



KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

Bruksela, dnia 05.02.2008 r.
C(2007)6661

KOMUNIKAT WYJAŚNIAJĄCY KOMISJI

**w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i
koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych
(ZPPP)**

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

KOMUNIKAT WYJAŚNIAJĄCY KOMISJI

w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP)

1. WPROWADZENIE

W ostatnich latach metoda partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP) znacznie się rozpowszechniła. Cechą charakterystyczną wyróżniającą tę, zwykle długotrwałą, formę współpracy jest szczególna rola partnera prywatnego, który uczestniczy w rozmaitych etapach realizowanego projektu (etap projektowania, realizacji i eksploatacji), ponosi ryzyka, które tradycyjnie bierze na siebie sektor publiczny, i często uczestniczy również w finansowaniu projektu.

Zgodnie z prawem wspólnotowym organy władzy publicznej mogą prowadzić działalność gospodarczą samodzielnie lub zlecać jej prowadzenie osobom trzecim, np. podmiotom z kapitałem mieszanym tworzonym w ramach PPP. Jeśli jednak podmioty prawa publicznego decydują się włączyć osoby trzecie w działalność gospodarczą na warunkach, które mogą być zakwalifikowane jako zamówienia publiczne lub koncesje, konieczne jest przestrzeganie przepisów prawa wspólnotowego mającego zastosowanie do zamówień publicznych lub koncesji. Celem tych przepisów jest umożliwienie wszystkim zainteresowanym przedsiębiorcom ubiegania się o zamówienia publiczne i koncesje w drodze sprawiedliwej i przejrzystej procedury - zgodnie z zasadami europejskiego rynku wewnętrznego - przyczyniając się w ten sposób do podniesienia standardu tego typu projektów i oszczędności w wydatkach dzięki większej konkurencji¹.

Konsultacje społeczne dotyczące zielonej księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji² pokazały³, że istnieje rzeczywista potrzeba wyjaśnienia stosowania tych przepisów prawa wspólnotowego w przypadku tzw. „zinstytucjonalizowanych” PPP (ZPPP). Pod pojęciem „ZPPP” Komisja rozumie współpracę partnerów publicznych i prywatnych, którzy tworzą wspólnie podmiot z kapitałem mieszanym w celu wykonywania zamówień publicznych lub koncesji⁴. Wkład prywatny w działalność ZPPP obejmuje, oprócz wniesienia wkładu kapitałowego lub innych aktywów, czynny udział w wykonywaniu zadań powierzonych podmiotowi z kapitałem mieszanym i/albo w zarządzaniu tym podmiotem. Natomiast samo wniesienie do

¹ Parlament Europejski stwierdził w tej sprawie, że przestrzeganie przepisów „może stanowić skuteczny instrument zapobiegania nieuzasadnionym ograniczeniom konkurencji, umożliwiając jednocześnie organom władzy publicznej samodzielne określanie i kontrolowanie wymogów dotyczących jakości, dostępności, norm społecznych i ochrony środowiska” (rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie zielonej księgi na temat usług użyteczności publicznej [P5_TA(2004)0018], pkt 32).
COM(2004) 327 z 30.4.2004.

²
³ „Partnerstwa publiczno-prywatne oraz prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji” - COM(2005) 569 wersja ostateczna z 15.11.2005, s. 9.

⁴ W państwach członkowskich stosuje się w tym kontekście różne terminy i różne mechanizmy (np. *Kooperationsmodell*, *joint ventures*, *Sociétés d'Economie Mixte*).

przedsiębiorstwa publicznego wkładu pieniężnego przez prywatnego inwestora nie stanowi ZPPP i dlatego niniejszy komunikat nie obejmuje tego ostatniego przypadku.

Niepewność prawna dotycząca udziału partnerów prywatnych w ZPPP może zaszkodzić powodzeniu tej formy współpracy. Ryzyko związane z tworzeniem struktur na podstawie umów, które okazują się później niezgodne z prawem wspólnotowym, może wręcz zniechęcać organy władzy publicznej i podmioty prywatne od tworzenia ZPPP.

W rezolucji z dnia 26 października 2006 r.⁵ w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych Parlament Europejski dostrzegł wynikającą z praktyki potrzebę wyjaśnienia stosowania prawa o zamówieniach publicznych w odniesieniu do tworzenia podmiotów publiczno-prywatnych związanego z udzieleniem zamówienia lub koncesji, i wezwał Komisję do jak najszybszego przedstawienia odpowiednich wyjaśnień.

Komisja objaśnia w niniejszym komunikacie, w jaki sposób należy (w opinii Komisji) stosować przepisy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych i koncesji⁶ w odniesieniu do tworzenia ZPPP i jego działalności⁷. Przy pomocy niniejszego komunikatu Komisja pragnie zwiększyć pewność prawną a także odpowiedzieć na wyrażane często obawy, że stosowanie prawa wspólnotowego w odniesieniu do udziału partnerów prywatnych w ZPPP zniechęca do tej formuły albo wręcz uniemożliwia jej stosowanie. Przyjęcie niniejszego komunikatu stanowi część zobowiązań podjętych przez Komisję w komunikacie „Usługi świadczone w interesie ogólnym, w tym usługi socjalne świadczone w interesie ogólnym”⁸ z dnia 20 listopada 2007 r., zgodnie z którymi Komisja miała zapewniać wytyczne w zakresie usług użyteczności publicznej.

Niniejszy komunikat nie tworzy żadnych nowych norm prawnych. Zawiera on jedynie wyjaśnienie, w jaki sposób Komisja rozumie Traktat WE, dyrektywy w sprawie zamówień publicznych oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS). Należy tutaj zastrzec, że ostateczna wykładnia prawa wspólnotowego leży zawsze w kompetencji ETS.

⁵ P6_TA(2006)0462, pkt 35.

⁶ „Koncesja na roboty budowlane” oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością; „koncesja na usługi” oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością (zob. art. 1 ust. 3 i 4 dyrektywy 2004/18/WE, Dz.U. 134 z 30.4.2004, s. 114).

⁷ Niniejszy komunikat nie obejmuje zamówień publicznych i koncesji, do których ma zastosowanie art. 5 ust. 2 -7 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. L 315 z 3.12.2007, s. 1).

⁸ COM(2007) 725 z 20.11.2007 r.; zob. również dokument roboczy służb Komisji „Pytania i odpowiedzi w sprawie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych do usług socjalnych użyteczności publicznej” SEC(2007) 1514, towarzyszący komunikatowi z 20.11.2007 r.

2. TWORZENIE NOWEGO ZPPP

2.1. Zasady

Na poziomie Wspólnoty nie istnieją szczegółowe przepisy regulujące tworzenie ZPPP. Jednak w odniesieniu do zamówień publicznych i koncesji zasada równego traktowania oraz jej szczególne przypadki, jakimi są zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz art. 43 Traktatu WE dotyczący swobody przedsiębiorczości oraz art. 49 Traktatu WE dotyczący swobody świadczenia usług, znajduje zastosowanie, gdy organ władzy publicznej powierza wykonywanie działalności gospodarczej osobie trzeciej⁹. Z art. 43 i 49 Traktatu WE wynikają nie tylko zasady niedyskryminacji i równego traktowania, ale także przejrzystości, wzajemnego uznawania i proporcjonalności¹⁰. W odniesieniu do przypadków objętych zakresem dyrektyw w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych¹¹ („dyrektywy w sprawie zamówień publicznych”) znajdują zastosowanie szczegółowe przepisy.

Fakt współpracy podmiotu prywatnego i podmiotu zamawiającego¹² w ramach podmiotu z kapitałem mieszanym nie może uzasadniać nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych i koncesji podczas udzielania zamówień publicznych lub koncesji temu podmiotowi prywatnemu lub podmiotowi z kapitałem mieszanym. ETS stwierdził¹³, że udziały, nawet mniejszościowe, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale spółki, w której udziały ma również dany podmiot zamawiający, wykluczają w każdym przypadku możliwość istnienia pomiędzy instytucją zamawiającą a taką spółką¹⁴ stosunku „wewnętrznego” (*in-house*), do którego nie ma zasadniczo zastosowania prawo zamówień publicznych.

2.2. Proces tworzenia ZPPP

W praktyce proces tworzenia ZPPP przebiega zwykle następująco:

- zawiązywane jest nowe przedsiębiorstwo, którego kapitał posiadają wspólnie podmiot zamawiający i partner prywatny (w szczególnych przypadkach – kilka podmiotów zamawiających i/lub kilku partnerów prywatnych), po czym nowo

⁹ Sprawa C-458/03, Parking Brixen, Zb.Orz. 2005, I-8612, pkt 61.

¹⁰ Zob. komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący koncesji w prawie wspólnotowym, Dz.U. C 121 z 29.4.2000, s. 6.

¹¹ Dyrektywa 2004/18/WE, zob. przypis na str. 6 powyżej, i dyrektywa 2004/17/WE, Dz.U. L 134 z 30.4.2004, s. 1.

¹² W niniejszym komunikacie termin „podmiot zamawiający” obejmuje instytucje zamawiające w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE i podmioty zamawiające w rozumieniu art. 2 dyrektywy 2004/17/WE.

¹³ Sprawa C-26/03, Stadt Halle, Zb.Orz. 2005, I-1, pkt 49.

¹⁴ Według ETS (sprawa C-410/04, ANAV, Zb.Orz. 2006, s. I-3303, pkt 30 i nast.), w przypadku zamówień publicznych relewantne jest nie tylko faktyczne posiadanie udziału kapitałowego w przedsiębiorstwie publicznym przez osobę trzecią, ale już sam zamiar utworzenia w przyszłości spółki zależnej podmiotu zamawiającego na udział sektora prywatnego. Innymi słowy, nie wolno przyznawać „wewnętrznie” zamówień publicznych czy koncesji przedsiębiorstwu publicznemu, jeśli istnieje zamiar utworzenia tego przedsiębiorstwa publicznego na udział podmiotów prywatnych w czasie realizacji przedmiotowych umów. Natomiast czysto teoretyczna możliwość posiadania przez podmiot prywatny udziału w kapitale spółki zależnej podmiotu zamawiającego nie stoi na przeszkodzie, w opinii Komisji, takiemu powiązaniu wewnętrznemu pomiędzy podmiotem zamawiającym a jego spółką zależną.

utworzony podmiot z kapitałem mieszanym otrzymuje zamówienie publiczne lub koncesję; lub

- partner prywatny nabywa udział w już istniejącym przedsiębiorstwie publicznym, które wykonuje zamówienia publiczne lub koncesje uzyskane wcześniej w ramach stosunku „wewnętrznego”.

Niezależnie od metody utworzenia ZPPP, przepisy prawa wspólnotowego dotyczące zamówień publicznych i koncesji wymagają od podmiotu zamawiającego, aby przestrzegał przejrzystej i sprawiedliwej procedury podczas wyboru partnera prywatnego, który w ramach swojego udziału w podmiocie z kapitałem mieszanym będzie dokonywać dostaw, wykonywać roboty budowlane lub świadczyć usługi¹⁵ albo podczas udzielania zamówienia publicznego lub koncesji na rzecz podmiotu z kapitałem mieszanym¹⁶. Podmioty zamawiające nie mogą w żadnym wypadku „stosować wybiegów maskujących udzielanie zamówień publicznych przedsiębiorstwom z kapitałem mieszanym”¹⁷.

Komisja jest zdania, że stosowanie podwójnej procedury (pierwszej w celu wybrania partnera prywatnego do ZPPP i drugiej w celu przydziału zamówienia publicznego lub koncesji podmiotowi z kapitałem mieszanym) byłoby niepraktyczne.

Opisane poniżej postępowanie pozwala utworzyć ZPPP zgodnie z zasadami prawa wspólnotowego, unikając jednocześnie problemów związanych z podwójną procedurą. Partner prywatny zostaje wybrany w ramach przejrzystego i konkurencyjnego postępowania. Przedmiotem tego postępowania jest zamówienie publiczne lub koncesja¹⁸, które/-a ma zostać udzielone podmiotowi z kapitałem mieszanym, oraz wkład operacyjny partnera prywatnego w realizację zadań i/albo jego wkład w zarządzanie podmiotem z kapitałem mieszanym. Wybór partnera prywatnego jest połączony z utworzeniem ZPPP i przyznaniem podmiotowi z kapitałem mieszanym zamówienia publicznego lub koncesji.

2.3. Wybór prywatnych partnerów ZPPP

2.3.1. Podstawa prawna

Jeżeli zadanie powierzone podmiotowi z kapitałem mieszanym stanowi zamówienie publiczne, które w całości podlega dyrektywom w sprawie zamówień publicznych, procedura wyboru partnera prywatnego jest określona w przepisach tych dyrektyw.

¹⁵ Stosowanie sprawiedliwej i przejrzystej procedury w odniesieniu do prywatnego partnera IPPP gwarantuje zgodność z celem niezakłóconej wolnej konkurencji oraz zasadą równego traktowania. Procedura ta zapobiega w szczególności uzyskaniu przez przedsiębiorstwo prywatne mające udział w kapitale IPPP nienależnych korzyści dających mu przewagę nad konkurencją. W związku z tym utworzenie IPPP w drodze sprawiedliwej i przejrzystej procedury mającej na celu wybór prywatnego partnera do podmiotu z kapitałem mieszanym, jest zgodne z odpowiednimi wymogami określonymi przez ETS w sprawie Stadt Halle, zob. powyższy przypis na str. 13, pkt. 51.

¹⁶ Podmioty zamawiające mogą udzielać z wolnej ręki zamówień publicznych objętych dyrektywą 2004/17/WE na rzecz swoich przedsiębiorstw powiązanych w rozumieniu art. 23 tej dyrektywy.

¹⁷ Sprawa C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. 2005, str. I-9705, pkt 42.

¹⁸ Jeżeli IPPP zostało utworzone w drodze nabycia przez partnera prywatnego udziału w już istniejącym przedsiębiorstwie publicznym, przedmiotem postępowania mającego na celu wybór prywatnego partnera IPPP może być przekazanie wykonania zamówień publicznych lub koncesji, które były dotąd wykonywane wewnętrznie przez przedsiębiorstwo publiczne.

W przypadku koncesji na roboty budowlane lub zamówienia publicznego częściowo podlegającego dyrektywom, oprócz odnośnych przepisów dyrektyw znajdują również zastosowanie podstawowe zasady wynikające z Traktatu WE. W przypadku usług wyszczególnionych w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE znajdują zastosowanie podstawowe zasady Traktatu WE zawarte w art. 43 i 49, jeśli można oczekiwać, że umowy te stanowią przedmiot pewnego zainteresowania przedsiębiorstw znajdujących się w innym państwie członkowskim niż państwo danego podmiotu zamawiającego¹⁹. Jeżeli mamy natomiast do czynienia z koncesją na usługi lub z zamówieniem publicznym, które nie podlegają dyrektywom w sprawie zamówień publicznych, wyboru partnera prywatnego należy dokonać z poszanowaniem zasad Traktatu WE.

Orzecznictwo cytowane w niniejszym dokumencie dotyczy częściowo zamówień publicznych objętych w całości szczegółowymi przepisami dyrektyw. Ponieważ jednak orzecznictwo to opiera się często na zasadach wyprowadzonych z Traktatu WE, może być ono równie istotne dla stosowania prawa wspólnotowego w innych przypadkach takich jak koncesje lub zamówienia nieobjęte lub tylko częściowo objęte szczegółowymi przepisami dyrektyw w sprawie zamówień publicznych²⁰.

2.3.2. Procedura udzielania zamówień

Jeśli utworzenie ZPPP pociąga za sobą przyznanie podmiotowi z kapitałem mieszanym zamówienia publicznego podlegającego w całości dyrektywie 2004/18/WE, może się okazać, w związku ze złożonością finansowych i prawnych aspektów takich konstrukcji, że otwarte i ograniczone procedury zdefiniowane w powyższej dyrektywie nie są dostatecznie elastyczne. Z myślą o takich właśnie sytuacjach w dyrektywie 2004/18/WE wprowadzono innowacyjną procedurę, tzw. „dialog konkurencyjny”²¹, która ma za zadanie chronić konkurencję między wykonawcami i jednocześnie umożliwić podmiotom zamawiającym omówienie wszystkich aspektów danego zamówienia z każdym kandydatem²².

Poza wyjątkowymi przypadkami²³, zamówienia publiczne podlegające w całości dyrektywie 2004/18/WE nie mogą być udzielane w drodze procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją ogłoszenia. Procedura negocjacyjna z uprzednią publikacją ogłoszenia może być natomiast zawsze stosowana przez podmioty zamawiające w celu udzielenia koncesji lub zamówień publicznych innych niż podlegające w całości dyrektywie 2004/18/WE.

¹⁹ Sprawa C-507/03, Komisja przeciwko Irlandii, [2007], pkt 32, wyrok nie opublikowany jeszcze w Zb.Orz.

²⁰ W sprawie wytycznych dotyczących udzielania takich zamówień zob. komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, Dz.U. C 179 z 1.8.2006, s. 2. Parlament Europejski i kilka państw członkowskich wniosło do Sądu Pierwszej Instancji skargę o unieważnienie tego komunikatu. W chwili przyjęcia niniejszego komunikatu sprawa ta jest jeszcze nierozstrzygnięta.

²¹ Zob. art. 29 dyrektywy 2004/18/WE.

²² Zob. motyw 31 dyrektywy 2004/18/WE.

²³ Zob. art. 30 i 31 dyrektywy 2004/18/WE.

2.3.3. *Informacje na temat projektu*

Jeżeli zadanie, w związku z którym tworzy się ZPPP, jest objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych lub sektorowymi przepisami wspólnotowymi odnoszącymi się do zamówień publicznych²⁴, należy przestrzegać szczegółowych przepisów dotyczących publikacji²⁵. Zgodnie z wynikającymi z Traktatu WE zasadami przejrzystości i równego traktowania²⁶ w przypadku innych zamówień, a także koncesji na usługi potencjalni oferenci muszą mieć dostęp do odpowiednich informacji o planach podmiotu zamawiającego dotyczących utworzenia podmiotu z kapitałem mieszanym i powierzenia mu zamówienia publicznego lub koncesji. Należy zapewnić dostęp do odpowiednich informacji poprzez publikację ogłoszenia, które powinno być dostępne potencjalnie zainteresowanym stronom przed dokonaniem wyboru partnera prywatnego.

2.3.4. *Dopuszczalne kryteria selekcji i udzielania zamówień oraz wymóg przejrzystości w odniesieniu do kryteriów*

W opinii Komisji prawo wspólnotowe nakłada na podmiot zamawiający obowiązek publikacji kryteriów selekcji i udzielania zamówień stosowanych przy wyborze partnera prywatnego ZPPP. Stosowane kryteria muszą być zgodne z zasadą równego traktowania. Obowiązek ten znajduje zastosowanie w odniesieniu do zamówień publicznych objętych w całości dyrektywami w sprawie zamówień publicznych²⁷ a także, w opinii Komisji, w odniesieniu do innych zamówień publicznych i koncesji. Wybór kandydatów, którzy będą uczestniczyć w postępowaniu oraz wybór ofert musi być dokonany na podstawie tych właśnie kryteriów, a podmiot zamawiający obowiązany jest do stosowania określonych wcześniej przepisów proceduralnych i podstawowych wymogów²⁸.

Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych przewidują obiektywne wymagania dotyczące kwalifikacji podmiotowych partnera prywatnego, takie jak podmiotowa sytuacja kandydata, jego sytuacja ekonomiczna i finansowa, predyspozycje do prowadzenia danej działalności zawodowej oraz jego możliwości techniczne i/lub zawodowe²⁹. Kryteria te mogą być używane również w kontekście koncesji i zamówień publicznych, które nie są objęte w całości dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.

Wyjaśnienia dotyczące możliwych kryteriów selekcji i udzielania zamówień w przypadku usług socjalnych użyteczności publicznej zostały przedstawione w dokumencie roboczym służb Komisji „Pytania i odpowiedzi w sprawie stosowania

²⁴ Zob. np. art. 4 rozporządzenia (EWG) nr 2408/92 z dnia 23 lipca 1992 r. w sprawie dostępu przewoźników lotniczych Wspólnoty do wewnątrzspółnotowych tras lotniczych (Dz.U. L 15 z 23.1.1993, s. 33).

²⁵ Zob. art. 41 i nast. dyrektywy 2004/17/WE i art. 35, 36 i 58 dyrektywy 2004/18/WE.

²⁶ Sprawa C-324/98, Telaustria, Rec. 2000, I-10745, pkt 60 i 61.

²⁷ Sprawa C-19/00, SIAC Constructions, Rec. 2001, I-7725, pkt 41-45; sprawa C-31/87, Bentjees, Rec. 1988, s. 4635, pkt 29 i nast.

²⁸ Nawet jeśli specyfikacje przewidują możliwość wnoszenia przez kandydatów poprawek technicznych do rozwiązań zaproponowanych przez podmiot zamawiający (co ma często miejsce w przypadku IPPP), zmiany te nie mogą dotyczyć podstawowych wymagań dotyczących projektu i muszą być ściśle ograniczone.

²⁹ Zob. artykuł 45-48 dyrektywy 2004/18/WE i art. 54 dyrektywy 2004/17/WE.

przepisów dotyczących zamówień publicznych do usług socjalnych użyteczności publicznej³⁰.

2.3.5. *Zagadnienia szczególne związane ze statutem, umową wspólników/akcjonariuszy oraz zamówieniami publicznymi lub koncesją*

Zasady równego traktowania i niedyskryminacji pociągają za sobą obowiązek przejrzystości, który polega na zagwarantowaniu, z korzyścią dla wszystkich potencjalnych oferentów, odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego otwarcie rynku usług na konkurencję³¹. Zdaniem Komisji w kontekście tworzenia ZPPP obowiązek ten oznacza, że podmiot zamawiający powinien zawrzeć w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji zamówienia podstawowe informacje na temat: zamówienia publicznego i/albo koncesji, które/-a ma zostać udzielone/-a nowo tworzonemu podmiotowi z kapitałem mieszanym; statutu tego podmiotu; umowy wspólników/akcjonariuszy oraz wszelkie inne informacje dotyczące stosunku umownego pomiędzy podmiotem zamawiającym a partnerem prywatnym z jednej strony oraz stosunku pomiędzy podmiotem zamawiającym a podmiotem z kapitałem mieszanym, który ma być utworzony, z drugiej strony. Jeśli podmiot zamawiający stosuje dialog konkurencyjny lub procedurę negocjacyjną, niektóre z tych informacji nie muszą być określone z góry, można je wskazać dopiero w toku dialogu lub negocjacji z przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie lub koncesję. Zaproszenie do ubiegania się o zamówienie powinno zawierać informacje o przewidywanym czasie trwania zamówienia publicznego lub koncesji, które mają być wykonywane przez podmiot z kapitałem mieszanym.

W opinii Komisji zasada przejrzystości wymaga, aby dokumentacja przetargowa zawierała jednoznaczne informacje na temat możliwości odnowienia albo zmiany zamówień publicznych lub koncesji udzielonych podmiotowi z kapitałem mieszanym oraz na temat możliwości zlecenia nowych zadań. Minimalny zakres informacji, który powinien się znaleźć w dokumentacji przetargowej, to liczba tego typu opcji oraz warunki ich zastosowania. Informacje przedstawione w ten sposób powinny być wystarczająco szczegółowe, aby zapewnić sprawiedliwą i efektywną konkurencję.

Wskazane jest, aby umowa pomiędzy podmiotem zamawiającym a partnerem prywatnym określała z góry postępowanie w przypadku gdy podmiot z kapitałem mieszanym nie otrzyma w przyszłości żadnych dodatkowych zadań i/albo gdy powierzone mu obecnie zadania nie zostaną przedłużone. Komisja jest zdania, że statut powinien umożliwiać późniejszą zmianę partnera prywatnego. Ponieważ partner prywatny nie może być automatycznie wyłączony z nowego postępowania przetargowego, podmiot zamawiający powinien w takich przypadkach zwracać szczególną uwagę na wymogi przejrzystości i równego traktowania wszystkich oferentów.

³⁰ Zob. przypis na stronie 8 powyżej.

³¹ Zob. sprawa C-324/98 Teleaustria, zob. przypis na s. 26 powyżej, pkt 62; sprawa C-458/03 Parking Brixen, zob. przypis na s. 9 powyżej, pkt 49.

3. ETAP PO UTWORZENIU ZPPP

ETS stwierdził, że spółki przynajmniej częściowo otwarte na udział kapitału prywatnego nie mogą być uznawane za „wewnętrzne” struktury zarządzające usługami w imieniu podmiotów zamawiających mających w nich udziały³². Wynika z tego, że w przypadku udzielania podmiotom z kapitałem mieszanym zamówień publicznych lub koncesji innych niż zamówienia lub koncesje udzielone w ramach postępowania poprzedzającego utworzenie danego ZPPP, należy przestrzegać przepisów mających zastosowanie do zamówień publicznych i koncesji, wynikających z Traktatu WE lub z dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Innymi słowy, ZPPP nie powinny zmieniać pierwotnego zakresu działalności i, co do zasady, uzyskiwać nowych zamówień publicznych lub koncesji inaczej niż w ramach postępowania przetargowego zgodnego z prawem wspólnotowym regulującym zamówienia publiczne i koncesje.

Ponieważ jednak ZPPP jest zwykle tworzone w celu świadczenia usług przez stosunkowo długi okres, musi ono mieć zdolność dostosowywania się do zmian w otoczeniu gospodarczym, prawnym i technicznym. Przepisy wspólnotowe w sprawie zamówień publicznych i koncesji nie wykluczają możliwości dostosowywania się do takich zmian, o ile zachowane są zasady równego traktowania³³ i przejrzystości³⁴. Jeżeli podmiot zamawiający pragnie z określonych przyczyn zachować możliwość zmiany niektórych warunków udzielenia zamówienia już po dokonaniu wyboru oferenta, musi zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w jego specyfikacji wyraźną informację o możliwości i szczegółowych zasadach dokonania takiej modyfikacji oraz wskazać warunki ramowe, na których musi być przeprowadzone postępowanie, tak aby wszystkie przedsiębiorstwa zainteresowane udziałem w postępowaniu przetargowym znały te informacje od samego początku i znajdowały się w równej sytuacji w chwili przedstawiania swojej oferty³⁵.

Zmiany istotnych postanowień umowy nieprzewidziane w pierwotnej specyfikacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego.³⁶ ETS uważa postanowienia umowy za istotne przede wszystkim wówczas, gdy uwzględnienie takiego postanowienia w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji pozwoliłoby oferentom przedstawić znacząco odmienną ofertę³⁷. Istotne postanowienia umowy to np. zakres robót budowlanych lub usług, które mają być świadczone przez oferenta oraz opłaty pobierane od użytkowników usług świadczonych przez oferenta.

Należy tutaj przypomnieć, że w przypadku zamówień publicznych, które są objęte w całości dyrektywami, oraz w przypadku koncesji na roboty budowlane, prawodawstwo wtórne wskazuje wyjątkowe okoliczności, w których dopuszczalne

³² Zob. sprawa C-231/03, Coname, Zb.Orz. 2005, I-7287, pkt 26; sprawa C-410/04, ANAV, zob. przypis na s. 14 powyżej, pkt 32.

³³ Zob. m.in. połączone sprawy C-285/99 i C-286/99, Lombardini i Mantovani, Rec. 2001, I-9233, pkt 37, i sprawa C-315/01, GAT, Rec. 2003, I-6351, pkt 73.

³⁴ Zob. m.in. sprawa C-92/00, HI, Rec. 2002, I-5553, pkt 45 i sprawa C-470/99, Universale-Bau i inne strony, Rec. 2002, I-11617, pkt 91.

³⁵ Zob. sprawa C-496/99 P, Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, Rec. 2004, I-3801, pkt 118.

³⁶ Zob. sprawa C-337/98, Komisja przeciwko Francji, Rec. 2000, I-8377, pkt 50.

³⁷ Zob. sprawa C-496/99 P, Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, zob. przypis na str. 35 powyżej, pkt 116 i nast.

jest udzielenie zamówienia na dodatkowe roboty budowlane lub dodatkowe usługi nieuwzględnione w pierwotnym projekcie w sposób bezpośredni, bez organizowania procedury przetargowej³⁸.

Zgodnie z prawem wspólnotowym podmiot z kapitałem mieszanym ma prawo uczestniczyć w przetargach publicznych, podobnie jak każdy inny przedsiębiorca³⁹. Dotyczy to również postępowań mających na celu udzielenie zamówienia lub koncesji, które powinny zostać przeprowadzone w związku z istotną zmianą lub przedłużeniem zamówień publicznych lub koncesji udzielonych wcześniej podmiotowi z kapitałem mieszanym przez podmiot zamawiający, będący jednocześnie jego założycielem. W takich przypadkach podmiot zamawiający powinien zwracać szczególną uwagę na wymogi przejrzystości i równego traktowania wszystkich oferentów. Należy podjąć szczególne środki ochronne w celu zapewnienia ścisłego oddzielenia osób przygotowujących przetarg i decydujących o udzieleniu zamówienia w ramach podmiotu zamawiającego od osób zarządzających ZPPP oraz w celu zapobieżenia ujawnianiu informacji poufnych należących do podmiotu zamawiającego podmiotowi z kapitałem mieszanym.

³⁸ Zob. art. 31 i 61 dyrektywy 2004/18/WE i art. 40 ust. 3 lit. f) i g) dyrektywy 2004/17/WE. W opinii Komisji odpowiednie odstępstwa mogą również znajdować zastosowanie w przypadku zamówień nieobjętych zakresem dyrektyw, w tym koncesji na usługi (zob. opinia rzecznika generalnego Jacobs w sprawie C 525/03, Komisja przeciwko Republice Włoskiej, pkt 46-48). Komisja kieruje się zasadą, że zmiany istotnych postanowień/warunków koncesji na usługi, które nie zostały wcześniej przewidziane w dokumentacji przetargowej, są dopuszczalne tylko wówczas, gdy stały się konieczne ze względu na nieprzewidziane okoliczności lub gdy są uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego (art. 46 Traktatu WE).

³⁹ Zgodnie z motywem 4 dyrektywy 2004/18/WE państwa członkowskie powinny zapewnić, aby udział podmiotu prawa publicznego jako oferenta w procedurze udzielania zamówienia publicznego nie powodował zakłócenia konkurencji w stosunku do oferentów prywatnych.