

**Marcin Jędrasik**

**SPOSOBY WYBORU PARTNERA PRYWATNEGO  
DO REALIZACJI PRZEDSIĘWZIĘCIA W RAMACH  
PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO LUB KONCESJI**

Na potrzeby niniejszego artykułu termin „partner prywatny” będzie używany nie tylko w rozumieniu definicji legalnej, wynikającej z art. 2 pkt 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>1</sup> (dalej w skrócie: ustawa o ppp), ale także w znaczeniu szerszym. Będzie obejmował zamawiającego (zgodnie z ustawą – Prawo zamówień publicznych), koncesjonariusza (zgodnie z ustawą o koncesjach na roboty budowlane i usługi) oraz partnera prywatnego (zgodnie z ustawą o ppp), chyba że wyraźnie wskazano inaczej. Opisując sposoby wyboru partnera prywatnego, zwrócę szczególną uwagę na ustawę o ppp oraz ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>2</sup> (dalej w skrócie: ustawa o koncesjach), jednak nie jest to wyczerpujące ujęcie tematu. Dla przykładu można wymienić ustawę o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym<sup>3</sup>, która zawiera odrębny, specyficzny tryb wyboru partnera prywatnego do budowy lub eksploatacji autostrad. Zostaną także omówione istotne zmiany<sup>4</sup> wprowadzone w ustawie o ppp w zakresie możliwych sposobów wyboru partnera prywatnego, obowiązujące od 17 lipca 2010 r.

Przedstawię również kryteria oceny ofert w podziale na obligatoryjne oraz fakultatywne, z uwzględnieniem zarówno ustawodawstwa krajowego, jak i przykładowych wytycznych szeroko rozumianego partnerstwa publiczno-prywatnego,

---

<sup>1</sup> Ustawa z 19.12.2008 r. (DzU z 2009 r., nr 19, poz. 100, ze zm.).

<sup>2</sup> Ustawa z 9.01.2009 r. (DzU z 2009 r., nr 19, poz. 101, ze zm.).

<sup>3</sup> Ustawa z 27.10.1994 r. (DzU z 2004 r., nr 256, poz. 2571, ze zm.).

<sup>4</sup> Ustawa z 7.05.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (DzU nr 106, poz. 675).

stosowanych na świecie. W Polsce, z uwagi na bardzo małą liczbę projektów w systemie ppp, nie zostały wypracowane standardy czy wskazówki przeprowadzania tego typu inwestycji. Przedsięwzięcia te nie są realizowane wyłącznie przez firmy lokalne (krajowe), ale z reguły biorą w nich udział partnerzy prywatni o kapitale międzynarodowym, dlatego też przy ich podejmowaniu należy wziąć pod uwagę wskazówki opracowane w innych, bardziej doświadczonych krajach. Omówię także przykłady popełnianych błędów oraz rodzajów ryzyka, jakie partner publiczny powinien wziąć pod uwagę przygotowując się do przeprowadzenia postępowania o wybór partnera prywatnego, a następnie zmiany wprowadzone w ustawie o ppp oraz ustawie o koncesjach, nieujęte we wcześniejszych częściach artykułu.

### **Możliwości wyboru partnera prywatnego**

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym przewiduje dwa podstawowe tryby wyboru partnera prywatnego, w zależności od sposobu jego wynagrodzenia. Jeśli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania korzyści z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do jego wyboru oraz umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy o koncesjach w zakresie nieuregulowanym w ustawie o ppp. Jeśli natomiast wynagrodzenie partnera prywatnego określone jest w inny sposób (na przykład w całości pochodzi od podmiotu publicznego), zarówno do jego wyboru, jak i do umowy o ppp stosuje się przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych<sup>5</sup> (dalej w skrócie: ustawa pzp) w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Wspomniane wyżej zmiany w ustawie o ppp<sup>6</sup> wprowadzają nowe możliwości wyboru partnera prywatnego. Będą one wykorzystywane gdy ani ustawa pzp, ani ustawa o koncesjach nie znajdują zastosowania. Przykładem mogą być zamówienia wymienione w art. 4 ustawy pzp oraz koncesje wskazane w art. 4 ustawy o koncesjach, dotyczące sektora telekomunikacyjnego. Jeśli żadna z tych ustaw nie znajdowała zastosowania, dotychczasowe brzmienie art. 4 ustawy o ppp skutkowało odesłaniem do przepisów, które z mocy prawa były wyłączone. Po nowelizacji, gdy ani ustawa o ppp, ani ustawa o koncesjach nie ma zastosowania, partner prywatny może być wybrany przez podmiot publiczny w sposób uwzględniający wymagania określone w ustawodawstwie unijnym, to jest z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności.

<sup>5</sup> Ustawa z 29.01.2010 r. — Prawo zamówień publicznych (DzU z 2010 r., nr 113, poz. 759).

<sup>6</sup> Wprowadzone ustawą z 7.05.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (DzU nr 106, poz. 675).

Jednak wówczas, gdy partnerowi prywatnemu ma być udostępniony składnik majątkowy będący nieruchomością, a jednocześnie ani ustawa pzp, ani ustawa o koncesjach nie znajdują zastosowania, podmiot publiczny może dokonać wyboru partnera prywatnego w trybie przewidzianym w ustawie o gospodarce nieruchomościami<sup>7</sup>.

Poniżej przedstawiono w skrócie sposoby wyboru partnera prywatnego/koncesjonariusza na podstawie ustawy o koncesjach lub ustawy pzp, z uwzględnieniem ustawy o ppp.

Tabela 1

### Sposoby wyboru partnera prywatnego/koncesjonariusza

Wybierany podmiot	Tryb		Cel
Partner prywatny	Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym	Ustawa o koncesjach	Umowa
		Ustawa – Prawo zamówień publicznych	
		Uczciwa konkurencja, równe traktowanie, przejrzystość i proporcjonalność <sup>1)</sup>	
		Ustawa o gospodarce nieruchomościami <sup>2)</sup>	
Koncesjonariusz	Ustawa o koncesjach		Umowa

<sup>1)</sup> Jeśli ani ustawa o koncesjach, ani ustawa pzp nie znajdują zastosowania.

<sup>2)</sup> Jeśli ani ustawa o koncesjach, ani ustawa pzp nie znajdują zastosowania, a partnerowi prywatnemu ma być udostępniony składnik majątkowy.

Źródło: Opracowanie własne autora.

Ustawowe wskazówki dotyczące wyboru odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia (wyboru partnera prywatnego) nie są jednak do końca jasne dla zamawiających. Zdarza się bowiem, że zamawiający zamieszcza w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane, podając w tytule projektu, że przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Takie podejście nie jest właściwe i może wynikać z potocznego rozumienia wymienionych pojęć. Koncesje są bowiem często określane jako „małe ppp”, a zamawiający muszą stosować terminy zgodnie z ich ustawowymi definicjami. Mówiąc wprost, w razie wyboru partnera prywatnego (nie koncesjonariusza), nawet gdy do jego wyboru stosujemy ustawę o koncesjach (z uwzględnieniem ustawy o ppp), to nadal jest to wybór partnera prywatnego. Analogicznie postępujemy, gdy wybieramy partnera prywatnego (nie wykonawcę)

<sup>7</sup> DzU z 2010 r., nr 102, poz. 651 i nr 106, poz. 675.

i do jego wyboru stosujemy ustawę pzp (z uwzględnieniem ustawy o ppp). Ma to zastosowanie także wówczas, gdy wybieramy koncesjonariusza (nie partnera prywatnego) na podstawie ustawy o koncesjach (która ma tutaj samodzielne zastosowanie, czyli nie stosujemy ustawy o ppp) – nie można używać sformułowań, które wskazywałyby, że wybieramy partnera prywatnego, to znaczy nie będziemy realizować przedsięwzięcia w rozumieniu ustawy o ppp.

### **Kryteria oceny ofert – regulacje i doświadczenia krajowe**

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 6) przewiduje dwa rodzaje kryteriów oceny ofert: obowiązkowe oraz nieobowiązkowe (przykładowe), ale rekomendowane. Trzeba zwrócić uwagę, że jeśli partner prywatny będzie wybierany w trybie Prawa zamówień publicznych, nie znajdzie zastosowania art. 91 tej ustawy w części, która wskazuje, że kryterium oceny ofert może być tylko cena. Wybór partnera prywatnego w wersji minimum musi obejmować co najmniej dwa obowiązkowe kryteria: kryterium podziału zadań i ryzyka związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym oraz kryterium dotyczące terminu i wysokości przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane.

Kryteriami oceny ofert rekomendowanymi przez ustawodawcę<sup>8</sup>, zmierzającymi do wyboru partnera prywatnego, są w szczególności: 1) podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym; 2) stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego; 3) efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych; 4) kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, zwłaszcza jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii (w tym w zakresie oddziaływania na środowisko), koszt utrzymania, serwis, a także termin wykonania zamówienia. Kryteria oceny ofert partnera prywatnego na podstawie ustawy pzp określone są w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 60c w związku z art. 40 i art. 41).

W literaturze przedmiotu dość powszechny jest pogląd, że najlepszym trybem wyboru partnera prywatnego (nie wykonawcy) na podstawie Prawa zamówień publicznych jest dialog konkurencyjny. Nie należy jednak zapominać, że ustawodawca nie nakazuje stosowania tego trybu podmiotowi publicznemu. Tryb dialogu konkurencyjnego to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym

<sup>8</sup> Zarówno w ustawie o ppp, jak i w ustawie pzp.

ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający (podmiot publiczny) prowadzi dialog z wybranymi przez siebie wykonawcami (partner prywatny), a następnie zaprasza ich do składania ofert. Ma on zastosowanie, gdy spełnione są łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty (zgodnie z art. 6 ustawy o ppp warunek ten jest spełniony). Po drugie, nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub nie można opisać przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia.

Drugim trybem – obok dialogu konkurencyjnego – jaki jest do rozważenia przy wyborze partnera prywatnego na podstawie Prawa zamówień publicznych, są negocjacje z ogłoszeniem. Jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający (partner publiczny) zaprasza wykonawców (partnerów prywatnych) dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza do składania ofert. Tryb ten ma zastosowanie w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych, lub związane z nimi ryzyko uniemożliwiają wcześniejsze dokonanie ich wyceny albo nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby wybór najkorzystniejszej oferty mógł nastąpić w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego (art. 55 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy pzp).

Przy wyborze partnera prywatnego w trybie ustawy o koncesjach zastosowanie znajdują także wymienione regulacje, opisane w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym (dotyczące między innymi stosowania kryteriów obowiązkowych). Jeśli na podstawie ustawy o koncesjach będziemy wybierali koncesjonariusza, a nie partnera prywatnego, zastosujemy nieco odmienne reguły. Ustawa o koncesjach podaje własny, przykładowy katalog kryteriów. Mogą nimi być: czas trwania koncesji, wysokość współfinansowania jej przedmiotu ze środków koncesjonariusza, koszty użytkowania przedmiotu koncesji, wysokość opłaty za usługę świadczoną na rzecz osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji, jakość wykonania, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, rentowność, termin wykonania przedmiotu koncesji. Ustawa o koncesjach nie wskazuje katalogu obowiązkowych kryteriów, co oznacza, że można zastosować jedno kryterium – 100% ceny (jeśli wybierany jest koncesjonariusz, a nie partner prywatny). Jednak takie podejście należy zdecydowanie odrzucić, choć jest ono

prawnie dopuszczalne. W postępowaniu o wybór koncesjonariusza czy partnera prywatnego nie wybieramy najtańszego wykonawcy, ale wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i który będzie w stanie, przykładowo, eksploatować obiekt budowlany przez 30 lat lub wykonywać usługi przez 15 lat. Dodatkowo, w wypadku koncesji na roboty budowlane, ustawodawca umożliwił stosowanie kryteriów podmiotowych, czyli odnoszących się do właściwości koncesjonariusza, którymi są wiedza i doświadczenie. Stosowanie kryteriów podmiotowych (tam, gdzie pozwala na to ustawodawca) jest bardzo dobrą praktyką, choć wymaga od zamawiającego większego wysiłku, obejmującego ich odpowiednie opisanie i ocenę. Oferta najkorzystniejsza wybierana jest przez koncesjodawcę spośród ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji, na podstawie określonych w nim kryteriów oceny. Z punktu widzenia procedury udzielenia koncesji, dla postępowania nie ma znaczenia, czy wpłynęła tylko jedna oferta – postępowanie może być dalej prowadzone. O wyborze oferty najkorzystniejszej koncesjodawca informuje oferentów, podając uzasadnienie. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej zawiera również powody niedopuszczenia ofert do oceny i porównania.

Kryteria oceny ofert dotyczące wyboru partnera prywatnego/koncesjonariusza w trybie ustawy o koncesjach, jakimi podmiot publiczny będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej oraz, o ile to możliwe, ich znaczenie – znajdują się w ogłoszeniu o koncesji. Następnie, po przeprowadzeniu negocjacji koncesjodawca zaprasza do złożenia ofert partnerów prywatnych/koncesjonariuszy, z którymi prowadził negocjacje, przesyłając im opis warunków koncesji, zawierający w szczególności kryteria oceny ofert i ich znaczenie.

W Polsce nie ma jeszcze wypracowanych dobrych praktyk przy realizacji przedsięwzięć typu ppp, dlatego podmioty publiczne (zamawiający) realizując bardzo podobne projekty, stosują różne kryteria. Wnioski takie płyną z analizy kryteriów oceny ofert, jakie zamawiający zamieszczają w ogłoszeniach<sup>9</sup>. Przykładowo, w jednym z przedsięwzięć zamawiający podał, że będzie stosował kryteria dotyczące: 1) ceny za zaprojektowanie i wybudowanie projektu; 2) okresu zaprojektowania i wybudowania projektu; 3) okresu eksploatacji obiektu, z tym że zamawiający zamierza podać szczegółowy sposób oceny oferty po negocjacjach z partnerami prywatnymi. Inny zamawiający z kolei jako kryteria podał: 1) przejęcie przez partnera prywatnego jak największej liczby i zakresu zadań oraz ryzyka (warto dodać, że celem podmiotu publicznego nie powinno być przerzucenie ryzyka na partnera prywatnego, ale jego najlepsze rozłożenie pomiędzy partnerów,

<sup>9</sup> Por. Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej.

którzy potrafią nim zarządzać); 2) rodzaj świadczeń i wysokość płatności od podmiotu publicznego; 3) podział dochodów z przedsięwzięcia; 4) stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu podmiotu publicznego; 5) funkcjonalność, jakość, parametry techniczne, poziom oferowanej technologii, koszt utrzymania, propozycje dotyczące rozwiązań technicznych, proekologiczne rozwiązania; 6) liczbę nieodpłatnych lub promocyjnych godzin dla podmiotu publicznego za korzystanie z przedsięwzięcia. Trzeba tu podkreślić, że wszystkie kryteria stosowane w danym przedsięwzięciu muszą być dostosowane indywidualnie do konkretnego projektu. Powyższy przykład ma jedynie na celu ukazanie, jak różne jest podejście podmiotów publicznych do realizowanych przez nie przedsięwzięć.

Kryteriami<sup>10</sup> stosowanymi przez podmioty publiczne na świecie są między innymi: 1) wykonanie przez partnera prywatnego jednego lub większej liczby podobnych przedsięwzięć; 2) zdolność finansowa partnera prywatnego; 3) minimalny przychód z podobnego przedsięwzięcia realizowanego przez partnera prywatnego; 4) minimalne wymagania dotyczące łącznej wartości firm tworzących konsorcjum; 5) jakość usług świadczonych w podobnym przedsięwzięciu.

Innym przykładem kryteriów odnoszących się do projektów typu ppp jest ich podział na: kryteria ogólne, doświadczenie i potencjał, komercyjne i finansowe oraz inne<sup>11</sup>. Do kryteriów ogólnych zalicza się: zrozumienie celów projektu i wymagań zamawiającego wobec jego realizacji; zrozumienie kluczowych zagadnień i wyzwań projektu oraz identyfikację proponowanych rozwiązań. Doświadczenie i potencjał obejmują: doświadczenie i zdolność zarządzania projektem, uwzględniające wpływ (współpracę) zamawiającego, członków konsorcjum oraz kluczowych akcjonariuszy spółki; lokalne i międzynarodowe doświadczenie w projektowaniu, budowie, finansowaniu, utrzymaniu i zarządzaniu przedsięwzięciami ppp (porównywalnymi rozmiarem i poziomem skomplikowania w stosunku do danego przedsięwzięcia); doświadczenie członków konsorcjum we wspólnej realizacji przedsięwzięcia. Kryteria komercyjne i finansowe stanowią: proponowana struktura komercyjna i finansowa; podział ryzyka pomiędzy uczestników konsorcjum; finansowe wsparcie świadczone przez spółkę (spółki) matkę<sup>12</sup>; zaangażowanie instytucji finansowych; zrozumienie oraz akceptacja proponowanego podziału ryzyka oraz zasad komercyjnych; zdolność

<sup>10</sup> M. Kert: *Concessions for infrastructure. A guide to their design and award*, Bank Światowy, USA, 1998 r., s. 113-114.

<sup>11</sup> *National Public Private Partnership Guidelines, volume 2: Practitioners' Guide*, Australian Government, December 2008, s. 12-13, 20-21.

<sup>12</sup> Dość powszechne jest tworzenie specjalnych podmiotów tylko do realizacji danego przedsięwzięcia ppp, tzw. SPV – *special purpose vehicle*.

finansowa w celu wypełnienia zobowiązań kontraktowych. Do kategorii inne kryteria należy między innymi zapewnienie o braku konfliktu interesów.

Każde z wymienionych kryteriów może być podzielone na podkryteria lub wymagać uszczegółowienia. Na przykład, kryterium rozumienia celów projektu i wymagań zamawiającego wobec jego realizacji może obejmować: 1) szczegółowy plan działań; 2) projekt architektoniczny określający przedsięwzięcie; 3) techniczne oraz funkcjonalne właściwości; 4) wykresy oraz plany ukazujące funkcjonalność przyjętych rozwiązań; 5) szczegóły dotyczące rozwiązań inżynierskich. Z kolei kryterium współpracy zamawiającego, członków konsorcjum oraz kluczowych akcjonariuszy spółki może obejmować szczegółowe rozpisanie ról poszczególnych podmiotów oraz wskazanie sposobu współdziałania, ukazującego partnerską realizację projektu.

Przy ustanawianiu kryteriów oceny ofert nie należy koncentrować się jedynie na rozmiarze przedsięwzięcia, lecz trzeba także brać pod uwagę jakość i efektywność świadczonych usług. Kryteria odnoszące się do jakości i efektywności powinny dawać gwarancję, że podmiot wygrywający postępowanie będzie spełniał minimalne wymagania odpowiednie dla danego przedsięwzięcia. Przykładowe kryteria tego typu to efektywność pracy – czyli wyniki osiągane przez jednego pracownika, lub efektywność kosztów – czyli ich wysokość na jednostkę usługową. Kryteria oceny ofert muszą być dostosowane do przedsięwzięcia. Zdarza się jednak, że zamawiający (podmioty publiczne) stosują bardziej uznaniowy proces wyboru partnera prywatnego. Partnerzy prywatni przedstawiają informacje o swoim doświadczeniu i kwalifikacjach, które są następnie oceniane przez zamawiającego w celu wyboru podmiotu charakteryzującego się satysfakcjonującym poziomem finansowych i technicznych możliwości, ale bez wskazania jasno sprecyzowanych kryteriów. Takie podejście daje co prawda stronie zamawiającej więcej elastyczności i swobody, ale często bywa przyczyną odwołań czy skarg wykonawców, którzy odpadli z postępowania z uwagi na brak transparentności. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE, d. ETS), zamawiający zobowiązani są do przestrzegania zasad równego traktowania i niedyskryminacji, które polegają na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego upublicznienia informacji, umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję<sup>13</sup>.

### **Dobre praktyki**

Przed określeniem kryteriów oceny ofert podmiot publiczny (z pomocą swoich doradców) często przeprowadza badania rynku (*market testing* lub *road*

<sup>13</sup> Sprawa Teleaustria C-324/98 i sprawa Parking Brixen C-458/03.



*show*) w celu promocji przedsięwzięcia i oceny stopnia zainteresowania inwestorów. Takie działanie pomaga podmiotom publicznym określić kryteria, które zostaną spełnione przez wystarczającą liczbę podmiotów prywatnych i będą się opierały na ich wcześniejszym doświadczeniu oraz technicznych i finansowych możliwościach. Badanie rynku nie jest obowiązkowe, ale pomaga uniknąć nieprzyjemnych niespodzianek w postaci braku zainteresowania danym przedsięwzięciem przez partnerów prywatnych<sup>14</sup>.

### **Zmiany w ustawie o ppp oraz w ustawie o koncesjach<sup>15</sup>**

W ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym zmodyfikowano art. 13, dotyczący możliwości zmian zawartej umowy o ppp. Nowelizacja miała na celu dostosowanie tego artykułu do analogicznych uregulowań w ustawie – Prawo zamówień publicznych (art. 144). Obecnie zakaz wprowadzania zmian w zawartej umowie ppp został ograniczony do zmian istotnych, czyli takich, które miałyby wpływ na treść ofert, na podstawie których dokonano wyboru partnera prywatnego. Zmiany nieistotne mogą być teraz wprowadzane do umowy po uzgodnieniu ich przez strony. Jednak gdy podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania istotnych zmian w ogłoszeniu lub dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz zostały określone warunki ich dokonywania, istnieje możliwość wprowadzenia ich w umowie. Z niezrozumiałych jednak powodów podobna modyfikacja nie została wprowadzona do ustawy o koncesjach. Ustawa o koncesjach zakazuje zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której podpisano umowę koncesji, chyba że konieczność ich wprowadzenia wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy. Należy pamiętać, że w sytuacji gdy postanowienia umowy koncesyjnej zostaną zmienione w takim stopniu, że będą się one zasadniczo różniły od postanowień, które uzasadniały zawarcie pierwotnej umowy koncesyjnej, należy rozważyć, czy nie będzie konieczne wszczęcie nowego postępowania koncesyjnego<sup>16</sup>. W wymienionych trzech ustawach mowa jest o tym, że w razie dokonania zmian w umowie z naruszeniem obowiązujących regulacji, zmiany takie są nieważne z mocy prawa.

Od 17 lipca 2010 r. obowiązuje także nowa definicja zarówno koncesji na roboty, jak i koncesji na usługi. Zmiany te mają co prawda charakter redakcyjny, jednak ustawodawca uznał je za ważne. Poprzednie brzmienie ustawy wskazy-

<sup>14</sup> M. Kert: *Concessions for infrastructure*, op. cit., s. 113-114.

<sup>15</sup> Obowiązujące od 17.07.2010 r.

<sup>16</sup> Stanowisko takie przyjął Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (d. Europejski Trybunał Sprawiedliwości) w orzeczeniu z 13.04.2010 r. w sprawie C-91/08.

wało, że istotą koncesji na roboty było wyłącznie prawo do korzystania z obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, podczas gdy w praktyce istotą koncesji na roboty budowlane jest wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. Taki właśnie zapis znajduje się teraz w ustawie.

Analogiczna zmiana została wprowadzona w definicji koncesji na usługi, która była określona jako wyłączone prawo korzystania z usługi przez koncesjonariusza, podczas gdy w rzeczywistości było nią prawo do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, czyli dochodów z tytułu świadczenia tych usług osobom trzecim.

*Marcin Jędrasik*  
*naczelnik Wydziału Systemu i Analiz Prawnych*  
*w Departamencie Przygotowania Projektów Indywidualnych*  
*Ministerstwa Rozwoju Regionalnego,*  
*doktorant w Zakładzie Nauki Administracji*  
*Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego*

