KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

Bruksela, dnia 15.11.2005
KOM(2005) 569 wersja ostateczna

KOMUNIKAT KOMISJI DLA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO, RADY, EUROPEJSKIEGO KOMITETU EKONOMICZNO-SPOŁECZNEGO ORAZ KOMITETU REGIONÓW

w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji

SPIS TREŚCI

1. Wstęp 3

2. Kluczowe kwestie dotyczące ewentualnych działań następczych 5

2.1. Zagadnienia wymagające działań na szczeblu WE 5

2.2. Dialog konkurencyjny: Komisja przedstawi wyjaśnienie 5

2.3. Kwestie, w których na obecnym etapie nie zaproponowano osobnych inicjatyw WE 5

2.3.1. Brak nowego prawodawstwa obejmującego wszystkie PPP zawarte w drodze umowy. 5

2.3.2. Brak działań Wspólnoty dotyczących konkretnych aspektów PPP. 6

2.4. Ciąg dalszy debaty na temat PPP na szczeblu WE 6

3. Koncesje 7

3.1. Informacje ogólne 7

3.2. Możliwości zapewnienia bezpieczeństwa prawnego 7

3.3. Treść ewentualnej inicjatywy Wspólnoty w zakresie koncesji 9

4. Zinstytucjonalizowane PPP 10

4.1. Podejście preferowane 10

4.2. Treść potencjalnego komunikatu wyjaśniającego w sprawie zinstytucjonalizowanych PPP 10

5. Kolejne działania 12

KOMUNIKAT KOMISJI DLA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO, RADY, EUROPEJSKIEGO KOMITETU EKONOMICZNO-SPOŁECZNEGO ORAZ KOMITETU REGIONÓW

w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

1. WSTĘP

Władze publiczne na wszystkich szczeblach są coraz bardziej zainteresowane współpracą z sektorem prywatnym w zakresie zapewnienia infrastruktury lub świadczenia usług. Zainteresowanie współpracą, nazywaną zwyczajowo partnerstwami publiczno-prywatnymi (PPP) wynika częściowo z tego, że władze publiczne mogą czerpać korzyści z wiedzy specjalistycznej, jaką posiada sektor prywatny, zwłaszcza w celu zwiększenia efektywności. Częściowo zaś zainteresowanie to wynika z ograniczeń w budżecie publicznym. Jednakże PPP nie są cudownym rozwiązaniem: w przypadku każdego projektu należy ocenić, czy partnerstwo faktycznie stanowi wartość dodaną dla określonej usługi lub robót publicznych w porównaniu z innymi możliwościami, na przykład zawarciem bardziej tradycyjnych umów.

Prawo wspólnotowe nie określa czy władze publiczne mają prowadzić działania gospodarcze we własnym zakresie, czy też powierzać ich realizację stronie trzeciej. Jeśli jednak władze publiczne podejmą decyzję o włączeniu stron trzecich do prowadzenia działań, wówczas prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji może mieć zastosowanie.

Głównym celem prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji jest stworzenie rynku wewnętrznego, w którym zapewnione byłyby swobodny przepływ towarów i usług, swoboda zakładania działalności gospodarczej oraz podstawowe zasady równego traktowania, przejrzystości i wzajemnego uznawania, jak również umożliwienie uzyskania najwyższej jakości za daną kwotę przy zakupie produktów lub zlecaniu stronom trzecim wykonania pracy albo usługi przez władze publiczne. Ze względu na rosnące znaczenie PPP, uznano, że należy zbadać, w jakim zakresie istniejące przepisy wspólnotowe odpowiednio realizują te cele, jeśli chodzi o udzielanie zamówień lub koncesji partnerstwom publiczno-prywatnym. Powinno to umożliwić Komisji ocenę, czy istnieje potrzeba wyjaśnienia, uzupełnienia lub poprawienia ram prawnych obowiązujących obecnie na szczeblu europejskim. W tym celu dnia 30 kwietnia 2004 r. Komisja przyjęła Zieloną Księgę w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji[1].

[1] COM (2004) 327 wersja ostateczna z 30.4.2004.

Debata, którą zapoczątkowała Zielona Księga spotkała się z dużym zainteresowaniem i ogólnym poparciem. Komisja otrzymała blisko 200 uwag od różnych respondentów, m.in. z wielu Państw Członkowskich. Zarówno Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny[2] jak i Komitet Regionów[3] wydały opinie na temat Zielonej Księgi. W maju 2005 r. opublikowano sprawozdanie zawierające analizę wszystkich uwag przedstawionych w trakcie konsultacji publicznych[4].

W następstwie tych konsultacji, niniejszy komunikat prezentuje opcje dotyczące polityki w omawianej dziedzinie, w celu zapewnienia PPP skutecznej konkurencji, unikając niepotrzebnego ograniczania elastyczności niezbędnej do opracowania nowatorskich i często złożonych projektów. Określenie przez Komisję preferowanych rozwiązań w zakresie tej polityki na tym etapie jest zgodne z jej zobowiązaniem do odpowiedzialności publicznej i przejrzystości w korzystaniu z prawa do inicjatywy, co stanowi podstawową zasadę „Poprawy otoczenia regulacyjnego w dziedzinie wzrostu gospodarczego i zatrudnienia w Unii Europejskiej”[5].

Chociaż celem niniejszego komunikatu jest wyciągnięcie wniosków w zakresie polityki z konsultacji dotyczących Zielonej Księgi w sprawie PPP, przedstawiony w nim wybór możliwości należy postrzegać w szerszym kontekście, uwzględniając wnioski płynące z wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, doświadczeń związanych z postępowaniami wszczętymi przez Komisję na mocy art. 226 Traktatu WE przeciwko Państwom Członkowskim oraz kontakty dwustronne z zainteresowanymi stronami.

Chociaż w wyniku konsultacji uzyskano zarówno informacje dotyczące stanu faktycznego, związane z praktycznymi doświadczeniami z PPP, jak i opinie zainteresowanych stron na temat preferowanych opcji w zakresie polityki, nie zastępują one dogłębnej analizy wpływu tych polityk. W związku z tym ostateczna decyzja w sprawie ewentualnego podjęcia inicjatyw legislacyjnych dotyczących wyjaśnienia, uzupełnienia lub poprawienia prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji będzie podlegać ocenie wpływu, zgodnie z wymogiem zasad „Poprawy otoczenia regulacyjnego”.

---

2 Opinia na temat Zielonej Księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Bruksela, 27-28 października, CESE 1440/2004

3 Opinia Komitetu Regionów z dnia 17 listopada 2004 r. dotycząca Zielonej Księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji (COM(2004) 327 wersja ostateczna), ECOS-037.

4 SEC(2005) 629, 3.5.2005. Sprawozdanie to oraz większość uwag przesłanych do Komisji są dostępne na stronach internetowych Komisji pod adresem: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/studies_en.htm

5 Patrz Komunikaty Komisji „Zarządzanie Europą: lepsze praktyki ustawodawcze” COM(2002) 275 wersja ostateczna, 5.6.2002 oraz „Poprawa otoczenia regulacyjnego w dziedzinie wzrostu gospodarczego i zatrudnienia w Unii Europejskiej” COM(2005)97 wersja ostateczna, 16.3.2005.

2. KLUCZOWE KWESTIE DOTYCZĄCE EWENTUALNYCH DZIAŁAŃ NASTĘPCZYCH

2.1. Zagadnienia wymagające działań na szczeblu WE

Zielona Księga w sprawie PPP obejmuje szereg tematów związanych z partnerstwami publiczno-prywatnymi i prawem wspólnotowym dotyczącym zamówień publicznych i koncesji. Z uwag zainteresowanych stron uczestniczących w konsultacjach wynika, że tylko kilka kwestii wymaga podjęcia inicjatyw dotyczących działań następczych na szczeblu WE. Obejmują one w szczególności:

- udzielanie koncesji (pytania od 4 do 6 Zielonej Księgi – rozdział 3 niniejszego komunikatu) oraz

- tworzenie przedsiębiorstw prowadzonych wspólnie przez partnera publicznego i prywatnego w celu świadczenia usług publicznych (zinstytucjonalizowane partnerstwa publiczno-prywatne - IPPP) (pytania 18 i 19 Zielonej Księgi – rozdział 4 niniejszego komunikatu).

W zakresie powyższych dwóch kwestii zdecydowana większość zainteresowanych podmiotów domagała się inicjatyw WE dających większe bezpieczeństwo prawne. W odrębnych częściach komunikatu przedstawiono odpowiednie działania następcze.

2.2. Dialog konkurencyjny: Komisja przedstawi wyjaśnienie

Jedną z kwestii, która stała się przedmiotem szczególnej uwagi zainteresowanych stron, był dialog konkurencyjny, czyli nowa procedura udzielania zamówień, opracowana z myślą o złożonych zamówieniach publicznych, wprowadzona na mocy dyrektywy 2004/18/WE. Niewiele zainteresowanych stron kwestionowało znaczenie tej procedury. Wielu uczestników konsultacji domagało się całkowitej ochrony własności intelektualnej oraz ograniczenia środków, jakie oferenci muszą zainwestować w tę procedurę.

Komisja jest przekonana, że praktyczne doświadczenie związane z tą procedurą, która nie została jeszcze wdrożona w większości Państw Członkowskich[6], rozwieje te obawy. Zgodnie z żądaniem kilku zainteresowanych stron, wyjaśnienia przepisów regulujących dialog konkurencyjny zostaną przedstawione w dokumencie wyjaśniającym, który zostanie udostępniony na stronach internetowych Komisji[7].

2.3. Kwestie, w których na obecnym etapie nie zaproponowano osobnych inicjatyw WE

2.3.1. Brak nowego prawodawstwa obejmującego wszystkie PPP zawarte w drodze umowy.

Wszystkie rodzaje PPP – o ile objęte są zakresem stosowania Traktatu WE – należy sklasyfikować jako zamówienia publiczne lub koncesje. Jednakże, jako że do

---

[6] Państwa Członkowskie muszą wprowadzić w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne, niezbędne do wykonania tej dyrektywy, najpóźniej do dnia 31 stycznia 2006 r.

[7] http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/studies_en.htm

zamówień publicznych i koncesji stosują się odmienne przepisy, w prawie WE nie istnieje jednolita procedura udzielania zamówień, przewidziana szczególnie dla PPP.

W tym kontekście Komisja zwróciła się do zainteresowanych stron z zapytaniem, czy z zadowoleniem przyjęłyby nowe prawodawstwo obejmujące wszystkie PPP zawarte w drodze umowy, niezależnie od tego, czy przedsięwzięcie kwalifikuje się jako zamówienie publiczne lub koncesja, na mocy którego podlegałyby identycznemu reżimowi w zakresie udzielania zamówień (pytanie 7 Zielonej Księgi).

Z konsultacji wynika, że zainteresowane strony w znacznym stopniu sprzeciwiają się systemowi prawnemu obejmującemu wszystkie PPP zawarte w drodze umowy, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienia, czy koncesje. Dlatego też Komisja nie przewiduje objęcia ich takim samym reżimem w zakresie udzielania zamówień.

2.3.2. Brak działań Wspólnoty dotyczących konkretnych aspektów PPP.

W kwestii PPP, przy których inicjatywa pochodzi od sektora prywatnego (pytanie 9 Zielonej Księgi), z przedstawionych uwag nie wynika, jakoby istniała obecnie potrzeba podjęcia działań na szczeblu WE w celu wsparcia takich projektów.

Nie poparto również wspólnotowych inicjatyw wyjaśniających ramy umów PPP na szczeblu wspólnotowym (pytanie 14 Zielonej Księgi), ani inicjatyw wyjaśniających lub dostosowujących zasady dotyczące podwykonawstwa (pytanie 17 Zielonej Księgi).

2.4. Ciąg dalszy debaty na temat PPP na szczeblu WE

Niniejszy Komunikat nie ma jednak na celu zamknięcia debaty na temat PPP i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji. Doświadczenie związane z PPP nieustannie się powiększa. Wszystkie zaangażowane strony, w tym władze krajowe i Komisja nieustannie uczą się na podstawie praktycznych doświadczeń związanych ze stosowaniem prawa WE do takich partnerstw. Proces ten nie powinien przeszkodzić Komisji w podejmowaniu inicjatyw rozwiązania kwestii zauważanych obecnie braków w istniejących ramach prawnych, natomiast dyskusje pomiędzy departamentami Komisji a zainteresowanymi stronami zaangażowanymi w tworzenie PPP powinny być nadal prowadzone na wszystkich szczeblach, a w planowanej ocenie wpływu zostaną podjęte próby uwzględnienia trwającego dialogu[8].

Dyskusje te będą się również nadal toczyć w istniejących komitetach na szczeblu Komisji, w których spotykają się eksperci w dziedzinie zamówień publicznych[9] i przedstawiciele[10] Państw Członkowskich[11], poprzez uczestnictwo w konferencjach

---

8 W tym kontekście należy szczególnie uwzględnić kwestie związane z PPP ustanowionymi w celu wybudowania lub obsługi infrastruktury transgranicznej.

9 Komitet Doradczy ds. ogłaszania zamówień publicznych ustanowiony na mocy decyzji Komisji 87/305/EWG.

10 Komitet Doradczy ds. zamówień publicznych na roboty budowlane ustanowiony na mocy decyzji Rady 71/306/EWG.

11 Zgodnie z ustaleniami dotyczącymi okresu przejściowego, w skład komitetów wchodzą nie tylko przedstawiciele Państw Członkowskich, lecz również obserwatorzy z państw przystępujących (Bułgarii i Rumunii).

na temat PPP i zamówień publicznych oraz dzięki bezpośrednim kontaktom między urzędnikami Komisji a ekspertami PPP. Ponadto wydaje się, że wśród krajowych zespołów zadaniowych do spraw PPP istnieje powszechna zgoda, że rozwój infrastruktury można by jeszcze bardziej poprawić, gdyby sektor publiczny dysponował skuteczniejszymi sposobami dzielenia się doświadczeniem w kwestii polityki dotyczącej PPP, rozwoju programów i realizacji projektów. Zespoły zadaniowe rozważają zatem wspólnie z Europejskim Bankiem Inwestycyjnym możliwość utworzenia europejskiego centrum wiedzy specjalistycznej w zakresie PPP. Komisja, zasadniczo, przyjmie taką inicjatywę z dużym zadowoleniem.

3. KONCESJE

3.1. Informacje ogólne

Główną cechą koncesji jest prawo koncesjonariusza do eksploatacji obiektu budowlanego lub usługi, udzielone w zamian za wzniesienie budowli lub świadczenie usługi. Główną różnicą w porównaniu z zamówieniami publicznymi jest ryzyko nieodłącznie związane z taką eksploatacją, które koncesjonariusz, zazwyczaj finansujący dany projekt przynajmniej w części, musi ponieść. Zaangażowanie prywatnego kapitału uważane jest za jedną z głównych zachęt dla władz publicznych do zawierania PPP. Pomimo praktycznego znaczenia koncesji na roboty budowlane, tylko nieliczne przepisy wtórnego prawodawstwa wspólnotowego koordynują procedury ich udzielania. Normy prawne regulujące udzielanie koncesji na wykonanie usług mają zastosowanie tylko poprzez odniesienie do zasad wynikających z art. 43 i 49 Traktatu WE, w szczególności do zasady przejrzystości, równego traktowania, proporcjonalności i wzajemnego uznawania. W tym kontekście w Zielonej Księdze pojawia się pytanie (pytanie 6), czy, w opinii zainteresowanych stron, inicjatywa prawodawcza Wspólnoty, zmierzająca do uregulowania procedury udzielania koncesji, jest wskazana.

Znaczna większość zainteresowanych stron uczestniczących w konsultacji potwierdziła potrzebę większego bezpieczeństwa prawnego w zakresie wspólnotowych przepisów regulujących udzielanie koncesji. Opinie na temat sposobów zwiększenia bezpieczeństwa prawnego - poprzez prawodawstwo lub niewiążący instrument wyjaśniający - były jednak podzielone.

3.2. Możliwości zapewnienia bezpieczeństwa prawnego

Z konsultacji wynika, że istnieje zapotrzebowanie na stabilne i spójne otoczenie prawne dla udzielania koncesji na szczeblu UE, zwłaszcza, aby obniżyć koszty transakcji (poprzez obniżenia ryzyka prawnego) oraz ogólnie wzmocnić konkurencję. Wiele zainteresowanych stron twierdziło, że rosnące bezpieczeństwo prawne i skuteczna konkurencja w dziedzinie koncesji byłyby praktycznym sposobem promowania PPP, a co za tym idzie zwiększania wkładu, jaki prywatne finansowanie projektów może wnieść w chwili, gdy budżet publiczny jest ograniczony. Zainteresowane podmioty sektora prywatnego podkreśliły w szczególności, że tylko działanie na szczeblu UE może zapewnić takie bezpieczeństwo prawne, pozwalając jednocześnie na uniknięcie problemów, które stwarza różnorodność ustawodawstwa krajowego, zwłaszcza w odniesieniu do nowych Państw Członkowskich, które najbardziej potrzebują finansowania z sektora

prywatnego. Istnieją dwa sposoby, w jaki wymaganie to może zostać spełnione: (1) niewiążące wytyczne, zwłaszcza w formie komunikatu wyjaśniającego oraz (2) prawodawstwo określające obowiązki wynikające z ogólnych przepisów Traktatu WE.

Komunikat wyjaśniający

Komisja przyjęła już (w kwietniu 2000 r.) komunikat wyjaśniający w sprawie koncesji w świetle prawa wspólnotowego, w którym zawarto wyjaśnienie zakresu i treści zasad Traktatu WE mających zastosowanie do udzielania koncesji. Wiele spośród zainteresowanych stron twierdziło, że komunikat wyjaśniający jest szybkim i skutecznym narzędziem wyjaśnienia. Jednakże z uwag przedstawionych przez główne zainteresowane strony w trakcie debaty wynika, że istniejący komunikat wyjaśniający w sprawie koncesji nie przedstawia w wystarczająco jasny sposób wpływu zasad Traktatu WE na udzielanie koncesji. Uwagi kilku istotnych zainteresowanych stron były - niespodziewanie – w dalszym ciągu oparte na założeniu, że istniejące w prawie WE obowiązki nie wymagają, aby udzielanie koncesji było otwarte dla konkurencji, zwłaszcza poprzez umożliwienie wszystkim przedsiębiorstwom wyrażenia zainteresowania otrzymaniem koncesji.

Inne zainteresowane strony uznały, że komunikat wyjaśniający jest doskonałym instrumentem służącym wyraźnemu rozróżnieniu pomiędzy zamówieniami publicznymi a koncesjami.
Jednakże zakres pewności określony w komunikacie wyjaśniającym jest ograniczony, ponieważ wynika ona wyłącznie z istniejącego prawa.
W wielu przypadkach praktycznie nie można interpretacją uzupełnić braku precyzji w prawie. Dlatego też prawdopodobnie – pomimo wniesienia pewnej "wartości dodanej" – uaktualnienie komunikatu wyjaśniającego z kwietnia 2000 r. w sprawie koncesji nie pokryje zapotrzebowania w zakresie większego bezpieczeństwa prawnego.

Inicjatywa legislacyjna

Nieporozumienia dotyczące zakresu i treści obowiązków wynikających z prawa wspólnotowego, spoczywających na instytucjach zamawiających udzielających koncesji, potwierdzają pogląd zainteresowanych stron, że ogólne przepisy Traktatu WE, nawet objaśnione w dokumencie wyjaśniającym Komisji, nie gwarantują wystarczającego bezpieczeństwa prawnego. Uważa się, że przepisy te pozostawiają instytucjom zamawiającym zbyt wiele swobody i dlatego nie mogą zagwarantować równego traktowania przedsiębiorstw europejskich w całej UE. Rzeczywiście zarówno praktyka prawna, jak i piśmiennictwo pokazują, że pomimo wyjaśnień udzielonych przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości[12], wymogi Traktatu WE rozumiane są na różne sposoby. Doniesiono, że stwarza to szczególne trudności oferentom wnoszącym sprawę przeciwko udzielaniu koncesji do rozpatrzenia w sądach krajowych. W sposób oczywisty, sytuacja ta może zniechęcić przedsiębiorstwa do składania ofert związanych z udzieleniem koncesji, może zmniejszyć konkurencję w dziedzinie PPP i w rezultacie zagrozić powodzeniu ich realizacji.

---

[12] Sprawa C-324/98 *Telaustria* [2000] Zb. Orz. str. I-10475, Sprawa C-231/03 *Coname* [2005] dotychczas niepublikowana w Zb. Orz.

Ujmując ogólniej, trudno jest zrozumieć, dlaczego koncesje na świadczenie usług, stosowane często przy złożonych projektach o dużej wartości są zupełnie wyłączone z prawodawstwa wtórnego WE. W trakcie konsultacji w sprawie Zielonej Księgi przedstawiono pewne argumenty wyjaśniające brak szczegółowych procedur udzielania koncesji na szczeblu WE. Obejmują one potrzebę elastyczności, jakoby niezbędnej w dziedzinie udzielania koncesji, oraz zasadę pomocniczości. Powyższe argumenty przeciwko wiążącej inicjatywie Komisji w tym obszarze są jednak nieprzekonujące: przyjęcie prawodawstwa wspólnotowego dotyczącego udzielania koncesji nie oznacza, że władze publiczne nie będą miały elastyczności w wyborze partnera prywatnego do PPP. Inicjatywa prawodawcza w zakresie udzielania koncesji powinna uwzględniać ewentualną złożoność koncesji oraz potrzebę negocjacji pomiędzy organem zamawiającym a oferentami. W tym kontekście trudno zrozumieć, dlaczego określenie zasad mających zastosowanie do udzielania koncesji miałoby być samo w sobie niepotrzebnym ograniczaniem elastyczności organów zamawiających w trakcie udzielania koncesji na świadczenie usług. Podobnie, szczegółowa treść takiej inicjatywy powinna przesądzać, czy jest ona zgodna z zasadą pomocniczości, czy też stanowi jej naruszenie. Nie ma powodu sądzić, że sama w sobie inicjatywa ta nie jest zgodna z tą zasadą.

Po dokładnym rozpatrzeniu wszystkich argumentów oraz informacji dotyczących stanu faktycznego, przedstawionych w trakcie konsultacji dotyczących Zielonej Księgi w sprawie PPP, obecnie wydaje się, że inicjatywa legislacyjna jest lepszą opcją, jeśli chodzi o koncesje. Jednakże, jak wspomniano powyżej, formalne przedstawienie projektu prawodawstwa powinno być poprzedzone dalszą dogłębną analizą przeprowadzoną zgodnie z zasadami „lepszego stanowienia prawa", aby (1) określić, czy rzeczywiście inicjatywa Wspólnoty dotycząca uregulowania procedur udzielania koncesji jest potrzebna i jeśli tak, (2) stworzyć taką inicjatywę oraz (3) lepiej zrozumieć jej potencjalny wpływ.

3.3. Treść ewentualnej inicjatywy Wspólnoty w zakresie koncesji

Jak wyjaśniono powyżej, ogólne przepisy wynikające z Traktatu WE mogą wymagać jasnego wyrażenia przy pomocy prawodawstwa wspólnotowego dotyczącego udzielania koncesji. Prawodawstwo to powinno obejmować zarówno koncesje na roboty budowlane, jak i na świadczenie usług oraz wyraźnie określać koncesje i zamówienia publiczne. Wymagałoby ono właściwego ogłaszania zamiaru udzielenia koncesji oraz określenia zasad regulujących wybór koncesjonariuszy na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów. Bardziej ogólnie ujmując, celem tych zasad powinno być zastosowanie zasady równego traktowania wszystkich uczestników w udzielaniu koncesji. Ponadto inicjatywa ta mogłaby uwzględniać problemy związane z długim okresem trwania koncesji, tj. potrzebę dostosowywania ich w czasie, jak również kwestie dotyczące PPP ustanowionych w celu wybudowania i obsługi infrastruktury transgranicznej.

Jedną z konsekwencji ustanowienia prawodawstwa dotyczącego koncesji byłaby znaczna poprawa jakości ochrony oferentów w większości Państw Członkowskich, ponieważ koncesje, z chwilą objęcia ich wspólnotowym prawodawstwem wtórnym weszłyby w zakres stosowania dyrektyw Wspólnoty dotyczących procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych, co zapewnia skuteczniejsze i bardziej adekwatne środki ochrony prawnej niż podstawowe zasady ochrony sądowej stworzone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

Na obecnym etapie nie można określić szczegółów dotyczących treści ewentualnej inicjatywy wspólnotowej w zakresie koncesji. Istnienie i forma tych przepisów zależy od dalszych badań, jakie Wspólnota musi podjąć w trakcie całkowitej oceny wpływu. Dlatego też jest jeszcze zbyt wcześnie na wyrażanie opinii o ogólnym zakresie tych zasad, w tym o określeniu wartości progowej, powyżej których zasady te miałyby zastosowanie. W każdym razie inicjatywa taka nie będzie miała na celu zmiany istniejących regulacji wspólnotowych odnoszących się do poszczególnych sektorów, obejmującego udzielanie koncesji w danych sektorach.

4. ZINSTYTUCJONALIZOWANE PPP

4.1. Podejście preferowane

W konsultacjach publicznych dotyczących Zielonej Księgi w sprawie PPP wyrażono potrzebę wyjaśnienia, w jaki sposób wspólnotowe zasady odnoszące się do zamówień publicznych mają zastosowanie do tworzenia wspólnych przedsięwzięć partnerów publicznych i prywatnych w celu świadczenia usług publicznych (zinstytucjonalizowane PPP - IPPP). Niektóre zainteresowane strony stwierdziły, że wyjaśnienie takie jest potrzebne w trybie pilnym. Doniesiono, że władze publiczne unikają zawierania IPPP, które są rozwiązaniem innowacyjnym, aby uniknąć ryzyka ustanawiania IPPP, które mogłoby się później okazać niezgodnie z prawem WE. Tylko kilka spośród zainteresowanych stron twierdziło jednak, że bezpieczeństwo prawne w tej dziedzinie należy zapewnić poprzez wiążący instrument prawny.

Obecnie wydaje się, że w obszarze IPPP komunikat wyjaśniający może być najlepszym sposobem zachęcania do skutecznej konkurencji i zapewnienia bezpieczeństwa prawnego. Po pierwsze, w przeciwieństwie do koncesji, brakuje doświadczenia związanego z dokumentem wyjaśniającym, zawierającym wyjaśnienia na temat stosowania zasad zamówień publicznych w odniesieniu do tworzenia IPPP. Ponadto w większości Państw Członkowskich ustanawianie podmiotów publiczno-prawnych w celu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym jest raczej rzeczą nową i innowacyjną. Niewiążąca inicjatywa w tej dziedzinie zapewniłaby wymagane wskazówki bez ograniczania innowacji. Oprócz tego szybka reakcja na zauważone niepewności wydaje się być szczególnie ważna w odniesieniu do IPPP.

Ogólnie ujmując, obecnie komunikat wyjaśniający lepiej spełniałby ten wymóg niż pełnowymiarowe przepisy prawne. Jednakże, jeśli przeprowadzane w przyszłości analizy wykażą, że – tak jak w przypadku koncesji – komunikat wyjaśniający nie wystarcza do zapewnienia właściwego stosowania prawa WE, nadal możliwe jest przyjęcie wniosku legislacyjnego.

4.2. Treść potencjalnego komunikatu wyjaśniającego w sprawie zinstytucjonalizowanych PPP.

Dokument wyjaśniający w sprawie IPPP oraz wspólnotowego prawa zamówień publicznych powinien przede wszystkim wyjaśniać zastosowanie przepisów zamówień publicznych (1) do ustanawiania podmiotów z kapitałem mieszanym, których celem jest świadczenie usług w ogólnym interesie (gospodarczym) oraz (2) uczestnictwo firm prywatnych w istniejących przedsiębiorstwach publicznych

wykonujących takie zadania. W tym kontekście wszelkie komunikaty wydane w przyszłości powinny w szczególności określać sposoby ustanawiania IPPP, gwarantując, że towarzyszące im udzielanie zamówień na wykonanie zadań jest zgodne z prawem WE[13].

W kontekście IPPP, Zielona Księga w sprawie PPP omawia tzw. "stosunki wewnętrzne"[14]. Podkreślono, że zasadniczo prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji ma zastosowanie wówczas, gdy instytucja zamawiająca postanowi powierzyć wykonanie zadania stronie trzeciej, tj. osobie prawnie odrębnej od niego. Według istniejącego orzecznictwa[15] Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, może być inaczej tylko w wypadku, gdy (1) organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów, oraz, (2) jednocześnie, osoba ta wykonuje istotną część działalności organu, wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami. W wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie Stadt Halle16 Europejski Trybunał Sprawiedliwości uzupełnił tę definicję „relacji wewnętrznych" stwierdzając, że procedury zamówień publicznych określone w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych muszą - jeśli spełnione są inne warunki ich zastosowania – zawsze być zastosowane w przypadku, gdy organ zamawiający zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym z przedsiębiorstwem prawnie odrębnym od niego, w kapitale którego ma udział wraz z przynajmniej jednym przedsiębiorstwem prywatnym.

W szczególności zainteresowane strony z sektora publicznego, w tym rządy Państw Członkowskich wezwały do rozszerzenia koncepcji "stosunków wewnętrznych", którą ich zdaniem Trybunał interpretuje zbyt wąsko. Jednakże nie wydaje się, aby obecnie istniały niezbite dowody sugerujące, że jakość usług publicznych mogłaby ulec poprawie lub ceny mogłyby zostać obniżone, jeśli przedsiębiorstwa prywatne – poprzez IPPP – będą otrzymywać misje świadczenia usług publicznych bez uprzedniej konkurencyjnej procedury udzielania zamówień. Ponadto trudno jest dostrzec, w jaki sposób uprzywilejowane traktowanie IPPP w stosunku do ich prywatnych konkurentów mogłoby być zgodne z obowiązkiem równego traktowania wynikającym z Traktatu WE.

Uwagi do Zielonej Księgi w sprawie PPP oraz dyskusje z zainteresowanymi stronami w ramach konsultacji publicznych, jak również doświadczenia w ramach postępowań prowadzonych na mocy art. 226 Traktatu WE wykazały, że wyjaśnienie jest potrzebne również w celu stwierdzenia, w jakim zakresie prawo wspólnotowe ma zastosowanie do powierzania wykonania zadań podmiotom publicznym oraz które formy współpracy pozostają poza zakresem przepisów dotyczących rynku wewnętrznego. Ostatnio Europejski Trybunał Sprawiedliwości[17] wyjaśnił, że relacje pomiędzy jednostkami administracji publicznej, ich jednostkami organizacyjnymi publicznymi oraz w sposób bardziej ogólny, podmiotami prawa publicznego o

---

13 W komunikacie takim powinny znajdować się w szczególności kwestie określone w ust. od 58 do 69 Zielonej Księgi w sprawie PPP.

14 Ustęp 63 Zielonej Księgi w sprawie PPP.

15 Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal* [1999] Zb.Orz. str. I-08121, ust. 50.

16 Sprawa C-26/03 [2005], ust. 52, dotychczas niepublikowana w Zb. Orz.

17 Wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii* [2005], dotychczas nie opublikowany w Zb. Orz.

charakterze niekomercyjnym nie mogą być z góry wyłączone z prawa zamówień publicznych. Oczywiście dalsze wyjaśnienie tej kwestii może stanowić część komunikatu wyjaśniającego w sprawie IPPP.

5. KOLEJNE DZIAŁANIA

Należy przeprowadzić dalszą analizę w zakresie działań omówionych w niniejszym komunikacie, zwłaszcza instrumentów legislacyjnych dotyczących koncesji oraz dokumentu wyjaśniającego w sprawie IPPP. Częścią tych działań będzie prowadzenie ukierunkowanych konsultacji z zainteresowanymi stronami.

Przewidziano przygotowanie dokumentu wyjaśniającego w sprawie IPPP w ciągu 2006 r.

W 2006 r. służby Komisji przeprowadzą również dogłębną analizę wpływu ewentualnej inicjatywy legislacyjnej na koncesje. Ostateczna decyzja dotycząca zastosowania tego środka oraz jej konkretnej formy zależą od wyników oceny wpływu.