

HENRYK NOWICKI

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
nowicki@umk.pl

OSIĄGANIE EFEKTU INNOWACYJNOŚCI PRZY REALIZACJI ZADAŃ PUBLICZNYCH W RAMACH UMOWY PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO

Abstrakt: Partnerstwo publiczno-prywatne może być skutecznym sposobem wdrażania operacji, który zapewnia osiągnięcie celów polityki publicznej w wyniku łączenia różnych postaci środków publicznych i prywatnych. Podmiot publiczny, wszczynając postępowanie, którego celem jest ustanowienie PPP, musi mieć świadomość realizacji w ramach przedsięwzięcia nie tylko swoich celów. Podmiot ten może bowiem być zobowiązany do realizacji również innych celów określonych przepisami prawa, a dotyczących zasad wydatkowania środków publicznych. Wśród tych celów jednym z najważniejszych jest rozwój oparty na innowacyjności. Osiągnięcie efektu innowacyjności w ramach realizacji przedsięwzięcia w formule PPP uzależnione jest od wielu czynników, zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych wobec podmiotu publicznego.

Słowa kluczowe: partnerstwo publiczno-prywatne, polityka publiczna, innowacyjność, środki publiczne, zamówienia publiczne

1. PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE W PRZEPISACH PRAWA I W INNYCH DOKUMENTACH UNII EUROPEJSKIEJ

Wskazując na przesłanki zainteresowania problematyką partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP), wymienia się, oprócz potrzeby poszukiwania środków wspomagających finanse publiczne w realizacji inwestycji infrastrukturalnych, podniesienie jakości świadczonych usług publicznych oraz wprowadzanie w tych dziedzinach rozwiązań o charakterze innowacyjnym. Na te zagadnienia zwróciła uwagę Komisja Europejska w komunikacie z 2009 roku¹. Odnosząc się do PPP jako działania służącego innowacyjnemu realizowaniu zadań publicznych, warto

¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów z 19 listopada 2009 r., *Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych*, COM(2009) 615, final, www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009.

uwzględniać też doświadczenia zagraniczne² oraz możliwość współfinansowania projektów PPP ze środków Unii Europejskiej³. Prowadzone rozważania ograniczyć głównie do prawa krajowego odnoszącego się do PPP, które w ostatnim czasie się zmienia w konsekwencji wdrażania dyrektyw UE z 2014 roku dotyczących zamówień publicznych⁴. Ważne dla prawa krajowego jest również wprowadzenie — przepisami rozporządzenia UE — legalnej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego⁵. Przyjęta przez prawodawcę unijnego definicja partnerstwa publiczno-prywatnego oznacza formę współpracy między podmiotami publicznymi a sektorem prywatnym, której celem jest poprawa wdrażania inwestycji w projekty infrastrukturalne lub inne rodzaje operacji realizujących usługi publiczne przez dzielenie ryzyka, wspólne korzystanie ze specjalistycznej wiedzy sektora prywatnego lub dodatkowe źródła kapitału. Przepisy rozporządzenia wskazują, że występujące w nim pojęcia zdefiniowane zostały tylko na jego potrzeby. Wobec bezpośredniego stosowania przepisów rozporządzeń UE w systemach prawnych państw członkowskich pojęcie to jest zatem legalną definicją PPP, która tym samym stała się częścią systemu prawa polskiego. Należy też mieć na względzie umieszczenie pojęcia partnerstwa publiczno-prywatnego w ramach wprowadzania wspólnych przepisów dotyczących wykorzystywania funduszy europejskich. Oczywiście jest zatem wykorzystywanie tak pojmowanego PPP w systemach prawnych państw członkowskich w związku z wykorzystywaniem funduszy europejskich objętych przedmiotowym rozporządzeniem.

² Zob. M. Słodowa-Helpa, *Zagraniczne doświadczenia w zakresie funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego — inspiracje i rekomendacje dla rozwiązań w Polsce*, [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. G. Gołębiowski, K. Marchewka-Bartkowiak, „Studia BAS” 2014, nr 3 (39), s. 7 n.

³ Tak zwane projekty hybrydowe zob. R. Kałuża, *Projekty hybrydowe szansą na rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego*, [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. G. Gołębiowski, K. Marchewka-Bartkowiak, s. 49 n.

⁴ Chodzi o dyrektywy: Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L nr 94, s. 65), zwana dalej „dyrektywą klasyczną”; Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. UE L nr 94, s. 243); Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. UE L nr 94, s. 1); więcej na ten temat P. Nowicki, *Partnerstwo publiczno-prywatne a nowelizacja systemu zamówień publicznych Unii Europejskiej*, [w:] *Państwo a gospodarka. Partnerstwo publiczno-prywatne prawną formą realizacji zadań publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2014, s. 142 n.

⁵ Zob. art. 2 pkt 24 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U. UE L z 2013 r. nr 347, s. 320 ze zm.).

Zgodnie z wolą prawodawcy unijnego partnerstwo publiczno-prywatne może stanowić skuteczny sposób wdrażania operacji, który zapewnia osiągnięcie celów polityki publicznej przez łączenie różnych postaci środków publicznych i prywatnych (pkt 59 wstępu do rozporządzenia nr 1303/2013). Struktura PPP z jej szczególnymi cechami ma służyć, dzięki dostosowaniu wspólnych przepisów, ułatwieniu korzystania z EFSI⁶ w zakresie wspierania operacji realizowanych w tej formule. Wdrażane operacje należy rozumieć jako projekty, umowy, przedsięwzięcia lub grupy projektów realizujących cele priorytetów lub priorytety i finansowanych ze środków tychże funduszy europejskich, zgodnie z przepisami właściwych rozporządzeń UE (art. 2 pkt 9 rozporządzenia nr 1303/2013). Prawodawca unijny we wstępie do przedmiotowego rozporządzenia (pkt 3 wstępu) wskazuje, że EFSI powinny służyć unijnej strategii na rzecz inteligentnego, zrównoważonego wzrostu sprzyjającego włączeniu społecznemu. Strategia ta została wyrażona w komunikacie Komisji Europa 2020, który wskazuje na trzy wzajemnie ze sobą powiązane priorytety: rozwój inteligentny — gospodarki opartej na wiedzy i innowacji; rozwój zrównoważony — wspieranie gospodarki efektywniej korzystającej z zasobów, bardziej przyjaznej środowisku i bardziej konkurencyjnej; rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu — wspieranie gospodarki o wysokim poziomie zatrudnienia, zapewniającej spójność społeczną i terytorialną⁷.

Z przyjętych priorytetów wynika, że wykorzystanie środków z EFSI w formule partnerstwa publiczno-prywatnego powinno służyć przyjętej strategii Unii Europejskiej, w tym inteligentnemu rozwojowi opartemu na wiedzy i innowacyjności. Oznacza to, że realizowane projekty w formule PPP wykorzystujące środki UE powinny być ukierunkowane na wprowadzanie rozwiązań o charakterze innowacyjnym. Prawodawca unijny zdefiniował „innowacje”, które oznaczają wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych⁸. Należy przypomnieć, że podstawą przeprowadzania procedur wyłaniania partnerów prywatnych do realizacji przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego są przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych lub zawieranie umów koncesji⁹. W konsekwen-

⁶ Skrót ten oznacza Europejskie Fundusze Strukturalne i Inwestycyjne i obejmuje fundusze, do których wydatkowania ramy wyznaczają przepisy rozporządzenia 1303/2013, zob. art. 1.

⁷ Komunikat Komisji Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.3.2010, KOM (2010) s. 5; więcej zob. H. Nowicki, *Zamówienia publiczne elementem innowacyjności w polityce gospodarczej Unii Europejskiej*, [w:] *Rola państwa w procesach podnoszenia konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorców. Diagnoza istniejących uwarunkowań i barier prawnych, perspektywy rozwoju*, red. A. Brzezińska-Rawa, Warszawa 2015, s. 69 n.

⁸ Art. 2, ust. 1, pkt 22 dyrektywy 2014/24/UE; art. 2, pkt 18 dyrektywy 2014/25/UE; art. 5, pkt 13 dyrektywy 2014/23/UE.

⁹ Zob. H. Nowicki, P. Nowicki, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych*, [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. G. Gołębiowski, K. Marchewka-Bartkowiak, s. 79 n.

cji podmiot publiczny, wszczynając postępowanie, którego celem jest ustanowienie PPP, musi mieć świadomość realizacji w ramach przedsięwzięcia nie tylko swoich celów. Podmiot ten może bowiem być zobowiązany do realizacji również innych celów określonych przepisami prawa, a dotyczących zasad wydatkowania środków publicznych. Wśród tych celów jednym z najważniejszych jest rozwój oparty na innowacyjności. Oczywiście zakres „innowacyjności” będzie uzależniony między innymi¹⁰ od przedmiotu realizowanego projektu¹¹ oraz od wyboru procedury zawarcia umowy PPP. Nie wnikając w szczegóły przedmiotu realizowanego projektu PPP¹², należy zauważyć, że inne będą uwarunkowania proceduralne w przypadku zastosowania ustawy — Prawo zamówień publicznych, inne zaś przy realizacji projektu PPP w ramach umowy koncesji. Podstawową przesłanką przesądzającą o zastosowaniu jednej z cytowanych ustaw jest sposób wynagradzania partnera prywatnego¹³. Podczas analizy partnerstwa publiczno-prywatnego jako procedury realizacji zadań publicznych oprócz osiągania efektu innowacyjności istotny będzie też czas trwania umowy PPP¹⁴.

2. POJĘCIE INNOWACJI W POLSKIM SYSTEMIE PRAWA

Implementacja dyrektyw z 2014 roku z zakresu zamówień publicznych nie doprowadziła do zdefiniowania na gruncie ustawy — Prawo zamówień publicznych¹⁵ oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi pojęcia

¹⁰ Oprócz przepisów prawa uprawniających na przykład do wprowadzania rozwiązań innowacyjnych zawsze fundamentalne znaczenie będą miały wiedza i świadomość „innowacyjna” podmiotu publicznego, o czym dalej.

¹¹ Zamawiający dokonujący zakupu pojazdów samochodowych (określonych kategorii) jest zobowiązany do zastosowania kryteriów tak zwanych innowacyjnych, na przykład dotyczących zużycia energii, emisji dwutlenku węgla oraz emisji określonych zanieczyszczeń; zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz.U. Nr 96, poz. 559), będące wynikiem implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz.U. UE L nr 120, s. 5).

¹² Zob. H. Nowicki, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako prawna forma realizacji zadań publicznych*, [w:] *Państwo a gospodarka*, s. 123 n.

¹³ Zob. art. 4 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1834; dalej: ustawa o PPP).

¹⁴ Zgodnie z dyspozycją art. 141 ust. 2 i 3 Pzp zasadą jest zawieranie umów na czas oznaczony, nie dłuższy niż 4 lata. Co do umów koncesji czas trwania umowy koncesji też jest oznaczony, z tym jednak zastrzeżeniem, że w przypadku jej zawarcia na okres dłuższy niż 5 lat musi to wynikać z czasu, jaki jest niezbędny do uzyskania zwrotu nakładów poniesionych przez koncesjonariusza w związku z realizacją umowy koncesji — art. 45 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1920; dalej: ustawa o umowie koncesji).

¹⁵ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020; dalej: ustawa Pzp lub Pzp).

innowacyjności. O innowacyjności w sposób bezpośredni stanowią jedynie znowelizowane przepisy Pzp regulujące nowy tryb udzielania zamówień publicznych, jakim jest partnerstwo innowacyjne. Prawodawca określa, że pod pojęciem innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej należy rozumieć nowy lub znacznie udoskonalony produkt, usługę lub proces, w tym proces produkcji, budowy lub konstrukcji, nową metodę marketingową lub nową metodę organizacyjną w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych (art. 73a ust. 3 ustawy o umowie koncesji). Tak zdefiniowane pojęcie innowacyjnego przedmiotu zamówienia publicznego w procedurze partnerstwa innowacyjnego znacznie odbiega od zawartego w dyrektywie klasycznej¹⁶. Prawodawca unijny¹⁷ jako przesłankę ustanowienia partnerstwa innowacyjnego, wskazuje istnienie po stronie zamawiającego zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, którego nie może zaspokoić przez zakup produktów, usług lub robót budowlanych już dostępnych na rynku. Podkreślenia wymaga wskazanie przez prawodawcę unijnego przesłanki niedostępności przedmiotu zamówienia na dotychczasowym runku, którym jest wspólny rynek UE. Szerokiego określenia innowacyjności prawodawca unijny dokonał w przepisach początkowych, tak zwanym słowniczku, definiując innowacyjność oraz wskazując, że jej wprowadzanie przez zamówienia publiczne ma pomóc w rozwiązywaniu wyzwań społecznych lub wspierać strategię Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu (art. 2 ust. 1 pkt 22 dyrektywy 2014/24/UE). Konsekwencją przyjętej implementacji dyrektyw do naszego prawa krajowego jest przypisanie innowacyjności, w sposób bezpośredni, tylko do nowego trybu, jakim jest partnerstwo innowacyjne. Może to budzić wątpliwości co do poprawności zdefiniowania tego trybu w naszej ustawie Pzp. Kolejną istotną z punktu widzenia systemowego zamówień publicznych konsekwencją tak przyjętej implementacji jest brak prawnego zdefiniowania innowacyjności na potrzeby wszystkich pozostałych trybów udzielania zamówień publicznych. Polski prawodawca posługuje się pojęciem innowacyjności lub pojęciami pokrewnymi w innych aktach prawnych, pojęcia te definiuje na potrzeby poszczególnych regulacji dotyczących na przykład wspierania działalności innowacyjnej przedsiębiorców (art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 30 maja 2008 roku o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej)¹⁸, zasad finansowania nauki (art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 roku o zasadach finansowania nauki)¹⁹ czy też bezpośred-

¹⁶ Uwaga dotyczy też odpowiednich przepisów dyrektywy 2014/23/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE.

¹⁷ Więcej na temat regulacji UE dotyczących innowacyjności zob. H. Nowicki, *Zamówienia publiczne elementem innowacyjności w polityce gospodarczej Unii Europejskiej*.

¹⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 141.

¹⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 87.

nio wspierania działalności innowacyjnej²⁰. Dla zagwarantowania pewności prawnej uczestników procedur zawierania i realizacji zamówień publicznych niezbędne jest zdefiniowanie pojęcia innowacyjności w aktach prawnych regulujących ten obszar działalności. Wprowadzenie tego pojęcia jest też konieczne do stworzenia podstaw prawnych dla zamawiającego, który w zależności od własnych potrzeb będzie mógł powoływać się na innowacyjność w poszczególnych procedurach udzielania zamówień publicznych i na poszczególnych etapach jego prowadzenia. Powoływanie się na potrzebę sięgania do rozwiązań innowacyjnych będzie zatem działaniem zgodnym z prawem, która to przesłanka jest bardzo ważna z punktu widzenia potencjalnej kontroli zamówień publicznych. Wszystkie organy kontrolujące zamówienia publiczne posługują się zawsze kryterium legalności w stosunku zarówno do działania zamawiającego, jak i udzielonego zamówienia publicznego. Wprowadzenie przepisów definiujących pojęcie innowacyjności oraz wskazujących jako jeden z celów prawa zamówień publicznych osiągnięcia efektu innowacyjności będzie tworzyło ramy prawne tych działań oraz gwarantowało pewność prawną dla uczestników rynku zamówień publicznych. Rozwiązanie takie, przyjęte przez prawodawcę, będzie służyło zarówno zamawiającemu, jak i podmiotom uczestniczącym w dialogu technicznym²¹, wykonawcy uczestniczącemu w negocjacjach²² lub przygotowującego ofertę, w tym na przykład ofertę wariantową²³. Kreowaniu rozwiązań o charakterze innowacyjnym może służyć również, w zależności od przedmiotu zamówienia, przeprowadzenie konkursu.

²⁰ Ustawa z dnia 4 listopada 2016 r. o zmianie niektórych ustaw określających warunki prowadzenia działalności innowacyjnej (Dz.U. poz. 1933).

²¹ Art. 31a Pzp — zamawiający, prowadząc dialog techniczny, może wystąpić do ekspertów lub wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji służących opisowi przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub warunków umowy. W ramach dialogu można pozyskać, w zależności od potrzeb zamawiającego, między innymi informacje służące wprowadzeniu elementu innowacyjności w przygotowywanym zamówieniu, a więc wiedzy, którą dysponują eksperci lub wykonawcy.

²² W przypadku negocjacji z ogłoszeniem jednym z etapów tego postępowania są negocjacje z zaproszonymi wykonawcami, których celem jest doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy — art. 58 ust. 2 Pzp, jednocześnie prawodawca wskazuje, że przedmiotem negocjacji mogą być na przykład poufne informacje techniczne lub handlowe — art. 58 ust. 3 Pzp. W przypadku stosowania tego trybu wprost przepisy Pzp wskazują na przesłanki o charakterze innowacyjnym — art. 55 ust. 1 pkt 6–9 Pzp. Podobnie procedura dialogu konkurencyjnego może dotyczyć wszystkich aspektów udzielanego zamówienia publicznego, w tym rozwiązań o charakterze innowacyjnym — art. 60b ust. 1 i art. 60d ust. 7 Pzp, w tym negocjacji warunków umowy — art. 60f Pzp. Osiągnięciu innowacyjności mogą służyć przepisy dotyczące negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki. Oczywiście jest też możliwość osiągnięcia efektu innowacyjności w procedurze partnerstwa innowacyjnego.

²³ Oferta wariantowa stwarza wykonawcy ramy zaproponowania sposobu wykonania zamówienia odmiennego (na przykład bardziej innowacyjnego) od tego, którego dokonał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia — art. 2 pkt 7 Pzp.

3. WYBRANE ZAGADNIENIA SŁUŻĄCE OSIĄGANIU EFEKTU INNOWACYJNOŚCI PRZY REALIZACJI ZADAŃ PUBLICZNYCH W RAMACH UMOWY PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO

Problematykę partnerstwa publiczno-prawnego reguluje obecnie obowiązująca ustawa o PPP z 2008 roku²⁴, której przepisy określają zasady współpracy przy wspólnej realizacji przedsięwzięcia przez podmiot publiczny i partnera prywatnego. Współpraca w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego oparta jest na podziale zadań i ryzyk między podmiotem publicznym a partnerem prywatnym. Przedmiot PPP prawodawca określił bardzo szeroko i wskazał, że przedsięwzięcie obejmuje zawsze jedno z zadań podmiotu publicznego, którym może być: budowa lub remont obiektu budowlanego; świadczenie usług; wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub inne świadczenie — połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia PPP lub jest z nim związany (art. 2 pkt 4 ustawy PPP).

Osiąganie efektu innowacyjności w ramach realizacji przedsięwzięcia w formule PPP uzależnione jest od wielu czynników zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych wobec podmiotu publicznego. Potrzeba wprowadzania rozwiązań innowacyjnych do sfery realizacji zadań publicznych nie budzi wątpliwości. Stosowane procedury wyłonienia partnera prywatnego mogą być wykorzystane i służyć dążeniu do uzyskania innowacyjnych zakupów usług lub robót budowlanych. Problematyka innowacyjności staje się ważna na etapie przygotowywania podstawowych dokumentów zamówienia publicznego i właściwie przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia²⁵.

Jednym z podstawowych dokumentów występującym na etapie przygotowania postępowania jest umowa, jej ogólne warunki lub istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do zawieranej umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp). Przepisy ustawy PPP oraz ustaw określających procedury wyboru partnera prywatnego określają, oprócz wymogów formalnych i elementów obowiązkowych zawieranych

²⁴ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. zastąpiła poprzednio obowiązującą ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tekst pierwotny Dz.U. Nr 169, poz. 1420).

²⁵ Zob. H. Nowicki, *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego wpływ na innowacyjność udzielanego zamówienia*, [w:] *Państwo a gospodarka. Kierunki zmian publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2016, s. 243; *idem*, *Innowacyjność w polskim prawie zamówień publicznych — zagadnienia wybrane*, [w:] *Rola państwa w procesach podnoszenia konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorców*, s. 79; *idem*, *System zamówień publicznych jako regulacja prawna kreująca innowacyjność*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych — zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Lublin 2011, s. 111.

umów, możliwość dokonywania ich zmian²⁶ w trakcie realizacji przedsięwzięcia. To umowa stanowi podstawę realizacji wspólnego przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 7 ustawy o PPP). Podobnie jest w zamówieniach publicznych — prawodawca wprost wskazuje, że zamówienia publiczne to umowa (art. 2 pkt 13 Pzp). Także w razie powierzenia koncesjonariuszowi wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług następuje to na podstawie umowy koncesji (art. 3 ust. 1 ustawy o umowie koncesji). Jednocześnie przepisami tych ustaw wprowadzono zakaz zmian istotnych postanowień już zawartych umów PPP (art. 13 ust. 1 PPP), umów Pzp (art. 144 ust. 1 Pzp) oraz umów koncesji (art. 46 ust. 1 ustawy o umowie koncesji). Zasada niezmienności umów Pzp nie ma jednak charakteru bezwzględnego, gdyż prawodawca dopuszcza, obok zmian nieistotnych, wprowadzenie zmian już zawartych umów, ograniczając jednak ich zakres do przypadków przewidzianych w ogłoszeniu lub dokumentach postępowania (art. 13 ust. 1 ustawy o PPP). W wypadku umów zawieranych w trybie Pzp zakres dopuszczalnych zmian musi być określony w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający musi jednoznacznie określić zakres zmian umowy oraz ich wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy (art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp). Odnośnie do umów regulowanych Pzp prawodawca, wskazując przesłanki uzasadniające wprowadzenie zmian do umowy, określił te, które mają charakter istotny i nieistotny. Wśród przesłanek uzasadniających zmiany umowy jest kilka, których odpowiednie zastosowanie można zakwalifikować jako bezpośrednio związane z wprowadzeniem do realizowanego zamówienia rozwiązań innowacyjnych. Jedną z przesłanek odnoszonych do wprowadzania rozwiązań innowacyjnych jest możliwość wskazania w umowie na pojawiające się w przyszłości rozwiązania innowacyjne związane z realizacją przedmiotu zamówienia²⁷. Kolejną jest wskazanie na okoliczności niedające się przewidzieć w czasie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 144 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp)²⁸. Podobnie uregulowane są zmiany umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. W kwestii jednak tych umów szczególnej staranności, w zakresie możliwości dokonywania zmian umowy, należy dołożyć ze względu na potencjalny czas ich trwania. Zgodnie z dyspozycją prawodawcy umowy koncesji są zawierane na czas oznaczony, który może być dłuższy niż 5 lat, i nie może przekroczyć okresu, w którym nastąpi zwrot nakładów poniesionych przez koncesjonariusza na przedmiot umowy. Ten czas trwania umowy jest istotną i szczególną okolicz-

²⁶ Art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp; art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy o umowie koncesji; art. 13 ust. 1 ustawy o PPP.

²⁷ Na przykład w umowach na roboty budowlane można przewidzieć, że w trakcie realizacji tej umowy mogą się pojawić innowacyjne rozwiązania związane z przedmiotem, które będzie można zastosować w trakcie realizacji zamówienia. Taka zmiana musi spełniać pozostałe warunki określone przepisami Pzp.

²⁸ Przy czym konieczność zmian może wynikać z potrzeby lub chęci zamawiającego wprowadzenia rozwiązań innowacyjnych, zmiana ta jednak musi być zgodna z zasadą proporcjonalności.

nością uzasadniającą wprowadzenie potencjalnych zmian do umowy koncesji. Właściwe przygotowanie umowy z jej istotnymi elementami dotyczącymi również możliwości jej modyfikacji będzie przecież decydowało o realizacji wspólnego przedsięwzięcia w formule PPP. To dopiero umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest realizacją wspólnego przedsięwzięcia. Od jej postanowień, w tym możliwości jej zmian, będzie uzależnione osiągnięcie zakładanych efektów związanych z realizowanym zadaniem, szczególnie w związku ze zmieniającymi się uwarunkowaniami zewnętrznymi odnoszącymi się do wspólnego przedsięwzięcia.

W związku ze stosowaniem w projektach PPP przepisów kilku ustaw dotyczących wyboru partnera prywatnego, które łączą się w sposób bezpośredni z umową PPP, należy zachować szczególną staranność w zakresie modyfikowania tych umów. Ważna jest również możliwość funkcjonowania, przy realizacji jednego projektu PPP, kilku umów regulujących poszczególne zagadnienia realizacji tego przedsięwzięcia²⁹. Wprowadzenie pojęcia innowacyjności do przepisów Pzp, ustawy o umowie koncesji oraz umowy o PPP stworzy podstawy prawne ich bezpośredniego stosowania jako przesłanki zmian umowy. Wprowadzenie pojęcia szeroko określającego pojęcie innowacji „uwolni” podmiot publiczny od szczegółowego definiowania wszystkich przypadków, które mogą się pojawić w przyszłości jako przesłanka dokonania zmian w umowie. Posługiwanie się pojęciem innowacyjności stworzy pewność prawną podmiotu publicznego i partnera prywatnego uczestniczącego w realizacji PPP w zakresie modyfikowania umowy ze względu na pojawiające się rozwiązania innowacyjne.

ACHIEVING THE EFFECT OF INNOVATION IN THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC TASKS UNDER A PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENT

Summary

Public-private partnership can be an effective way to implement operations that ensures the achievement of public policy objectives by combining different forms of public and private funds. A public entity, initiating proceedings aimed at establishing a PPP, must be aware of the implementation of not only its objectives within the project. A public entity may be obliged to implement also other objectives defined by law, and regarding the rules of spending public funds. Development based on innovation is one of the most important among these objectives. Achieving the effect of innovation as part of the implementation of the undertaking in the PPP formula depends on many factors, both internal and external to the public entity.

Keywords: public-private partnership, public policy, innovation, public funds, public procurement

²⁹ Zob. H. Nowicki, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako prawna forma realizacji zadań publicznych*, s. 137 n.

BIBLIOGRAFIA

- Kałuża R., *Projekty hybrydowe szansą na rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego*, [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. G. Gołębiewski, K. Marchewka-Bartkowiak, „Studia BAS” 2014, nr 3 (39).
- Nowicki H., *Innowacyjność w polskim prawie zamówień publicznych — zagadnienia wybrane*, [w:] *Rola państwa w procesach podnoszenia konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorców. Diagnoza istniejących uwarunkowań i barier prawnych, perspektywy rozwoju*, red. A. Brzezińska-Rawa, Warszawa 2015.
- Nowicki H., *Partnerstwo publiczno-prywatne jako prawna forma realizacji zadań publicznych*, [w:] *Państwo a gospodarka. Partnerstwo publiczno-prywatne prawną formą realizacji zadań publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2014.
- Nowicki H., *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego wpływ na innowacyjność udzielanego zamówienia*, [w:] *Państwo a gospodarka. Kierunki zmian publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2016.
- Nowicki H., *System zamówień publicznych jako regulacja prawna kreująca innowacyjność*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych — zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Lublin 2011.
- Nowicki H., *Zamówienia publiczne elementem innowacyjności w polityce gospodarczej Unii Europejskiej*, [w:] *Rola państwa w procesach podnoszenia konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorców. Diagnoza istniejących uwarunkowań i barier prawnych, perspektywy rozwoju*, red. A. Brzezińska-Rawa, Warszawa 2015.
- Nowicki H., Nowicki P., *Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych*, [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. G. Gołębiewski, K. Marchewka-Bartkowiak, „Studia BAS” 2014, nr 3 (39).
- Nowicki P., *Partnerstwo publiczno-prywatne a nowelizacja systemu zamówień publicznych Unii Europejskiej*, [w:] *Państwo a gospodarka. Partnerstwo publiczno-prywatne prawną formą realizacji zadań publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2014.
- Słodowa-Helpa M., *Zagraniczne doświadczenia w zakresie funkcjonowania partnerstwa publiczno-prywatnego — inspiracje i rekomendacje dla rozwiązań w Polsce*, [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. G. Gołębiewski, K. Marchewka-Bartkowiak, „Studia BAS” 2014, nr 3 (39).