakontraktowanej usługi. Taka struktura współpracy wymusza na partnerze prywatnym całościowe podejście do projektu w trakcie jego trwania, obejmującego z reguły budowę określonych aktywów i dalsze zarządzanie nimi w celu wykonania usługi. Przestanką do podjęcia współpracy podmiotu prywatnego i publicznego jest stwierdzenie, że każda ze stron ma określone kompetencje, których połączenie pozwala na zaspokojenie potrzeb publicznych. Efektywność współpracy wynika z odpowiedniego podziału ryzyka i korzyści pomiędzy partnerami¹⁶.

Mając na uwadze znaczące trudności w zdefiniowaniu partnerstwa publiczno-prywatnego, należy jednak zastrzec, że nie jest to pojęcie znaczeniowo puste. Dlatego zasadnym jest, pomimo przeszkód, ustalić, czym charakteryzuje się PPP. Uważam, że współpraca władzy i podmiotów prywatnych ma charakter stopniowalny. Stopniować można zarówno ryzyko, jak i zaangażowanie obu stron na wszystkich etapach określonego przedsięwzięcia. Na przeciwnych biegunach będą leżały własność państwowa oraz własność prywatna. Zależnie od poziomu przyjętego ryzyka i zaangażowania na konkretnym etapie działań możliwe jest wskazanie punktów, w których kończą się zamówienia publiczne,

¹³ Por. OECD, *Public-Private Partnerships. In Pursuit of Risk Sharing...*, s. 16.

¹⁴ A. Gajewska-Jedwabny (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne*, Warszawa 2007, s. 4.

¹⁵ A. Gajewska-Jedwabny (red.), op.cit., s. 4.

¹⁶ Ibidem, s. 5.