

Key legal issues of the Directive on the award of concession contracts

Abstract

Article deals with the most important legal issues in the directive on the award of concession contracts using the legal dogmatic method and tools taken from the Austrian school of economics. Author attempts to determine the effectiveness of the proposed legal solutions. The general finding is that the proposed solutions are inefficient, because the law cannot replace the natural tendency of the owner to optimally manage her assets. Solutions should not be sought in the creation of further legislation, but in the promotion of private property ownership and fundamental reduction of areas of activity of the authorities.

Key words: public-private partnership, concession, legal issues

Streszczenie

W artykule omówiono zagadnienie najważniejszych problemów prawnych w dyrektywie w sprawie udzielania koncesji. Wykorzystano metodę dogmatyczno-prawną oraz narzędzia zaczerpnięte z austriackiej szkoły ekonomii. Autor próbuje określić efektywność proponowanych rozwiązań prawnych. Efektem badań jest stwierdzenie, że planowane rozwiązania są nieefektywne, ponieważ prawo nie może zastąpić naturalnej skłonności właściciela do jak najlepszego zarządzania swoim majątkiem. Rozwiązań nie należy szukać w tworzeniu kolejnych aktów prawnych, lecz w zmianie stosunków własnościowych, to znaczy w upowszechnianiu własności prywatnej, przy jednoczesnym radykalnym ograniczeniu obszarów aktywności władz.

Słowa kluczowe: partnerstwo publiczno-prywatne, koncesja, problemy prawne

dr Michał Wieloński

Instytut Europeistyki, WDiNP, Uniwersytet Warszawski

Kluczowe problemy prawne dyrektywy w sprawie udzielania koncesji

Wstęp

Koncesja jest jedną z form partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP). PPP nie posiada w prawie unijnym legalnej definicji, zaś w doktrynie istnieje wiele prób scharakteryzowania tego zjawiska. Kluczowy w charakterystyce tej formy współpracy jest zakres przenoszonych ryzyk. Pozwala on odróżnić PPP od zamówień publicznych. W tradycyjnym zamówieniu publicznym¹ podmiot prywatny z zasady odpowiada za wybudowanie określonej infrastruktury (np. parkingu, aquaparku itp.), zaś podmiot publiczny zajmuje się utrzymaniem i eksploatacją tej infrastruktury. W przypadku PPP, oprócz ryzyka związanego z budową obiektu, dochodzi jeszcze ryzyko związane z dostępnością infrastruktury (czyli utrzymaniem odpowiedniego standardu już wybudowanej infrastruktury, np. czystości wody w basenie, odśnieżania autostrady itp.) oraz ryzyko związane z popytem użytkowników końcowych (np. to, czy parking będzie miał wystarczającą liczbę klientów). W ramach PPP partner prywatny może też sfinansować w całości lub w części przedsięwzięcie. Oprócz tego możliwe jest przenoszenie wielu innych ryzyk i obowiązków. Wyróżnikiem PPP jest także czas współpracy, która może trwać kilkadziesiąt lat – odzyskiwanie przez partnera prywatnego włożonego kapitału wraz z zyskiem wymaga bowiem odpowiednio dużo czasu.

Te szczególne cechy PPP, w tym koncesji, skłaniają część badaczy, polityków i urzędników do wysuwania tezy o partnerstwie jako środka na łagodzenie skutków

¹ Określenie tradycyjne zamówienie publiczne jest często stosowany w literaturze przedmiotu, dla jednoznacznego odróżnienia od PPP, które również posiada niektóre elementy zamówień publicznych.

kryzysu gospodarczego i metodzie zapewnienia dostępności do usług powszechnych przy ograniczonych środkach publicznych. Upowszechnienie PPP wymaga jednak odpowiednich ram prawnych, które do tej pory były w unijnym systemie prawnym jedynie zarysowane w postaci reguły uczciwej konkurencji i zasady niedyskryminacji wynikających z prawa traktatowego oraz szczątkowych postanowień dyrektyw o zamówieniach publicznych. Dyrektywa dotycząca koncesji (Dyrektywa 2014/23 – dalej: Dyrektywa) ma za zadanie wypełnić tę lukę, stwarzając środowisko prawne dla poprawnego funkcjonowania PPP.

Konieczność regulacji prawnej koncesji, stopień jej szczegółowości oraz sposób, w jaki powinna zostać przeprowadzona, nie są jednak sprawami oczywistymi i stawiają przed ustawodawcą liczne trudności. W niniejszym artykule postaram się odpowiedzieć na pytania: czy rozbudowywanie regulacji PPP, w tym koncesji, jest zasadne, jakie są największe trudności w tworzeniu prawa w tej sferze oraz jakie są możliwe rozwiązania? Hipoteza badawcza niniejszego artykułu opiera się na poglądzie, zgodnie z którym zarówno ujęcie PPP w ścisłe ramy prawne, jak i pozostawienie przepisów w dotychczasowym kształcie ma poważne, niekorzystne następstwa. W mojej ocenie nie ma sposobu na satysfakcjonujące rozwiązanie prawne w tym zakresie i PPP winno być maksymalnie ograniczane.

Zakresem badania zostanie objęta Dyrektywa dotycząca koncesji. Zasluguje ona na szczególną uwagę jako pierwszy unijny akt prawny regulujący w sposób kompleksowy jedną z form PPP.

Ze względu na to, że przedmiotem badań będzie akt prawny, zastosowana zostanie metoda dogmatyczno-prawna. Aby jednak ocenić skuteczność proponowanych przez ustawodawcę przepisów, posłużę się również metodologią austriackiej szkoły ekonomii (ASE). Miałem już możliwość opisać ją stosunkowo obszernie (Wieloński 2013), dlatego dla uniknięcia niepotrzebnych powtórzeń wypunktuję tylko najważniejsze założenia, którymi są:

1. indywidualizm metodologiczny – wszelkie badania zjawisk społecznych winny wychodzić od jednostek;
2. subiektywizm metodologiczny – działania jednostek mogą być rozumiane jedynie przez odwołanie się do wiedzy, przekonań, percepcji i oczekiwań tych jednostek (Kirzner 1992);
3. prakseologia jako metoda badań – indywidualne istoty ludzkie działają, to jest angażują się w świadome działania, żeby osiągnąć wybrane cele (Rothbard 2005);

4. rozróżnienie między dwoma porządkami funkcjonowania interakcji społecznych: wolnorynkowym i interwencjonistycznym – pierwszy oparty jest na swobodzie kontraktów, drugi na stosunku podległości i władzy.

Opisywana metodologia daje ogromne możliwości badawcze, co wynika z jej, w znacznej mierze, apriorycznego charakteru. Opiera się on na następujących założeniach:

1. fundamentalne aksjomaty i przesłanki ekonomii są bezwzględnie prawdziwe;
2. twierdzenia i konkluzje wydedukowane za pomocą praw logiki z tych przesłanek są wskutek tego również bezwzględnie prawdziwe;
3. w związku z tym nie ma potrzeby empirycznego „testowania” ani przesłanek, ani konkluzji;
4. wydedukowane twierdzenia nie mogą być testowane, nawet jeśli byłoby to pożądane (Rothbard 2005).

Ponieważ dyrektywa dotycząca koncesji jest pierwszym w prawie unijnym aktem prawnym, kompleksowo regulującym partnerstwo publiczno-prywatne, metoda dogmatyczno-prawna, wsparta austriacką szkołą ekonomii, pozwoli wskazać jej mocne i słabe strony i ocenić wpływ wejścia w życie dyrektywy na życie społeczno-gospodarcze. Oprócz tego egzegeza tekstu i jego analiza z prawnego punktu widzenia pozwoli na identyfikację problemów *stricte* prawnych.

Ze względu na krótki czas, jaki upłynął od wejścia w życie Dyrektywy, praktycznie brak jest literatury bezpośrednio odnoszącej się do wspomnianego aktu prawnego. Lukę tę starałem się wypełnić w monografii pt.: *Partnerstwo publiczno-prywatne w Unii Europejskiej*, wydanej w 2014 r., w której omawiany był projekt mającej wejść w życie dyrektywy dotyczącej koncesji.

Obszar badań został ograniczony wyłącznie do Dyrektywy, z pominięciem systemów prawnych państw członkowskich, które będą musiały zaimplementować omawianą Dyrektywę do swoich porządków prawnych.

Problemy definicyjne

Zdefiniowanie koncesji nie jest sprawą prostą. W prawie unijnym nie istnieje do tej pory przejrzysta definicja zarówno partnerstwa publiczno-prywatnego, jak i koncesji. Ogólnikowa definicja legalna koncesji znajdowała się w art. 2 ust. 3 i 4 Dyrektywy 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Stworzenie definicji utrudnia

fakt, iż granice między koncesją a innymi formami PPP nie są jasne. W nowej Dyrektywie ustawodawcy nie udało się przezwyciężyć tych trudności. Wyróżnia on koncesje na roboty budowlane i koncesje na usługi. Koncesja na usługi oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług (innych niż wykonanie robót budowlanych) i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy w zamian za wynagrodzenie stanowiące wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (Dyrektywa: art. 5 pkt 1 lit. b). Istotnym uzupełnieniem ww. definicji jest przepis, zgodnie z którym udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją tych obiektów lub wykonywaniem tych usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z popytami albo oba te rodzaje ryzyka. Uznaje się, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Część ryzyka przeniesiona na koncesjonariusza obejmuje rzeczywiste narażenie na wahania rynku tak, aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne ani nieistotne (Dyrektywa: art. 5).

Trudno uznać te definicje za w pełni satysfakcjonujące, ponieważ nie odróżniają w sposób jednoznaczny koncesji od pozostałych form partnerstwa publiczno-prywatnego. Sytuacja, w której podmiot prywatny, współpracujący ze stroną publiczną, może ponieść straty, istnieje niemal zawsze, nawet przy tradycyjnych zamówieniach publicznych. Do rzadkości należą przypadki, w których strona prywatna ma pełną gwarancję odzyskania nakładów inwestycyjnych i kosztów związanych z eksploatacją i nie grozi jej żadne ekonomiczne ryzyko. Umowa, w której strona prywatna nie ponosi jakiegokolwiek ryzyka ekonomicznego, byłaby zresztą podejrzana z punktu widzenia gospodarności.

Uważam, że ustawodawca podczas tworzenia definicji legalnych mógł z lepszym skutkiem posłużyć się treścią instrukcji implementującej Europejski System Rachunków Narodowych i Regionalnych (ESA 95). Uznaje ona za koncesję kontrakty, w których sektor instytucji rządowych i samorządowych zleca, zazwyczaj po uprzednim przeprowadzeniu procedury konkursowej, przedsiębiorstwu, które może być publiczne, eksploatawane w długim okresie (często 30 lat i dłużej) aktywa mogące już istnieć

lub mogące być budowane w trakcie całego kontraktu (jednostka ta może dalej zlecać [*sub-contract*] niektóre zadania innym dostawcom, na własną odpowiedzialność). Opłatami obciążani są jednakże przez tę jednostkę bezpośrednio użytkownicy końcowi. W kontraktach tych główna część przychodów partnera pochodzi z bezpośredniej sprzedaży towarów lub usług różnym jednostkom na w pełni komercyjnych warunkach (w formie np. opłat od użytkowników, płatności od podwykonawców itd.), ale ewentualnie z uwzględnieniem specyficznych wymagań sektora instytucji rządowych i samorządowych (niekiedy rekompensowanych przez sektor w formie dotacji). Może także zaistnieć sytuacja, gdy cena nie jest swobodnie ustalana przez partnera prywatnego lub uzgadniana przez niego i użytkowników końcowych, lecz jest określana w dokumentach przetargowych i korygowana jedynie w przypadku wystąpienia określonych zdarzeń oraz inflacji. Możliwe są również płatności przedsiębiorstwa na rzecz sektora. Płatności mogą pojawić się na wstępie (na przykład mogą być one opisywane jako zakup odpowiedniej licencji) lub podczas trwania kontraktu (honoraria, szczególnie za użytkowanie ziemi, specyficzne podatki itd.).

Autorzy podręcznika konkludują, że termin „koncesja” jest używany wyłącznie do opisanie kontraktów długoterminowych, w których większość przychodów partnera pochodzi od końcowych użytkowników usług, tzn. w przypadku których sektor instytucji rządowych i samorządowych nie dokonuje regularnych płatności na rzecz partnera albo płatności takie nie stanowią większości przychodów partnera. W przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego większość przychodów partnera w ramach kontraktu stanowią płatności sektora instytucji rządowych i samorządowych (Eurostat 2012).

Stoję na stanowisku, że to źródło przychodów, a nie przenoszenie ryzyk pozwala precyzyjniej ustalić, czy mamy do czynienia z koncesją czy z inną formą partnerstwa publiczno-prywatnego. Wynika to z faktu, że przychody są łatwiejsze do ujęcia w liczby i stwierdzenie o „większości” może oznaczać po prostu przychody większe niż 50%.

Obecna definicja nie pozwala dokonać jednoznacznego podziału na zamówienia publiczne, koncesje i inne formy partnerstwa publiczno-prywatnego, co może stanowić poważne utrudnienie w przyszłym stosowaniu prawa. Podmioty podległe tym przepisom narażone są na problemy interpretacyjne próbując ustalić, do jakiej kategorii zalicza się określona forma współpracy z partnerem publicznym i jakim przepisom podlega. Wprawdzie można odnotować postęp w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, jednak wykorzystanie dorobku Eurostatu i lepsza systematyzacja pojęć z pewnością wpłynęłyby pozytywnie na prawidłowość stosowania przepisów.

Problemy z kodyfikacją opisu przedmiotu zamówienia

Tytułowe zagadnienie należy rozpatrywać w 2 aspektach: szacowania wartości zamówienia i artykulacji potrzeb przez stronę publiczną.

Od wysokości szacunkowej wartości zamówienia zależy stopień rygoryzmu przepisów, które muszą stosować partnerzy. Obowiązek stosowania przepisów dyrektywy istnieje wtedy, gdy jej wartość przekracza 5 186 000 euro (Dyrektywa: art. 8 ust. 1). Błędny, zaniżony szacunek może zatem doprowadzić do bezprawnego wyłączenia określonego partnerstwa spod rygorów Dyrektywy. Z kolei artykulacja potrzeb przez stronę publiczną ma fundamentalne znaczenie dla jakości zamawianych dóbr, a także wpływa na zdolność złożenia przez partnerów prywatnych ofert. Błędna artykulacja potrzeb może z łatwością doprowadzić do obniżenia jakości budowanej w ramach PPP infrastruktury i świadczonych w oparciu o nią usług, natomiast niejasny opis oczekiwań komplikuje, wydłuża, a czasem wręcz uniemożliwia dojście do porozumienia z partnerami prywatnymi i doprowadzenie do zawarcia umowy.

Zarówno w przypadku przepisów dotyczących szacowania wartości zamówienia, jak i w przypadku opisywania przedmiotu zamówienia, wyraźne są zapożyczenia z przepisów dotyczących zamówień publicznych. Korzystanie z rozwiązań zaczerpniętych z zamówień publicznych na gruncie PPP jest, w mojej ocenie, poważnym błędem. Partnerstwo, chociaż w niektórych przypadkach podobne do zamówień publicznych, co do zasady różni się bardzo stopniem skomplikowania i czasem trwania. W przypadku zamówień maksimum trwania kontraktu (z pewnymi wyjątkami) wynosi 4 lata. W przypadku koncesji trwających ponad 5 lat (czyli absolutnej większości sytuacji), zgodnie z art. 18 ust. 2 Dyrektywy, maksymalny okres obowiązywania koncesji nie przekracza okresu, w którym koncesjonariusz może w uzasadniony sposób oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych na przeprowadzenie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem z zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji wymaganych na realizację konkretnych celów umownych. W praktyce oznacza to, że dla PPP, w tym koncesji, normą będzie kilkudziesięcioletni czas trwania. W przeciwieństwie do zamówień publicznych, można raczej mówić o prognozach, zakładając przy tym duży margines błędu.

Jeszcze bardziej problematyczne jest przeniesienie postanowień z dyrektywy o zamówieniach publicznych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Przepisy zamówieniowe skupiają się w dużym stopniu na przeciwdziałaniu korupcji oraz zwiększaniu konkurencyjności i w związku z tym zabraniają wskazywania nazw własnych

produktów, patentów, pochodzenia itp., chyba, że opisanie dóbr w inny sposób jest niemożliwe – w takim przypadku trzeba użyć sformułowania „lub równoważny”. Niemal identyczne rozwiązanie znajduje się w art. 36 ust. 2 Dyrektywy. Obowiązek każdorazowego dopuszczania urządzeń równoważnych przy podawaniu nazw własnych spowodowany jest obawą przed opisywaniem przedmiotu w sposób preferujący określoną firmę, wywołany np. korupcją bądź polityczną wolą ochrony krajowych firm. Faktycznie, zagrożenie korupcją w przypadku zarządców publicznych pieniędzy jest ogromne. Ostatnia afera przetargowa w Polsce skutkująca licznymi aresztowaniami m.in. pracowników Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Głównego Urzędu Statystycznego (*Wielka akcja CBA* 2013) dobitnie pokazuje, że jest to problem, którego nie można pomijać. Podkreślane przeze mnie wielokrotnie w publikacjach oddzielenie przez prawodawcę własności od właściciela musi skutkować patologiami. Dlatego dysponent środków publicznych musi być traktowany przez ustawodawcę jak potencjalny złodziej. Niestety, tego typu założenie nie sprzyja złożonym projektom ekonomiczno-technicznym, do jakich zalicza się większość PPP. Chociaż we współczesnej gospodarce wiele produktów upodabnia się do siebie, nie osiągnięto jednak homogeniczności, która pozwalałaby zamiennie stosować różnego rodzaju produkty bez uszczerbku dla funkcjonowania całości danego obiektu, infrastruktury itp. Operowanie wyłącznie parametrami technicznymi otwiera drogę dla różnego rodzaju „zamienników”, które mogą posiadać znacznie niższą jakość niż produkty sprawdzone, pochodzące od określonej firmy czy też charakteryzować się niekompatybilnością z resztą infrastruktury. To z kolei będzie w sposób drastyczny rzutowało na jakość budowanej infrastruktury i świadczonych usług.

Powyższe dowodzi, że motywowane chęcią ochrony przed korupcją i nieuczciwą konkurencją przepisy stanowią jednocześnie barierę dla rzetelnego opisu produktu, którego nabycie w najwyższym stopniu spełni oczekiwania strony publicznej. Brak takich możliwości będzie skutkował nieracjonalnością wydatków.

Problemy w selekcji wykonawców

Prawna regulacja kwalifikacji podmiotowej wykonawców w ramach PPP należy do najtrudniejszych zadań stojących przed legislatozem. Przedsięwzięcia podejmowane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, w tym koncesje, charakteryzują się dużą liczbą podmiotów występujących po stronie prywatnej. Jest to spowodowane obiek-

tywnymi okolicznościami, ponieważ na realizację tego rodzaju projektów potrzeba ogromnych zasobów w postaci wiedzy i pieniędzy. Środki finansowe są oferowane przez sponsorów, a także inne podmioty finansujące, takie jak banki czy obligatariusze. Zabezpieczeniem związanym z ryzykami występującymi w ramach projektu zajmują się ubezpieczyciele, budowaniem infrastruktury – firmy budowlane, a zarządzaniem infrastrukturą – specjalistyczne podmioty. Poza tym potrzebni są liczni konsultanci ekonomiczni, prawni i techniczni. W niektórych przypadkach strona prywatna tworzy na potrzeby kontraktu spółki specjalnego przeznaczenia (ang. *Special Purpose Vehicle* – SPV). Tworzą ją prywatni koncesjonariusze/sponsorzy, którzy w zamian za udziały reprezentujące własność SPV zapewniają długoterminowe finansowanie oraz zgadzają się kierować projektem (United Nations: s. 11).

Na skutek powyższych okoliczności w obrębie koncesji strona publiczna może współpracować z wieloma podmiotami prywatnymi, powiązanymi w różnorodny sposób. Strona prywatna może utworzyć konsorcjum albo spółkę specjalnego przeznaczenia, może również korzystać z podwykonawców, czy w inny sposób kształtować swoje prawa i obowiązki wobec niezbędnych do realizacji zadania podmiotów. Nie da się określić, które z rozwiązań jest najbardziej optymalne, najwłaściwsze dla danego projektu, ponieważ z zasady nie będzie istniał jedyny właściwy schemat działania. Dla różnych podmiotów mogą, w tym samym postępowaniu, istnieć różne rozwiązania, które będą dla nich najbardziej optymalne.

Tymczasem prawo ma za zadanie wymusić na stronie publicznej racjonalny dobór potencjalnych partnerów prywatnych. Nawet dla właściciela prywatnego selekcja podmiotów zdolnych do należytej realizacji przedsięwzięcia na przestrzeni kilkudziesięciu lat jest zadaniem bardzo trudnym. Tym trudniejszy jest wybór partnera przez zarządzających publicznym mieniem.

Istnieje wiele postanowień zasługujących na aprobatę i eliminujących wykonawców, którzy np. nienależycie wykonywali wcześniejsze kontrakty, są w stanie likwidacji, zalegają z daninami publicznoprawnymi, są skazani za przestępstwa itp. (Dyrektywa: art. 38 ust. 4 i n.). To jednak nie wystarcza do dokonania selekcji w ramach PPP, ponieważ brak korupcji, brak ograniczania konkurencji i wyeliminowanie podmiotów w rażący sposób niewywiązujących się ze swoich zobowiązań nie jest jeszcze tożsamy z selekcją najlepszych wykonawców.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 Dyrektywy, strona publiczna może formułować wymagania dotyczące zdolności zawodowych i technicznych kandydatów lub oferentów, ich sytuacji finansowej i ekonomicznej. Ww. kryteria selekcji odnoszą się do istotnych

cech potencjalnych partnerów, jednak mają bardzo ogólny charakter. W przypadku PPP kryteria selekcji muszą być znacznie bardziej złożone niż te, które są stosowane w zamówieniach, ponieważ tutaj znaczenie mają nie tylko cechy samych wykonawców, ale też zależności między nimi. Ocenie powinna podlegać cała struktura podmiotów prywatnych, która nadaje nową jakość, nie będącą prostą sumą właściwości każdego wykonawcy z osobna. W prezentowanym schemacie oceny ponownie pokutuje podejście stosowane w zamówieniach publicznych, które sumuje potencjał poszczególnych wykonawców, zwracając niewielką uwagę na zależności między nimi. W przypadku PPP struktura współpracy między podmiotami prywatnymi jest równie istotna jak ich cechy indywidualne i może być odmienna dla różnych grup ubiegających się o koncesję.

Z powyższych względów stronie publicznej oddano, w mojej ocenie, narzędzia selekcji wykonawców nieadekwatne do wyzwań stwarzanych przez PPP. W przypadku PPP nie wystarczy, jak w zamówieniach publicznych, tworzyć warunki dotyczące pojedynczych podmiotów, należy również uwzględnić formy współpracy między podmiotami występującymi po stronie prywatnej, których nie da się z góry przewidzieć. W zależności od rodzajów powiązań między podmiotami prywatnymi, różne będą wymogi dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Tego ustawodawca w Dyrektywie nie uwzględnił.

Problemy w wyborze oferty

Partnerstwo publiczno-prywatne stwarza znaczne trudności podmiotom dokonującym wyboru najkorzystniejszej oferty. Analogicznie, jak w przypadku selekcji wykonawców, wybierając ofertę również należy uwzględnić bardzo wiele parametrów wpływających na jej ekonomiczną atrakcyjność dla podmiotu publicznego. Godnym podkreślenia jest fakt, że ustawodawca dostrzegł gospodarczy aspekt wyboru oferty, stwierdzając, że koncesje są udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających zgodność z zasadami przedstawionymi w art. 3 oraz gwarantujących ocenę ofert w warunkach faktycznej konkurencji i pozwalających ustalić całościową korzyść gospodarczą dla zamawiającego (Dyrektywa: art. 41 ust. 1). Jest to znaczący krok naprzód w stosunku do wcześniej omawianych postanowień, ponieważ zwrócono uwagę na to, co szczególnie istotne: gospodarczy wymiar przedsięwzięcia.

Zakres przedmiotowy kryteriów, które można postawić, jest bardzo szeroki i obejmuje m.in. innowacyjność, aspekty środowiskowe, społeczne itp. (Dyrektywa: art. 41 ust. 2). Jednak problemem jest w tym przypadku nie tyle zakres stawianych kryteriów, co sposób ich utworzenia. Zgodnie z przepisami kryteria te nie mogą dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru, a także muszą gwarantować konkurencyjność. Oznacza to, że powinny one być na tyle przejrzyste i czytelne, aby wykonawcy zainteresowani postępowaniem potrafili oszacować, ile punktów mogą dostać za określone elementy swojej oferty jeszcze przed jej złożeniem. Ta parametryzacja może jednak okazać się nieodpowiednia dla koncesji. Liczba czynników, które trzeba uwzględnić przy ocenie ofert może być na tyle duża, że nie da się wszystkich ich konfiguracji przewidzieć jeszcze przed złożeniem ofert. Kryteria muszą uwzględnić wiele zmiennych, a ich konfiguracje mogą tworzyć nowe jakościowo układy, niepozwalające się sprowadzić do prostej sumy punktów.

Zamawiający, określając ściśle kryteria wyboru oferty, jest nimi związany. Jeśli po złożeniu ofert okaże się, że oferta najwyżej punktowana nie jest wcale najbardziej optymalną, to i tak będzie musiała zostać wybrana. Jest to bardzo niekorzystna procedura dla przedsięwzięć złożonych, o biznesowym charakterze, niemniej jednak konieczna, ponieważ w przeciwnym razie zarządcy publicznych pieniędzy mogliby wybierać oferty nie kierując się interesem zamawiającego, lecz prywatnym, np. na skutek łapówek. Podobnie jak w innych przypadkach, także przy tworzeniu kryteriów obawy przed nieuczciwością pracowników sfery publicznej uderzają w biznesowe aspekty projektu, ponieważ wprowadzone funkcje ochronne, czyli związanie raz postawionymi kryteriami wyboru oferty, niweluje swobodę podejmowania decyzji już po złożeniu ofert.

Wyjątkiem jest sytuacja opisana w art. 41 ust. 3 Dyrektywy, gdy zamawiający otrzyma innowacyjne rozwiązanie o wyjątkowym i niemożliwym do przewidzenia poziomie funkcjonalności. W takim przypadku możliwa jest zmiana kolejności wcześniej obranych kryteriów, niemniej gdy kryteria znalazły się w ogłoszeniu o koncesji, konieczne jest nowe ogłoszenie. Nie poprawia to jednak znacząco swobody zamawiającego w zakresie oceny ofert, ponieważ ogranicza się jedynie do rozwiązań nieprzewidywalnych i innowacyjnych. W innych przypadkach zamawiający, dla uniknięcia dyskryminacji wykonawców i zjawisk korupcyjnych, jest ściśle związany wcześniej przyjętymi kryteriami. Gdy nie uda mu się na etapie przygotowywania procedury uwzględnić wszystkich czynników wpływających na atrakcyjność ofert, może być zmuszony do wyboru niezgodnego ze swoimi potrzebami.

Problemy w elastyczności umowy

Regulacje dotyczące umów w sposób zasadniczy rzutują na celowość i efektywność ekonomiczną całego przedsięwzięcia. Dla wieloletnich kontraktów niezwykle ważne jest zachowanie zdolności przystosowywania się do zmieniających się warunków. Jednak swoboda w decydowaniu o warunkach realizacji kontraktu sprzyja nadużyciom, dokonywanym przez zarządzających publicznymi pieniędzmi do spółki z podmiotem prywatnym. Oderwanie właściciela od własności, dokonywane przez politykę władz w ramach tzw. sprawiedliwości społecznej, konwergencji, spójności itp. pretekstów do odbierania pieniędzy podatnikom, wywołuje ogromne trudności w znalezieniu kompromisu między swobodą zmian a zachowaniem pierwotnych warunków określonych przez wykonawcę w ofercie. W przypadku, gdy podmiot zarządza swoją własnością, można przyjąć, że będzie dążył do maksymalizacji zysku, m.in. poprzez jak najbardziej racjonalne zmiany w kontrakcie na przestrzeni lat. Istnieje oczywiście ryzyko błędu, co jest nieuniknione, ale decyzje z założenia są podejmowane w tym celu, aby przedsięwzięcie było jak najbardziej opłacalne z ekonomicznego punktu widzenia. W przypadku zarządcy, który na dodatek może mieć wynagrodzenie stałe, niezależne od efektów (typowe dla administracji publicznej), trudno oczekiwać dbałości o ekonomiczne powodzenie partnerstwa. Wręcz przeciwnie, dodatkową formą zarobku dla zarządcy publicznego jest łapówka, która na ogół motywuje do działań korzystnych dla strony prywatnej, ale niekorzystnych dla pieniędzy podatnika.

Dla zobrazowania trudności z regulacją elastyczności umów koncesyjnych posłużę się dwoma przepisami: jednym, wskazującym co jest zmianą istotną z punktu widzenia prawa i drugim, zapewniającym elastyczność. Nie wyczerpują one całości uregulowań dotyczących zmian umów, ale ilustrują omawiane zagadnienie.

Za istotne modyfikacje koncesji ustawodawca uznał:

- sytuację, w której modyfikacja wprowadza warunki, mogące wpłynąć na krąg potencjalnych wykonawców, nieprzewidzianą w umowie,
- zmianę równowagi ekonomicznej koncesji na korzyść koncesjonariusza,
- znaczne rozszerzenie zakresu koncesji,
- nieprzewidzianą w umowie zmianę koncesjonariusza (Dyrektywa: art. 43 ust. 4).

Ww. katalog zasadnie wskazuje możliwe, istotne dla koncesji zmiany. Gdyby jednak poprzestać na tym poważnym ograniczeniu, ryzyko kontraktowe byłoby tak ogromne, że zniechęciłoby do uczestnictwa zarówno stronę publiczną, jak, w jeszcze większym stopniu, prywatną. Dlatego, w celu zapewnienia umowom elastyczności,

dopuszczono zmiany koncesji gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach koncesji w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny lub opcje i nie mogą przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter koncesji (Dyrektywa: art. 43 ust. lit. a).

Omawiany przepis dobitnie uwidacznia trudności związane z prawnym zabezpieczeniem kontraktu, w który włączeni są zarządcy publicznych pieniędzy. Przepisy kontrastują ze sobą, ponieważ generalny zakaz zmian koncesji jest bardzo restrykcyjny, natomiast wyjątki od tego zakazu pozwalają z kolei na zmiany bardzo daleko idące, radykalnie wpływające na uprawnienia i obowiązki stron. W praktyce osiągnięty kompromis nie jest, w mojej ocenie, satysfakcjonujący, gdyż tak skonstruowane przepisy nie pozwalają ani na swobodne dostosowywanie się do zmian, ani nie zabezpieczają przed korupcją. Cóż z tego, że wprowadza się surowy zakaz zmian, jeśli jednocześnie istnieją wyjątki tak duże, że mogą dotyczyć większej liczby przypadków niż generalna zasada? W ten sposób stworzono jedynie pozorne zabezpieczenie przed korupcją, pozornie też zagwarantowano swobodę zmiany kontraktu w toku jego realizacji. Ogólnikowość i otwartość przepisów zdaje podmioty podległe prawu na opinie organów kontrolnych i sądów, ponieważ przy generalnym, surowym zakazie danej czynności z jednoczesnymi, znacznymi wyłomami w tym zakazie, nie sposób być pewnym poprawności podejmowanych działań.

Pomimo swojej negatywnej opinii, dotyczącej wskazanych uregulowań, nie uważam, że jest to wina autorów Dyrektywy. Wręcz przeciwnie, stworzyli oni regulacje optymalne do okoliczności, których dotyczą. Rzecz w tym, że gdy tworzy się przepisy regulujące działania zarządców publicznych pieniędzy w przedsięwzięciach o częściowo biznesowym charakterze, natrafia się na przeszkody nie do pokonania, pomimo najlepszej wiedzy i woli.

Zakończenie

Dyrektywa ujawnia wszystkie trudności, a często wręcz absurdy związane z powierzeniem zarządcom publicznych pieniędzy i oddaniu w ich ręce przedsięwzięć o częściowo biznesowym charakterze. Omawiany akt prawny dobitnie pokazuje, że prawo nie może zastąpić naturalnej skłonności właściciela do jak najlepszego zarządzania swoim majątkiem. Poddane analizie przepisy skupiają się przede wszystkim na tym,

aby powierzone pieniądze nie stały się okazją do korupcji, natomiast niewiele wnoszą a wręcz utrudniają działania racjonalne z biznesowego i ekonomicznego punktu widzenia. Trudno oczekiwać skuteczności biznesowej i racjonalności działań od kogoś, kto nie jest właścicielem zarządzanych środków albo przynajmniej nie ma prowizji od efektów ekonomicznych przedsięwzięcia. Do rozważenia i podejmowania optymalnych decyzji najlepiej motywuje dysponowanie własnością a nie pieniędzmi odebranymi podatnikom. Trudno tworzyć przepisy regulujące działanie kogoś, kto z zasady nie ma doświadczenia rynkowego i biznesowego, nie jest zainteresowany ekonomicznym losem projektu, a dodatkowo jest wystawiony na duże ryzyko propozycji korupcyjnych. W efekcie tworzy się prawną fasadę dla działań szkodliwych społecznie. Niejasne regulacje sprzyjają uznaniowości urzędników, organów kontrolnych czy sądów. Trudno mówić o państwie prawa w sytuacji, w której prawo może podlegać bardzo daleko idącym interpretacjom. Prawo dopuszczające powszechną uznaniowość w stosowaniu ma fasadowy charakter, działa tylko pozornie, pełniąc funkcję usprawiedliwienia dla dowolności poczynań władzy i organów stosujących przepisy. Pozostawienie obszaru PPP poza regulacjami także nie rozwiąże problemu. Sytuację komplikuje fakt niezwykle złożoności projektów koncesyjnych i szerzej – PPP. Złożoność jest tak wielka, a ryzyka związane z kilkudziesięcioletnim kontraktem tak liczne, że nawet przy najlepszej woli wszystkich stron trudno tworzyć skuteczne przepisy i stosować się do nich.

Problem tworzonego w obrębie PPP prawa nie tkwi w zdolnościach projektodawców, lecz w stosunkach własnościowych, których te przepisy dotyczą. Rozwiązań nie należy zatem szukać w tworzeniu kolejnych aktów prawnych, lecz w zmianie stosunków własnościowych, to znaczy w upowszechnianiu własności prywatnej, przy jednoczesnym, radykalnym ograniczeniu obszarów aktywności władz.

Bibliografia:

- DYREKTYWA 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004.
- DYREKTYWA 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014.
- EUROSTAT (2012), *Podręcznik deficytu i długu sektora instytucji rządowych i samorządowych, Implementacja ESA95, Edycja 2012, Tłumaczenie robocze Głównego*

- Urzędu Statystycznego*, http://www.ppp.gov.pl/Publikacje/Strony/GUS_tlumaczenie_poradnik_18052012.aspx (19.11.2013).
- KIRZNER Israel Meir (1992), *The Meaning of Market Process*, New York.
- ROTHBARD Murray (2005), *Prakseologia – metodologia Szkoły Austriackiej*, <http://mises.pl/blog/2005/10/24/235/> (21.11.2013).
- ROTHBARD Murray (2011), *W obronie skrajnego aprioryzmu*, <http://mises.pl/blog/2011/09/30/rothbard-w-obronie-skrajnego-aprioryzmu/> (25.11.2013).
- UNITED NATIONS (2011), *A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure*, Bangkok.
- WIELKA AKCJA CBA. Zatrzymania 18 osób, w tym urzędników MSZ i GUS (2013), <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/981694,Wielka-akcja-CBA-Zatrzymania-18-osob-w-tym-urzednikow-MSZ-i-GUS> (25.11.2013).
- WIELOŃSKI Michał (2006), *Partnerstwo publiczno-prywatne w Unii Europejskiej*, Warszawa.
- WIELOŃSKI Michał (2013), *Wykorzystanie myśli austriackiej szkoły ekonomii w tworzeniu prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Europejski”, nr 1.