

Prywatyzacja materialnych usług komunalnych w Republice Federalnej Niemiec

Samorząd terytorialny w Republice Federalnej Niemiec wykonuje istotną część zadań publicznych, zaliczanych tradycyjnie do dwóch kategorii: z zakresu administracji władczej, wykonywanych jako zadania zlecone krajowej administracji rządowej, oraz z zakresu administracji świadczącej (usługowej), wykonywanych w zasadzie jako zadania własne. Komunalna administracja świadcząca ma charakter niematerialny (niegospodarczy) bądź materialny (gospodarczy).

Zadania niematerialne wykonywane są przez gminy w szczególności w zakresie: oświaty – przez szkoły i placówki oświatowe; kultury – przez biblioteki, muzea, teatry oraz uniwersytety ludowe (ich zadania mają charakter mieszany, kulturalno-oświatowy); socjalnym – przez instytucje integracyjne (domy spotkań, pobytu dziennego, kluby), pobytu długookresowego oraz stałego (schroniska dla bezdomnych, domy pomocy społecznej, domy starców); zdrowia, sportu i wypoczynku – przez szpitale, place gier, place zabaw, parki publiczne, boiska sportowe, stadiony, otwarte i kryte pływalnie (kąpieliska).

Wykonując zadania materialne, gminy świadczą tradycyjnie takie usługi komunalne, jak: dostarczanie wody, odprowadzanie i oczyszczanie ścieków, wywóz i utylizacja odpadów komunalnych, utrzymywanie czystości dróg, placów, innych miejsc publicznych, dostarczanie prądu elektrycznego, gazu, energii cieplnej, prowadzenie lokalnego transportu zbiorowego. Usługi te świadczone są w organizacyjnych bądź funkcjonalnych formach administracyjnoprawnych lub cywilnoprawnych. Do zadań materialnych należą także usługi finansowe świadczone w szczególnej formie organizacyjnej komunalnych kas oszczędnościowych¹.

Istotną cechą niemieckiego porządku prawnego jest podział na prawo publiczne oraz prywatne. Można w uproszczeniu przyjąć, że do prawa publicznego zaliczane są przepisy, określające kompetencje (prawa, obowiązki) wyłącznie podmiotów władzy publicznej (federacji, krajów związkowych, gmin, powiatów, innych podmiotów prawa

¹ G. Püttner, *Kommunalrecht Baden-Württemberg*, Stuttgart 1993, s. 127. Powiat może podjąć taką działalność, jeżeli jej celem jest zaspokajanie potrzeb o charakterze ponadgminnym.

publicznego, osób wykonujących zadania zlecone administracji publicznej). Stosownie do tego prawem publicznym jest szczególne prawo regulujące działalność państwa oraz innych podmiotów władzy publicznej w rozumieniu organizacyjnym i funkcjonalnym. Adresatem prawa prywatnego może być natomiast każdy podmiot posiadający zdolność prawną.

Z tego podziału wynika rozróżnienie form działania (np. umowa publicznoprawna, umowa prywatnoprawna) oraz form organizacyjnych (np. fundacja prawa publicznego oraz fundacja prawa prywatnego) o charakterze publicznoprawnym lub prywatnoprawnym. W konsekwencji przyjmuje się, że kompetencje publicznoprawne administracja wykonuje w formach publicznoprawnych. Gdy administracja działa tak jak każdy inny podmiot, stosuje natomiast formy prawa prywatnego. Powyższe stanowisko jest modyfikowane poprzez przyjęcie, że gdy brak jest bezwzględnie obowiązujących przepisów wiążących formy wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej z prawem publicznym bądź z prawem prywatnym, gmina ma możliwość dokonania wyboru między formami publicznoprawnymi a prywatnoprawnymi².

Przenosząc te rozważania na omawianą problematykę, przyjmuje się, że tworząc jednostkę administracji świadczącej rada gminy ma kompetencję zorganizowania jej w formie publicznoprawnej bądź prywatnoprawnej, spośród form dopuszczonych przez prawo. Ma także możliwość wyboru rodzaju stosunku prawnego (publicznoprawnego bądź prywatnoprawnego), łączącego podmiot gminnej administracji z usługobiorcami, jeżeli ustawa nie zawiera wiążących przepisów w tej materii. Dotyczy to również przekształcenia istniejącej formy prawnej świadczenia usług. Gmina jest obowiązana zapewnić wykonywanie usług z zakresu ustawowych zadań obowiązkowych. Mieszkańcy nie mają jednak roszczenia o świadczenie bądź poszerzenie zakresu usług komunalnych, chyba że mieszczą się w sferze prawnie chronionego interesu indywidualnego. W zakresie zadań dobrowolnych gmina rozstrzyga natomiast samodzielnie o świadczeniu usług publicznych. Powinna jednak wziąć uwagę potrzeby lokalnej społeczności, zdolność świadczącej gminy oraz zdolność płatniczą usługobiorców³.

Przyjmuje się, że gmina, rozstrzygając o podjęciu określonej działalności gospodarczej, korzysta z relatywnie dużej swobody, podlegającej jedynie w ograniczonym zakresie nadzorowi komunalnemu. Ingerencja organu nadzorczego bądź sądu w rozstrzygnięciu dotyczące prowadzenia działalności gospodarczej przez gminę może w zasadzie nastąpić dopiero wtedy, gdyby gmina podjęła nową działalność bądź poszerzyła

² A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 2003, s. 135 i n.

³ *Ibidem*, s. 346, 347.

zakres prowadzonej działalności w sposób oczywiście wykraczający poza jej zakres zdolności świadczącej⁴.

Prawna regulacja tych kwestii zawarta jest w ordynacjach gminnych (ustawach o samorządzie gminnym) krajów związkowych, a także w rozporządzeniach wykonawczych do tych ustaw. Z regulacji tej wynika, że zadania materialne gminy wykonywane są tradycyjnie w organizacyjnych formach administracyjnoprawnych, takich jak zakłady kierowane (zarządzane), zakłady własne, zakłady administracyjne posiadające osobowość publicznoprawną, a także w formach prawa prywatnego⁵.

W ramach swego władztwa organizacyjnego gmina rozstrzyga zatem o wyborze formy organizacyjnej świadczenia usług. Przy wyborze form prywatnoprawnych ordynacje gminne przewidują, że powinny być spełnione ogólne przesłanki dopuszczalności prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej. W umowie bądź w statucie spółki powinna być zabezpieczona realizacja celu publicznego. Gmina powinna mieć odpowiedni wpływ w radzie nadzorczej bądź w podobnym organie kontrolnym. Odpowiedzialność majątkowa gminy powinna być ograniczona. Przyjmuje się jako zasadę wybór formy publicznoprawnej. Wybór formy prywatnoprawnej powinien być uzasadniony. Podkreśla się jednak, że w praktyce gminy, wybierając formy prywatnoprawne, nie podają bliższych motywów takiego rozwiązania. Są jednak zobowiązane do zachowania wpływu na zarządzanie tymi formami organizacyjnymi⁶.

Zakłady kierowane są strukturami o charakterze gospodarczym, stanowiącymi część składową administracji gminnej. Mogą być częścią urzędu gminy (wydział lub komórka organizacyjna o innej nazwie). Mogą też być usytuowane na zewnątrz urzędu jako zakłady publicznoprawne nieposiadające osobowości prawnej. W piśmiennictwie niemieckim zakład kierowany określa się jako formę organizacyjną przedsięwzięcia gospodarczego korporacji prawa publicznego (np. gminy czy powiatu), kierowaną przez urzędników czy przez innych pracowników tej korporacji⁷. Do składania oświadczeń woli właściwy jest podmiot założycielski. Jeśli taka forma organizacyjna ma charakter wewnętrzny (jest usytuowana wewnątrz urzędu, aparatu pomocniczego organów gmi-

⁴ A. Hornung, *Die Zukunft der Kommunalwirtschaft*, [w:] *Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung in Neuss*, Bonn 1998, Reihe „Wirtschaftspolitische Diskurse” Electronic FES Library, 2001, s. 13.

⁵ W uproszczeniu można przyjąć, że nazewnictwo to jest zbliżone znaczeniowo do stosowanych na gruncie polskiego prawa administracyjnego i finansowego takich pojęć, jak: zakład administracyjny, zakład budżetowy czy jednostka budżetowa, w zależności od sposobu oglądu – administracyjnoprawnego lub finansowoprawnego.

⁶ A. Hornung, *op. cit.*, s. 15, 16.

⁷ P.J. Tettinger, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1993, s. 84; G. Köbler, H. Pohl, *Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch*, München 1991, s. 419.

ny), odrębność ma tylko charakter funkcjonalny. Traktuje się ją jako zespół ludzi wraz ze środkami o charakterze rzeczowym i finansowym (majątek celowy), służący realizacji zadań gospodarczych w imieniu i na rachunek gminy. Przedmiot działania takich jednostek obejmuje przede wszystkim świadczenie usług komunalnych w zakresie utrzymania czystości miejsc publicznych (ulic, placów, parków), wywozu odpadów komunalnych, prowadzenia łaźni, rzeźni komunalnych itp. Dochody i wydatki tych jednostek są objęte w całości budżetem gminy⁸.

Zakłady własne gminy są natomiast organizacyjnie wyodrębnionymi komunalnymi jednostkami gospodarczymi nieposiadającymi osobowości prawnej. Działają na bazie wydzielonej organizacyjnie części majątku gminy. Określa się je jako usamodzielniony majątek celowy, prowadzący własną księgowość, działający na podstawie własnego planu gospodarczego (finansowego). Z użytkownikami (konsumentami usług) pozostają w stosunkach publicznoprawnych lub prywatnoprawnych. Poza podstawami prawnymi organizacji i funkcjonowania takich jednostek, zawartymi w ustawach i w rozporządzeniach, istotną rolę odgrywiają statuty takich jednostek, stanowione przez organy uchwałodawcze gmin⁹. W statutowej formie prawnej określany jest zakres samodzielności omawianych jednostek¹⁰.

Swoistość ustroju zakładów własnych polega na tym, że posiadają one z mocy ustawy własne organy zarządzające, czyli kierownictwo zakładu oraz komisję zakładową. Członkowie tych organów powoływani są przez władze gminy. W tej formie organizacyjnej prowadzona jest w szczególności działalność w zakresie usług komunalno-bytowych oraz lokalnego transportu zbiorowego¹¹.

Ostatnią grupę publicznoprawnych form organizacyjnych stanowią zakłady administracyjne posiadające osobowość publicznoprawną¹². Są to osoby prawne prawa publicznego realizujące cele z zakresu administracji świadczącej. Do tej kategorii należą samodzielne przedsiębiorstwa komunalne prawa publicznego¹³. Gmina może je tworzyć lub w trybie sukcesji generalnej przekształcać w taką formę organizacyjną istniejące już zakłady własne bądź kierowane. Samodzielność takich zakładów wobec podmiotu zało-

⁸ Wykazują zatem podobieństwo do polskich jednostek budżetowych.

⁹ P.J. Tettinger, *op. cit.*, s. 84; G. Köbler, H. Pohl, *op. cit.*, s. 129.

¹⁰ Najbliższą formą organizacyjnoprawną na gruncie polskim byłby zakład budżetowy, co najmniej w zakresie sposobu finansowania działalności.

¹¹ A. Walaszek-Pyziół, *Działalność gospodarcza gminy w świetle ustawodawstwa Republiki Federalnej Niemiec*, cz. II, Edukacja Prawnicza 1994, nr 3, s. 55.

¹² Art. 86-91 ordynacji gminnej Bawarii.

¹³ A. Schraml, *Rechtliche und organisatorische Ausgestaltung am Beispiel des Kommunalunternehmens des Landkreises Würzburg*, [w:] J. Riedmayer, A. Schraml, *Das Kommunalunternehmen – Anstalt des öffentlichen Rechts*, Stuttgart 2000, s. 31.

życielskiego (gminy) czy innych podmiotów jest najdalej idąca spośród wymienionych jednostek publicznoprawnych. Działają one we własnym imieniu, w sposób samodzielny prawnie. W piśmiennictwie przyjmuje się, że samodzielne przedsiębiorstwo komunalne prawa publicznego jest swoistą formą decentralizacji wewnątrzkomunalnej¹⁴. Gmina ma bowiem możliwość wywierania jedynie pośredniego wpływu na działalność takiego zakładu, np. dokonując obsady personalnej zarządu oraz sprawując nadzór właścicielski za pośrednictwem rady administracyjnej obsadzonej personalnie przez radę gminy. Gmina odpowiada natomiast w nieograniczonym zakresie za zobowiązania samodzielnego przedsiębiorstwa komunalnego, jeżeli zobowiązań nie można zaspokoić z jego majątku.

W formie zakładowej zorganizowane są komunalne kasy oszczędnościowe. Ich sytuacja prawna jest regulowana w krajowych ustawach o kasach oszczędnościowych. Podmiotami założycielskimi są na ogół gminy lub powiaty ziemskie bądź utworzone przez nie związki celowe (komunalne, międzygminne). Zadaniem komunalnych kas oszczędnościowych jest zabezpieczenie zapotrzebowania członków wspólnot samorządowych na usługi finansowo-pieniężne. Wyrażany jest pogląd, że w przeciwieństwie do innych rodzajów komercyjnej komunalnej działalności gospodarczej, komunalne kasy oszczędnościowe wzmacniają konkurencję w obszarze przedsiębiorczości kredytowej¹⁵. Kierują się zasadami gospodarki rynkowej. Obejmują swymi świadczeniami ludność, prywatne podmioty gospodarcze oraz podmioty publiczne. Wspierają zmysł oszczędzania i budowania majątku, także osób niezamożnych. Szczególnym obszarem działania kas oszczędnościowych jest wychowanie gospodarcze młodzieży. Gminy czy powiaty ziemskie, tworzące kasę oszczędnościową, były do 2005 r. jej gwarantami, odpowiadając w nieograniczonym zakresie za zobowiązania majątkowe swej kasy¹⁶.

Do prywatnoprawnych form organizacyjnych gminnej działalności gospodarczej należą spółka z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółka akcyjna. Ordynacje gminne dopuszczają bowiem w działalności gospodarczej gmin tylko takie formy prywatnoprawne, które ograniczają odpowiedzialność majątkową gmin¹⁷.

W pierwszej kolejności wchodzi w rachubę spółka z wyłącznym udziałem gminy. Dopuszczalne są również spółki, gdzie gmina jest tylko jednym z udziałowców czy akcjonariuszy. Pozostałymi udziałowcami czy akcjonariuszami mogą być inne podmioty

¹⁴ A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 1997, s. 463.

¹⁵ A. v. Mutius, *Die kommunalen Sparkassen. Status und Organisation*, [w:] G. Püttner (red.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5, *Kommunale Wirtschaft*, Berlin 1984, s. 453 i n.

¹⁶ A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 1997, s. 464; H.A. Hoffschulte, *op. cit.*, s. 66.

¹⁷ Art. 92-95 ordynacji gminnej Bawarii.

publiczne (formy mieszane publiczne) bądź osoby prywatne (formy mieszane prywatne, partnerstwo publicznoprawne). Przy tworzeniu spółek akcyjnych gminy obowiązane są przestrzegać przepisów o formach prawnych partycypacji pracobiorców w zarządzaniu tymi strukturami¹⁸.

Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego podlega w zasadzie takim samym wymogom prawnym, jak działalność gospodarcza podmiotów prywatnych. Chodzi szczególnie o przepisy regulujące bezpieczeństwo i higienę pracy, sprawy sanitarne, nadzór budowlany, dozór techniczny, ochronę środowiska i szereg innych regulacji z zakresu policji administracyjnej. Formy organizacyjne prowadzenia działalności gospodarczej przez gminę podlegają zatem kontroli wyspecjalizowanych jednostek państwowych¹⁹.

Specyfika nadzoru komunalnego nad omawianą działalnością gospodarczą polega na tym, że ma on po części charakter prewencyjny. Środkiem nadzoru prewencyjnego w omawianym zakresie jest udzielenie zgody na podjęcie przez gminę działalności gospodarczej. Aby umożliwić tego rodzaju ingerencję nadzorczą, ordynacje gminne przewidują obowiązek informowania przez gminę organu nadzorczego o zamierzonym podjęciu działalności gospodarczej. W niektórych krajach związkowych obowiązek ten ograniczony jest do form prywatnoprawnych. Aby organ nadzoru wkroczył w przypadku naruszenia prawa, powinien być poinformowany o takim zamiarze bądź powinna mu być przedłożona stosowna uchwała organu stanowiącego gminy. W literaturze podnosi się, że praktyka jest często inna. Organ nadzorczy dowiaduje się bowiem często o podjęciu czy istotnym poszerzeniu zakresu działalności gospodarczej przez gminę np. ze środków masowego przekazu²⁰.

Nadzór ogranicza się do kontroli prawnej zamierzenia, czyli badania zgodności z wymogami ustawowymi dotyczącymi przedmiotu oraz formy prawnej planowanej działalności gospodarczej. Organ nadzorczy nie ma więc kompetencji współkształtowania rozstrzygnięcia gminy w tym zakresie. Sam ustawowy nakaz gospodarnego oraz oszczędnego prowadzenia przez gminę gospodarki budżetowej nie daje organowi nadzorcemu podstawy do poddania nadzorowi każdego działania gminy generującego koszty. Dotyczy to także analizowanej problematyki, która niewątpliwie pociąga za sobą wydatki środków budżetowych.

¹⁸ R. Stober, *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1996, s. 345.

¹⁹ J.W. Hidien, *Staatliche Wirtschaftsaufsicht und Besteuerung kommunaler Unternehmen*, [w:] G. Püttner (red.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5, *Kommunale Wirtschaft*, Berlin 1984, s. 98 i n.

²⁰ A. Hornung, *op. cit.*, s. 16.

Należy jeszcze zwrócić uwagę na konstrukcję nadzoru komunalnego w badanym zakresie. Z zasady oficjalności wynika, że organ nadzorczy decyduje z urzędu o tym, czy wkroczyć. Sprawia to, że mimo prawnej determinacji nadzoru, biorąc pod uwagę zasady proporcjonalności oraz przyjaznego zachowania się wobec gmin, przyjęte na gruncie niemieckiego prawa regulującego nadzór komunalny, organ nadzorczy, rozstrzygając kwestię podjęcia ingerencji nadzorczej, posługuje się także kryteriami celowościowymi. Biorąc to pod uwagę, postuluje się w piśmiennictwie, że w każdym konkretnym przypadku organ nadzorczy powinien rozważyć przed wszczęciem postępowania nadzorczego, czy dać przewagę interesom samorządowym gminy, czy interesowi ogólnemu, wyrażającemu się w nakazie usunięcia z obrotu prawnego aktu gminy naruszającego prawo²¹.

Należy także uwzględnić aspekt podmiotowy, a mianowicie odróżnić nadzór nad formami organizacyjnymi prawnie niesamodzielnymi, włączonymi do struktur jednostki samorządu terytorialnego od nadzoru nad formami prawnie wyodrębnionymi. Formy prawnie niesamodzielne stanowią w istocie część gminy czy innej samorządowej osoby prawnej. W tym sensie można przyjąć, że niektóre działania tych jednostek mogą podlegać nadzorowi. Jeśli natomiast idzie o formy publicznoprawne posiadające osobowość prawną, to mogą podlegać nadzorowi komunalnemu tylko w ustawowo określonych przypadkach, na takich samych zasadach jak gmina²².

Istniejące formy organizacyjne prawa cywilnego nie podlegają natomiast nadzorowi komunalnemu z uwagi na to, że są to odrębne od gmin osoby prawne, posiadające własne organy. Nadzór komunalny dotyczy bowiem zasadniczo działalności organów gminy. Specyficzna sytuacja nadzorcza dotyczy komunalnych kas oszczędnościowych, które podlegają nadzorowi prawnemu krajów związkowych. Nadzór fachowy (wyspecjalizowany) nad komunalnymi kasami oszczędnościowymi sprawuje natomiast Federalny Zakład Nadzoru nad Usługami Finansowymi²³.

Prawo do prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy i inne podmioty samorządu terytorialnego wyprowadzane jest z art. 28 ust. 2 konstytucji federalnej oraz z konstytucji krajów związkowych. Bardziej szczegółowe regulacje normatywne zawiera ustawodawstwo krajów związkowych. W pierwszej kolejności należy wymienić ordynacje samorządowe tych krajów (gminne i powiatowe), które zawierają na ogół wyodrębnione redakcyjnie części w sprawie dopuszczalności prowadzenia działalności

²¹ *Ibidem*, s. 17.

²² A. Schraml, *op. cit.*, s. 40.

²³ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

gospodarczej oraz jej prawnych form²⁴. Jest to charakterystyczna dla państwa federalnego stopniowana (konstytucja federalna – konstytucje krajów związkowych – ustawy krajów związkowych, szczególnie ordynacje gminne), coraz bardziej szczegółowa regulacja prawna. Konstytucyjne domniemanie właściwości gmin w zakresie zaspokajania lokalnych potrzeb publicznych oraz zasada subsydiarności czynią gminę w zakresie wykonywania usług publicznych podstawowym elementem strukturalnym całej administracji publicznej, a w szczególności samorządu terytorialnego. Powiaty oraz związki komunalne (międzygminne, międzypowiatowe) odgrywają rolę ograniczoną. Ich pozycji w strukturze administracji publicznej nie wyznacza bowiem zasada domniemania właściwości, a ich zadania są ograniczone ustawowo.

Aktywność gospodarcza gmin jest objęta zasadą domniemania właściwości, jednak z ograniczeniami prawnymi wyznaczonymi już na poziomie konstytucji federalnej. Nauka prawa oraz orzecznictwo wywodzą z konstytucyjnej zasady socjalnego państwa prawnego powszechnie przyjmowany pogląd, że działalność podmiotów publicznych jest uzasadniona tylko wtedy, jeśli zmierza do realizacji celów publicznych. Dotyczy to także działalności gospodarczej gmin²⁵. Działalność taka nie może ponadto kolidować z art. 12 ust. 1 konstytucji federalnej, który zapewnia osobom fizycznym swobodę wyboru i wykonywania zawodu. Gminna działalność gospodarcza nie może więc ograniczać tego prawa, np. przez wykonywanie usług z zakresu zawodów rzemieślniczych. Ograniczenia występują ponadto w relacji omawianej działalności do innych rodzajów czy form przedsiębiorczości prywatnej. Punktem wyjścia jest bowiem założenie, że w państwie o gospodarce rynkowej do prowadzenia działalności gospodarczej właściwe są w pierwszym rzędzie podmioty niepubliczne. Należy uściślić, że chodzi o rynkową działalność gospodarczą, skierowaną na osiągnięcie zysku, rozumianą jako wytwarzanie, oferowanie czy rozdzielanie dóbr bądź świadczeń, która może być prowadzona przez podmioty prywatne²⁶.

Gminną działalność gospodarczą obejmują jeszcze ograniczenia: terytorialne, przedmiotowe oraz co do wielkości. Działalność ta powinna być zatem odniesiona tylko do terytorium gminy. Przedmiot oraz wielkość działalności gospodarczej gminy powinny być dostosowane do zapotrzebowania wspólnoty samorządowej oraz do zdolności świadczącej gminy. Gminna działalność gospodarcza nie może zatem co do zasady zaspokajać

²⁴ A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 1997, s. 444.

²⁵ Zob. A. Walaszek-Pyziół, *Działalność gospodarcza gminy w świetle ustawodawstwa Republiki Federalnej Niemiec*, cz. I, Edukacja Prawnicza 1994, nr 2, s. 32.

²⁶ R. Stober, *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1996, s. 335, 336.

potrzeb zewnętrznych, pozagminnych²⁷. Nie wyklucza to jednak współdziałania gmin, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej na obszarze tych gmin.

Ordynacje gminne nie definiują gospodarczych przedsięwzięć komunalnych według jednego modelu. Można je jednak uogólnić przez ujęcie ich w trzech kategoriach²⁸.

Po pierwsze, istnieje kategoria przedsięwzięć wyraźnie zabronionych. W tym zakresie niemieckie ordynacje gminne są wstrzemięźliwe. We wszystkich krajach związkowych zakaz dotyczy jednak tworzenia i prowadzenia instytucji bankowych, z wyłączeniem kas oszczędnościowych. Niekiedy określony zakaz może być zniesiony w trybie zezwolenia władzy nadzorczej (np. na obszarach, gdzie zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych jest szczególnie zagrożone, gminy po uzyskaniu stosownego zezwolenia mogą się świadczyć usługi pośrednictwa mieszkaniowego).

Po drugie, istnieje kategoria przedsięwzięć wyraźnie dozwolonych ustawowo, często określanymi nieprawidłowo (fikcyjnie) jako przedsięwzięcia lub instytucje o charakterze niegospodarczym. Do ich utworzenia oraz prowadzenia gmina jest ustawowo zobowiązana z uwagi na określony cel publiczny. Dotyczy to jednostek organizacyjnych z zakresu wychowania, oświaty, ochrony zdrowia, pomocy społecznej, kultury, sportu, wypoczynku, ochrony środowiska, wywozu odpadów, odprowadzania ścieków, utrzymania czystości dróg, wspierania transportu towarowego i osobowego. W wymienionych dziedzinach istnieje domniemanie celu publicznego. W tym zakresie jest możliwa materialna bądź formalna prywatyzacja. Do tej kategorii należą także podmioty gospodarcze o charakterze pomocniczym, które służą wyłącznie zaspokajaniu popytu wewnątrzgminnego (np. drukarnia czy introligatornia gminna, warsztat obsługujący zasób mieszkań komunalnych). Można przyjąć, że ustawowa kwalifikacja niektórych z tych działań i struktur jako niegospodarczych koliduje w wielu przypadkach zarówno z ich sytuacją normatywną, jak i ekonomiczną.

Po trzecie, określone są przedsięwzięcia gospodarcze dopuszczone w ograniczonym zakresie. Dotyczą one obszaru działalności komercyjnej, poza ustawowo określoną sferą zadań gminy, w której w zasadzie aktywni są przedsiębiorcy prywatni²⁹.

Powyższe rozważania można zilustrować materiałem normatywnym z typowej regulacji ustawowej³⁰. Gmina może zatem tworzyć, przejmować albo istotnie poszerzać

²⁷ W tym zakresie daje się zauważyć pewną liberalizację stanowisk; zob. *Verfassungsrecht und kommunaler Wettbewerb*, <http://www.kommunaler-wettbewerb.de/files/340.htm>.

²⁸ E. Schmidt-Jortzig, *Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im einzelnen*, [w:] G. Püttner (red.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5, *Kommunale Wirtschaft*, Berlin 1984, s. 52 i n.

²⁹ R. Stober, *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1996, s. 337 i n.

³⁰ § 102 ordynacji gminnej Badenii-Wirtembergii; podobną regulację zawierają ordynacje gminne Saksonii oraz Hesji. W ordynacjach gminnych pozostałych krajów związkowych ta regu-

przedsięwzięcia gospodarcze bez względu na ich formę prawną tylko wtedy, gdy: przedsięwzięcie to jest uzasadnione celem publicznym; przedsięwzięcie to co do jego rodzaju i zakresu pozostaje w stosownej relacji do zdolności świadczącej gminy oraz do przewidywanego zapotrzebowania; w obszarze działalności poza sferą komunalnej administracji świadczącej przedsięwzięcie to nie jest lub nie może być lepiej albo gospodarniej wykonane przez inny podmiot (ust. 1). Przedsięwzięcia gospodarcze gminy powinny być tak prowadzone, aby został spełniony cel publiczny; powinny przynosić zysk budżetowi gminy (ust. 2). Przedsięwzięciami gospodarczymi w znaczeniu przyjętym w ust. 1 i 2 nie są: przedsiębiorstwa, do których prowadzenia gmina jest zobowiązana ustawowo (są to instytucje z zakresu kształcenia, wychowania i oświaty, pielęgnowania sztuki, hartu ciała, pielęgnowania zdrowia i świadczenia pomocy społecznej, jak również podobne publiczne instytucje; zakłady pomocnicze, które służą wyłącznie zaspokojeniu potrzeb własnych gminy). Także te przedsiębiorstwa, urzędnicy i zakłady pomocnicze powinny być prowadzone według zasad gospodarczych (ust. 3). Gmina nie może prowadzić przedsiębiorstw bankowych, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Dla sfery publicznych kas oszczędnościowych pozostają w mocy przepisy szczególne (ust. 4). W zakresie działania przedsiębiorstw komunalnych, gdzie brak jest konkurencyjnych równorzędnych przedsiębiorstw prywatnych, świadczenie usług (przyłączenie do instalacji albo zaopatrywanie w określone produkty) nie może być uzależnione od tego, że odbiorca będzie korzystał także z innych świadczeń albo dostaw (ust. 5)³¹.

Należy podkreślić, że wprowadzanie w ordynacjach gminnych tych ograniczeń nie miało wpływu na działalność gospodarczą prowadzoną dotychczas przez gminy. Zastosowano bowiem zasadę ochrony praw nabytych gmin w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej o charakterze komercyjnym. W rezultacie można napotkać przykłady prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej w branży piwowarskiej czy winiarskiej, która trwa już od tzw. okresu przedsamorządowego, to znaczy była już prowadzona przed wejściem w życie stosownych restrykcyjnych regulacji ordynacji gminnych.

Gmina ma w zasadzie, na podstawie omawianego już art. 28 ust. 2 konstytucji federalnej, prawo wyboru formy organizacyjnoprawnej prowadzonej działalności gospodarczej³², o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej³³. Jak już ustalono, komunalna

ła (subsydiarności) jest dalej idąca. Dotyczy całego zakresu działalności gospodarczej gmin; por. A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 1997, s. 444.

³¹ M. Scholl, *Die Kommune als Unternehmer – Rechtliche Voraussetzungen – Eine Synopse*, Konrad-Adenauer-Stiftung, „Kommunalpolitik” nr 15 [brw.], s. 6; w opracowaniu tym zawarte są przykłady regulacji normatywnej innych krajów związkowych.

³² A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 1997, s. 444.

³³ Np. w zakresie komunalnych kas oszczędnościowych, zob. R. Stober, *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1996, s. 343.

działalność gospodarcza przybiera formę prawnie niesamodzielnych jednostek organizacyjnych (z wyjątkiem samodzielnego przedsiębiorstwa komunalnego prawa publicznego), opartych na regulacjach publicznoprawnych, a także spółek, których jednym z udziałowców albo jedynym udziałowcem jest gmina, opartych na regulacjach prawa prywatnego³⁴. W literaturze podkreśla się, że nasila się tendencja do wyboru form prywatnoprawnych. Uważa się bowiem na ogół, że są one bardziej efektywne od form publicznoprawnych³⁵. Prywatyzacja, dotycząca zmiany charakteru prawnego jednostek organizacyjnych albo zmiany formy prawnej zarządzania nimi, nazywana jest prywatyzacją organizacyjną lub formalną. W tym przypadku także po przeprowadzeniu prywatyzacji zachowana jest własność komunalna prywatyzowanych jednostek³⁶.

Działalność gospodarcza podmiotów publicznych, w tym także jednostek samorządu terytorialnego, jest często ekonomicznie nieracjonalna. Poza sygnalizowanymi kwestiami prawnymi, przeciwko takiej działalności przemawiają też względy o innym charakterze, poruszane od dłuższego czasu w dyskusji politycznej. Jedną z istotniejszych wypowiedzi ostatnich lat w tym zakresie stanowi uchwała konferencji ministrów gospodarki krajów związkowych z 2000 r. Podstawą przyjętych tam standardów jest jednak akceptacja prawa jednostek samorządu terytorialnego (w szczególności gmin) do prowadzenia działalności gospodarczej w ustawowo określonych granicach. Podkreślono jednak, że poprzez podejmowanie działalności gospodarczej bez uzasadnienia tego interesem publicznym samorządowe podmioty przystępują do konkurencji z przedsiębiorczością prywatną. W taki sposób wypierane są z rynku przede wszystkim małe i średnie przedsiębiorstwa prywatne. Powinny być zatem podjęte działania, zarówno na szczeblu federalnym, jak i krajowym, w obszarze „rzemiosło” oraz „średnia przedsiębiorczość”, mające na celu sporządzenie stosownych opracowań na temat wpływu działalności gospodarczej gmin na gospodarkę prywatną w obszarach aktywności tzw. stanu średniego (Mittelstand). W uzasadnieniu powołanego stanowiska wskazuje się na malejące wpływy podatkowe gmin i związany z tym spadek ich siły finansowej. Sprawia to, że gminy optymalizują własne jednostki organizacyjne w zakresie administracji świadczącej. Poszukują także nowych źródeł dochodów. Dążąc do zaspokojenia własnych

³⁴ G. Püttner, *Die Rechtsformen kommunaler Unternehmen*, [w:] G. Püttner (red.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 5, *Kommunale Wirtschaft*, Berlin 1984, s. 119 i n.

³⁵ A. Walaszek-Pyziół, *Działalność gospodarcza gminy w świetle ustawodawstwa Republiki Federalnej Niemiec*, cz. II, *Edukacja Prawnicza* 1994, nr 3, s. 54, 55. Wyrażane są także poglądy przeciwne; zob. Siegfried Broß, *Privatisierung öffentlicher Aufgaben - Gefahren für die Steuerungsfähigkeit von Staaten und für das Gemeinwohl?*, Vortrag am 22. Januar 2007 in Stuttgart vor dem „Neuen Montagkreis”.

³⁶ S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994, s. 69.

potrzeb na usługi i produkty, gminy wchodzą w konkurencję z gospodarką prywatną, szczególnie średnią. Ministrowie skonstatowali, że obszary komunalnej aktywności gospodarczej są kompleksowe. Sięgają od klasycznych obszarów komunalnych usług bytowych, np. dostarczania energii elektrycznej, wody, wywozu odpadów komunalnych, poprzez komunalne pośrednictwo mieszkaniowe, wspieranie gospodarki, usługi budowlane, zagospodarowanie budynków, usługi pogrzebowe, kształtowanie i pielęgnację terenów zielonych, do tworzenia i utrzymywania tzw. parków technologicznych, telekomunikacji, techniki sanitarnej, sprzątania budynków, usług drukarskich czy też gastronomii. Jeśli podmiot publiczny zamierza podjąć tego rodzaju działalność gospodarczą, może skorzystać z różnych rozwiązań prawnych, które mu to umożliwiają³⁷. Niezależnie jednak od tego, jaką formę działalności gospodarczej wybierze gmina, prywatnoprawną czy publicznoprawną, będzie to miało znaczenie w obszarze konkurencji z gospodarczym sektorem prywatnym. Takie stanowisko wyrażane jest w orzecznictwie sądowym. Jest ono wszakże krytykowane z użyciem argumentacji, że ta sama działalność gospodarcza gminy nie może jednocześnie podlegać prawu publicznemu oraz prawu prywatnemu. Prywatnoprawne przepisy ustawowe, regulujące problematykę nieuczciwej konkurencji albo ograniczające konkurencję, nie mogą bowiem stanowić podstawy prawnej do nakazywania bądź zakazywania administracji gminnej podejmowania działań publicznoprawnych. W praktyce gminy są jednak obowiązane wziąć pod uwagę to orzecznictwo sądowe. W taki sposób mogą uniknąć ryzyka narażenia się na odpowiedzialność odszkodowawczą wobec konkurencji prywatnej. W sferze konkurencji gminy bądź ich prawnie samodzielne podmioty gospodarcze mogą bowiem ponosić taką odpowiedzialność³⁸. W literaturze podnosi się, powołując się na konkretne przykłady, że orzecznictwo sądowe jest w badanym zakresie korzystne dla gmin³⁹.

Powołując się na nieefektywność czy nieracjonalność niektórych obszarów gospodarowania prowadzonych w dotychczasowych formach, gminy realizują także materialną prywatyzację działalności gospodarczej, przekazując ją prywatnym podmiotom gospodarczym⁴⁰. Proces ten obejmuje działalność zorganizowaną zarówno w formie publicznoprawnej, jak i prywatnoprawnej. W trybie tego rodzaju przekształceń w oma-

³⁷ Wirtschaftsministerkonferenz 1-2/00, <http://www.vdw-online.de/htm/public/info/il-00/s4.htm>.

³⁸ A. Hornung, *op. cit.*, s. 18, 19.

³⁹ *Ibidem*, s. 20.

⁴⁰ J. Riedmayer, *Ausgangslage, Probleme und Erwartungen bei der Gründung und Weiterentwicklung von Kommunalunternehmen am Beispiel des Kommunalunternehmens des Landkreises Würzburg*, [w:] J. Riedmayer, A. Schraml, *Das Kommunalunternehmen – Anstalt des öffentlichen Rechts*, Stuttgart 2000, s. 9 i n.; S. Biernat, *op. cit.*, s. 119.

wianym zakresie gmina wyzbywa się części bądź też całości bezpośredniego wpływu na sprywatyzowaną działalność.

Dla uzasadnienia dopuszczalności prawnej takich działań prywatyzacyjnych, wskazuje się jako podstawę prawną art. 28 ust. 2 konstytucji federalnej. Przyjmuje się mianowicie, że z regulacji tej nie wynika zobowiązanie gminy do bezpośredniego prowadzenia (załatwiania) bądź regulacji spraw lokalnej społeczności. Chodzi więc w istocie o uprawnienia gminy. Założenie to nie dotyczy sytuacji, gdy przepis szczególny nakłada na gminę obowiązek bezpośredniego wykonywania zadań gospodarczych. Dotyczy to w szczególności zadań komunalnych o charakterze obowiązkowym. Należy podkreślić, że obowiązują także regulacje wyraźnie dopuszczające prywatyzację. Przyjmuje się jednak, że gmina mimo przeprowadzonej prywatyzacji jest w dalszym ciągu odpowiedzialna za zaspokojenie określonych lokalnych potrzeb publicznych o charakterze gospodarczym. Mimo przeprowadzonej prywatyzacji materialnej gmina jest obowiązana do zachowania możliwości wpływu na prywatnego przedsiębiorcę, aby ten wykonywał swoje obowiązki zgodnie z potrzebami społeczności lokalnej⁴¹.

W Niemczech istnieje prawny obowiązek korzystania z określonych urządzeń bądź usług o charakterze publicznym, określony w ordynacjach gminnych krajów związkowych, określane jako przymus przyłączenia się i korzystania. Z obowiązkiem użytkownika związany jest równoległy obowiązek świadczenia określonych usług przez przedsiębiorcę. Swoboda zawierania umów jest w tym obszarze wyłączona bądź znacznie ograniczona, niezależnie od tego, czy określone usługi publiczne świadczy publiczna jednostka komunalna, czy podmiot prywatny. Usługobiorca ma nie tylko obowiązek, ale również roszczenie o zawarcie umowy oraz o prawidłowe świadczenie usług. Żądania stanowiące przedmiot roszczenia mogą być dochodzone na drodze sądowej⁴².

Prywatyzacja w gminie dokonuje się w trybie kilku procedur. Może to być prywatyzacja materialna, polegająca na likwidacji podmiotu gminnego prowadzącego działalność gospodarczą i zbyciu jego majątku produkcyjnego prywatnemu podmiotowi gospodarczemu. Celem tej procedury jest zmiana podmiotu własności. Przyjmuje się jednak, że tak sprywatyzowane przedsiębiorstwo z uwagi na jego przedmiot działalności ma charakter publiczny. Wynika z tego, że na gminie nadal ciąży obowiązek zapewnienia świadczenia usług, wykonywanych przez przedsiębiorcę.

Możliwe jest także rozwiązanie pośrednie, określane jako model kooperacyjny. Polega to na przekształceniu formy prawnej komunalnego podmiotu gospodarczego bądź na przyznaniu podmiotowi prywatnemu prawa decydowania czy współdecydowania

⁴¹ R. Stober, *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1996, s. 348.

⁴² M. Miemiec, *Działalność gospodarcza gmin...*, s. 303.

o prowadzonej komunalnej działalności gospodarczej⁴³. Wykonywanie zadania komunalnego następuje w formie spółki z udziałem gminy oraz przedsiębiorcy prywatnego. W takiej sytuacji udział gminy jest dominujący. Spółka powierza prywatnemu wspólnikowi bądź osobie trzeciej prowadzenie przedsiębiorstwa, np. w zakresie wywozu oraz utylizacji odpadów komunalnych. Mogą to być także sytuacje, gdy na podstawie umowy z gminą prywatny przedsiębiorca (inwestor) przejmuje budowę, finansowanie oraz prowadzenie części infrastruktury komunalnej, np. w zakresie odprowadzania i oczyszczania ścieków. Realizuje następnie te zadania względnie samodzielnie, posługując się zatrudnionymi przez siebie osobami. Podstawą takiej formy prywatyzacji jest długoterminowa umowa, która określa wynagrodzenie przedsiębiorcy, pokrywane ze środków finansowych pochodzących z opłat użytkowników (konsumentów usług), pobieranych przez podmiot publiczny i przekazywanych przedsiębiorcy.

W literaturze podkreśla się, że rozwiązania te, stanowiące formy partnerstwa publiczno-prywatnego, umożliwiają stosowanie zróżnicowanych form finansowania oraz wykorzystanie wiedzy technicznej podmiotu prywatnego. Gmina natomiast nie traci możliwości wpływu na prowadzoną działalność w takim stopniu, jak to ma miejsce na skutek prywatyzacji materialnej⁴⁴.

Przedstawiony przegląd procedur prywatyzacyjnych zaliczanych do kategorii partnerstwa publiczno-prywatnego daje obraz ich zróżnicowane. Istotne jest, że po dokonanej prywatyzacji, odpowiedzialność za prawidłowe wykonywanie usług ponosi w dalszym ciągu gmina, która zachowuje uprawnienia kontrolne oraz możliwość wpływu na sprywatyzowaną działalność⁴⁵.

Formą prywatyzacji może być także umowa o prowadzenie przedsiębiorstwa (swe-go rodzaju umowa menedżerska). Na jej podstawie przekazuje się prywatnemu przedsiębiorcy techniczne oraz ekonomiczne zarządzanie samorządową jednostką gospodarczą. Gmina pozostaje właścicielką przedsiębiorstwa. Spoczywa na niej także w dalszym ciągu odpowiedzialność publicznoprawna za prawidłowe wykonywanie zadań. Gmina posiada jednak uprawnienia kontrolne oraz możliwości ingerencji w omawianą działalność. W takim modelu przedsiębiorca jest z prawnego punktu widzenia traktowany jako pomocnik administracji w procesie realizacji jej zadań⁴⁶. Zgodnie z ustaleniami ustawowymi, opisane mechanizmy zapewniają gminie jako podmiotowi prywatyzującemu wpływ na prowadzenie sprywatyzowanej działalności gospodarczej.

⁴³ A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 1997, s. 470, 471.

⁴⁴ A. Hornung, *op. cit.*, s. 21.

⁴⁵ M. Miemiec, *op. cit.*, s. 303.

⁴⁶ A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden 1997, s. 471.

Proces prywatyzacji oraz ekonomizacji administracji publicznej został w Republice Federalnej Niemiec zapoczątkowany przez kanclerza Helmuta Kohla w 1982 r. w ramach propagowanych ówczesnie przemian społecznych od modelu państwa socjalnego do neoliberalnego. Ten kierunek był kontynuowany, począwszy od 1998 r., przez kanclerza Georga Schrödera, w zmodyfikowanym kierunku neosocjalnym. Wspólne dla obydwu koncepcji było dążenie do redukcji sektora publicznego – zarówno państwowego, jak i komunalnego, a także wzmocnienie roli sektora prywatnego w sferze rentownych usług publicznych.

Można wskazać trzy kierunki modernizacyjne, ukształtowane od początku lat 90. XX w. Po pierwsze, była to reforma ordynacji gminnych we wszystkich krajach związkowych, której rozwiązania były ukierunkowane na przyjęcie samorządowego modelu południowoniemieckiego. Wyrażało się to w szczególności w bezpośrednim wyborze burmistrza. Po drugie, w celu ograniczenia braku efektywności sektora komunalnego zaczęto wprowadzać nowy model sterowania (New Public Management)⁴⁷ oraz „odkryto” pozycję obywatela jako klienta korzystającego z usług administracji publicznej. Po trzecie, nastąpił wzrost znaczenia czynników demokracji kooperatywnej. Chodzi w szczególności o postępowania mediacyjne czy inicjatywy mające na celu wzmocnienie zaangażowania obywatelskiego poprzez rozwijanie form bezpośredniego uczestnictwa obywateli w podejmowaniu rozstrzygnięć o znaczeniu publicznym. Przemiany te dotyczyły w pierwszym rzędzie poziomu gminy. W rezultacie obywatele są w coraz większym stopniu traktowani jako zleceniodawcy usług administracji publicznej (jako uczestnicy procesów planistycznych) oraz podmioty świadczące usługi o charakterze publicznym (np. poprzez aktywność w organizacjach pozarządowych)⁴⁸. Prowadzi to do kształtowania się modelu gminy obywatelskiej.

Prywatyzacyjny kierunek rozwoju gminnej administracji świadczącej jest niekiedy powstrzymywany przez mieszkańców gminy. W piśmiennictwie podaje się przykłady skutecznego przeciwdziałania prywatyzacji, np. w Północnej Nadrenii-Westfalii, gdzie przeprowadzono skuteczne akcje obywatelskie z wykorzystaniem tzw. żądania obywatelskiego, uniemożliwiające prywatyzację przedsiębiorstw komunalnych⁴⁹.

Przemiany administracji publicznej w sektorze samorządowym zmierzają do przebudowy gmin jako nowoczesnych jednostek administracji świadczącej zorientowanych

⁴⁷ N. Wohlfart, W. Zühlke, *Ende der kommunalen Selbstverwaltung*, Hamburg 2005, s. 21 i n.

⁴⁸ J. Libbe, S. Tomerius, J.H. Trapp (red.), *Liberalisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgabenerfüllung – Soziale und umweltpolitische Perspektiven im Zeichen des Wettbewerbs*, Difu-Beiträge zur Stadtforschung, Bd. 37, Berlin 2002, s. 71.

⁴⁹ W Düsseldorfie w 2001 r. przeciwko sprzedaży zakładów miejskich było 97 700 obywateli; zob. J. Libbe, S. Tomerius, J.H. Trapp (red.), *op. cit.*, s. 87, gdzie podano także inne przykłady.

na obsługę odbiorcy usług komunalnych. Biorąc pod uwagę aspekt finansowy tych przemian, ich celem jest usprawnienie funkcji sterujących budżetu oraz rachunkowości komunalnej. Wyraża się to w przejściu od kameralistyki do tzw. *doppiki*⁵⁰, uwzględniającej wymogi efektywności oraz gospodarności, dostosowanej do potrzeb administracji publicznej.

Omawiane procesy wymagają gruntownych przekształceń w obowiązującym prawie. Prywatyzacja formalna podporządkowana jest przepisom prawa zamówień publicznych. Prywatyzacja materialna jest natomiast uregulowana przepisami prawa prywatnego (prawa spółek), z zastrzeżeniem wzmiankowanych wyżej, nieskutecznych w praktyce środków nadzoru prewencyjnego, uregulowanych przepisami prawa publicznego.

Problematykę usystematyzowania regulacji prawnej procesu prywatyzacji podjęto na Niemieckim Sejmiku Prawniczym, który odbył się w Erfurcie w 2008 r. Autor ekspertyzy sporządzonej na potrzeby tego zgromadzenia wskazał w konkluzjach niedostatki dotychczasowej, obowiązującej regulacji prawnej w omawianym zakresie, w szczególności jej rozproszenie oraz złożony, publicznoprawny i prywatnoprawny charakter. Podkreślił, że z uwagi na to należy dążyć do uchwalenia co najmniej ustawowych przepisów ogólnych, regulujących procesy prywatyzacyjne, które nazwał ogólnym prawem prywatyzacyjnym. Scałiłoby to obowiązującą regulację prawną. Prawo to powinno respektować regulację prawną konstytucyjną oraz unijną. Z prawa niemieckiego czy unijnego nie wynika nakaz prywatyzacji materialnych usług publicznych. Nie wynika także obowiązek wykonywania zadań z zakresu administracji świadczącej przez podmioty administracji publicznej, takie jak federacja, kraje związkowe czy podmioty samorządu terytorialnego, w tym gminy. Prawo europejskie w obszarze świadczeń infrastrukturalnych, szczególnie na płaszczyźnie komunalnej, przyjmuje jednak jako zasadę oddzielenie politycznych mechanizmów określania celów od ich realizacji, zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej. Ta koncepcja zakotwiczona w prawie pierwotnym została rozwinięta w szeregu orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, z których wynika nakaz poddania procesów prywatyzacyjnych procedurom zamówień publicznych. Wyjęte z tego powinny być formy współdziałania komunalnego bez udziału podmiotów prywatnych, a także zlecenie zadań administracji publicznej podmiotom prywatnym, o ile jest to związane z wydawaniem aktów administracyjnych. Konieczność zmian regulacji w obszarze prawa budżetowego, zamówień publicznych oraz wspierania gospodarki wynika z nakazu prawidłowego stosowania istotnej politycznie zasady gospodarności oraz obowiązku kontroli jej realizacji. Ewentualne wprowadzenie obowiązku prywatyzacji na poziomie komunalnym nie dałoby się pogodzić z regulacją art. 28 ust. 2

⁵⁰ *Doppik* jest neologizmem, skrótem powstałym od określenia „doppelte Buchführung in Konten”, czyli podwójna księgowość na kontach.

konstytucji federalnej⁵¹. Prawo powinno określić zasady współdziałania po dokonanej prywatyzacji między gminą jako podmiotem publicznym a podmiotem prywatnym. Istotne jest także określenie zasad odpowiedzialności za prawidłowe wykonywanie sprywatyzowanych zadań w taki sposób, aby zapobiec utracie przez gminę wpływu na ten obszar.

⁵¹ M. Burgi, *Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf*, Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, s. 120 i n.

