

Jan Krajewski
Uniwersytet Warszawski

**PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE
A POROZUMIENIE ADMINISTRACYJNE.
EFEKTYWNA REALIZACJA ZADAŃ WŁASNYCH
ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ W UJĘCIU PORÓWNAŃ
SYSTEMOWYCH**

1. UWAGI WSTĘPNE

Na przestrzeni ostatnich lat krajowe podmioty administracji publicznej przechodzą swoistą metamorfozę w zakresie form działania, podyktowaną ujednoceniami europejskich struktur prawnych i globalnymi przemianami społeczno-gospodarczymi. Nietypowe, dla przywiązanej do tradycyjnych rozwiązań systemu kontynentalnego i niewątpliwie postsocjalistycznej struktury administracyjnej, schematy wymagają na tym etapie należytego omówienia w kontekście ich efektywności i wpływu na ustawodawstwo, a w związku z tym, sugestii kierunku rozwoju form dogodnych dla ulepszania współczesnych instytucji. Zarówno konstrukcja partnerstwa publiczno-privatnego (PPP), jak i porozumienia o właściwości publicznej na gruncie systemu prawa polskiego są rozwiązaniami niewątpliwie młodymi i wdrażanymi równolegle. Również w nauce prawa zestawia się oba w próbie egzemplifikacji przemian strukturalnych administracji. Tym samym aspiracja porównawczego spojrzenia na ich implementację, przy wykorzystaniu definicji ukształtowanych przez rodzime prawodawstwo i doktrynę, zdaje się zagadnieniem złożonym i zasługującym na pogłębione studium.

**2. CHARAKTERYSTYKA KONSTRUKCJI POROZUMIENIA
ADMINISTRACYJNEGO W KONTEKŚCIE JEJ WYDAJNOŚCI**

Pośród licznych form działania administracji, które kształtują relacje pomiędzy podmiotami wykonującymi zadania publiczne, porozumienie stanowi sto-

sunkowo młodą i złożoną instytucję. Świadczy o tym fakt, że poglądy na temat jego prawnego charakteru stale ewoluują, a ich dookreślenie w zakresie konkretnego systemu legalnego zdaje się niezbędne do prawidłowego funkcjonowania administracji publicznej. W krajach Europy Zachodniej, takich jak Francja czy Wielka Brytania, jest ono stosunkowo rozpowszechnioną formą nawiązywania relacji w ramach realizacji programów gospodarczych podejmowanych przez państwo. Ów czysto gospodarczy aspekt, który może być ściśle kojarzony z gwarancjami korzyści finansowych wobec podmiotów wykonawczych, przyćmiewa z kolei publicznoprawny kontekst, który intuicyjnie zdaje się być stałym elementem definicji porozumienia w krajach niemieckiej kultury prawnej. Jednostki realizujące funkcje administracji publicznej umiejscawiają przedmiot swojej działalności w sferze gałęzi prawa stojącej na straży interesu publicznego. Co za tym idzie, wymagalny staje się warunek praworządności i bezwzględnego związania przepisami kompetencyjnymi. Jednakże i tutaj przejawia się specyficzna natura porozumienia, które raczej dochodzi do skutku na gruncie swobody podejmowanego współdziałania, braku władczości, równości stron oraz wyraźnej woli zmierzającej ku stosunkowi zobowiązania. Te elementy nasuwają skojarzenia dotyczące prawa prywatnego. Dowodzi to faktu, że już z pobieżnego spojrzenia na kwestię prawnego charakteru omawianej instytucji wyłania się problem kwalifikacji porozumienia. Z powodu jego niespójnego ujęcia na gruncie europejskich regulacji, spróbujmy przyjrzeć się mu z perspektywy polskiego systemu prawnego i doktryny.

Porozumienie w rodzimych publikacjach jest powszechnie kwalifikowane jako prawna forma działania administracji¹. Do jego prawnej istoty należy zgodne oświadczenie woli w ramach czynności dwustronnej lub wielostronnej. Z. Cieślak charakteryzuje naturę instytucji jako „uwarunkowane prawnie i faktycznie współdziałanie niezależnych w przedmiocie porozumienia podmiotów, którego treść stanowi stworzenie w akcie prawnym porozumienia formalnych podstaw wspólnej realizacji określonych zadań administracyjnych”². Akcentuje tym samym jego podstawowy skutek, którym jest moment wyjawienia woli, i łączy go z kompleksem zadań faktycznych i prawnych w celu realizacji aktu. W przywołanej definicji zadania te są wyraźnie określone jako administracyjne. Pojawia się więc wymóg nie tylko dotyczący przedmiotu porozumienia, ale przede wszystkim jego sfery podmiotowej. Stroną musi być jednostka realizująca zadania publiczne, które na gruncie polskiej doktryny można ująć jako dookreślające działalność organów administracji rządowej i samorządowej. Tylko one bowiem mogą nimi prawnie dysponować i scedować w ramach umów administracyjnych na inny podmiot. W tym świetle warto rozpatrywać rozwiązania zawarte cho-

¹ M. Ofiarska, *Formy publicznoprawne współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008, s. 108.

² Z. Cieślak, *Porozumienie administracyjne*, Warszawa 1985, s. 113–114.

ciażby w art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym³, gdzie ustawodawca jednoznacznie rozstrzygnął przedmiot porozumienia gmin jako powierzenie „określonych przez nie [gminy] zadań publicznych” drugiej stronie. Znajduje to swoje odzwierciedlenie również w ustawie z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie⁴.

Wynikające z definicji Z. Cieślaka warunki podmiotowe wymagają jednak dookreślenia na gruncie praktyki. Zadania realizowane na podstawie umów, których jedną ze stron jest podmiot administracji, wynikają również z czynności cywilnoprawnych podejmowanych na bazie prawa prywatnego. I tak, nie zawężając sfery działania administracji do kwestii zawierania umów, pojawia się kwestia szeroko rozumianych czynności przynależnych sferze gospodarczej kwalifikowanych jako działania prywatnoprawne. W tej kwestii na gruncie prawa polskiego należy przywołać chociażby regulacje prawa zamówień publicznych⁵ dotyczące relacji z podmiotami zewnętrznymi wobec administracji sektora finansów publicznych dysponującej środkami na realizację zadań publicznych. Tu kompleksowo na gruncie regulacji publicznoprawnych funkcjonują umowy prawa cywilnego⁶. Nie zagłębiając się w powyższe kwestie, należy stwierdzić, że porozumienie administracyjne wymaga co najmniej dwóch podmiotów publicznych podejmujących wspólne oświadczenie o charakterze niewątpliwie publicznoprawnym. Podkreślił to również Naczelny Sąd Administracyjny, wskazując, że porozumienia podejmowane są na podstawie ustaw, a ich przedmiotem jest nie tylko przekazywanie zadań, ale również kompetencji (w ograniczonym prawem zakresie) do ich należytej realizacji⁷. Tym samym, w kontekście zwiększającej efektywność swobody, podlegają one wielu ograniczeniom ustrojowym, z których na pierwszy plan wysuwa się praworządność. Jej rzutowanie na zakaz subdelegacji kompetencji administracyjnej przejawia się w obostrzeniach dotyczących nie tylko przedmiotu, lecz także dokładnego charakteru podmiotu określonego w ustawie⁸. Na podstawie obecnego stanu prawnego należy stwierdzić, że mogą to być głównie jednostki samorządu terytorialnego oraz organy administracji rządowej z licznymi obostrzeniami (dotyczącymi chociażby porozumień zawieranych przez województwo). To zdecydowanie odróżnia istotę porozumienia od swobody kształtowania stosunku przynależnej prawu prywatnemu.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 994, z późn. zm.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2234, z późn. zm.

⁵ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579, z późn. zm.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00, http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx?ItemID=9990&ListName=Orzeczenia1&Sygnatura=IV+CKN+381%2f00 (dostęp: 31.03.2018 r.).

⁷ Wyrok NSA w Łodzi z dnia 27 września 1994 r., SA/Ł 1906/94, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/EE12096EA4> (dostęp: 31.03.2018 r.).

⁸ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 27 września 2012 r., III SA/Kr 13/12, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/ABBB0123D6> (dostęp: 31.03.2018 r.).

Jednak liczne wątpliwości dotyczące tego pojęcia, znajdujące odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów administracyjnych i polegające na problemie odróżnienia go od czynności cywilnoprawnych, wynikają z nietypowej formy przystępowania organów do aktu oraz skutku, którego sensem jest współdziałanie. Tym samym wykluczone zostaje władcze działanie podmiotów administracji, które występują jako strony równorzędne i niepowiązane więzami organizacyjnymi. Aspekt ten podkreślił Naczelny Sąd Administracyjny, zaznaczając, że w porozumieniu żadna ze stron „zwłaszcza organ administracji rządowej, nie ma pozycji dominującej”, a publicznoprawny charakter porozumienia oznacza, że „nie może stanowić ono samoistnej podstawy prawnej do podejmowania przez jego strony działań w formach przewidzianych w przepisach prawnych powszechnie obowiązujących”⁹. Obok warunku braku hierarchicznego podporządkowania, zgłoszona zostaje więc potrzeba odpowiedzi na pytanie o wymaganą, jako pochodna ogólnej zasady praworządności, formę porozumienia. Najczęściej spotyka się w doktrynie jedynie podkreślenie zagadnień elementarnych aktu, takich jak podstawy, warunki, cel, treść, czas obowiązywania, sposoby rozstrzygania sporów oraz warunki rozwiązania stosunku¹⁰. Dodaje się czasem sposób finansowania realizacji przekazywanych zadań, jeśli nie jest uregulowany w ustawie. Nastręcza to uzasadnionych wątpliwości co do należytego uregulowania w przepisach tak specyficznego aspektu działań administracji, zważywszy na kontekst realizacji zadań własnych. O ile została podkreślona niepoprawność nawiązywania do swobody oświadczeń woli w ramach jej przymiotów cywilnoprawnych, o tyle można mówić o swego rodzaju swobodzie w zakresie norm publicznych, która rozwija samorządność w przypadku jednostek samorządowych i stanowi jeden z wyrazów zakresu ich lokalnej samodzielności oraz, dodatkowo, gospodarności i efektywności w zakresie administracji rządowej. Podstawą zawierania porozumień są bowiem normy ustrojowe oraz normy kompetencyjne, które zazwyczaj mają charakter szczególny¹¹. A. Błaś i J. Boć mówią wręcz, że „ogólne przepisy kompetencyjne podmiotów zainteresowanych współpracą” stanowią dostateczną bazę prawną do zawierania porozumień¹². Z tego punktu widzenia zasadne staje się twierdzenie, że publikacja treści porozumień w wojewódzkim dzienniku urzędowym pełni głównie funkcję gwarancyjną zabezpieczającą obrót prawny¹³, zaś konkretne przepisy materialne muszą jedynie mieścić się w zakresie tych zadań i sprzężonych z nimi kompetencji, którymi jednostki mogą dysponować w świe-

⁹ Wyrok NSA w Rzeszowie z dnia 5 grudnia 1995 r., SA/Rz 1109/95, http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/sa-rz-1109-95,ustroj_samorzadu_terytorialnego_w_tym_referendum_gminne_samorzad_administracyjne_postepowanie,21d7561.html (dostęp: 31.03.2018 r.).

¹⁰ M. Ofiarska, *Formy publicznoprawne...*, s. 100.

¹¹ Z. Cieślak, *Porozumienie...*, s. 220–221.

¹² A. Błaś, J. Boć, *Umowy publicznoprawne*, (w:) J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007.

¹³ Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1523, art. 13 pkt 6.

tle własnych przepisów ustrojowych. W tym zakresie podejmowana jest również kontrola sądowa porozumień.

Swoista „publicznoprawna swoboda porozumień” może budzić obawy związane z praktyczną modyfikacją przepisów ustawowych, a co za tym idzie, zachwianiem hierarchii aktów prawnych, partykularyzacją i niepewnością prawa. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż podmiot uzyskuje uprawnienie do realizacji danego zakresu spraw, do którego na podstawie przepisów rangi ustawowej nie był właściwy. Frapująca modyfikacja treści prawa poprzez porozumienia staje się przedmiotem usystematyzowanej linii orzeczniczej sądów administracyjnych. Podkreśla się wyjątkowość czynności porozumienia, jako wyjątku od zasady realizowania zadań ustawowo uznanych za własne¹⁴, co pozwala kwalifikować umowy administracyjne przenoszące znaczny kompleks zadań i kompetencji jako naruszające wolę prawodawcy. W praktyce porozumienie powinno przyjmować charakter działań celowych i realizujących kompetencje organu delegującego w zakresie danego przedsięwzięcia, np. w formie umów o partnerstwie. W tym względzie kryterium oceny wydaje się również efektywność i gospodarność. Na tym gruncie widoczne są gospodarcze aspekty porozumienia, które służą głównie minimalizacji kosztów i harmonizacji pracy na poziomie organizacyjnym. To wyjaśnia iluzoryczne prawnogospodarcze inklinacje, które na gruncie polskim nie są akcentowane tak mocno, jak w przypadku chociażby czynności cywilnoprawnych z podmiotami zewnętrznymi. Kolejnym obostrzeniem dotyczącym względną swobodę porozumień są kompetencje innych organów, nawet w ramach tej samej jednostki administracyjnej, które muszą być stronami porozumienia, aby doszło ono do skutku¹⁵. Wiąże się z tym reguła dotycząca przekazywania zadań jednostce niższej (co nie oznacza zależnej) lub równorzędnej. W kontekście relacji samorządu z organami administracji rządowej dodatkowo można wspomnieć o zasadzie subsydiarności, która też wytycza granice podejmowania relacji wewnątrzadministracyjnych za pomocą tej formy.

3. INSTYTUCJA PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO W ZNACZENIU SYSTEMOWYM

Partnerstwo publiczno-prywatne jest znakomitym przykładem zdiagnozowanej przez doktrynę „prywatyzacji zadań publicznych”, ale formułuje ją w sposób dla siebie specyficzny. Na gruncie administracyjnym podejmuje inny

¹⁴ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 27 stycznia 2014 r., II SA/GI 1543/13, http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-sa-gl-1563-13/warunki_zabudowy_terenu_zagospodarowanie_przestrzenne/3ab566.html (dostęp: 31.03.2018 r.).

¹⁵ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 19 listopada 2007 r., III SA/Kr 736/07, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/2A66239032> (dostęp: 31.03.2018 r.).

rozkład ciężaru, którym dla administracji z istoty jest realizacja własnych obowiązków publicznych. Forma oparta na wielopoziomowej hybrydzie prawa prywatnego oraz sfery publicznej wymaga określenia pojęcia obu tych płaszczyzn i ich relacji poprzez równoległe zestawienie instytucji należnych systemom francuskiemu czy brytyjskiemu. Transpozycja wyraźnie obwarowana instytucjonalnie i nakierowana na potrzeby lokalnego rozwoju gospodarczego w Polsce spotyka się z konstruktami systemowymi, których ramy znacząco mogą ograniczać jej efektywność. Początkowo należy skupić się na porównaniu rozwiązań dla PPP rodzimych (szczególnie *common law*) i tych, w zakresie których funkcjonuje najwydajniej. Różnorodność rozwiązań prawnych, zmuszająca do studium *ad casum*, wynika z niedookreślenia na szczeblu instytucji ponadnarodowych, takich jak Unia Europejska, definicji PPP i niezharmonizowania związanych z tym pojęciem norm w oddzielnym akcie. Wyznacza to względną swobodę ustawodawstw w sprecyzowaniu kierunku, w którym konkretny model partnerstwa ma podążać. Wyraźne granice w skali prawa unijnego obecnie stanowią ogólne normy traktatowe, zasady wspólnotowe i bliskie omawianej materii, szeroko definiowane wymogi prawa zamówień publicznych (szczególnie wobec trybu wyboru partnera prywatnego). Te ostatnie zostały w ostatnim czasie dosyć kompleksowo objęte dyrektywami (wyłączając zamówienia podprogowe i pewne szczególne rodzaje koncesji). Wielka Brytania, szczególnie na przestrzeni ostatniego ćwierćwiecza, uzyskała status niekwestionowanego lidera pośród państw europejskich w kategorii implementacji na skalę makroekonomiczną rozwiązań PPP. Od końca lat 80. do 2005 r. rząd brytyjski podpisał 677 umów tego typu o wartości około 65 milionów euro¹⁶, co jest niemałym osiągnięciem. Nie zagłębiając się w szczegółowe regulacje rodzajów kontraktów publiczno-prywatnych i praktyki ich wdrażania, należy zgodnie z podjętymi rozważaniami odnotować samo rozumienie definicji PPP na gruncie wykorzystania praktycznego, właściwego dla egzekutywy. I tak, rządowy departament ds. skarbu państwa (Her Majesty's Treasury) nakazuje niezwykle szerokie rozumienie działalności w ramach PPP obejmujące wiele struktur biznesowych zarówno sektora finansów prywatnych, jak i publicznych, wspólne inwestycje podmiotów państwowych i prywatnych wraz z polityką koncesyjną oraz sprzedaż udziałów kapitałowych w przedsiębiorstwach państwowych czy agendach od nich uzależnionych¹⁷. Oprócz rozbudowanego szczegółowym ustawodawstwem i polityką gospodarczą zespołu operatorów kapitału sektora prywatnego w postaci banków, inwestorów, korporacji prawniczych itp., należy zwrócić uwagę na swego rodzaju „rynek wtórny”, w ramach którego partnerzy prywatni mogą odprzedawać konkretne projekty PPP w postaci pakietów uprawnień i zobo-

¹⁶ R. W. McQuaid, W. Scherrer, *Public Private Partnership in the European Union: Experiences in the UK, Germany and Austria*, International Public Administration Review, Lublana 2008, s. 9.

¹⁷ *Public private partnerships – the Government's approach*, Her Majesty's Treasury, Londyn 2000, s. 8.

wiązań do realizacji kontraktów. Szczególnie ten aspekt, realizowany do dziś w sposób stosunkowo swobodny w kontekście ingerencji regulacyjnej władzy publicznej, zdecydował o rozkwicie inwestycji partnerskich na terytorium Zjednoczonego Królestwa, w ramach których inwestorzy nie są zagrożeni sztywną umową z praktycznie, a nawet symbolicznie dominującą osobą publiczną. Mogą oni na zasadach wolnorynkowych nabywać oraz zbywać całokształt umownych założeń zależnych od kategorii PPP, od praw własnościowych po prawa patentowe. Remedium na, mogłoby się wydawać nieuniknione przy tego typu rozwiązaniach prawnych, kruchość inwestycji oraz nieefektywność związaną z wybiegającym znacznie w przyszłość deklarowanym w umowie planem budowy infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług, stanowi polityka rządowa. Innowacyjny program rozwoju Private Finance Initiative (PFI) gwarantuje stabilność i długookresowość zobowiązań poprzez specjalne publiczne jednostki obecne głównie na szczeblu ogólnokrajowym (Local Partnerships, Efficiency and Refoer Group, Partnerships UK), które monitorują rynek omawianych kontraktów, specjalizują się w odpłatnym doradztwie podczas realizacji procedur oraz wyznaczają aktualną politykę zamówień publicznych¹⁸. Specyficzny model systemowy Wielkiej Brytanii pozwala na elastyczne, acz klarowne ukształtowanie ogólnie przyjętego zestawu podstawowych klauzul umów PPP, których powszechne stosowanie przez przedsiębiorców konsekwentnie wyznacza klarowną praktykę oraz pewną linię orzeczniczą w przypadku zaistnienia konfliktu sądowego. Ułatwia to funkcjonowanie kontrolnych organów państwowych i administracji publicznej. Zaś operator czy świadczeniodawca może się cieszyć niezależnieniem od bieżącej linii politycznej władz i skupiony jest na regulacji kosztów usług w zależności od uwarunkowań w sferze rynku, czyli przestrzeni sobie znanej i naturalnie rodzimej.

Powyższa niezwykle pobieżna charakterystyka systemu brytyjskiego pozwala na dokładniejsze zrozumienie istoty PPP, jako konstrukcji najstarszej, zrodzonej doktrynalnie w kręgach *common law*, i odniesienie tego rdzennego przypadku do rozwiązań kontynentalnych, a w dalszej kolejności *stricte* polskich. Długą historią partnerstwa publiczno-prywatnego może się chlubić również Francja, którą warto przywołać jako kraj kręgu kontynentalnej kultury prawnej. Tutaj, na gruncie francuskiej szkoły prawa administracyjnego, wykształciła się instytucja szczególnych administracyjnoprawnych kontraktów partnerskich (*contrat de partenariat*). W tamtejszym systemie istnieje możliwość rozdziału właściciela infrastruktury i jej operatora. W ramach kontraktu partner publiczny decyduje się na wydzierżawienie czy przekazanie do zarządzania posiadanych dóbr, a wpływy uzyskuje pośrednio z opłat użytkowników obsługiwanego przez prywatny podmiot obiektu¹⁹. Konstrukcja ta daje możliwość zastosowania umowy PPP z jej

¹⁸ *Raport – Porównanie systemów wspierania PPP w wybranych krajach*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2013, s. 16–17.

¹⁹ M. Słodowa-Hełpa, *Zagraniczne doświadczenia w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego – inspiracje i rekomendacje dla Polski*, „Studia BAS” 2014, nr 3(39), s. 23.

dobrodziejstwami także wtedy, gdy osoba publiczna dysponuje odpowiednimi środkami do sfinansowania danej inwestycji. Jako model stosunkowo stary, acz wadliwy zasługuje na uwagę z racji skali inwestycji realizowanych w jego ramach i niepowtarzalności. Jest bowiem zdecydowanie odmienny od niemieckiego pomysłu na wdrożenie partnerstwa, gdzie innowacje francuskiej wersji opartej na umowie dzierżawy nie zostały powielone. Właściciel infrastruktury i jej obsługa to w prawie Niemiec funkcje ze sobą sprzężone w ten sposób, że tytuł własnościowy do operatora i mienia przysługuje podmiotowi publicznemu. Zestawiając owo rozwiązanie z konstruktem francuskim, *a contrario* wysnuć można wnioski o znacznym uzależnieniu inwestycji od założeń i dążeń politycznych oraz istotnym ograniczeniu rdzenia umów PPP stanowiącego o jego innowacyjności w postaci limitacji regulacyjnej roli organów publicznych. Kompetencje w zakresie polityki finansowej inwestycji czy ustalania cenników usług niejednokrotnie w projektach wielkoskalowych leżą w gestii organów samorządowych. Uniemożliwia to utworzenie długoterminowych planów biznesowych. Sztuczne ramy prawne kontraktów partnerskich i normy „upaństwowiające” treść tych porozumień mają jednak niewątpliwe zalety w postaci niewielkiej odpowiedzialności operatora i nieznacznego ryzyka po jego stronie, związanego z potencjalnymi komplikacjami finansowymi, czy to w postaci niewypłacalności, czy rozmaitych szkód na obiektach i przedmiotach materialnych wchodzących w skład przedsiębiorstwa. Państwo zaś może efektywnie kontrolować istotne dla siebie sektory gospodarki. Na tym etapie należy wzmiankować, że ową inspirację koncepcją widać na gruncie polskim chociażby w regulacjach kontraktowych dotyczących infrastruktury krytycznej. Duża część przedsiębiorstw kanalizacyjnych, wodnych, ciepłowniczych, czy gazowniczych funkcjonuje w Rzeczypospolitej Polskiej na bazie założeń modelowych o niemieckim rodowodzie. Na tym etapie należy przejść do analizy polskich założeń PPP na gruncie ustawowym i ich efektywności, gdyż na tle europejskich rozwiązań również posiadają cechy zasługujące na wyodrębnienie i ocenę z punktu widzenia skuteczności realizacji usług publicznych.

4. PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE NA GRUNCIE POLSKIM – ISTOTA I PRAKTYKA W ŚWIETLE REGULACJI USTAWOWEJ

Pierwszym aktem, który wprowadzał do systemu polskiego PPP była ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym²⁰. Ustalała ona relację pomiędzy partnerem prywatnym a organem publicznym w sposób niezwykle szczegółowy. Po stronie organów administracji publicznej bezpośrednio zain-

²⁰ Dz.U. nr 169, poz. 1420, z późn. zm.

interesowanych podjęciem danej inwestycji leżał ciężar przeprowadzenia wielu symulacji, badań rynkowych i analiz z zakresu ekonomii, finansowości oraz prawa przed rozpoczęciem konkretnego współdziałania. Jeszcze przed podjęciem decyzji o realizacji konkretnej inwestycji na bazie ustawy podmiot niejednokrotnie grzązł w procedurach, które miały wykazać, czy PPP stanowi rzeczywiście korzystniejszy model z punktu widzenia celów oraz natury projektu i usługi. Niewspółmierne do zalet ustanowionej na gruncie owej ustawy koncepcji PPP wymagania wobec organu były zbyt dalece wygórowane. Przyczyniło się to do braku istotnego zainteresowania, zarówno ze strony osób publicznych, jak i prywatnych podmiotów, zawieraniem umów w proponowanym reżimie. Trzy akty wykonawcze uzupełniające nieskuteczne ustawodawstwo o konkretnie wymagane szczegóły związane z oceną ryzyka podjęcia tej formy realizacji planów rozwojowych, czy analizy współpracy, potwierdziły obawy związane z niewydajnością formuły. Pierwsza ustawa nie spopularyzowała tej bardzo innowacyjnej jak na warunki systemu postsocjalistycznego metody, zraziła inwestorów i nie przyspieszyła urzeczywistnienia wielu kluczowych inicjatyw infrastrukturalnych. Jednocześnie stanowi dla współczesnych analityków świadectwo błędów w doktrynalnych twierdzeniach twórców aktu. Sceptyczni, inspirowani modelem niemieckim i wierzący w tradycyjne formy działań administracji, jako podstawę stabilnego procesu modernizacyjnego państwa, autorzy „starej ustawy” przyjęli błędne założenie, jakoby PPP było jedynie wyjątkiem od reguły uzasadnionym wielowymiarową (gospodarczą, prawną i ekonomiczną) pozytywną analizą w ramach realizacji konkretnej inwestycji. W następstwie stworzono niezwykle zachowawczy, wymagający system skupiający się na procesie badania owej opłacalności, poprzedzający realne kształtowanie treści umów PPP. Na etapie zaś samej realizacji kładziono nacisk na zbiurokratyzowaną sprawozdawczość kosztem efektywności i tempa rozwoju założenia²¹. Złe rozłożenie akcentów spowodowało niewątpliwą klęskę ustawodawcy.

Powyższe czynniki spowodowały uchwalenie już w 2008 r. nowej ustawy²², która redefiniowała formułę wspólnego działania sektorów prywatnego i publicznego przy spełnianiu zadań publicznych. Kluczem do należytego ukształtowania tego działania jest w świetle nowych regulacji racjonalne podzielenie się zadaniami, pewnymi możliwymi do przenoszenia uprawnieniami oraz rozłożenie na podmioty ryzyka. Wszystkie te procesy odbywają się w ramach pojęcia przedsięwzięcia, którego definicja legalna możliwa jest do odnalezienia w art. 2 pkt 4 powyższej ustawy. Jest nim m.in. budowa i remont obiektu, świadczenie usług czy wykonanie danego dzieła, „w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność”. Zary-

²¹ W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wzory umów i pism*, Warszawa 2009, s. 11.

²² Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., 1834, z późn. zm. (dalej: ustawa o PPP).

sowanie skali tegoż pojęcia umożliwia nie tylko rozciągnięcie zakresu skuteczności ustawy względem partykularnych działań (granice wewnętrzne), ale także wyznaczenie sfer nieobjętych ustawą o PPP (granice zewnętrzne). Do tych ostatnich można zaliczyć chociażby zamówienia sektora telekomunikacyjnego. Tym samym sprawniejsze będzie nie tylko podjęcie samego procesu wyboru partnera i wykonania umowy, ale również jaśniejsze zarysowanie roli i funkcji sądów administracyjnych, pośrednio Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądownictwa powszechnego. Dodatkowo w grę będzie też wchodzić rola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie wydawanych przez niego indywidualnych decyzji i aktów wyjaśniających. Tym samym reżim ustawy łączy ze sobą nie dwa, a wiele różnych podmiotów, których działanie niekoniecznie spowalnia i biurokratyzuje efektywne wdrożenie PPP w Polsce, pod warunkiem że odbywa się ono w ramach jasno przydzielonych kompetencji i uprawnień.

Ustawa o PPP zakreśla dosyć szeroko własny zakres przedmiotowy. W jej ramach nie powstaje jeden preferowany wariant umowy, a jedynie zarys jej obowiązkowych elementów, poza którymi strony mogą wybrać najbardziej dogodną dla nich postać partnerską. Należy poczytać to jako niewątpliwą zaletę regulacji, która nawiązując do doktryny brytyjskiej, pozwala świadomie i w pełni realizować różnorakie formy PPP. Najbardziej rozpowszechniony podział ze względu na charakter świadczeń wypracował najczęściej dziś stosowane na gruncie polskim umowy typu „projektuj i buduj”, „projektuj, buduj i eksploatuj”, „eksploatuj i utrzymuj”, czy opłacalne ze względu na kluczowe kryterium zwrotu nakładów partnera prywatnego w poborze pożytków okresowe prywatyzacje. Wszystkie te formuły mogą mieć pod reżimem ustawy o PPP zastosowanie w Polsce²³. Jednakże odchodząc od rozważań szczegółowych, należy poddać ocenie, w kontekście efektywności realizacji założeń ustawodawcy, samą konstrukcję prawną umowy o partnerstwo publiczno-prywatne tworzoną w ustawie. Jej twórca uwzględnił, spośród rozmaitych poglądów doktrynalnych odnoszących się do pojęcia, ów definiujący PPP stosunkowo szeroko, jako (wedle ujęcia B. Korbusa i M. Strawińskiego) „partnerstwo sektora publicznego i prywatnego mające na celu realizację przedsięwzięć lub świadczenie usług, tradycyjnie dostarczanych przez sektor publiczny”²⁴. Strony zakładają, że każda z nich jest w stanie podjąć się realizacji powierzonych ustaleniem zadań w sposób sprawniejszy i skuteczniejszy od partnera. Dzięki wykonywaniu konkretnego zadania przez podmiot, który jest do jego realizacji przystosowany lepiej niż drugi, i rozłożeniu ryzyka uzyskuje się pożądane efekty w świadczeniu usług powszechnych. Umowa PPP może być postrzegana jako kontrakt odpłatny, w którym obie strony doświad-

²³ J. R. Antoniuk, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, (w:) M. Baron-Wiaterek, E. Knosala, L. Zacharko (red.), *Zakres ustroju samorządu lokalnego i regionalnego*, Gliwice 2009, s. 121–122.

²⁴ B. Korbus, T. Srokosz, M. Wawrzyniak, *Istota współpracy w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji*, (w:) B. Korbus (red.), A. Panasiuk (red. nauk.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, s. 21.

czają korzyści majątkowej – osoba publiczna w kontekście rozwoju, rozbudowy swojej własności, a prywatny podmiot poprzez wcześniej wzmiankowane formy pobierania pożytków czy zapłaty danej kwoty pieniężnej. Forma owego wynagrodzenia może być rozmaita, aż po postaci mieszane. Jednakże w świetle art. 7 ustawy o PPP jako element kluczowy wynagrodzenie powinno być określone jasno i szczegółowo. Tworzy to pewność prawa oraz obrotu gospodarczego, stałość kontraktu i gwarancję jego realizacji. Takie wskazanie interpretacyjne „ducha ustawy” zdaje się być rozwiązaniem pozytywnym, zważywszy chociażby w ujęciu komparatystycznym, że podobne efekty na gruncie prawa niemieckiego, wraz z licznymi wadami ubocznymi, osiągnęte są poprzez sztywną i niejako przekreślającą istotę PPP „administratywizację” treści umowy i ingerencję organów publicznych. Poprzez niewskazanie wielu *essentialia negotii*, polski ustawodawca skonstruował umowę odpłatną i nienazwaną, która przez swój konsensualny charakter znacznie odbiega od prostoty umów o zamówienie publiczne²⁵. To również daje dużą swobodę kształtowania konkretnych przypadków współdziałania partnerów. Niewątpliwie ramowy charakter ustawy o PPP, otwarcie rynku publicznego na nowe sposoby zarządzania oraz sprzyjające uwarunkowania polityczne przyczyniły się łącznie do stosunkowo szybkiego popularyzowania partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, czego odzwierciedleniem jest coraz częstsze pojawianie się w Biuletynie Zamówień Publicznych i suplementie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (Tenders Electronic Daily) ogłoszeń dotyczących poszukiwań partnerów niezbędnych do wcielania w życie lokalnych czy regionalnych projektów przez organy samorządowe. I tak już w latach 2009–2012 liczba inwestycji, w których zdecydowano się na zaproszenie do umowy podmiotu sektora prywatnego, wyniosła 176 i od tego czasu sukcesywnie rośnie²⁶. Realizacja coraz istotniejszych z punktu widzenia jakości życia społecznego i rozwoju konkretnych obszarów inwestycji w konwencji PPP pozwala ocenić implementację tej konstrukcji prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej w sposób pozytywny ze względu na skuteczną i innowacyjną realizację zadań podmiotów publicznych.

5. ODDZIAŁYWANIE OBU MODELI NA PRAKTYKĘ DZIAŁALNOŚCI ADMINISTRACJI

Porozumienie administracyjne i partnerstwo publiczno-prywatne zdają się konstrukcjami prawnymi niewątpliwie od siebie rodzajowo odległymi. Jest to

²⁵ Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, druk sejmowy VI kadencji nr 1180 z 20.10.2008, s. 6.

²⁶ I. Herbst, A. Jadach-Sepiolo, T. Korczyński, *Poziom upowszechnienia PPP w Polsce*, (w:) J. Hausner (red.), *Raport o partnerstwie publiczno-prywatnym w Polsce*, Warszawa 2013, s. 28.

niechybnie twierdzenie słuszne, które należy poprzeć chociażby elementarnymi różnicami zakresów podmiotowych, stopnia dowolności kształtowania treści aktów wiążących obie strony, czy skalą kontroli instytucjonalnej. Jednakże rolą niniejszych rozważań jest porównanie tych instytucji z punktu widzenia ich zadań i ról, jakie pełnią względem administracji publicznej. Niewątpliwie stanowią one dwie najbardziej obecnie rozprzestrzeniające się w praktyce działalności organów samorządowych i rządowych formuły spośród ostatnich czasy reaktywowanych czy zaszczepianych na gruncie prawa polskiego. Zarówno PPP, jak i porozumienie są alternatywnymi metodami działania administracji, w ramach których możliwa jest ocena efektywnej realizacji przez organy zadań własnych, szczególnie w zaspakajaniu na szczeblu lokalnym potrzeb zbiorowych wspólnoty mieszkańców zamieszkujących dany teren. Porozumienie jest formą ciekawą i niejednorodną, która skłania do współdziałania organów w zakresie realizowania zadań publicznych w formach niewładczych. Umożliwia to swoisty dialog pomiędzy strukturami od siebie niezależnymi, które w danej dziedzinie lub na danym terytorium mogą dzięki temu wspólnie współpracować, niczym organy o zależności hierarchicznej. Pomimo ograniczeń narzucanych w zakresie materialnym i formalnym przez ustawodawcę i orzecznictwo, w doktrynie uważana jest za stosunkowo swobodny sposób efektywnej działalności podmiotów publicznych. Należy zauważyć, że następuje intensyfikacja działań podejmowanych na bazie porozumień, co niejednokrotnie ukazuje również niewątpliwą problematyczność ich prawnego charakteru. Na gruncie polskiego ustawodawstwa można jednoznacznie stwierdzić, że jego publicznoprawna istota wynika z przedmiotu, jakiego się dotyczy, i podmiotów, które mogą je podejmować. Przekazywanie zadań i kompetencji dokonywane jest bezwzględnie na gruncie ustrojowym, z uwzględnieniem możliwości dostosowania treści aktu do konkretnych, lokalnych potrzeb, co poddane jest kontroli systemowej sądów administracyjnych. Zwolnienie z ciężarów cywilnoprawnych²⁷, przedłożenie celów nad zysk w ujęciu gospodarczym oraz podstawy prawne dowodzą, że praktyczne wątpliwości co do natury aktu stanowią pozorny problem. Jednocześnie trzeba zasygnalizować, że rosnąca popularność analizowanej formy przekłada się na tworzenie jeszcze bardziej swoistych i skomplikowanych konstrukcji prawnych, które nazywa się zbiorowo porozumieniem administracyjnym (np. porozumienia na gruncie umów międzynarodowych wpływające na zakres działań rodzimej jednostki państwowej). Wynika z tego, że jego instytucja i charakter powinny być na bieżąco kontrolowane oraz analizowane na gruncie ustawodawstwa, orzecznictwa, czy doktryny pod kątem skuteczności zastosowania. W przypadku umów z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego analiza ich efektywności odbywa się już,

²⁷ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 6 marca 2014 r., I SA/Kr 60/14, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/135E6ED77B> (dostęp: 31.03.2018 r.).

z samego założenia, w początkowej fazie realizacji przedsięwzięcia. Etap analityczny następuje zazwyczaj po *stricte* instytucjonalnym przygotowaniu osoby publicznej, czyli studium założeń polityki lokalnej, konsultacjach społecznych, przygotowaniu merytorycznym kadry pracowniczej organu i wreszcie zakwalifikowaniu projektu jako możliwego do realizacji poprzez model PPP. W następnej kolejności dokonywane są właściwe badania techniczne, analizy prawne, finansowe i ekonomiczne²⁸. W owej dwuetapowości oceny szeroko pojmowanej opłacalności inwestycji doskonale widać niepowtarzalny charakter umów partnerskich, które łączą narzędzia wolnorynkowe, rozwiązania gwarancyjne kontraktów prywatnych ze skutkami w obrębie sfery publicznej, tj. konkretnej realizacji zadań własnych należących do organów. Tym samym można wskazać specyficzny skutek publicznoprawny, jaki rodzą kontrakty PPP należące ze swej natury do sfery cywilnoprawnej. Już na etapie podejmowania przez organ wielu czynności przygotowawczych i podczas postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego działalność tę „należy odnosić do sfery dominium”²⁹. Jednocześnie organy, które wspomagają się konstrukcyjnymi udogodnieniami PPP, przy realizacji swoich zadań wynikających najczęściej w praktyce wprost z ustaw samorządowych ponoszą nadal pełną odpowiedzialność za podejmowane działania i skuteczność zaspokajania potrzeb społeczności. Dlatego o „prywatyzacji zadań publicznych” w ramach PPP można mówić jedynie w dużym skrócie myślowym, mając na względzie faktycznego operatora infrastruktury publicznej, czy usługodawcę. Żadne inne rozumienie tego terminu nie może być zgodne z podstawowymi założeniami konstytucyjnymi funkcjonowania administracji publicznej, zasadą praworządności, szeroko rozumianym zakazem subdelegacji, ponieważ skutkowałoby znaczną dywersyfikacją podmiotów świadczących i nieskutecznością egzekucji roszczeń.

O ile w świetle obecnej ustawy o PPP można mówić o współdziałaniu stron umowy, o tyle w porozumieniu administracyjnym to współpraca pomiędzy organami administracji publicznej staje się adekwatnym określeniem przedmiotu umowy. W słownikowym znaczeniu, które odzwierciedla też istotę różnic prawnych, współpraca to „działalność prowadzona wspólnie przez jakieś osoby, instytucje lub państwa”, a współdziałanie stanowi „przyczynianie się do czegoś razem z innymi czynnikami”³⁰. W konsekwencji o wiele łatwiej wskazać czynniki decydujące, po której stronie, niejednokrotnie nieoczywistej, granicy prawa prywatnego i publicznego znajduje się istota poszczególnej konstrukcji. W przypadku PPP mamy do czynienia z czymś, co można określić „przyczynianiem

²⁸ B. Korbus, T. Srokosz, M. Wawrzyniak, *Realizacja przedsięwzięcia typu PPP (koncesji)*, (w:) B. Korbus (red.), A. Panasiuk (red. nauk.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, s. 75–86.

²⁹ Wyrok NSA z dnia 28 stycznia 2015 r., II GSK 1589/14, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/8666A3E219> (dostęp: 31.03.2018 r.).

³⁰ Zob. <https://sjp.pwn.pl> (dostęp: 31.03.2018 r.).

się” partnera prywatnego do realizacji założonych w ramach publicznego planu rozwoju przedsięwzięć czy świadczenia usług zaspokajających podstawowe potrzeby obywateli w zakresie transportu, kanalizacji, dostępu do kultury itd. W przypadku porozumień, w których po obu stronach stosunku o charakterze publicznoprawnym spotykają się jednostki samorządu terytorialnego, kierownicy państwowych i samorządowych osób prawnych, organy administracji rządowej, podmioty te wspólnie wykonują określone zadania. Zarówno w przypadku kryterium wertykalnego (jednostka terytorialna wyższego stopnia), jak i horyzontalnego (ten sam szczebel) modyfikacji ulega właściwość obu podmiotów z powodu zajścia realnego transferu zadań. W pionowych porozumieniach najczęściej dochodzi do poszerzenia zakresu właściwości rzeczowej u przejmującego zadania, zaś w przypadku umów poziomych zazwyczaj mówi się o zwiększeniu zakresu właściwości miejscowej³¹. Z racji przechodzenia określonych dokładnie w treści porozumienia ciężarów będących udziałem konkretnego ośrodka administracyjnego oraz ścisłej podstawy prawnej do zawarcia danego rodzaju porozumień (w szczególności obostrzeń względem porozumień o wykonywanie zadań z zakresu administracji rządowej przez organy samorządowe)³², finalna efektywność konkretnych przedsięwzięć powinna być badana dopiero na etapie ich wdrożenia. To odróżnia mechanizmy działania porozumienia i partnerstwa publiczno-prywatnego. Niekiedy bowiem powodem nieosiągnięcia zamierzonych poprzez zawarcie porozumienia skutków okazują się uwarunkowania indywidualne podmiotu przyjmującego. Mogą one wynikać z niewydajności, rozłożenia reprezentacji politycznych w organach kolegialnych, nieodpowiedniego zarządzania, czy dłuższego niż w innych przypadkach procesu adaptacji do realizacji powierzonych obowiązków. Dlatego postuluje się kładzenie nacisku, niekiedy wzorem modelu PPP, na etap poprzedzający związanie konkretnym aktem. Wynikające niejako z samej istoty porozumienia czynności, takie jak prowadzenie wielopoziomowych rozmów, negocjowanie konkretnych rozwiązań, podejmowanie wielu uchwał wzajemnych, powinny zaistnieć nie tylko po zawarciu i publikacji dokumentu, ale już na samym początku konkretnego dialogu między podmiotami administracji publicznej³³.

³¹ J. Korczak, *O nieporozumieniach wokół porozumień administracyjnych*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 6, s. 23.

³² Art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 994, z późn. zm., oraz art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 995, z późn. zm.

³³ B. Wojtuń-Malicka, *Porozumienie administracyjne środkiem ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Informatyki, Zarządzania i Administracji” 2016, nr 4(37), s. 126.

6. PODEJMOWANIE DZIAŁAŃ W RAMACH UMÓW PARTNERSKICH I POROZUMIEŃ ADMINISTRACYJNYCH W ŚWIETLE ICH OPLACALNOŚCI

Na tym etapie należy spojrzeć na kryterium efektywności obu konstrukcji prawnych przez pryzmat korzyści z punktu widzenia finansów publicznych, jako sfery najbardziej związanej z opłacalnością danej inwestycji. W tym celu trzeba przytoczyć konkretne rozwiązania regulacyjne, które zawierają mechanizmy kontroli finansowej. I tak, ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2008 r. odnosi się do maksymalnych dopuszczalnych rozmiarów długu publicznego. Ustawa budżetowa na etapie uchwalania powinna zawierać łączną kwotę, która stanowi górny pułap wartości zobowiązań finansowych, jakie mogą zostać zaciągnięte przez organy administracji rządowej z racji umów PPP. Wydaje się, że wskazanie bezpośrednio w ustawie przedmiotowej obowiązków limitacji dla tej kategorii organów stanowi wyraz troski ustawodawcy o gwarancję realizacji inwestycji o skali ogólnokrajowej w formie partnerskiej i stabilność budżetową w kontekście ich znacznej kosztowności. Nie oznacza to jednak, że jednostki samorządu terytorialnego, wyraźnie pominięte w art. 17 ustawy o PPP, są zwolnione od jakiegokolwiek formy rygoru finansowego. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych³⁴ zobowiązuje je również do uwzględniania ważnych i przyszłych umów partnerskich w planach budżetowych oraz wieloletnich prognozach finansowych (np. art. 226 ust. 4 te samej ustawy). Należyty wymiar długu publicznego jest również strzeżony mechanizmem z art. 18 ustawy o PPP wymagającym odpowiedniej zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych na realizację inwestycji w konwencji PPP, w której kosztorysie finansowanie z budżetu państwa wynosi ponad sto milionów złotych. Ustawodawca, nakładając obowiązek notyfikacyjny, wyznaczając jego granicę na stosunkowo wysoką kwotę pieniężną, dał wyraz idei przyświecającej uchwaleniu nowej ustawy o PPP. W zamierzeniu bowiem zabieg ten ma ograniczyć i uprościć procedury, mając na uwadze wolę popularyzacji umów partnerskich w praktyce administracji. W omawianej już ustawie PPP z 2005 r. obowiązek uzyskania zgody Ministra Finansów obejmował bowiem, nazbyt restrykcyjnie, każdy projekt PPP, który zakładał wykorzystanie funduszy sektora publicznego. Na gruncie bieżących regulacji należy wzmiankować, że merytoryczna wartość przedsięwzięcia nie jest na etapie zgody ministerialnej w żadnym stopniu oceniania, a sama zgoda nie ma charakteru decyzji administracyjnej. Racjonalne pod względem finansowym planowanie PPP wpływa również na jego efektywność, ponieważ zmniejsza ryzyko niepowodzenia inwestycji, które w dużym stopniu są uzależnione od uwarunkowań rynkowych. Jest to istotne nie tylko z punktu

³⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2077, z późn. zm.

widzenia troski o poziom rodzimego długu publicznego, ale również ze względu na należyte przestrzeganie postanowień traktatowych³⁵ na szczeblu unijnym. Szanse na powodzenie inwestycji PPP oraz jej opłacalność z poziomu finansów publicznych mogą być oceniane przez podmioty bezpośrednio zainteresowane za pomocą precyzyjnych wytycznych zawartych przykładowo w decyzji Eurostatu 18/2004³⁶. Kluczowe dla oceny skutecznej realizacji przedsięwzięcia i obciążeń ekonomicznych w świetle tego dokumentu będą trzy różne domniemane kategorie ryzyka: budowlane, popytowe i dostępności. Pierwsze z nich skupione jest na badaniu uzależnienia ewentualnych płatności należnych partnerowi prywatnemu od wystąpienia badanego ryzyka. Im większe wzajemne oddziaływanie, tym mniejsza odpowiedzialność podmiotu publicznego. Tym samym przedsięwzięcie będzie mniej stabilne budżetowo i ma statystycznie większe szanse niepowodzenia. Odbywa się to jednak z zyskiem dla kondycji finansów publicznych, które nie musiały być znacząco zaangażowane w realizację umowy. Następnie powinno być badane ryzyko popytowe (jak wahania rentowności wpływają na zobowiązania osoby publicznej względem prywatnej i ewentualne działania rekompensujące) oraz ryzyko dostępności (czy wysokość okresowych płatności na rzecz osoby prywatnej może być silnie uzależniona od okoliczności zewnętrznych i znacząco przez organ obniżona w przypadku ich zaistnienia). Ogólna koncepcja partnerstwa publiczno-prywatnego, poddana rzetelnej analizie, wydaje się gwarantem stabilności w nieustannie rozwijającej się sferze realizacji zadań własnych z pomocą alternatywnych metod administrowania. Może nie tylko poprawić wskaźnik korzyści w skali makroekonomicznej, ale również być remedium na niewydolność finansową wielu jednostek samorządowych. Odpowiednie ukształtowanie umowy uwiarygodnia projekt w oczach potencjalnego partnera prywatnego, zmniejsza obciążenia wydatkowe strony publicznej, zwiększa dochód obu stron, a finalnie działa jako swoista dźwignia finansowa³⁷. Tym samym model PPP służy niewątpliwie zwiększeniu skuteczności w realizacji usług publicznych, jednak musi podlegać starannej, acz nie nadto zbiurokratyzowanej analizie opłacalności. Metodą na ograniczenie jej czasochłonności i kosztowności wydaje się profesjonalizacja personelu administracji publicznej, powołanie wewnętrznych komórek wyspecjalizowanych w ocenie założeń inwestycyjnych i formułowaniu odpowiednich umów partnerskich. Po stronie partnerów prywatnych takowa infrastruktura istnieje w różnym stopniu zaawansowania, a ewentualne wdrożenie powyższych postulatów będzie stanowić dodatkowy stymulant jej rozwoju, co też jest zjawiskiem ze wszech miar pożądanym.

³⁵ Art. 104c TFUE.

³⁶ Decyzja Eurostat nr 18/2004 z dnia 11 lutego 2004 r., STAT/04/18, <http://eur-lex.europa.eu> (dostęp: 31.03.2018 r.).

³⁷ B. Korbus, T. Srokosz, M. Wawrzyniak, *PPP i koncesje a różne aspekty prawno-finansowe*, (w:) B. Korbus (red.), A. Panasiuk (red. nauk.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, s. 145.

Porozumienie administracyjne stanowi, na gruncie obecnie obserwowanej praktyki, stosunkowo rozpowszechnioną formę wcielania w życie postawionych przed organami publicznymi zadań. Trend ten widoczny jest już od przełomu lat 80. i 90. XX w., kiedy sukcesywnie wcielane zmiany ustrojowe pozwoliły na szerokie zastosowanie umów publicznoprawnych w schemacie struktur, kompetencji i zasad poszczególnych szczebli administracji³⁸. Łatwością, wynikającą już z samej istoty konstrukcyjnej tej instytucji na gruncie prawa polskiego, jest zupełna samowystarczalność „ogólnych przepisów kompetencyjnych podmiotów zainteresowanych współpracą”³⁹ do stanowienia skutecznej podstawy prawnej jej powstania. Zdecentralizowany model sprawnie działającego aparatu administracyjnego może na tej bazie realizować niezwykle szeroki rodzajowo katalog zadań z zakresu zadań własnych jednostki. Zdecydowanie większa swoboda kształtowania jego treści wpływa na możliwość dostosowania skali przenoszonych zadań i zalecanej formy ich wykonywania do konkretnych przedsięwzięć. W porównaniu chociażby ze stale niespopularyzowanym kontraktem wojewódzkim, który stanowi wąsko rozumianą umowę o dofinansowanie bazującą na mechanizmie transferu środków pochodzących m.in. z budżetu państwa na rzecz konkretnego programu operacyjnego. O ile jego przedmiotem jest, tylko w skali wojewódzkiej, wyłącznie konkretna kwota pomocowa, o tyle w przypadku porozumienia administracyjnego mamy do czynienia z realnym przejściem władztwa, które umożliwia realizację konkretnego zadania. Tym samym porozumienie nastawione jest w sposób jednoznaczny na rezultat, który może być osiągnięty w determinowany skonkretyzowaną potrzebą sposób, chociażby poprzez wspólne wykonywanie przez strony danych obowiązków prawnych (w przypadku kontraktu przedmiotowe zadania zawsze należą do zakresu działalności samorządu województwa)⁴⁰. Analiza efektywności zawartej umowy, dokonywana w praktyce *post factum*, jest uzależniona od niezwykle mnogich czynników. Są nimi wspomniana już sprawność funkcjonowania konkretnych jednostek w urzeczywistnianiu ciężących na niej zadań, uwarunkowania społeczne, finansowe, a w przypadku związków komunalnych i pozostałych porozumień ich szczebla dodatkowo wybitnie istotne zdają się warunki geograficzne, geopolityczne, historyczne, kulturowe. Postulując *de lege ferenda* w kontekście efektywności działań administracji, niektóre kategorie zadań publicznych nastawione na realizację konkretnych potrzeb wymagają uwzględnienia specyficznych mechanizmów nimi rządzących. I tak, schemat „pakietowy” wypracowany na bazie realizacji np. inwestycji drogowych o skali międzygminnej czy międzypowiatowej rozdziela między stronami kon-

³⁸ B. Jaworska-Dębska, *Umowy we współczesnej administracji*, (w:) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008, s. 13–14.

³⁹ A. Błaś, J. Boć, *Umowy publicznoprawne*, (w:) J. Boć (red.), *Prawo...*, s. 352.

⁴⁰ M. Giełda, *Czy kontrakt wojewódzki jest porozumieniem administracyjnym?*, (w:) *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, Wrocław 2009, s. 173–175.

kretnie czynności przewidziane ustawami infrastrukturalnymi, m.in. kwestie pozyskania niezbędnej dokumentacji projektowej, wielu decyzji, przeprowadzenia przetargu oraz szeroko rozumianego nadzoru budowlanego. Z kolei współpraca jednostek szczebla samorządowego, przykładowo w zakresie ochrony zdrowia, w praktyce porozumień administracyjnych jawi się jako mocno niesatysfakcjonująca⁴¹. Wielość aspektów funkcjonowania samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, skala ich działalności obejmująca swoim zakresem dynamicznie zmieniające się obszary zamieszkania grup docelowych oraz angażująca specyficzne, najczęściej niezespółone służby publiczne, a wreszcie zagadnienia systemowych problemów służby zdrowia w skali całego państwa czynią porozumienia w tej materii źródłem skomplikowanej i niewydajnej zależności prawnej. Na podstawie doświadczeń doktryna sugeruje w tym wypadku połączenia szpitali w toku komercjalizacji, co zmniejsza koszty obsługi księgowej czy zarządu, niewątpliwie zwielokrotniane również przez porozumienie⁴². Tym samym ocena rezultatów w postaci zagwarantowania nieustanności realizowania zadań własnych, których ustrojowej przynależności do konkretnego organu nie znosi przecież wejście w życie umowy porozumienia, powinna być dokonywana w ramach działań odpowiednich organów nadzorczych oraz sądów administracyjnych, zaś efektywność w aspekcie szerokim musi pozostać pod jarzmem kontroli społecznej i politycznej.

7. WNIOSKI PORÓWNAWCZE

Współczesne wyzwania odnośnie do wydajnego zaspokajania potrzeb obywateli spotykają się z odpowiedzią systemu prawnego w postaci wprowadzania alternatywnych metod działania administracji publicznej. Reasumując podjęte rozważania, należy zaznaczyć, że obie instytucje legalne, które z pozoru nie przystają do siebie, a tym bardziej do usystematyzowanego studium komparatystycznego, zostały zestawione w świetle kryterium efektywności. W tym kontekście do niekwestionowanych podobieństw porozumienia administracyjnego i PPP trzeba zaliczyć specyficzną niewładczość, oparcie o transfer ciężaru realizacji zadań własnych organu, ukształtowanie za pomocą metod negocjacyjnych, dialogu stron oraz upodobnienie w wielu aspektach do umów powszechnych w obrocie inwestycyjnym między podmiotami prywatnymi. Tym samym w obu przypad-

⁴¹ P. Horosz, *Komercjalizacja szpitali i jej skutki w świetle przepisów polskiego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011, s. 64.

⁴² K. Gałuszka, *Współpraca samorządów powiatów w zakresie ochrony zdrowia na podstawie porozumienia administracyjnego*, „Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu” 2006, nr 1103, s. 153–160.

kach możliwa jest do uzyskania, tak potrzebna z punktu widzenia konieczności przystosowania się do zależności rynkowych i gospodarczych, elastyczność w działalności organu administracji. Konstrukcje na gruncie polskim zrodzone z potrzeb praktyki i postulatów doktryny wprowadzają pewną konsekwencję w funkcjonowaniu podmiotów publicznych. W kontekście polityki finansowej oszczędność i limitacja środków budżetowych każdego szczebla administracji odbywają się bowiem co do zasady w świetle reguł wartościujących kryteriami rynkowymi (zysk–strata). Tym samym konsekwentne wprowadzanie elementów coraz większej przedsiębiorczości w realizacji zadań własnych organów stanowi pewne przedłużenie strategii systemowej – decyzje państwa odnośnie tego, które obowiązki powszechne będą wykonywane przez podmioty publiczne, a które przez prywatne są determinowane bowiem głównie czynnikami politycznymi⁴³. Bez wątplenia należy stwierdzić, że model PPP oraz forma porozumienia administracyjnego są zupełnie odmiennymi od siebie konstrukcjami prawnymi. O ile podstawa i istota PPP stanowią o prywatnoprawnym charakterze podejmowanych w jego ramach umów, o tyle umowy publicznoprawne są objęte rygiorem właściwym sferze konwencjonalnych działań administracji. Z tego też powodu formuła kontraktów partnerskich ocenia opłacalność na etapie przygotowawczym, zaś bilans szeroko pojmowanych korzyści płynących z porozumienia możliwy jest do podjęcia dopiero po jego wejściu w życie, chociażby na etapie wstępnej realizacji. Umowa publiczna, z racji swej postaci prawnej, nie jest też warunkowana ryzykiem inwestycyjnym w takim stopniu, jaki jest widoczny w przypadku badania celowości i efektywności związania się organu stosunkiem prawnym z partnerem prywatnym. Formułując jednakże postulaty *de lege ferenda*, nie można pozostać obojętnym wobec zjawiska postępującej prywatyzacji zadań publicznych. Jest ona bowiem związana z szerokim trendem decentralizacji, usamodzielnienia podmiotów administracyjnych, a tym samym przeorganizowania rozkładu wykonywania zadań publicznych⁴⁴. W tym procesie na pierwszy plan wysuwają się pozostające najbliżej jednostki samorządy, których obciążenia w zakresie realizacji elementarnych potrzeb społecznych cały czas ulegają powiększeniu. Tym samym wzrost wagi współpracy regionalnej i lokalnej będzie generował potrzebę promocji nadal niedostatecznie spopularyzowanych modeli porozumień administracyjnych. W następnej kolejności wspomniane zjawisko prywatyzacji zadań publicznych wymusza reorganizację wewnętrznych struktur organów na wzór efektywnego zarządzania przedsiębiorstwem. Konieczny więc staje się rozwój współpracy z partnerami prywatnymi głównie w zakresie świadczenia usług powszechnych na gruncie formuł PPP. Łącząc powyższe tendencje z doświadcze-

⁴³ S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994, s. 29.

⁴⁴ A. Brusik, *Prywatyzacja zadań publicznych – szansą czy zagrożeniem dla administracji XXI wieku?*, (w:) S. Fundowicz, K. Filipiak, P. Śwital (red.), *ABC Administracji. Administracja publiczna wobec wyzwań współczesności*, Radom 2013, s. 159.

niami praktyki, można sformułować twierdzenie, iż porozumienie administracyjne jest w pewnym stopniu naśladownictwem działań podmiotów prywatnych w sferze publicznoprawnej w procesie spełniania zadań własnych, zaś PPP służy bezpośrednio realizacji tych zadań w sferze cywilnoprawnej. Wobec tego obie konstrukcje prawne stanowią szansę na wcielanie w życie postulatu zwiększenia skuteczności czynności podejmowanych przez podmioty publiczne.

BIBLIOGRAFIA

- Antoniuk J. R., *Partnerstwo publiczno-prywatne*, (w:) M. Baron-Wiaterek, E. Knosala, L. Zacharko (red.), *Zakres ustroju samorządu lokalnego i regionalnego*, Gliwice 2009
- Aust A., *The theory and practice of informal international instruments*, „The International and Comparative Law Quarterly” 1986, Vol. 35, issue 4
- Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994
- Błaś A., Boć J., *Umowy publicznoprawne*, (w:) J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007
- Boć J., Dziewięcka-Bokun L. (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008
- Brusik A., *Prywatyzacja zadań publicznych – szansą czy zagrożeniem dla administracji XXI wieku?*, (w:) S. Fundowicz, K. Filipiak, P. Śwital (red.), *ABC Administracji. Administracja publiczna wobec wyzwań współczesności*, Radom 2013
- Brzezińska P., *Porozumienie administracyjne – problemy węzłowe*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 6
- Cieślak Z., *Porozumienie administracyjne*, Warszawa 1985
- Gałuszka K., *Współpraca samorządów powiatów w zakresie ochrony zdrowia na podstawie porozumienia administracyjnego*, „Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu” 2006, nr 1103
- Giełda M., *Czy kontrakt wojewódzki jest porozumieniem administracyjnym?*, (w:) *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, Wrocław 2009
- Gonet W., *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wzory umów i pism*, Warszawa 2009
- Herbst I., Jadach-Sepioło A., Korczyński T., *Poziom upowszechnienia PPP w Polsce*, (w:) J. Hausner (red.), *Raport o partnerstwie publiczno-prywatnym w Polsce*, Warszawa 2013
- Horosz P., *Komercjalizacja szpitali i jej skutki w świetle przepisów polskiego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011
- Izdebski H., *Współczesne modele administracji publicznej*, Warszawa 1993
- Jaworska-Dębska B., *Umowy we współczesnej administracji*, (w:) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008
- Jeżewski J., *Administracja pod rządem prawa cywilnego: z badań porównawczych nauki prawa administracyjnego*, Wrocław 1974

- Korbus B., Srokosz T., Wawrzyniak M., *Realizacja przedsięwzięcia typu PPP (koncesji)*, (w:) B. Korbus (red.), A. Panasiuk (red. nauk.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010
- Korbus B., Srokosz T., Wawrzyniak M., *Istota współpracy w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji*, (w:) B. Korbus (red.), A. Panasiuk (red. nauk.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010
- Korbus B., Srokosz T., Wawrzyniak M., *PPP i koncesje a różne aspekty prawno-finansowe*, (w:) B. Korbus (red.), A. Panasiuk (red. nauk.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010
- Korczak J., *O nieporozumieniach wokół porozumień administracyjnych*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 6
- McQuaid R. W., Scherrer W., *Public Private Partnership in the European Union: Experiences in the UK, Germany and Austria*, *International Public Administration Review*, Lublana 2008
- Ofiarska M., *Formy publicznoprawne współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008
- Słodowa-Hełpa M., *Zagraniczne doświadczenia w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego – inspiracje i rekomendacje dla Polski*, „Studia BAS” 2014, nr 3(39)
- Tyśkiewicz-Mazur A., *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym – wybrane zagadnienia*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 11
- Wojtuń-Malicka B., *Porozumienie administracyjne środkiem ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Informatyki, Zarządzania i Administracji” 2016, nr 4(37)

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AND ADMINISTRATIVE AGREEMENT. EFFECTIVE IMPLEMENTATION OF PUBLIC ADMINISTRATION TASKS IN THE COMPARISON BETWEEN COMPONENTS OF LEGAL SYSTEM

Summary

This publication focuses on defining the legal nature of the constructions of public-private partnership and administrative agreements under different legal systems, with particular emphasis on Polish regulations. Due to complex changes within the concept of public administration, alternative methods of its operation gradually appear. Unification of European legal structures and global socio-economic innovations are an impulse for the analysis of methods that allow adapting to the marketization of public tasks. The aim of the author is to assess the effectiveness of a hybrid forms of public-private partnership and administrative agreement combining the features of private and public law, based on the evaluation of doctrine and jurisprudence. Solutions taken from Polish legal acts on local government and the practice of public institutions reflect the

challenging problem of multilayeredness of obligations undertaken by aforementioned form. Extracting the conclusions from market research and cited government reports allows to formulate postulates *de lege ferenda* and accurate diagnosis of the activities of modern administration.

KEYWORDS

public administration, public-private partnership, administrative agreement, modern administration

SŁOWA KLUCZOWE

administracja publiczna, partnerstwo publiczno-prywatne, porozumienie administracyjne, nowoczesna administracja