

PARTNERSTWO PUBLICZNO–PRYWATNE¹

MACIEJ PERKOWSKI

Termin „partnerstwo publiczno–prywatne” (lub „międzysektorowe”) w ostatnich latach na dobre zadomowił się w polskiej teorii i praktyce gospodarczej. Przywoływany jest na ogół w odniesieniu do rozwoju i współpracy lokalnej, regionalnej, krajowej czy nawet międzynarodowej. Zauważalna jest tu zbieżność z akcesją Polski do Unii Europejskiej. Wydaje się, że „języczkiem u wagi” okazał się tu realizowany od dawna transgraniczny przepływ doświadczeń w zakresie współpracy międzysektorowej². Najbardziej efektywna, a przez to atrakcyjna politycznie wydawała się formuła partnerstwa publiczno–prywatnego. Nic zatem dziwnego, że od niej rozpoczęto implementację europejskich standardów współpracy międzysektorowej, a stosowna prawna regulacja pojawiła się w rok po wejściu Polski do Unii Europejskiej³. Trzeba jednak zaznaczyć, że pewne formy współpracy pomiędzy sektorem publicznym (w tym również jednostkami samorządu terytorialnego) a sektorem prywatnym (przedsiębiorcami) pojawiły się wraz ze zmianami ustrojowymi po 1989 roku. Podmioty sektora publicznego podejmowały współpracę z podmiotami sektora prywatnego w celu wspólnej realizacji określonego celu oraz na zasadach określonych w umowach cywilnoprawnych opartych o zasadę swobody zawierania umów na podstawie art. 353 kodeksu cywilnego. Współpraca ta na ogół przyjmowała formę najprostszycy umów zlecenia lub umów o dzieło, gdzie podmiot publiczny angażował pojedynczą osobę do wykonania określonego dzieła lub usługi. Z drugiej strony pojawiały się przedsięwzięcia polegające na współpracy międzysektorowej przy realizacji dużych inwestycji, np.:

- budowy, modernizacji lub remontów dróg, infrastruktury sieciowej i budynków,
- usług oczyszczania gminy,

1 Wybór zagadnienia do Księgi nie jest przypadkowy. W relacjach z Jubilatem zawsze czułem się swobodnie, choć nigdy nie dochodziło do fraternizacji. Profesor zawsze traktuje rozmówców partnersko, niezależnie od obiektywnego dystansu formalnego i merytorycznego. Stąd właśnie Partnerstwo. Problemem było „publiczno–prywatne”. Profesor nie jest entuzjastą mód i nadmiernie forsowanych nowinek koncepcyjnych o niejasnej naturze. Miałem więc dylemat. Udało mi się jednak wyjść z impasu dzięki jednemu z wielu przymiotów Jubilata. Ma On olbrzymie poczucie humoru, ogromny dystans do przyziemnych detali, a bon moty Jego autorstwa to drugie z mistrzostw Profesora – zaraz za merytoryką. Zatem „Partnerstwo publiczno–prywatne” ofiarowuję Jubilatowi z prośbą o przyjęcie mojego przyczynku, a kontynuację jego Dzieła.

2 Zob., *Public–private partnership. Cross–border flow of experience*, ed. by M. Perkowski, Suwałki 2005.

3 Pierwsza regulacja partnerstwa publiczno–prywatnego została zawarta w Ustawie z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym (Dz.U. z 2006 r. nr 169, poz. 1420 oraz z 2008 r. nr 171, poz. 1058).

- lokalnych usług transportowych,
- dostaw materiałów biurowych, sprzętu komputerowego i oprogramowania.

Zastanawiająca i symptomatyczna – jak się wydaje – jest swoista polaryzacja skali niegdysiejszej współpracy międzysektorowej. Innymi słowy, pomiędzy liczną grupą przejawów „drobnego współdziałania” a odpowiednio znaczącym zbiorem „przedsięwzięć dużych” rysowała się nieomal próżnia. Stanowiła ona nie lada wyzwanie dla ustawodawcy. Ten zaś – szukając sposobu wyjścia z impasu – doszedł do wniosku, że problem wynika z braku precyzyjnej regulacji. Istotnie – przed uregulowaniem partnerstwa publiczno–prywatnego strony dowolnie (oczywiście w granicach obowiązującego prawa) określały cel umowy oraz jej zakres i czas obowiązywania. Wszystkie te formy współpracy opierały się na przepisach zawartych w kodeksie cywilnym zgodnie ze wskazaną już zasadą swobody zawierania umów. Pojawienie się ustawy i rozporządzeń regulujących PPP wydawało się trwale przesunąć akcent z cywilnoprawnej swobody umów na rzecz sformatowanej współpracy publiczno–prywatnej. Tak jednak się nie stało. Praktyka odrzuciła regulację. Co więcej, sektory publiczny i prywatny – opierając się na możliwości działania w zakresie nieuregulowanym w ustawie – korzystały wciąż z zasady swobody umów zawartej w kodeksie cywilnym. Padały nawet opinie, że zamiast ustawowo formatować PPP należało postawić na jego promocję i upowszechnienie jako rodzaju tzw. umowy nienazwanej, a w przypadku powodzenia i rzeczywistej introdukcji na grunt praktyki – wprowadzić stosowne uszczegółowienie do kodeksu cywilnego⁴. Ustawodawca dokonał na przełomie lat 2008–2009 nowelizacji ustawy o partnerstwie publiczno–prywatnym⁵. Rekonstrukcji towarzyszą wyrażane publicznie nadzieje władz państwowych i wielu innych środowisk na urzeczywistnienie partnerstwa międzysektorowego w Polsce. Choć nowa regulacja wygląda obiecująco, za wcześnie jest na miarodajne analizy. Optymistycznie należy wierzyć, że nadzieje nie przemienią się w rozczarowanie i rządowa koncepcja ożywienia PPP poprzez rekonstrukcję ustawową zadziała. Może być jednak i tak, że praktyka nie wyjdzie poza przedsięwzięcia, w które rząd zaangażuje się w stopniu nadzwyczajnym. Mając na względzie oba scenariusze, a może i jeszcze inne, warto docenić mało efektywną, a za to prawdziwą, cywilnoprawną formułę partnerstwa.

4 Analogicznie jak w przypadku leasingu. Pogląd M. Perkowskiego uformowany w opracowaniach: *Efektywność ochrony środowiska a partnerstwo publiczno–prywatne w Unii Europejskiej*, „Prawo i Środowisko” 2004, nr 3; *Między panem, wójtem i... NGOs; Partnerstwo publiczno–prywatne w warunkach Unii Europejskiej*, „Administracja Publiczna. Studia krajowe i międzynarodowe” 2004, nr 2; *Partnerstwo publiczno–prywatne w pytaniach i odpowiedziach*, (w:) „Administracja Publiczna. Studia krajowe i międzynarodowe” 2006, nr 1, s. 87 i n.; *Formowanie publiczna–częstnawa partnerstwa w Polsce. Prawowe aspekty*, (w:) *Rol miastnawa samouprawienija dla miastnawa razwicia*, red. M. Perkowski, Białystok 2006, s. 179 i n.; *Partnerstwo publiczno–prywatne w ujęciu międzynarodowym. Natura koncepcji oraz Partnerstwo publiczno–prywatne w ujęciu strategicznym*, (w:) *Partnerstwo publiczno–prywatne. Zagadnienia teorii i praktyki*, pod red. M. Perkowskiego, Białystok 2007.

5 Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym (Dz.U. z 2009 r. nr 19, poz. 100).

W przypadku rozwoju praktyki „ustawowej” partnerstwo cywilnoprawne będzie jej dopełnieniem, a przy jej ewentualnej stagnacji pozostanie obszarem faktycznego rozwoju partnerstw międzysektorowych. Co więcej – właściwie w każdym przypadku partnerstwo międzysektorowe opiera się o umowę. Gdy ta jest jedynie pewną formalnością, strony właściwie nie uzmysławiają sobie swej relacji inaczej niż administracyjnie. Gdy jednak dojdzie do ewentualnych sporów – a w przypadku ich eskalacji do rozstrzygnięcia sądowego – strony chcąc nie chcąc, uzmysłowią sobie cywilnoprawny wymiar swojej relacji. Mając to na względzie, należy wiele uwagi i pracy poświęcać właśnie umowie jako podstawie partnerstwa, bez względu na jego nomenklaturę.⁶

Partnerstwo publiczno–prywatne (PPP) stanowi rodzaj współpracy między sektorem publicznym i prywatnym w celu realizacji inwestycji lub świadczenia usług tradycyjnie zmonopolizowanych przez sektor publiczny.⁷ Podstawę prawną partnerstwa publiczno–prywatnego w Polsce stanowi wspomniana wyżej ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym⁸ oraz ustawy nią zmienione. Ponadto kluczowe znaczenie mają tu: ustawa z dnia 9 stycznia o koncesjach na roboty budowlane lub usługi⁹, Prawo zamówień publicznych (p.z.p.), a także przywoływany już kodeks cywilny.

Przedmiotem partnerstwa publiczno–prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Planowane przedsięwzięcie może objąć:

- a) budowę lub remont obiektu budowlanego,
- b) świadczenie usług,
- c) wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenie podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub
- d) inne świadczenie – połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno–prywatnego lub jest z nim związany.

Punktem wyjścia w PPP jest na ogół postępowanie przetargowe. Podmiot publiczny, po zamieszczeniu ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, dodatkowo zamieszcza w Biuletynie Informacji Publicznej informację o planowanym partnerstwie pub-

6 Szerzej na ten temat, (w:) M. Perkowski, T. Sołomianko, Partnerstwo cywilnoprawne jako pierwowzór partnerstwa międzysektorowego, (w:) Partnerstwo międzysektorowe. Możliwości, zasady, realizacja, pod red. M. Perkowskiego, Białystok 2009, s. 33 i n.

7 M. Perkowski, Wprowadzenie, (w:) Partnerstwo publiczno–prywatne. Zagadnienia teorii i praktyki, pod red. *idem* (z wprowadzeniem C. Kosikowskiego), Białystok 2007, s. 8.

8 Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100.

9 Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101.

liczno–prywatnym. Wybiera ofertę, która przedstawią najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Kryteriami oceny ofert są ustawowo: podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym oraz terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane. Fakultatywnie kryteriami oceny ofert mogą być także: podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym; stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego; efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych oraz kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania, serwis. Wyjątkiem swoistym jest sytuacja, gdy wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno–prywatnego albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej (wówczas wyboru partnera prywatnego dokonuje się stosując przepisy ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi, z uwzględnieniem przepisów ustawy o PPP). W pozostałym zakresie wyboru partnera prywatnego dokonuje się, stosując przepisy prawa zamówień publicznych, także z uwzględnieniem przepisów ustawy o PPP.

Należy zaznaczyć, że partner prywatny może wyjść z inicjatywą realizacji projektu, jednak formalny tryb uruchamia podmiot publiczny. Dla przejrzystości rozwiązań partnerzy prywatni powinni zgłaszane koncepcje przedsięwzięć zabezpieczać, np. prawami autorskimi, informując o tym wyraźnie, co wydaje się ograniczać ryzyko mimowolnego wykorzystania zgłaszanej koncepcji partnera prywatnego w PPP bez jego udziału.

Co do form organizacyjnych zainicjowanego już PPP – jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym. Wedle tej ostatniej regulacji „umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo–akcyjną”, przy czym „podmiot publiczny nie może być komplementariuszem”. Oczywiście cel i przedmiot działalności spółki nie mogą wykraczać poza zakres określony umową o partnerstwie publiczno–prywatnym, z zastrzeżeniem reguły, wedle której „prawa z należących do Skarbu Państwa udziałów lub akcji w spółce wykonuje organ administracji rządowej, który zawiązał spółkę jako podmiot publiczny”. W szczególności posiada kompetencję do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Powstaje problem – na ile specustawa (o PPP) wprowadza preferencję spółki PPP względem spółki utworzonej na podstawie prawa handlowego? Wyraźnego wskazania ustawodawca nie przedstawił, a domniemywać można dwojako: z jed-

nej strony *lex specialis derogat legi generali*, a z drugiej wolność gospodarcza. Wydaje się, że klucz stanowi tutaj kwestia umowy o PPP. Wedle ustawy o ppp – właśnie umowa o PPP stanowi warunek wstępny utworzenia spółki PPP. Z kolei przymusu umowy nie można domniemywać. Zatem jeśli podmiot publiczny i podmiot prywatny nie zdecydują się na zawarcie umowy PPP, lecz postanowią utworzyć spółkę kapitałową prawa handlowego, domniemanie obowiązywania ustawy o PPP wobec tej spółki wydaje się nieuprawnione. Nie można jednak wykluczyć odmiennych interpretacji ze strony rozmaitych organów kontroli itp. W takiej sytuacji wskazana jest prewencja, np. w formie konsultowania tychże organów we wskazanej kwestii. Nowa koncepcja jest więc szansą z domieszką wątpliwości i ryzyka. Dla biznesu to „chleb powszedni”, dla administracji zaś to problem, którego stara się unikać. W tej i innych wątpliwych kwestiach PPP prawo powinno być ustabilizowane.

Co do aspektów przedmiotowych – przez umowę o partnerstwie publiczno–prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Wielość potencjalnych wariantów jawi się tu aż nadto zbyt widocznie. Wniesienie wkładu własnego do przedsięwzięcia PPP w postaci składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy. Jednocześnie godne podkreślenia jest, że „jeżeli składnik majątkowy wniesiony przez podmiot publiczny jest wykorzystywany przez partnera prywatnego w sposób oczywiście sprzeczny z jego przeznaczeniem określonym w umowie o partnerstwie publiczno–prywatnym, partner prywatny jest zobowiązany przekazać ten składnik podmiotowi publicznemu na zasadach określonych w umowie o partnerstwie publiczno–prywatnym”. Ustawa wyjaśnia, że: „jeżeli składnik majątkowy podmiotu publicznego stanowił wkład niepieniężny do spółki, jego przekazania w razie wykorzystania niezgodnie z przeznaczeniem dokonuje się na zasadach określonych w umowie lub statucie spółki”. Z drugiej strony: „jeżeli składnik majątkowy był własnością partnera prywatnego, partnerowi prywatnemu przysługuje zwrot wartości składnika majątkowego według stanu z chwili przekazania. W innym przypadku, partner prywatny może żądać zwrotu nakładów koniecznych o tyle, o ile nie mają pokrycia w korzyściach, które uzyskał ze składnika majątkowego. Zwrotu innych nakładów może żądać o tyle, o ile zwiększają wartość składnika w chwili przekazania podmiotowi publicznemu. Jednakże gdy nakłady zostały dokonane po chwili, w której podmiot publiczny na piśmie zażądał przekazania lub dowiedział się o wytoczeniu przeciwko niemu powództwa o przekazanie, może on żądać zwrotu jedynie nakładów koniecznych”.

Abstrahując od „rozliczeniowych” aspektów umów PPP, kluczowe wydaje się tu podejście prewencyjne. Gwarancją skutecznego partnerstwa jest bowiem to wszystko, co nadaje im charakter „partnerski”. W literaturze nie ma opracowanej jednej definicji partnerstwa. Związane jest to z wieloaspektowością i różnorodnością form partnerskiej współpracy. Możliwe jest podjęcie próby zdefiniowania tego pojęcia na podstawie cech charakterystycznych dla różnych form jego funkcjonowania. Przyjmijmy, że partnerstwo to współpraca pomiędzy różnorodnymi podmiotami, które wspólnie w sposób systematyczny, trwały i z wykorzystaniem innowacyjnych metod oraz środków planują, projektują, wdrażają i realizują określone działania i inicjatywy, których celem jest rozwój społeczno–gospodarczy. Pamiętajmy też, że partnerstwo, oprócz wspólnie ustalonego celu, potrzebuje również podstawowych zasad, na których opierać się będą jego działania. Zasady te powinny zostać wypracowane w ramach procesu budowania współpracy partnerskiej i zaakceptowane przez wszystkich partnerów.¹⁰ Każdorazowo jednak nie może weń zabraknąć trzech podstawowych zasad, stanowiących nieodłączny element partnerstwa pomiędzy podmiotami pochodzącymi z różnych sektorów. Są nimi: jednakowe prawa, przejrzystość i obopólne korzyści.¹¹ Co oznaczają jednakowe prawa w relacjach, w których istnieją duże różnice, jeśli idzie o posiadaną władzę, zasoby lub wpływy? Wszak jednakowe prawa to nie to samo co równość. Pojęcie „jednakowe prawa” oznacza, że każdy z partnerów ma równe prawo zająć „miejsce przy stole” oraz że każdy rodzaj wkładu we wspólne działania jest ważny. Przejrzystość, a zatem otwartość i uczciwość w funkcjonowaniu partnerstwa są niezbędne, aby budzić zaufanie. Przejrzystość w działaniu uwiarygodni partnerstwo w oczach darczyńców i innych zainteresowanych. Jeśli każdy z partnerów ma coś wnieść do partnerstwa, każdy z nich powinien również odnosić z tego tytułu jakieś korzyści. „Zdrowe” partnerstwo, oprócz wspólnych korzyści dla wszystkich partnerów, powinno umożliwiać również poszczególnym partnerom odnoszenie indywidualnych korzyści, bo tylko w ten sposób można utrzymać zaangażowanie partnerów, a co za tym idzie trwałość współpracy¹².

Wskazane wyżej zasady również nawiązują do kanonów cywilistyki. W stosunkach cywilnoprawnych partnerzy zachowują równość. Przejrzystość stosunku prawnego jest również jedną z zasad zawierania umów, a obopólne korzyści stanowią podstawowy cel zawierania umów cywilnoprawnych. Zgodnie z przyjętą definicją partnerstwa współpraca międzysektorowa zaangażowanych weń podmiotów ma odbywać się w sposób systematyczny i trwały. Odnosząc się w tym aspekcie do umów cywilnoprawnych zawieranych pomiędzy sektorem publicz-

10 R. Tennyson, *Poradnik partnerstwa*, The International Business Leaders Forum (IBLF) and the Global Alliance for Improved Nutrition (GAIN) 2003, p. 11.

11 B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno–prywatne: nowa forma realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2009, s. 48.

12 *Ibidem*

nym a sektorem prywatnym, wydaje się, że tylko umowy długofalowe lub umowy podpisane po raz kolejny z tym samym podmiotem noszą znamiona trwałego partnerstwa. Należą do nich przeważnie umowy zawierane w związku z dużymi inwestycjami, których realizacja zabiera znaczną ilość czasu¹³ lub umowy związane z permanentną realizacją jednolitego zakresu usług.

Biorąc pod uwagę współpracę sektora publicznego z prywatnym, można wyróżnić następujące formy umowne realizacji inwestycji:

Kontrakty na wykonawstwo (podwykonawstwo) oraz nadzór techniczny są zawierane między sektorem publicznym a podmiotami prywatnymi na wykonanie określonego zakresu prac projektowo–budowlanych, wykończeniowych, dostaw urządzeń oraz zadań wynikających z obowiązku projektowego i budowlanego. Podmioty reprezentujące sektor prywatny nie angażują swojego kapitału, wykonują jedynie zlecone przez sektor publiczny prace wykonawcze. W umowie zawartej z sektorem publicznym o wykonawstwo danej inwestycji ryzyko sektora prywatnego jest ograniczone do ryzyka zapłaty za wykonane prace.

Kontrakty na świadczenie usług są zawierane między sektorem publicznym a podmiotami prywatnymi na ściśle określone usługi w imieniu władz publicznych. Spółki prywatne nie angażują swojego kapitału, wykonują usługi infrastrukturalne na rzecz społeczeństwa w imieniu władz publicznych. Za ich wykonanie otrzymują zapłatę z sektora publicznego. W przypadku, gdy świadczone usługi mają charakter odpłatny, korzystający z usług rozliczają się z sektorem publicznym.

Kontrakty na zarządzanie (*O&M Contracts—operations and Maintenance contracts*) zwane kontraktami menedżerskimi, podmioty prywatne ponoszą odpowiedzialność za eksploatację i utrzymanie publicznego systemu infrastruktury lub określonego urzędnika na mocy umów zawartych z sektorem publicznym. Za wykonaną pracę zarządcy prywatni otrzymują zapłatę z sektora publicznego, która najczęściej odzwierciedla uzyskane wyniki mierzone w miernikach fizycznych 9p. ilość przetworzonej wody w oczyszczalniach ścieków lub standardy jakości wody określone w przepisach o ochronie środowiska. Często również podmioty prywatne ponoszą koszty ryzyka odpowiedzialności prawnej związanej z niedotrzymaniem norm ilościowych i jakościowych. Podobnie jak w przypadku kontraktów na świadczenie usług korzystający z usług odpłatnych rozliczają się z sektorem publicznym. Kontrakty na zarządzanie są zawierane na szczeblu władz lokalnych na okres nieprzekraczający 10 lat (zwykle 3–5) i obejmują świadczenie usług dla społeczności lokalnej. Ich celem jest głównie usprawnienie działalności eksploatacyjnej i usługowej w zakresie infrastruktury gospodarczej. Z uwagi na ograniczone możliwości zwiększenia opłat i zmniejszenia kosztów osobowych kontrakty te są mniej podatne na wpływy polityczne niż inne formy udziału podmiotów prywat-

13 R. Tennyson, *Poradnik partnerstwa...*, op. cit., s. 76.

nych. Odpowiedzialność prywatnych zarządców sprowadza się do użytkowania istniejących urządzeń i obiektów w sposób gwarantujący odpowiednią wydajność i zapewniając ich odpowiedni stan techniczny, natomiast rozwój infrastruktury i związane z tym nakłady nadal pozostają w gestii sektora publicznego. Kontrakty na wykonawstwo, nadzór techniczny, świadczenie usług oraz kontrakty menedżerskie nie wiążą się z zaangażowaniem kapitałowym sektora prywatnego. Mają charakter umów zleceń lub umów o dzieło.

Kolejne omówione formy zaangażowania podmiotów prywatnych we współpracę z sektorem publicznym są natomiast związane z czasowym lub nieokreślonym pod względem czasu włączeniem kapitału prywatnego w realizację zadań administracji publicznej:

Umowy leasingowe są zawierane między władzami publicznymi a podmiotami prywatnymi. Na ich mocy podmioty publiczne udostępniają podmiotom prywatnym urządzenia infrastrukturalne do czasu użytkowania (na czas trwania umowy) za odpłatnością, uwzględniając część wartości użytkowanych urządzeń. Umowy leasingowe są zawierane często wraz z kontraktami na zarządzanie lub kontraktami koncesyjnymi. W przypadku kontraktów na zarządzanie, z uwagi na kilkuletni okres ich trwania, umowy leasingowe dotyczą leasingu operacyjnego. W przypadku koncesji umowa leasingowa najczęściej ma formę leasingu finansowego. Kontrakty leasingowe w odniesieniu do infrastruktury gospodarczej są często zawierane w krajach przechodzących transformację ustrojową. Przykładem może być Praga, gdzie władze miejskie postanowiły przekazać w leasing na 30 lat wodociągi miejskie spółce, w której miasto ma 100% udziałów. Leasingobiorca zawarł z kolei umowę ze spółką operatorską, która uzyskała długoterminowy kredyt inwestycyjny na przeprowadzenie modernizacji sieci wodociągowej.¹⁴

Osobną formułą są **koncesje** – najpopularniejsza chyba forma włączenia sektora prywatnego w finansowanie infrastruktury gospodarczej. Przyznawane są najczęściej w drodze publicznego przetargu, co powinno zagwarantować możliwość wyboru wśród konkurujących ze sobą podmiotów z sektora prywatnego optymalnego rozwiązania pod względem ceny i efektów dla społeczeństwa. Koncesje przybierają różne formy, a ich istota polega na wydawaniu przez władze publiczne zezwoleń na inwestowanie i eksploatowanie urządzeń lub całych systemów infrastrukturalnych, zazwyczaj przy zachowaniu przez sektor publiczny prawa do regulowania cen w ustalonym zakresie, najczęściej 20–30 lat. W czasie trwania koncesji koncesjonariusz prowadzi proces inwestycyjny i eksploatację urządzeń we własnym imieniu i na własne ryzyko. Jako najważniejsze cechy umowy koncesyjnej można wymienić:

14 T. Kuczborski, M. Stańczuk, Jak zdobyć pieniądze, „Rzeczpospolita” 1999, nr 142, s. B3, za: M. Wenclik, Sfera publiczna i prywatna – interakcje, (w:) Partnerstwo publiczno–prywatne. Zagadnienia..., *op. cit.*, s. 30 (podobnie).

- przeniesienie odpowiedzialności za prowadzenie procesu inwestycyjnego na sektor prywatny,
- przekazanie eksploatacji usług infrastrukturalnych podmiotom prywatnym, przeniesienie ryzyka technicznego, ryzyka operacyjnego i ryzyka rynkowego na sektor prywatny,
- wynagrodzenie podmiotów prywatnych poprzez opłaty wnoszone bezpośrednio przez użytkowników tych usług.

Na czas trwania koncesji przyznane jest sektorowi prywatnemu prawo do własności aktywów na czas trwania koncesji. Władze publiczne uzgadniają z koncesjonariuszem rodzaj i wielkość przyszłych aktywów oraz rodzaje usług. Podmiot prywatny jest dostawcą usług dla konsumentów i wchodzi z nimi w bezpośrednie relacje. To podmiot prywatny ponosi pełną odpowiedzialność za poziom i jakość dostarczanych usług. W trakcie inwestowania dochodzą również inne rodzaje ryzyka, takie jak ryzyko wynikające z wprowadzonych standardów i wskaźników obowiązujących podmiot prywatny w ramach zawartej umowy, a także ryzyko zachowania odpowiedniego poziomu świadczonych usług, za które odpowiedzialny był dotychczas sektor publiczny. Udział kapitału prywatnego w formie koncesji przybiera różne formy.¹⁵ Poniższa tabela przedstawia najczęściej występujące.

Stosowany skrót	Nazwa oryginalna	Tłumaczenie polskie
BOT	Butli–Operate–Transfer	Zbuduj–eksploatuj–przełącz
BOO	Butli–Own–Operate	Zbuduj–przejmij na własność–eksploatuj
BT	Butli–Transfer	Zbuduj–przełącz
BLT	Butli–Leas–Transfer	Zbuduj–weź w leasing–przełącz
CAO	Contract–Add–Operate	Podpisz umowę –uzupełnij–eksploatuj
DOT	Develop–Operate–Transfer	Rozwiń–eksploatuj–przełącz
ROT	Rehabilitate–Operate–Transfer	Odtwórz –eksploatuj–przełącz
ROO	Rehabilitate–Own–Operate	Odtwórz–przejmij na własność–eksploatuj

Od decyzji o sposobie realizacji przedsięwzięcia zależy, czy będzie ono zaliczone do długu podmiotu publicznego. Od dnia 1 stycznia 2011 roku obowiązuje rozporządzenie Ministra Finansów z 23 grudnia 2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym do długu Skarbu Państwa¹⁶, którego § 3 pkt 2 wskazuje, że do kategorii kredytów i pożyczek stanowiących tytuły dłużne zaliczane do państwo-

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Dz.U. Nr 252, poz. 1692.

wego długu publicznego będą zaliczane „umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego”. Wedle rządu – chodzi tu z jednej strony o powstawanie faktycznych zobowiązań finansowych partnera publicznego na rzecz partnera prywatnego, które automatycznie obciążają dług sektora finansów publicznych. Z drugiej strony rząd zalicza tu sytuacje, gdy partner prywatny nie weźmie na siebie ryzyka budowy i co najmniej jednego z ryzyk – dostępności lub popytu. Uprzedzając wszelkie oceny, należy zauważyć, że faktycznie rozwiązanie to nie wprowadziło żadnych zmian do obowiązujących regulacji przedmiotowych i w dalszym ciągu, jeśli partner prywatny przyjmie na siebie ryzyko związane z budową oraz co najmniej jedno z następujących ryzyk: popytu i dostępności, zobowiązania z tytułu umów o partnerstwie publiczno–prywatnym nie będą zaliczane do długu sektora finansów publicznych.¹⁷ Stanowi to konsekwencję implementacji na grunt prawa polskiego *Wytycznych* Eurostatu¹⁸ (reguły dotyczące ujmowania rachunków PPP do celów statystycznych), które ten opracował w obawie przed „kreatywną księgowością” rządów państw członkowskich (z wykorzystaniem PPP do ukrywania swoich wydatków i nowych zobowiązań w bilansie budżetu).

Analizując odpowiedzialność stron w zakresie ponoszonego ryzyka gospodarczego, łatwo można zauważyć, że jest ono jednym z paradygmatów relacji partnerskiej w układzie publiczno–prywatnym. Tym niemniej, by ograniczyć ryzyko publiczne – podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego, na zasadach i w trybie określonym umową o partnerstwie publiczno–prywatnym. Choć ustawa wyraźnie preferuje troskę o ryzyko publiczne, to jednak ryzyko prywatne jest nie mniej prawdopodobne i zapewne bardziej dotkliwe, zwłaszcza że „wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno–prywatnego”. Tym niemniej zakres odpowiedzialności w sposób „lustrzany” wyznacza zakres umownych praw i obowiązków, gdzie partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania, w szczególności kary umowne lub obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki określa umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym.

Kolejne kroki ograniczające ryzyko ustawodawca przewidział na wypadek cesji, sukcesji itp. Na wstępie trzeba podkreślić, że zgody wszystkich współników

17 T. Korczyński, Niepotrzebny strach o PPP, *Obserwatorfinansowy.pl*, na dzień 22.02.2011r.

18 Decyzja Eurostat nr 18/2004 z 11 lutego 2004, STAT/04/18.

albo akcjonariuszy spółki PPP wymaga zbycie lub obciążenie: 1) nieruchomości; 2) przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, zaś podmiotowi publicznemu przysługuje prawo pierwokupu akcji albo udziałów partnera prywatnego w spółce, które może wykonać w ciągu dwóch miesięcy od dnia zawiadomienia go przez partnera prywatnego o treści umowy zawartej z osobą trzecią, chyba że umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym przewiduje dłuższy termin. Z kolei zbycie przez partnera prywatnego akcji albo udziałów z naruszeniem tych reguł jest nieważne.

Z drugiej strony prawo pierwokupu, na warunkach określonych wyżej, przysługuje także ostatniemu partnerowi prywatnemu przez rok od zakończenia czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym, chyba że: w prawomocnym orzeczeniu sądu stwierdzono jego odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania z umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym lub podmiot publiczny zawarł umowę o partnerstwie publiczno–prywatnym z nowym partnerem prywatnym (termin, o którym mowa, nie biegnie, a rozpoczęty ulega zawieszeniu na czas postępowania sądowego w przedmiocie odpowiedzialności za nienależyte wykonanie przez partnera prywatnego zobowiązania z umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym lub postępowania w sprawie wyboru nowego partnera prywatnego).

Przedsięwzięcia gospodarcze, a takim jest PPP, z założenia prowadzą do zysku. Postępowanie z zyskiem wyznacza umowa o PPP i/lub statuty spółek PPP. Po zakończeniu czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym partner prywatny lub spółka przekazuje podmiotowi publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia, w stanie nie pogorszonym, z uwzględnieniem jego zużycia wskutek prawidłowego używania, chyba że umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym stanowi inaczej. Umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym może stanowić, że przekazanie składnika majątkowego nastąpi na rzecz państwowej lub samorządowej osoby prawnej lub spółki handlowej z co najmniej większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa. Roszczenie podmiotu publicznego przeciwko partnerowi prywatnemu lub spółce o przekazanie składnika majątkowego przedawnia się z upływem lat dziesięciu od dnia zakończenia czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym.

W odróżnieniu od poprzedniej regulacji ustawowej¹⁹ obecna nie tylko nie przewiduje jakichś przeszkód w zakresie aplikowania o dotacje z funduszy europejskich, ale wprost przeciwnie – sprzyja temu działaniu. Wreszcie „otwarto” ppp drogę do funduszy europejskich, dokonując w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. Nr 227, poz. 1658 oraz z 2007 r.

19 Por.: T. Dziurbejko, *Koncepcja partnerstwa publiczno–prywatnego na tle doświadczeń we wdrażaniu interwencji funduszy strukturalnych Unii Europejskiej*, (w:) *Partnerstwo publiczno–prywatne. Zagadnienia teorii i praktyki*, pod red. M. Perkowskiego (z wprowadzeniem C. Kosikowskiego), Białystok 2007, s. 114 i n.

Nr 140, poz. 984) zmian w art. 28, obejmujących dodanie ust. 9 w brzmieniu: „9. W ramach programu operacyjnego dofinansowane mogą być także projekty, o których mowa w ust. 1, realizowane w formie partnerstwa publiczno–prywatnego, na podstawie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym”. Ponadto w art. 18. ustawy o PPP, wedle którego sfinansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100 000 000 zł wymaga zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych, zastosowano wyłączenie wobec środków przeznaczonych na finansowanie programów operacyjnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, usprawniając w ten sposób realizację PPP na tle innych formuł.

Ustawodawca wprowadził ograniczenia w zakresie finansowania PPP. Przede wszystkim chodzi tu o regułę, że w budżecie będzie określana łączna kwota, do wysokości której organy administracji rządowej mogą w danym roku zaciągać zobowiązania finansowe z tytułu umów o partnerstwie publiczno–prywatnym. Na tym tle istotnym ograniczeniem dla wielkich inwestycji jest zaś dyspozycja art. 18:

„1. Sfinansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 100 000 000 zł wymaga zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych z wyłączeniem środków przeznaczonych na finansowanie programów operacyjnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. Nr 227, poz. 1658 oraz z 2007 r. Nr 140, poz. 984). Udzielając zgody, minister właściwy do spraw finansów publicznych uwzględnia wpływ planowanych wydatków z budżetu państwa na bezpieczeństwo finansów publicznych.

2. Zgody, o której mowa w ust. 1, udziela się na wniosek podmiotu publicznego zawierający:

- 1) określenie podmiotu publicznego;
- 2) określenie planowanego przedsięwzięcia;
- 3) przewidywaną wysokość środków z budżetu państwa przeznaczonych w poszczególnych okresach budżetowych na realizację przedsięwzięcia.

3. Minister właściwy do spraw finansów publicznych wydaje zgodę albo odmawia wydania zgody w terminie 6 tygodni od dnia otrzymania wniosku. Zgoda i odmowa zgody nie są decyzją administracyjną.

4. Podmiot publiczny może złożyć kolejny wniosek o wydanie zgody, o której mowa w ust. 1, na realizację tego samego przedsięwzięcia w przypadku zmiany danych określonych w ust. 2 pkt 3. Do ponownego wniosku ust. 3 stosuje się”.

Koniecznym należy podkreślić, że ustawodawca zakazuje zmian postanowień zawartej umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było prze-

widzieć w chwili zawarcia umowy. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem tych reguł jest nieważna.

Interesującym, bo złożonym wątkiem ustawowego PPP jest problematyka obrotu nieruchomościami. Należy podkreślić tu znaczenie ustawowych rekonstrukcji wprowadzonych przez ustawę o PPP, której art. 25 stwierdza, że: „w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603 z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 13 ust. 1a otrzymuje brzmienie:

„1a. Nieruchomość może być także przekazywana nieodpłatnie w drodze umowy partnerowi prywatnemu lub spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym, na czas realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno–prywatnego.”;

2) w art. 37 w ust. 2 pkt 11 otrzymuje brzmienie:

„11) jest sprzedawana partnerowi prywatnemu lub spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym, jeżeli sprzedaż stanowi wniesienie wkładu własnego podmiotu publicznego;”;

3) w art. 68a ust. 1–3 otrzymują brzmienie:

„1. Właściwy organ może udzielić za zgodą, odpowiednio wojewody albo rady lub sejmiku, bonifikaty od ceny ustalonej zgodnie z art. 67 ust. 3, jeżeli nieruchomość jest sprzedawana partnerowi prywatnemu lub spółce, o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym, jeżeli sprzedaż stanowi wniesienie wkładu własnego podmiotu publicznego.

2. Sprzedaż nieruchomości na zasadach określonych w ust. 1 następuje z zastrzeżeniem prawa odkupu. Wykonanie prawa odkupu następuje najpóźniej w terminie 6 miesięcy od zakończenia czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym.

3. Z chwilą wykonania prawa odkupu partner prywatny lub spółka, o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym, jest obowiązany przenieść na rzecz podmiotu publicznego własność nieruchomości za zwrotem ceny ustalonej zgodnie z ust. 1 i po uwzględnieniu jej waloryzacji.”;

4) w art. 109 w ust. 3 dodaje się pkt 7 w brzmieniu:

„7) prawo pierwokupu przysługuje partnerowi prywatnemu lub ostatniemu partnerowi prywatnemu w przypadkach, o których mowa w ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym.”

Nieruchomości rolne wchodzące w skład Zasobu Agencji Własności Rolnej Skarbu Państwa „może, w drodze umowy, nieodpłatnie przekazać na własność podmiotom, o których mowa w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym, z wyłączeniem organów administracji rządowej –

w celu przekazania ich jako wkładu podmiotu publicznego na podstawie umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym”.

PPP to sposób na załatanie budżetowych „dziur”, bo pieniądze na inwestycję wykląda sektor prywatny. Samorząd nie musi angażować się w przygotowywanie kolejnych etapów realizacji (opracowania projektowe, wykonanie map, wybór wykonawcy itp). Nie musi też odpowiadać za późniejszą eksploatację powstałych obiektów. Wszystko zależy od rodzaju inwestycji i szczegółów umowy. Ale umowa o partnerstwie publiczno–prywatnym jest skomplikowana i długoterminowa, a to wielu samorządowców odstrasza. Po pierwsze dlatego, że decyzja o zainicjowaniu PPP musi być poprzedzona kosztownymi analizami. To one wykażą, czy inwestycja realizowana w takiej formule przyniesie korzyści większe niż przy tradycyjnych metodach. Nakłady te są więc obciążone sporym ryzykiem. Samorządy (zwłaszcza niewielkie) nie mają też pewności, czy posiadają wystarczające do realizacji przedsięwzięcia zaplecze intelektualne.²⁰

Sektor prywatny powinien być współpracą w ramach PPP zainteresowany. To dla niego szansa zainwestowania ogromnych sum w przedsięwzięcia i usługi, na które popyt z natury rzeczy będzie utrzymywał się na przewidywalnym poziomie przez długi okres. Inwestorzy mogliby też liczyć na określone korzyści fiskalne, na przykład wynikające z ustawowej likwidacji podwójnego opodatkowania. Ale są i ograniczenia. Po pierwsze, sektor prywatny w Polsce nie jest jeszcze tak wydolny finansowo jak choćby w Wielkiej Brytanii. Perspektywa wieloletniego oczekiwania na zwrot kosztów i zyski z inwestycji może potencjalnych partnerów prywatnych odstraszać, podobnie jak konieczność udziału w procedurach konkursowych. Przedsiębiorcy zwracają uwagę, że będą musieli (jak to przy zamówieniach publicznych) konkurować ze sobą głównie ceną. To wymusza rezygnację z nowoczesniejszych, bardziej efektywnych rozwiązań, które by w przyszłości przyczyniły się do większych i szybszych zysków z przedsięwzięcia. Przeszkodą przy wdrażaniu PPP w Polsce mogą być też bariery mentalne. Sektor prywatny przeszkód we współpracy z sektorem publicznym upatruje też w ogromnej biurokratyzacji tego ostatniego. Niestety, także w ustawie o PPP wielu przedsiębiorców i analityków zarzuciło właśnie biurokracizm²¹. Tym niemniej satysfakcją napawa fakt, że nowa regulacja uwzględni choć wybrane postulaty *de lege ferenda* stawiane na kanwie poprzedniej.²²

20 Zob. K. Dziedzic, Co to znaczy partnerstwo publiczno–prywatne i jak się z nim przebić do społecznej świadomości?, (w:) Partnerstwo publiczno–prywatne. Zagadnienia teorii i praktyki, pod red. M. Perkowski (z wprowadzeniem C. Kosikowskiego), Białystok 2007, s. 11 i n.

21 *Ibidem*

22 Por.: M. Perkowski, Partnerstwo publiczno–prywatne w ujęciu strategicznym, (w:) Partnerstwo publiczno–prywatne. Zagadnienia..., *op. cit.*, s. 170 i n.; J. Matwiejuk, Partnerstwo publiczno–prywatne szansą rozwoju wspólnot samorządowych w Polsce, (w:) Partnerstwo publiczno–prywatne. Zagadnienia..., *op. cit.*, s. 128 i n.

Wydaje się, że gdyby ustawodawca (zamiast kolejny raz eksperymentować z ustawą) wypromował PPP jako umowę nienazwaną (jak niegdyś leasing, o czym wspomniano na wstępie), a po jej ewentualnym rozpowszechnieniu się wprowadził do kodeksu cywilnego, paradygmat partnerstwa miałby się zdecydowanie lepiej aniżeli w obecnym stanie rzeczy, który wyraźnie zwraca się ku dużym, silnym podmiotom i takim też przedsięwzięciom. Tymczasem deficyt wymagający wsparcia międzysektorowego wydaje się przeważać zupełnie z przeciwnej strony. Wierząc w „mądrość rynku” można mieć nadzieję, że wskutek promocji rządowej i obserwacji pilotażowych przedsięwzięć „flagowych” PPP w Polsce wkroczy w etap progresji. Pewne wątpliwości powstają jednak w związku z pracami Unii Europejskiej.

Warto podkreślić, że choć regulacja partnerstwa publiczno–prywatnego (PPP) funkcjonuje w polskim systemie prawnym od kilku lat, jednak samo PPP nie jest – bynajmniej – koncepcją polską. Powszechnie lansowany pogląd o jego brytyjskim pochodzeniu, choć nie pozbawiony argumentów, wydaje się nadmiernie upraszczać genezę PPP. Bliższe prawdy wydaje się mniej komfortowe założenie, wedle którego PPP nie jest oryginalnym wytworem myśli prawnej któregoś z państw, lecz jest niedookreślone genealogicznie. Nie chodzi tu bynajmniej o niemożność ustalenia, skąd się wzięło PPP, lecz o założenie, iż jego rodowód stanowi międzynarodowy kompromis koncepcyjny. Wydaje się, że paradygmaty globalizacji i internacjonalizacji bezpowrotnie zdominowały „krajowość”. Innymi słowy – czas ściśle krajowych modeli PPP, które stawały się inspiracją dla społeczności międzynarodowej, wydaje się odchodzić do historii. Obecnie obserwujemy syntezę doświadczeń, a właściwie jej projekcję w wykonaniu organizacji międzynarodowych, które pozytywnie – bezpośrednio i pośrednio – wdrażają względnie jednolity model PPP²³. Interesującym przykładem – zwłaszcza z polskiej perspektywy – wydaje się być podejście UE do problematyki PPP, oczywiście w prawnym układzie odniesienia. W prawie Unii Europejskiej – póki co – mamy do czynienia jedynie z programowaniem PPP, zarówno w znaczeniu strategii ekonomiczno–społecznej, jak również przymiarek legislacyjnych. Można żargonowo rzec, że mamy tu do czynienia z „miękkim prawem”²⁴. W pierwszej fazie członkostwa Polski w UE były to głównie:

23 Doświadczyla tego Polska – w związku z członkostwem w Unii Europejskiej – próbując „z marszu” wdrożyć promowane przez UE PPP. W tym wypadku jednak wdrażanie unijnego modelu PPP okazało się wyraźnie wybrakowane...

24 A. Łazowski, *Źródła prawa Unii Europejskiej*, (w:) *Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, pod red. M. Perkowskiego, Warszawa 2003, s. 24 i n.; Szerzej na temat unijnych dokumentów dotyczących PPP: B. Korbus, *Wskazówki Komisji Europejskiej dotyczące partnerstwa publiczno–prywatnego*, Warszawa 2005; ponadto: K. Brzozowska, *Partnerstwo publiczno–prywatne. Przesłanki, możliwości, bariery*, Warszawa 2006, s. 135 i n.; J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Partnerstwo publiczno–prywatne na tle regulacji prawnych*, pod red. R. Kujawskiego, Warszawa 2005, s. 15 i n.; M. Moszoro, *Partnerstwo publiczno–prywatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej*, Warszawa 2005, s. 209 i n.

- Wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące udanego partnerstwa publiczno–prywatnego z 2003 r. (I/II)²⁵;
- Zielona Księga w sprawie partnerstwa publiczno–prywatnego i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji z dnia 30 kwietnia 2004 r.²⁶;
- Opinia Komitetu Regionów w sprawie Zielonej Księgi nt. partnerstwa publiczno–prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji z dn. 17 października 2004 r.;
- Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno–Społecznego w sprawie Zielonej Księgi nt. partnerstwa publiczno–prywatnego i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji z dn. 27 października 2004 r.;
- Opinia Komitetu Regionów w sprawie komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno–Społecznego oraz Komitetu Regionów — Biała Księga nt. usług użyteczności publicznej z dn. 23 lutego 2005 r.
- (wymieniane już) Wytyczne Eurostatu dotyczące partnerstwa publiczno–prywatnego z dn. 11.02.2004 r.

Choć w zasadzie brak unijnych „twardych” regulacji PPP, trzeba pamiętać o kanonach „twardego prawa” UE. Realizując PPP, prędzej czy później natrafia się na unijny kanon zasad prawnych, jak np. zakaz dyskryminacji, wolność gospodarczą, ochronę konkurencji, troskę o interes publiczny oraz systemowy prymat i bezpośredniość. Polskie PPP musi je szanować. Dlatego cokolwiek tworzy polski ustawodawca, winien odnosić swe poczynania względem prawa Unii Europejskiej²⁷.

Komisja Europejska nie definiuje jednoznacznie PPP, a jedynie określa pewne ramy, w których mieszczą się zróżnicowane, zależne od specyfiki przedsięwzięcia i jego aktorów, relacje pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. Kluczowe kwestie z punktu widzenia Komisji Europejskiej w ramach realizacji przedsięwzięcia w systemie PPP to:

- 1) zapewnienie otwartego dostępu podmiotów prywatnych do realizacji zadań publicznych,
- 2) zapewnienie uczciwej konkurencji w procedurze wyboru partnera,
- 3) ochrona szeroko pojętego interesu publicznego,

25 Guidelines for Successful Public–Private Partnerships, opublikowane przez KE w marcu 2003 r.

26 Green Paper on Public–Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327 final.

27 Pamiętać należy też o orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a ciekawym przykładem może być wyrok Trybunału w sprawie C–340/04 Carbotermo SpA, Consorzio Alisei/ Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA. Por.: wcześniejsze orzeczenie ETS z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie Altmark Trans GmbH.

- 4) przejrzyste i precyzyjne określenie optymalnego poziomu zaangażowania środków publicznych niezbędnych dla osiągnięcia celu przedsięwzięcia, jak i zapobieżenia pozyskania nienależnego zysku przez partnera prywatnego,
- 5) wybór optymalnego modelu PPP
- 6) maksymalizacja wartości dodanej uzyskiwanej dzięki PPP w stosunku do innych sposobów realizacji zadań z zapewnieniem jasnych zasad ogólnych i szczegółowych realizacji projektu²⁸.

Szczególnie newralgiczną kwestią – w opinii Komisji – wydawały się być relacje PPP z prawem wspólnotowym dotyczącym przetargów publicznych i koncesji. Wiele miejsca poświęcono procedurze przetargowej. Komisja Europejska stanęła na stanowisku, że wprowadzona nową dyrektywą procedura dialogu konkurencyjnego, ze względu na swą strukturę, może okazać się najbardziej odpowiednią przy przyznawaniu kontraktów PPP. Procedura dialogu konkurencyjnego wydaje się być predysponowana do szczególnie skomplikowanych zamówień, gdy podmiot przeprowadzający przetarg nie jest w stanie obiektywnie zdefiniować wymagań co do swoich potrzeb lub wybrać najbardziej właściwej formy realizacji projektu²⁹. Także polski ustawodawca, doskonaląc prawo zamówień publicznych i rozważając sanację prawa PPP, zdawał się skłaniać ku tej formule. Po pewnym czasie Komisja dyskretnie zrewidowała swój pogląd, wskazując na obawy o praktyczne funkcjonowanie dialogu konkurencyjnego i o jego nieznaną podatność na rozmaite patologie (przy zachowaniu zasadniczej akceptacji formuły).³⁰ Sytuację komplikuje konieczność szybkich działań antykryzysowych. Stosowny impuls polityczny sformułowała tu Rada Europejska, która na posiedzeniu w dniach 11–12 grudnia 2008 r. poparła wykorzystanie przyspieszonych procedur w latach 2009–2010, zdając sobie sprawę z wyjątkowego charakteru obecnej sytuacji gospodarczej i konieczności zwiększenia wydatków publicznych w dobie kryzysu³¹. Działając w tym duchu, Komisja ustanowiła również tymczasowe ramy prawne w zakresie pomocy państwa ułatwiające dostęp do finansowania, które zawierają wiele istotnych dla PPP postanowień³². Ów elastyczny instrument dodatkowy pozwala państwom członkowskim na interwencję w sytuacji, gdy środki ogólne, interwencja zgodna z warunkami rynkowymi oraz interwencja zgodna z zasadami pomocy państwa nie są wystarczającą reakcją na wyjątkowe warunki spowodowane

28 Partnerstwo publiczno–prywatne jako metoda realizacji zadań publicznych, Ministerstwo Gospodarki i Pracy, Departament Polityki Regionalnej, Warszawa 2005, s. 10.

29 *Ibidem*

30 Wspieranie inwestycji publiczno–prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno–prywatnych, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno–Społecznego oraz Komitetu Regionów, Bruksela, dnia 19.11.2009, KOM(2009) 615 wersja ostateczna.

31 Komunikat prasowy IP/08/2040 z 19.12.2008 r.

32 Dz.Urz. UE C 83 z 7.4.2009, s. 1.

wane przez kryzys. Szczególnie warto jednak zwrócić uwagę na to, że działalność Komisji Europejskiej znakomicie wypełnia lukę zapotrzebowania na powszechnie uznawany międzynarodowy ośrodek promocji i rozwoju PPP³³. Co prawda oddziaływanie Komisji nie jest i nie może być uniwersalne, ale przynajmniej w części wypełnia istniejący deficyt, stanowiąc niebagatelną inspirację. Czy jednak to, co udaje się w Europie (obszarze zbliżonych kultur prawnych i systemów społeczno–ekonomicznych) będzie możliwe np. w Afryce? Początkowo zapewne nie. Docelowo prawdopodobnie tak³⁴. Jak pokazują krzepiące przykłady transferu koncepcji PPP na grunt europejskich państw postsocjalistycznych, nawet długoletnie zaszłości udaje się w końcu zniwelować. Niebagatelną rolę odegrała tu ekonomia³⁵, a w szczególności efektywne wdrażanie środków z funduszy europejskich³⁶.

Na koniec chciałbym zamieścić akcent optymistyczny oparty na udostępnionym mi wyniku badań empirycznych³⁷, w których wzięło udział 114 losowo dobranych respondentów zajmujących się na co dzień problematyką bezpieczeństwa wewnętrznego (komendanci policji lub osoby z komórek technicznych policji, przedstawiciele firm ochrony osób i mienia oraz biegli sądowi). Ich zdania w kwestii „Czy badania nad zapewnieniem bezpieczeństwa powinny być realizowane w formie partnerstwa publiczno–prywatnego?” okazały się interesująco zróżnicowane.

Zdecydowana większość zgadza się z takim założeniem, jednakże ponad jedna czwarta uznaje, że (zdecydowanie lub raczej) nie powinno mieć miejsca. Abstrahując od przedstawianych argumentów i komentarzy autorów raportu, krzepiący jest optymistyczne podejście wobec PPP, gdyż do niedawna względem skrótu PPP powszechnie stosowano wariant transkrypcyjny „pewnie przyjdzie prokurator”. Dziś aktualna wydaje się wersja „praktyka potrzebuje partnerstwa”. Czy okaże się ono środkiem antykryzysowym – pokaże czas. Na pewno jednak dostarczy inspiracji nauce.

33 Wydaje się, że – póki co – żaden podmiot zaangażowany w międzynarodową promocję i rozwój PPP nie cieszy się wystarczającym autorytetem, by pretendować do takiej roli.

34 W dysksji o procesie porządkowania skutków gospodarczych „arabskiej wiosny” regularnie pojawia się koncepcja PPP.

35 Por. L. Balcerowicz, *Prawo a ekonomia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 2, s. 87 i n.

36 Metodologicznie – znakomitym przewodnikiem może tu być opracowanie zbiorowe *Zarządzanie projektem europejskim*, pod red. M. Trockiego i B. Gruczy, Warszawa 2007.

37 Przedstawione dalej informacje pochodzą z raportu dotyczącego badań przeprowadzonych w związku z realizacją projektu badawczo–rozwojowego MNiSW pt. „Prawne i kryminologiczne aspekty wdrożenia i stosowania nowoczesnych technologii służących ochronie bezpieczeństwa wewnętrznego”. Zostały udostępnione autorowi przez dr Wojciecha Filipkowskiego (za co w tym miejscu ponownie dziękuję).