

## Interes publiczny a partnerstwo publiczno-prywatne

Istota prawa publicznego gospodarczego, jego treść i zakres, a także swoiste konstrukcje są wynikiem jego funkcji tworzenia podstaw dla realizacji interesu publicznego. Z postanowień przepisów tego prawa wynikają szczególne kompetencje organów administracji publicznej, wyposażające je we władztwo administracyjne, stanowiące z jednej strony skuteczny instrument realizacji dobra publicznego. Z drugiej zaś strony stwarza mechanizm ochrony praw, wolności i interesów przedsiębiorców<sup>1</sup>.

Publiczne prawo gospodarcze kształtuje także zasady działania oraz określa funkcje organów administracji publicznej na obszarze prawa prywatnego. Odnosi się to w szczególności do sposobu wykonywania zarządu mieniem publicznym i wykonywania praw majątkowych państwa oraz innych podmiotów publicznych zgodnie z celami, jakim majątek ten ma służyć<sup>2</sup>. Ma to istotne znaczenie w obliczu tworzenia przez współczesne prawo publiczne, na niespotykaną wcześniej skalę, podstaw do powierzania wykonywania zadań publicznych podmiotom prywatnym<sup>3</sup>.

Rozważając problematykę zadań oraz funkcji administracji publicznej, a także sposobu ich realizacji, nie sposób pominąć kategorii interesu publicznego. Tradycyjnie uznaje się, że pojęcie to pełni funkcję legitymacyjną dla wszelkich działań władzy publicznej, w tym działań w sferze gospodarki, będąc jednocześnie podstawowym kryterium ich oceny<sup>4</sup>. Na uwagę zasługuje, iż interes publiczny nie doczekał się nigdy na gruncie prawa uniwersalnej definicji legalnej. Jest to rezultatem ogólnego charakteru tego pojęcia oraz zmienności w czasie i warunkach jego występowania. Stąd proces jego

---

<sup>1</sup> A. Chełmoński, *Realizacja dobra publicznego a ochrona interesów jednostki*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2000, s. 22-23.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> A. Błaś, *Prawo administracyjne wobec przemian we współczesnym państwie prawnym*, [w:] J. Boć, A. Chajbowicz (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Kolonia Limited 2009, s. 38; por. także J. Blicharz, *Kategoria interesu publicznego jako przedmiot działania administracji publicznej*, Acta Universitatis Wratislaviensis Nr 2642 Przegląd Prawa Administracji LX Wrocław 2004, s. 39-40.

<sup>4</sup> S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Zakamycze 1998, s. 197.

wykładni winien być przedmiotem stałej analizy i dociekań naukowych. Interes publiczny, jako pojęcie prawne z istoty swej bardzo obszerne i trudne do jednoznacznego interpretowania, nabiera treści dopiero w określonych warunkach i czasie<sup>5</sup>. Jednakże, wobec używania go przez ustawodawcę (także ustawodawcę konstytucyjnego), nie sposób odmówić interesowi publicznemu charakteru kategorii pojęcia prawnego. Uniwersalizacja, czy też próba aksjomatyzacji, w tym przedmiocie nie wydaje się być uzasadniona ani też możliwa. Interes publiczny nie jest bowiem pojęciem stanowiącym byt samodzielny. Jego znaczenie jest zależne od kontekstu społecznego w sensie realizowania określonych wartości akceptowanych i pożądaných w danym społeczeństwie w określonym czasie. Stąd interes publiczny wymaga ciągłej redefinicji, ciągłej analizy i nieustannego nowego wartościowania i oceniania. Uzasadniony w tym procesie jest udział judykatury sądów powszechnych, administracyjnych oraz Trybunału Konstytucyjnego. Dziś nie sposób byłoby nie uwzględnić znaczenia orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie wykładni zwrotów niedookreślonych, zawartych w prawie Unii Europejskiej, jak i w prawie wewnętrznym (krajowym).

Zadania orzecznictwa w tym zakresie są wynikiem kwalifikowania interesu publicznego w kategoriach prawnych. Za takim ujęciem przemawia częste posługiwanie się tym zwrotem przez ustawodawcę w tekstach aktów prawnych, co sprawia, że będąc składnikiem normy prawnej, pojęcie to podlega wykładni w procesie stosowania prawa<sup>6</sup>. Jako pojęcie nieostre<sup>7</sup> (klauzula generalna) ma charakter normatywny, co oznacza, że jest prawnie wiążące dla organu stosującego prawo, ustalenie zaś faktycznego oznaczenia tego pojęcia następuje z zachowaniem obowiązujących w danym systemie prawa reguł jego interpretacji. Prawdliwość dokonanych w tym przedmiocie ustaleń organu władzy publicznej poddana jest kontroli sądownoadministracyjnej<sup>8</sup>. Zgodzić się trzeba z poglądem S. Dudzika, który stwierdza, że niezaliczenie interesu publicznego do pojęć normatywnych nie mogłoby skutkować wyłączeniem spod kontroli sądu administracyjnego przypadków jego stosowania. Sąd zobowiązany jest bowiem do kontroli prawidłowości dokonanej przez organ administracyjny oceny stanu faktycznego z punktu widzenia wszystkich składników dyspozycji normy prawnej, w tym także tych jej elementów, które odwołują

---

<sup>5</sup> E. Modliński, *Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1932, s. 16.

<sup>6</sup> A. Wróbel, *Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym*, [w:] *Administracja publiczna u progu XXI wieku. Prace dedykowane prof. zw. dr. hab. Janowi Szreniawskiemu z okazji jubileuszu 45-lecia pracy naukowej*, Przemysł 2000, s. 702-703.

<sup>7</sup> M. Mincer, *Pojęcia niedookreślone w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Nowe Prawo 1984, nr 7-8, s. 95.

<sup>8</sup> A. Wróbel, *Interes publiczny ...*, s. 703.

się do systemu pojęć pozaprawnych<sup>9</sup>. Innymi słowy, sąd nie może odmówić kontroli interpretacji użytego w przepisie prawa zwrotu niedookreślonego „interes publiczny”, a poddając szczegółowej ocenie przesłanki, które legły u podstaw danego rozumienia (interpretacji) interesu publicznego, bada również te elementy wpływające na proces wykładni, które powołują się na wartości zewnętrzne wobec systemu prawa<sup>10</sup>.

Względny charakter treści pojęcia „interes publiczny” nie oznacza jej dowolności. W literaturze przedmiotu mają miejsce próby definiowania tego pojęcia, a ustawodawca na gruncie prawa materialnego określa niekiedy, co rozumie przez użyty w danej ustawie zwrot „interes publiczny”. W przepisie art. 2 ust. 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>11</sup> zamieszczona jest definicja, zgodnie z którą przez interes publiczny rozumieć należy uogólniony cel dążeń i działań uwzględniających zobiektywizowane potrzeby ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności, związanych z zagospodarowaniem przestrzennym. Na przytoczonym przykładzie da się zauważyć trudności w sformułowaniu definicji interesu publicznego, nawet dla potrzeb wąskiej regulacji ustawowej. Wiele pojęć wskazanych w tym przepisie nie odpowiada zasadom tworzenia definicji legalnej. Nie mają bowiem dającej się precyzyjnie określić normatywnej treści. Treść, jaka została im nadana w powołanym przepisie, jest jedynie pewnym rozwinięciem, nie zmienia jednak ich zasadniczego charakteru, jako pojęć niedookreślonych, wyznaczających interpretację dla każdego rozpatrywanego, konkretnego przypadku na podstawie wiedzy i reguł pozaprawnych<sup>12</sup>.

Gdy idzie o doktrynę, można nie wchodząc w dalekie antecedencje kształtowania się i różnorodności prób zdefiniowania interesu publicznego przyjąć, że jest to potencjalna realizacja pewnych obiektywnych potrzeb zbiorowych, uznawanych w danej zorganizowanej społeczności w określonym czasie i warunkach za optymalne i konieczne, a które nie mogą być zaspokojone (osiągnięte) na płaszczyźnie swobody (wolności) jednostki w wyniku braku równowagi pomiędzy interesem jednostki (lub grupy) a interesem owej zbiorowości<sup>13</sup>. Działania te wymagają zatem zorganizowania w drodze norm prawa publicznego, które regulują treść i formę wykonywania podstawowych funkcji administracji, kreując jednocześnie formę (środek) bądź prawną formę działań kształtu-

---

<sup>9</sup> S. Dudzik, *Działalność gospodarcza ...*, s. 207.

<sup>10</sup> Wyrok NSA z 28.VIII.1992 r., III S.A. 1154/92, OSP 1994, nr 4 poz. 70 cyt. za: S. Dudzik, *Działalność ...*, s. 208.

<sup>11</sup> Dz. U. z 2003 r., Nr 80, poz. 717 z późn. zm.

<sup>12</sup> Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz*, C.H. Beck 2008, s. 23-24.

<sup>13</sup> A. Chelmoński, *Zasady publicznego prawa gospodarczego*, [w:] A. Śmieja (red.), *Zasady prawa gospodarczego*, Wrocław 1999, s. 41 i n.

jących sytuację prawną ich adresatów<sup>14</sup>. W odniesieniu do przedsiębiorców będą to w szczególności normy prawa publicznego gospodarczego, w drodze których ustawodawca wyraźnie wskazuje formy prawne działań administracji gospodarczej w procesie realizacji zadań w zakresie oddziaływania na gospodarkę. Jak stwierdza K. Strzyczkowski, zapobiega to przenoszeniu na administrację ciężaru ustalenia form prawnych, za pomocą których wykonuje swoje funkcje, co należy do kompetencji zastrzeżonej dla regulacji ustawowej. Nadto, wskazanie w drodze norm kompetencyjnych prawnych form realizacji zadań administracji gospodarczej zapewnia bezpieczeństwo i pewność prawa, ochronę praw adresatów działań administracji gospodarczej (szczególnie przedsiębiorców), ochronę podstawowych wartości i konstytucyjnych zasad takich właśnie, jak ochrona interesu publicznego oraz prywatnego, wolność działalności gospodarczej czy realizację reguł rynkowej konkurencji<sup>15</sup>.

Koncepcja doboru form prawnych działania administracji gospodarczej nie jest aksjologicznie obojętna i odzwierciedla w sposób wyraźny lub dorozumiany przyjęty i odpowiednio zhierarchizowany system wartości stosunków w płaszczyźnie administracja-gospodarka<sup>16</sup>.

Znajduje to odzwierciedlenie w zróżnicowaniu form prawnych działania w wyodrębnionych ustawowo zadaniach administracji. Stopień formalizacji form oraz zaangażowanie władztwa administracyjnego są niewątpliwie wynikiem zastosowania ocen wartościujących przez ustawodawcę.

Cele regulacji prawnych publicznego prawa gospodarczego zmieniają się wraz z narastającymi przeobrażeniami stosunków gospodarczych. We współczesnych warunkach oznacza to postępującą rezygnację z bezpośredniego udziału państwa i innych podmiotów publicznoprawnych w realizacji zadań ustawowych w sferze zaspokajania potrzeb publicznych, poprzez wykonywanie działalności gospodarczej. Dzieje się tak dlatego, że państwo przestało być podmiotem gospodarczym, tradycyjnie realizującym

---

<sup>14</sup> Por. K. Kiczka, *Prawo administracyjne gospodarcze w systemie prawa administracyjnego*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Kraków 2007, s. 71.

<sup>15</sup> K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach nauki o prawnych formach działania administracji gospodarczej*, [w:] B. Popowska, K. Kokocińska (red.), *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*; por. także A. Błaś, *Zadania administracji publicznej*, [w:] J. Boć (red.), *Administracja publiczna*, Wrocław 2002, s. 140 i n. J. Jezewski, definiując administrację publiczną w jej funkcjonalnym znaczeniu, zwraca szczególną uwagę na funkcję wykonywania przez administrację zadań publicznych mających na celu zaspokajanie zbiorowych potrzeb obywateli, wynikających ze współżycia ludzi w (zorganizowanym) społeczeństwie. W państwie prawnym zadania te winny być określone w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Podkreśla, iż to właśnie przepisy ustawowe mają określać wyraźnie zasady, formy, a także procedury wykonywania zadań publicznych, U. Kalina-Prasznik (red.), *Encyklopedia prawa*, Warszawa 1999, s. 116-117.

<sup>16</sup> K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach ...*, s. 59 oraz A. Chełmoński, *Niektóre problemy teorii działań prawnych administracji gospodarczej*, Acta Universitatis Wratislaviensis 1975, Nr 318, Prawo LIV, s. 59.

zadania w sferze zaspokajania indywidualnych i zbiorowych potrzeb obywateli, wynikających ze współzycia ludzi w zorganizowanym społeczeństwie<sup>17</sup>.

Współczesne państwo nie jest też adresatem konstytucyjnych wolności oraz praw ekonomicznych, jest natomiast niepodważalnie ich gwarantem<sup>18</sup>. W gospodarce rynkowej coraz częściej mamy do czynienia z rezygnacją państwa z funkcji kreatywnej na rzecz ochronnej, a niekiedy nadzorczej, mających na celu zabezpieczenie zgodności działań podmiotów niepublicznych w zakresie realizacji zadań w sferze zaspokajania potrzeb publicznych<sup>19</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że interes publiczny determinuje aktywność administracji publicznej również w tych działaniach.

Nie jest dziś podważane, iż organy władzy publicznej mają pewną swobodę w zakresie wyboru formy organizacyjno-prawnej realizacji swych zadań publicznych<sup>20</sup>. Decydującym czynnikiem wyboru jest efektywność (sprawność, skuteczność, szybkość i jakość) wykonywania zadań publicznych. Jednakże wykonywanie tych zadań poprzez ich prywatyzację<sup>21</sup> (przekazanie do realizacji podmiotom prywatnym) powodującą ograniczenie aktywności państwa w gospodarce nie powoduje przeniesienia odpowiedzialności za realizację (wykonanie) zadań publicznych na podmiot prywatny, a służy wyłącznie efektywniejszemu wykonaniu zadań administracji. Innymi słowy, tak długo, jak organ administracji jest zobowiązany do określonych działań, mających na celu zaspokajanie potrzeb publicznych, tak długo ponosi on odpowiedzialność za realizację zadań publicznych także w sytuacji, gdy ich faktyczne wykonanie powierzono podmiotom prywatnym<sup>22</sup>.

Jest to wynikiem wykonawczego charakteru działań organów administracji publicznej, wobec zadań wyznaczonych przez władzę ustawodawczą<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010, s. 15.

<sup>18</sup> T. Rabska, *Działania administracji publicznej w świetle współczesnej koncepcji publicznego prawa gospodarczego*, [w:] B. Popowska, K. Kokocińska, *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, Poznań 2009, s. 19.

<sup>19</sup> K. Rzetelska, *Wycofanie się państwa z publicznoprawnego wykonywania zadań*, PUG 2004, nr 10, s. 25 i n.

<sup>20</sup> Stwierdzenie to nie dotyczy oczywiście sytuacji, w których ustawodawca jednoznacznie wskazuje formę prawną właściwą dla wykonania zadania (podjęcia czynności prawnej).

<sup>21</sup> Prywatyzację rozumiemy tu nie jako zmianę stosunków własnościowych, powodujących przeniesienie praw właścicielskich (w znaczeniu prawnym i ekonomicznym) z podmiotu publicznego na rzecz podmiotu prywatnego, a jako prywatyzację zadań publicznych. Prywatyzacja zadań publicznych jest, jak stwierdza J. Zimmermann, przejawem wszelkiego odstępstwa od wykonywania zadań przez podmioty administracji publicznej, działające w formach prawa publicznego. Por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005, s. 143.

<sup>22</sup> Por. K. Strzyczkowski, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 129 i n.; S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, PWN 1994, s. 29.

<sup>23</sup> A. Błaś, *Rodowód i ewolucja administracji*, [w:] J. Boć (red.), *Administracja publiczna*, Kolonia Limited 2003, s. 35-36.

Jeżeli ustawodawca dopuszcza wykonywanie tych zadań w drodze prywatyzacji przez podmioty niepubliczne, to nie oznacza to możliwości uwolnienia się administracji od ustawowej odpowiedzialności za realizację określonych zadań publicznych, wyznaczone zaś przez ustawodawcę organom państwa lub samorządu terytorialnego zadania zachowują charakter zadań publicznych. Podstawowym kryterium uznania określonych zadań za zadania publiczne jest bowiem okoliczność, iż to właśnie państwo lub samorząd terytorialny ponoszą w świetle prawa odpowiedzialność za ich zrealizowanie<sup>24</sup>. Co więcej, przekazując zadania publiczne do wykonania podmiotom prywatnym, organ administracji odpowiada także za należyte ich wykonanie<sup>25</sup>. To bowiem od administracji, a nie prywatnego przedsiębiorcy, jednostka ma prawo domagać się spełnienia świadczeń w sposób prawidłowy, terminowy, efektywny i skuteczny.

W tej sytuacji na uwagę zasługuje stosunek prawny powstający pomiędzy organem zobowiązanym do określonych świadczeń publicznych a prywatnym przedsiębiorcą, wykonującym te zadania.

Nie ulega wątpliwości, że organ administracji jest zobowiązany do sprawowania ciągłej kontroli wykonywania zadań publicznych przez prywatnego przedsiębiorcę. Zdaniem J. Lemańskiej<sup>26</sup>, umowa stanowiąca podstawę wykonywania zadań publicznych przez podmioty prywatne określa również zasady sprawowania nadzoru nad sposobem realizacji powierzonych zadań publicznych, z wszystkimi konsekwencjami, które rodzi stosunek nadzoru. Umożliwia zatem podjęcie przez organ administracji publicznej korygujących środków o charakterze władczym w sytuacji zagrożenia interesu publicznego, będącego wynikiem niewłaściwego realizowania przyjętych do wykonania przez przedsiębiorcę prywatnego zadań publicznych.

Warto zwrócić uwagę, że podmioty, którym organy administracji publicznej powierzą realizację zadań publicznych, wykonują te zadania w ramach własnych celów statutowych, gospodarczych, kierując się własnym interesem i właściwymi im metodami działania. Podmioty te, wykonując przekazane zadania publiczne, działają w sferze realizacji konstytucyjnie i ustawowo określonych publicznych praw podmiotowych jednostki, a jednocześnie działają w ramach określonej konstytucyjnie swobody działalności gospodarczej. Ta sytuacja rodzi w sposób naturalny potrzebę szczególnej harmonizacji działań przedsiębiorców z interesem publicznym. Logika działań podmiotów prywatnych, jak słusznie zauważa A. Błaś, jest bowiem inna od logiki działań orga-

---

<sup>24</sup> S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych*, Warszawa–Kraków 1994, s. 29.

<sup>25</sup> Por. A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, Państwo i Prawo 2008, nr 2, s. 23.

<sup>26</sup> J. Lemańska, *Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, Kraków 2001, s. 426. Por. także A. Panasiuk, *Umowa ...*, s. 19 i n.

nów władzy publicznej, bo podmioty te nie muszą spełniać wymogu podejmowania swych działań na podstawie szczegółowego upoważnienia ustawowego, nie dysponują z natury swej władztwem administracyjnym, a działania ich nie ogranicza kompetencja, bo pojęcie to odnosi się do działań organów administracyjnych<sup>27</sup>. W końcu, co trzeba wyraźnie podkreślić, podmiot niepubliczny w trakcie wykonywania zadań publicznych kieruje się własnym, indywidualnie określonym interesem, którego treść w mniejszym lub szerszym zakresie wyznacza sam. Jednak realizacja własnego interesu (ekonomicznego, gospodarczego) przez podmiot niepubliczny jest swoiście ograniczona i możliwa tylko w zakresie, w jakim ten interes jest zgodny z interesem publicznym. Podmiot niepubliczny (przedsiębiorca), realizując zadania publiczne, staje się bowiem podmiotem prawa publicznego gospodarczego i choć same zadania publiczne nie ulegają zmianie, to zmienia się sposób wykonywania tych zadań przez państwo (samorząd terytorialny) z bezpośredniego na pośredni<sup>28</sup>.

W tej sytuacji szczególnego znaczenia nabiera regulowana przepisami prawa publicznego forma prawna oraz zasady pośredniego wykonywania zadań publicznych. Należy podkreślić, że pośrednie wykonywanie zadań publicznych co do zasady ma charakter uzupełniający (równoległy)<sup>29</sup> wobec działań organów władzy publicznej, zobowiązanych do wykonywania tych funkcji<sup>30</sup>. Niekiedy przyjmuje także formę wspólnych działań podmiotów publicznych i prywatnych.

Wspólne działanie publiczno-prywatne dla realizacji dobra wspólnego wykazuje w ostatnich latach wyraźną tendencję rozwojową. Rośnie zatem stosunkowo szybko wykorzystanie przez administrację publiczną dwustronnych prawnych form działania. Na szczególną uwagę zasługują działania dwustronne w formie prawnej umów określonych jako administracyjne. Ich cechą wyróżniającą jest uczestnictwo w charakterze strony organu administracji publicznej<sup>31</sup> oraz ograniczenie swobody kontraktowej. Owo ogra-

---

<sup>27</sup> A. Błaś, *Prawo administracyjne wobec przemian we współczesnym państwie prawnym*, [w:] J. Boć, A. Chajbowicz (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, s. 38-39.

<sup>28</sup> S. Biernat, *Prywatyzacja ...*, s. 29.

<sup>29</sup> Uzasadniony wydaje się pogląd Stanisława Biernata, że wykonywanie pośrednie, równoległe nie obejmuje sytuacji, kiedy w grę wchodzi działanie władcze. W takich sytuacjach zadania publiczne wykonują zasadniczo tylko organy publiczne, inne zaś podmioty wyłącznie na podstawie wyraźnego upoważnienia ustawowego – tak: S. Biernat, *op. cit.*, s. 56.

<sup>30</sup> Pojęcie funkcji administracyjnej publicznej użyte zostało w znaczeniu wykonywania zadań administracji, wytyczonych jej normatywnie, istniejących obiektywnie i faktycznie realizowanych, co skutkuje osiągnięciem celu. Tak: M. Górski, *Pojęcia „funkcje administracji państwowej” i „zadania administracji państwowej”*, [w:] Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Juridica 1992, nr 52.

<sup>31</sup> E. Schmidt-Assmann *Das Allgemeine Verwaltungsrechts als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, Heidelberg, New York 1998,

niczenie, charakterystyczne dla prawa publicznego, jest wynikiem konieczności wyposażenia w niezbędne kompetencje, stanowiące dla organu legitymację do podjęcia działań zmierzających do zawarcia umowy administracyjnej<sup>32</sup>.

Upoważnienie organu do zawarcia umowy administracyjnej, podobnie jak do podjęcia działań władczych (w ramach władztwa administracyjnego), zawarte jest w normie ustawowej determinującej treść stosunków umownych z udziałem organów administracji publicznej<sup>33</sup>. Właśnie wpływ ustawy określającej kompetencje organu oraz kształtującej podstawowe elementy strukturalne umowy administracyjnej (publicznej)<sup>34</sup> oraz jej bezpośredni związek z wykonywaniem zadań publicznych powodują jej swoistość na gruncie prawa publicznego (także publicznego gospodarczego) i określa jej odrębność od umów prawa prywatnego<sup>35</sup>. W takim rozumieniu umowa nabywa cech publiczno-prawnego instrumentu oddziaływania, zmierzającego do urzeczywistnienia interesu publicznego, co w istocie ogranicza swobodę umów, stanowiącą fundamentalną zasadę prawa cywilnego.

---

s. 265 i n. cytuje za K. Strzykowskim, *Uwagi o zadaniach nauki w prawnych formach działania administracji gospodarczej*, [w:] B. Popowska, K. Kokocińska (red.), *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, Poznań 2009, s. 55-56.

<sup>32</sup> K. Strzykowski, *Uwagi ...*, s. 55.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> T. Rabska w pracy *Kontrakt wojewódzki – forma działania administracji publicznej w strukturach zdecentralizowanych* określa kontrakt wojewódzki, regulujący zakres i tryb oraz warunki realizacji działań wynikających z regionalnych programów operacyjnych, którego stronami są Rada Ministra i samorząd województwa, jako nowa forma działań administracji, którą można zakwalifikować jako umowę publicznoprawną (umowę administracyjną) [w:] *Institucje współczesnego prawa administracyjnego, księga jubileuszowa Prof. Zw. dra hab. J. Filipka*, Kraków 2001, s. 601 i n.

<sup>35</sup> Obszerne rozważania na temat charakteru umów administracyjnych z uwzględnieniem poglądów nauki francuskiej, niemieckiej oraz polskiej doktryny prawa administracyjnego zawiera praca S. Biernata, *Działania wspólne w administracji państwowej*, Ossolineum 1979, s. 95-110. Zob. też: J. Jeżewski, *Administracja pod rządami prawa cywilnego*, Wrocław 1974, s. 84 i n.; H. Dawidowicz, *Umowy administracyjne w gospodarce uspołecznionej*, PUG 1964, nr 1, s. 4 i n.; K. Strzykowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 189, autor jako umowę administracyjną uznaje tę, której co najmniej jedną ze stron jest organ administracji publicznej, a przedmiot umowy występuje w bezpośrednim związku z wykonywaniem zadań publicznych; J. Filipek, *Stosunek administracyjnoprawny*, Kraków 1968, s. 102 i n. Inny pogląd, negujący w ogóle potrzebę wyodrębniania umów administracyjnoprawnych (kontraktu administracyjnego), prezentowali niektórzy przedstawiciele nauki okresu międzywojennego. Por. W.L. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego*, Warszawa 1924, s. 103 i n.; S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcie i instytucje zasadnicze*, Poznań 1846r.; B. Walawski, *Pozwolenia i koncesje administracyjne w prawie polskim*, Wilno 1939, s. 126-130. M. Waligórski uznaje, że kontrakt administracyjny polega na wyrażeniu zgodnych oświadczeń woli przez podmiot publiczny oraz podmiot prywatny, w którego wyniku strony mocą złożonych oświadczeń woli poddały się rygorom prawa administracyjnego. Kontrakt taki stanowi instrument prawny realizacji służby publicznej. M. Waligórski, *Administracyjna regulacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji*, Poznań 1998, s. 225, por. też Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, *passim*, A. Panasiuk, *Umowa ...*, s. 18 i n.



Fakt, że współczesne prawo stwarza możliwości wykonywania zadań administracji publicznej (gospodarczej) przy wykorzystaniu nowych form prawnych, działania – form dwustronnych, w których tradycyjny element władztwa administracyjnego pozostaje drugoplanowy, jest niewątpliwie przejawem koncepcji państwa kooperatywnego, w którym relacje władczego odniesienia administracji gospodarczej do przedsiębiorców ustępują coraz częściej relacjom współdziałania administracji i gospodarki<sup>36</sup>.

Zasługuje na podkreślenie, iż postępujące wycofywanie się państwa z bezpośredniego udziału w gospodarce nie może skutkować rezygnacją z funkcji inicjującej, organizatorskiej i regulacyjnej, zapewniającej realizację interesu publicznego przez podmioty niepubliczne, wykonujące zadania publiczne. Wykonywanie zadań publicznych przy zastosowaniu form dwustronnych jest rezultatem ograniczonych możliwości stosowania form władczych wobec podmiotów (przedsiębiorców) wykonujących działalność w ramach swobody działalności gospodarczej, nie pomniejsza to jednak jakościowej roli administracji publicznej w zapewnieniu warunków realizacji interesu publicznego. Prywatyzacja zadań publicznych ma bowiem na celu redukcję zadań wykonywanych bezpośrednio przez struktury administracji publicznej, co oczywiście nie może stać się powodem redukcji wykonywania tych zadań w ogóle lub obniżenia poziomu ich świadczenia. Administracja publiczna, jak już powiedziano wcześniej, nie redukuje także swej odpowiedzialności za realizację zadań sprywatyzowanych<sup>37</sup>. Jest to wynikiem zasady związania władzy publicznej prawem. Organizacja i działalność administracji w całości opiera się na prawie, w szczególności zaś oznacza to, że żadne działanie zewnętrzne nie jest wyłączone spod regulacji prawnej. To związanie jest luźniejsze, gdy administracja działa w formach niewładczych, i ściślejsze, gdy działania administracji mają charakter władczy. Władztwo administracyjne, jak stwierdza A. Chełmoński<sup>38</sup>, jest instrumentem, którego użycie w stosunkach prawnych z jednostką (przedsiębiorcą) daje zdecydowaną przewagę woli tych organów nad wolą jednostki. Powoduje to konieczność ograniczenia swobody stosowania tego instrumentu wyłącznie do przypadków wyraźnie określonych prawem. W innych przypadkach, gdy brak wyraźnego upoważnienia ustawowego do podjęcia działań władczych, na organach administracji publicznej nadal

---

<sup>36</sup> K. Strzykowski, *Uwagi ...*, s. 56.

<sup>37</sup> Por. E. Knosala, *Zadania publiczne, formy organizacyjno-prawne ich wykonywania i nowe pojęcia – zakres niektórych problemów do dyskusji nad koncepcją systemu prawa administracyjnego*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Wolters Kluwer Polska 2007, s. 122-123; J. Blicharz, *Rola partnerstwa trójsektorowego w ramach nowego zarządzania publicznego a problem biurokracji*, [w:] J. Łukaszewicz (red.), *Biurokracja*, Rzeszów 2006, s. 85-86.

<sup>38</sup> A. Chełmoński, *Zasady publicznego prawa gospodarczego*, [w:] A. Śmieja (red.), *Zasady prawa gospodarczego. Materiały Konferencyjne*, Wrocław 1999, s. 39.

cięży obowiązek podjęcia czynności zmierzających do realizacji interesu publicznego, jednakże formy prawne tych działań mogą mieć jedynie charakter czynności niewładczych lub pomocniczo wykorzystywanych czynności właściwych prawu prywatnemu.

Mechanizmy gospodarki rynkowej wymagają od administracji stosowania metod i form działania umożliwiających efektywne oddziaływanie na podmioty prywatne w celu zachęcania ich do udziału w realizacji zadań publicznych<sup>39</sup>, także poprzez udział w ich finansowaniu<sup>40</sup>.

Wykorzystywanie form dwustronnych w działaniach administracji stwarza daleko idące możliwości uelastycznienia stosunków na linii administracja – gospodarka, nieodzownych w kształtowaniu stosunków partnerskich. Rozwój współdziałania władzy publicznej z sektorem prywatnym na płaszczyźnie partnerskiej jest wynikiem wzrostu zadań administracji, którym nie zawsze jest ona w stanie sprostać. Partnerstwo międzysektorowe to proces postępujący, kreowany coraz aktywniej przez ustawodawcę. Dla tworzenia stosunków partnerskich ustawodawca wskazuje formy dwustronne, których wykorzystanie zapewnia swoistą elastyczność działania.

Wykorzystując formy dwustronne, administracja publiczna zyskuje element elastyczności, tak charakterystyczny i szczególnie istotny, wpisujący się w konstrukcję stosunku nawiązywanego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Elastyczność, jak zauważa A. Panasiuk,<sup>41</sup> jest jednym z głównych elementów charakteryzujących partnerstwo publiczno-prywatne. Podmiot publiczny musi tak formułować swoje oczekiwania, a w szczególności określić ciężar ponoszonego wkładu, ryzyka i odpowiedzialności (w ramach wspólnego przedsięwzięcia), by umożliwiło to znalezienie partnera (kontrahenta) prywatnego, zainteresowanego realizacją zadania. Elastyczność, którą zapewnia stosowanie umowy publicznej, jako prawnej formy działania administracji, jest niewątpliwym walorem w świetle coraz to szerszych i nowych zadań stawianych administracji

---

<sup>39</sup> A. Chełmoński zauważa, że w przypadku braku upoważnienia do działania władczego, organy administracji publicznej mogą i powinny realizować dobro publiczne za pomocą innych środków: czynności prawnych prawa cywilnego i administracyjnych działań niewładczych. Choć w praktyce proporcje działań układają się oczywiście inaczej i choć teza ta, jak pisze Chełmoński, brzmi nieco paradoksalnie, należy uznać domniemanie, że administracja publiczna realizuje dobro publiczne w formach niewładczych, a wykorzystywanie władztwa publicznego jest wyjątkiem od tego domniemania, A. Chełmoński, *Zasady ...*, s. 39 i n.

<sup>40</sup> L. Zacharko, S. Nitecki, *Umowa – jako forma prywatyzacji zadań publicznych w świetle ustawy o pomocy społecznej*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008, s. 447.

<sup>41</sup> R. Waszkiewicz, *Umowy zawierane przez organy administracji jako prawne formy ochrony zabytków*, [w:] *Księga pamiątkowa Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 1999, s. 314 i n.; por. też J. Blicharz, *Prawne możliwości powierzania wykonywania zadań publicznych na drodze umownej organizacjom pozarządowym*, [w:] A. Błaś, K. Nowacki (red.), *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej*, Wrocław 2005, s. 63 i n.

w gospodarce. Naturalną granicę tej elastyczności stanowi jednak cel tej umowy, związany z realizacją określonych zadań, które powinny wynikać z ustawowego katalogu zadań publicznych<sup>42</sup>.

Ustawa z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prawnym<sup>43</sup> jest jedną z tych, które konstruują sposób realizacji zadań publicznych w sferze gospodarczej w nowej formie współpracy administracji publicznej z podmiotami prywatnymi. Ustawa określa zadania i kompetencje organów administracji oraz sposób ich realizacji w drodze współdziałania z prywatnymi przedsiębiorcami lub przedsiębiorcami zagranicznymi.

Ustawodawca nie formułuje definicji pozytywnej partnerstwa publiczno-prywatnego<sup>44</sup>. Określa jedynie zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa. Jako przedmiot partnerstwa publiczno-prywatnego uznaje wspólne realizowanie przedsięwzięć w oparciu o podział zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym.

Partnerstwo publiczno-prywatne jest długoterminową formą współpracy sektora publicznego i prywatnego przy przedsięwzięciach mających na celu realizację zadań publicznych. Przedsiębiorca prywatny realizuje w drodze współdziałania swój komercyjny cel gospodarczy, podmiot publiczny zaś wykonuje ustawowo nałożone zadania publiczne w sposób korzystny dla interesu publicznego. Oznacza to takie wykonanie zadań, które zaspokajały będą potrzeby wszystkich lub większości uczestników określonej społeczności,<sup>45</sup> którym prawo daje możliwość domagania się od władzy publicznej ich realizacji. Korzystne wykonanie natomiast przejawia się w szczególności w terminowym, skutecznym, o wysokim standardzie, a także oszczędnym w wydatkowaniu środków publicznych zaspokajaniu potrzeb publicznych.

Realizacja potrzeb publicznych stanowi istotę partnerstwa publiczno-prywatnego i wpisana jest jako element konstrukcyjny wielu definicji tworzonych w doktrynie prawa oraz przez instytucje międzynarodowe. Urząd Komitetu Integracji Europejskiej definiuje partnerstwo publiczno-prywatne „jako każdego rodzaju współpracę sektora publicznego i niepublicznego, która ma na celu realizację szeroko pojętego dobra publicznego

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 27.

<sup>43</sup> Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 z późn. zm.

<sup>44</sup> W uchylonej ustawie z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym ustawodawca sformułował definicję partnerstwa publiczno-prywatnego w wąskim znaczeniu, stanowiąc, że jest to oparta na umowie o PPP współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, służąca realizacji zadania publicznego, jeżeli odbywa się na zasadach określonych w ustawie.

<sup>45</sup> A.G. Schubert, *'The Public Interest' in Administrative Decision-Making: Theorem, Theosophy or Theory?*, *The American Political Science Review*, Vol. LI 1957, s. 347-348, cyt. za M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 35.

lub też, jako współpracę partnerską przy realizacji stosunkowo dużych projektów, które mają na celu wykonywanie zadań użyteczności publicznej i wychodzenia naprzeciw oczekiwaniom użytkowników. Ta współpraca ujmowana jest w różne formy strukturalne i prawne oraz przybiera różne konfiguracje. W zależności od podejścia, partnerstwo publiczno-prywatne może obejmować umowy polegające na stosowaniu czystej inżynierii finansowej oferowanej i zapewnianej przez partnera prywatnego, poprzez umowy oparte na podziale zysku, kontraktowanie wykorzystywania zadań publicznych, tworzenie podmiotów o specjalnym przeznaczeniu, czy też konstruowaniu i zarządzaniu całymi programami inwestycyjnymi, aż po prywatyzację<sup>46</sup>.

Komisja Europejska uznaje, że „partnerstwo publiczno-prywatne jest partnerstwem między sektorem publicznym oraz prywatnym do celu przedstawienia projektu lub świadczenia usługi tradycyjnie świadczonej przez sektor publiczny. Partnerstwo publiczno-prywatne uznaje, iż obie strony czerpią pewne korzyści, odpowiednie do stopnia realizowania przez nie określonych zadań. Przez umożliwienie każdemu z sektorów robienia tego, co potrafi najlepiej, usługi oraz infrastruktura publiczna są realizowane w sposób najbardziej efektywny gospodarczo. Głównym celem partnerstwa jest zatem kształtowanie takich stosunków między stronami, aby ryzyko ponosiła ta strona, która najlepiej potrafi je kontrolować, natomiast wzrastającą wartość osiąga się przez wykorzystanie umiejętności i kompetencji sektora prywatnego<sup>47</sup>.

Fundacja Centrum PPP definiuje partnerstwo publiczno-prywatne jako „współpracę pomiędzy jednostkami administracji rządowej i samorządowej (administracji publicznej) a podmiotami prywatnymi w sferach zazwyczaj kontrolowanych przez administrację, np. gospodarka komunalna i obsługa społeczno-socjalna określonej wspólnoty. Partnerstwo publiczno-prywatne to przedsięwzięcia realizowane w oparciu o umowę długoterminową, zawartą pomiędzy podmiotem publicznym a podmiotem prywatnym, której celem jest stworzenie składników infrastruktury umożliwiającej świadczenie usług o charakterze publicznym<sup>48</sup>.

Na realizację dobra publicznego zwraca też uwagę Alina Miruć, definiując partnerstwo publiczno-prywatne w szerokim rozumieniu, jako każdego rodzaju współpracę sektora publicznego i prywatnego, mającą na celu realizację szeroko pojętego dobra publicznego, a także współpracę partnerską przy realizacji dużych projektów, które mają

---

<sup>46</sup> Definicja zamieszczona na stronach internetowych przez Urząd Komitetu Integracji Europejskiej – <http://www.ukie.gov.pl>.

<sup>47</sup> Por. Komisja Europejska, Dyrektoriat Generalny Polityka Regionalna, *Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*, Bruksela styczeń 2003, s. 17, cyt. za M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2010, s. 6 i n.

<sup>48</sup> Cyt. za M. Bejm (red.), *Ustawa ...*, s. 8-9.

na celu wykonywanie zadań użyteczności publicznej. Autorka przytacza ponadto inne definicje partnerstwa w szerokim rozumieniu tej instytucji. Między innymi stwierdza, że jest to wyłączenie podmiotu publicznego z konieczności ponoszenia nakładów inwestycyjnych na tworzenie obiektów służących świadczeniu usług publicznych lub że jest to formalne powiązanie podmiotu publicznego i prywatnego, w którego wyniku zadania sektora publicznego są realizowane siłami prywatnymi<sup>49</sup>.

Współdziałanie w realizacji zamierzenia opiera się na stosunku prawnym, wynikającym z umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. W polskim piśmiennictwie prawnym nie podjęto dotychczas próby dokonania kompleksowej analizy charakteru prawnego umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Dominujący wydaje się pogląd, iż jest to nowa forma prawna działania administracji publicznej, stanowiąca swoistą odmianę umowy publicznej. Najczęściej podnoszonymi argumentami przemawiającymi za taką kwalifikacją jest publiczna funkcja umowy, która przenosi wykonanie zadań administracji publicznej na szeroki krąg podmiotów niebędących organami tej administracji<sup>50</sup>. Użycie tej formy przez zobowiązany do wykonywania zadań publicznych organ wymaga zawsze konkretnego upoważnienia ustawowego. Umowa partnerska tworzy nowy stan prawny na podstawie zgodnego oświadczenia woli stron w przedmiocie należącym do sfery publicznego prawa gospodarczego. Przedmiotem umowy jest realizacja przez partnera prywatnego przedsięwzięcia, którego wykonanie ustawodawca powierzył, jako zadanie publiczne, organom administracji publicznej. Gdyby nie współdziałanie w ramach partnerstwa, organy byłyby zobowiązane realizować je samodzielnie, bądź zlecać ich wykonanie w trybie zamówienia publicznego albo też powołując odrębne jednostki administracyjne<sup>51</sup>.

Nie budzi wątpliwości, że ustanowienie zakresu zadań organów władzy publicznej jest wynikiem regulacji ustawowych. Co do zasady w trybie ustawowym regulowana jest także forma prawna i procedura wykonywania tych zadań. Nadmierna szczegółowość regulacji odnoszących się do realizacji zadań w trybie współdziałania sektorowego nie jest jednak uzasadniona w świetle potrzeby „elastyczności” wzajemnych stosunków. Uzasadniony wydaje się tu pogląd A. Miruć, która stwierdza, że tylko pomiędzy stosun-

---

<sup>49</sup> A. Miruć, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako sposób realizacji zadań publicznych*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Wolters Kluwer Polska 2007.

<sup>50</sup> Por. B. Popowska, *Klasyfikacja funkcji administracji w nauce publicznego prawa gospodarczego*, [w:] B. Popowska (red.), *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, Poznań 2006, s. 65 i n.

<sup>51</sup> Por. D. Kijowski, *Umowy w administracji publicznej*, [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji naukowej poświęconej jubileuszowi 80-tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 290-291.

kowo równorzędnymi podmiotami może dojść do faktycznego partnerstwa, pojmowanego jako współpraca w realizacji założonego celu,<sup>52</sup> którym jest wspólne przedsięwzięcie inwestycyjne stron.

Nowelizacja ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym stanowi interesujący przykład zmiany poglądów ustawodawcy w przedmiocie metod regulacji prawnej, mającej na celu ochronę interesu publicznego. Pod rządami ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 r., stosunki prawne powstające między organem administracji publicznej a prywatnym przedsiębiorcą stanowiły, podobnie jak obecnie, rezultat zawartej pomiędzy nimi umowy o realizację określonych zadań w trybie partnerstwa. Zakres swobody (elastyczności) kształtowania tych stosunków był stosunkowo wąski. Ustawa<sup>53</sup> formułowała bowiem rozbudowany katalog otwarty postanowień, które winna zawierać umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym, traktowany jako element przedmiotowo istotny (*essentialia negotii*) tej umowy. Ponadto, dla zabezpieczenia realizacji interesu publicznego ustawa nakazywała podmiotowi publicznemu prowadzenie analiz poprzedzających realizację przedsięwzięcia, a niewykonanie analizy skutkowało nieważnością umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Regulowała także w sposób szczegółowy tryby sporne rozwiązywania konfliktów powstałych na gruncie realizacji umowy<sup>54</sup>.

To nadmierne sformalizowanie zasad współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego<sup>55</sup> oraz instrumentalne (nie partnerskie) traktowanie partnera prywatnego sprawiły, że niekiedy traktowano tę instytucję jako szczególny przypadek zamówienia publicznego<sup>56</sup>. Znikoma użyteczność ustawy, a co za tym idzie – praktyczny brak jej stosowania, powodował, iż była przepisem martwym. Należy zauważyć, że brak zainteresowania współpracą międzysektorową pod rządami ustawy z 2005 r. nie leżał wyłącznie po stronie partnerów prywatnych. Organy administracji publicznej zostały skutecz-

---

<sup>52</sup> A. Miruć, *op. cit.*, s. 486.

<sup>53</sup> Art. 18 ustawy z 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym Dz. U. Nr 169, poz. 1420.

<sup>54</sup> R. Blicharz, M. Kania, *Klauzula interesu publicznego w publicznym prawie gospodarczym*, PVG 2010, nr 5, s. 19.

<sup>55</sup> Podmiot publiczny miał obowiązek przekazania ministrowi właściwemu do spraw gospodarki w terminie 14 dni od podpisania umowy o partnerstwie informacji dotyczących łącznej kwoty wydatków na wykonania umowy, kwot wydatków w poszczególnych latach, w tym kwoty wydatków z budżetu oraz podział ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięcia. Ponadto podmiot publiczny był zobowiązany do przekazywania informacji o każdej zmianie w umowie. Informacje o planowanej realizacji określonego przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego ogłaszane były w Biuletynie Zamówień Publicznych i Biuletynie Informacji Publicznej. Nieogłoszenie tej informacji skutkowało, podobnie jak w przypadku braku sporządzenia analizy przedsięwzięcia, nieważnością umowy o partnerstwie.

<sup>56</sup> E. Ura, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako prawna forma działania administracji – według nowych rozwiązań prawnych*, [w:] *Księga Jubileuszowa Prof. dra hab. Stanisława Jędrzejewskiego*, Toruń 2009, s. 502 i n.

nie zniechęcone do współdziałania przepisami wykonawczymi do ustawy. Nakładały one szereg drobiazgowych wymogów proceduralnych, dotyczących podjęcia współpracy międzysektorowej<sup>57</sup>.

Aktualnie obowiązująca ustawa z 19 grudnia 2008 r. liberalizuje zasady współpracy podmiotów publicznych z partnerami prywatnymi w celu realizacji zadań publicznych. Wpisuje się w ogólnoeuropejską tendencję wykorzystywania potencjału prywatnych przedsiębiorców do działań na rzecz dobra wspólnego. Przepisy ustawy stanowią podstawę nawiązania partnerskiego współdziałania z pominięciem dominującej pozycji organów administracji publicznej w procesie negocjowania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ogólne postanowienia odnoszące się do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym ustawa formułuje przez pryzmat celu, rezygnując ze szczegółowego określenia elementów istotnych (*essentialia negotii*) umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ustawodawca zobowiązuje natomiast podmiot publiczny do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Nałożenie przez ustawę na podmiot publiczny obowiązku współdziałania oznacza możliwość żądania przez partnera prywatnego realizacji powinności współdziałania przy realizacji celu wspólnego, wynikającego z postanowień umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Jest to przejaw faktycznego partnerskiego kształtowania relacji pomiędzy stronami współdziałającymi w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Ustawodawca, jak należy sądzić, zwiększył atrakcyjność rozwiązań w tym zakresie, upatrując w rozszerzeniu udziału partnerów prywatnych w wykonywaniu niektórych zadań publicznych, dobrze pojętą realizację interesu publicznego. Analiza postanowień ustawy prowadzi do wniosku, iż rozumienie przez ustawodawcę interesu publicznego oraz faktyczne jego znaczenie w określonym czasie jest rezultatem społecznego zapotrzebowania na określone wartości, których efektywnej realizacji ma prawo oczekiwać społeczeństwo.

Dbłość o wykonanie zadań publicznych, zaspokajających oczekiwania publiczne, jest istotą ochrony (dbałości) interesu publicznego. Właściwe rozumienie potrzeb społecznych przez ustawodawcę umożliwia skuteczny dobór środków prawnych ochrony interesu publicznego. W zakresie inwestycji realizowanych przez przedsiębiorcę pry-

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, s. 503, m.in. minister właściwy do spraw finansów określał w drodze rozporządzenia niezbędne elementy analizy poprzedzającej realizację przedsięwzięcia, zaś minister właściwy do spraw gospodarczych w porozumieniu z Prezesem Głównego Urzędu Statystycznego oraz minister właściwym do spraw finansowych publicznych określał w drodze rozporządzenia rodzaje ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięcia w ramach partnerstwa, ich podział oraz wpływ na poziom finansów publicznych, uwzględniając celowość rzetelność i przejrzystość w doborze ryzyk. Gdy z analizy wynikała potrzeba zaangażowania środków z budżetu państwa, zgodę na realizację wspólnego przedsięwzięcia wyrażał minister właściwy do spraw finansów publicznych, na wniosek podmiotu publicznego zainteresowanego realizacją zadania publicznego w trybie partnerstwa publicznego.

watnego (np. obiekt infrastruktury) rezygnacja z metod władczych ochrony tego interesu na rzecz współdziałania administracji z prywatnymi przedsiębiorcami wydaje się być właściwym kierunkiem rozwiązań ustawowych. Innymi słowy, ochrony interesu publicznego w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym należy upatrywać szczególnie w liberalizacji zasad współpracy, skutkującej rzeczywistym rozwojem tej instytucji, przyczyniającej się do poprawy efektywności zaspokajania potrzeb publicznych.

Instytucjonalnie, ochronę interesu publicznego w trakcie realizacji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym gwarantuje postanowienie art. 8 ustawy, w którym daje podmiotowi publicznemu prawo bieżącej kontroli przedsięwzięcia realizowanego przez partnera prywatnego. Zasady i tryb przeprowadzenia kontroli określa umowa o partnerstwie. Postanowienia umowy odnoszące się do kontroli realizowanego wspólnie zadania uznaje się za element istotny (*essentialia negotii*) umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Oznacza to, że brak w umowie postanowień określających uprawnienia podmiotu publicznego w zakresie bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia pociąga za sobą nieważność całej umowy<sup>58</sup>. Efektem poddania obowiązkowej kontroli wykonania umowy dotyczącej realizacji zadań publicznych przez prywatnego przedsiębiorcę jest możliwość ingerencji władzy publicznej w przypadku zaistnienia nieprawidłowych z punktu widzenia ochrony interesu publicznego relacji pomiędzy realizacją interesu indywidualnego prywatnego przedsiębiorcy a interesem publicznym. Wśród kryteriów kontroli uwzględnić należy niewątpliwie legalność i rzetelność działań podmiotu prywatnego, ale na szczególną uwagę zasługuje badanie standardu wykonywanych zadań według różnych kryteriów szczegółowych, odnoszących się bezpośrednio do przedmiotu umowy, takich jak efektywność, funkcjonalność, jakość, trwałość, koszt eksploatacji i serwis oraz inne wynikające z postanowień umowy. Uprawnienia kontrolne mają bowiem służyć ocenie wywiązywania się partnera prywatnego z przyjętych w umowie zadań. Trzeba wyraźnie podkreślić, iż kontrola przewidziana w art. 8 ustawy nie może stanowić podstawy stosowania środków władczych modyfikujących postanowienia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Takie interpretowanie prawa do kontroli jest nieuprawnione<sup>59</sup> i mogłoby przyczynić się do spadku zainteresowania współdziałaniem prywatnych przedsiębiorców realizacją zadań publicznych. Nie narusza to jednak treści podstawowej zasady prawa publicznego, z której wynika obowiązek podjęcia

---

<sup>58</sup> Zob. P. Madnikowski, *Treść umowy*, [w:] E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 5, Warszawa 2006, s. 460, cyt. za M. Bejm (red.), *Ustawa o partnerstwie ...*, s. 376.

<sup>59</sup> Ustawodawca umożliwił regulację zakresu i środków kontroli w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wykraczanie poza czynności właściwe kontroli jest niedozwolone. Por. na temat pojęcia kontroli J. Boć, *Kontrola prawna administracji*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2010, s. 378 i n.



przez organ władzy publicznej uzasadnionych działań prawnych zawsze wtedy, gdy ochrona interesu publicznego tego wymaga.

