

ANNA TRELA

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

KWALIFIKACJA PRAWNA  
UMOWY O PARTNERSTWIE PUBLICZNO-PRYWATNYM  
W ŚWIETLE ORZECZNICTWA  
SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH

WPROWADZENIE

W 2007 roku w publikacji zbiorowej pod redakcją Leona Kieresa *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego* ukazał się artykuł Bożeny Popowskiej *Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle koncepcji „ciągu działań prawnych” i jej wpływ na ocenę umowy o PPP*<sup>1</sup>, w którym zaprezentowano nieznanne dotychczas spojrzenie na umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym (umowa o PPP) uwzględniające charakter prawny działań poprzedzających zawarcie umowy o PPP. Takie podejście badawcze w sposób wszechstronny odnosiło się nie tylko do rozwiązań nieobowiązującej już ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o partnerstwie publiczno-prawnym<sup>2</sup> (dalej jako umowa publiczno-prywatna), ale również do koncepcji umowy jako prawnej formy działania administracji publicznej. Dokonana przez B. Popowską analiza przepisów ustawy o PPP z 2005 roku i poglądów doktryny jest niezmiernie istotna dla podejmowania dalszych ustaleń w obszarze prawnych form realizacji zadań publicznych wykonywanych przy współpracy podmiotów publicznych i prywatnych. Ściśle określone ramy niniejszego opracowania sprawiają, że nie jest możliwe odniesienie do wszystkich prezentowanych dotychczas w literaturze stanowisk na temat umowy publiczno-prawnej, dlatego punktem wyjścia do dalszej analizy w przedmiocie koncepcji

<sup>1</sup> W 2006 r. odbył się IV Zjazd Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UAM w Poznaniu i Zakładu Prawa Administracyjnego Gospodarczego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego którego tematem były „Środki prawne publicznego prawa gospodarczego”.

<sup>2</sup> Dz. U. Nr 169, poz. 1420 ze zm. (dalej jako ustawa o PPP z 2005 r.).

umowy publiczno-prawnej jest stan uwzględniony w artykule B. Popowskiej. Nie da się jednak uniknąć pewnych nawiązań czy powtórzeń, zwłaszcza w kontekście charakteru prawnego umowy o PPP. Kontynuację prowadzonych wcześniej badań uzasadniają z jednej strony zmiany prawa krajowego i unijnego w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego, z drugiej zaś — pogłębiająca się dyskusja na temat regulacji prawnej umowy publiczno-prawnej<sup>3</sup>. Podjęty przeze mnie temat ma być przyczynkiem do dalszej dyskusji i prac nad tematem wyodrębnienia umowy publiczno-prawnej w ramach dwustronnych prawnych form działania administracji publicznej. Wydaje się, że podział na prawo publiczne i prywatne ulega nie tyle zacieraniu, ile coraz trudniej jest poddać ocenie nowe zadania administracji publicznej w ramach wykształconych klasyfikacji prawnych form działania<sup>4</sup>. Faktem jest, że zadania administracji publicznej są i nadal będą realizowane w ramach umów cywilnoprawnych. Pojawiają się jednak takie prawne formy działania administracji publicznej, których nie można jednoznacznie uznać za formy administracyjnoprawne czy cywilnoprawne<sup>5</sup>. Tego typu problemy pojawiają się w związku ze stosowaniem przepisów ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>6</sup> i niosą za sobą pytania o stan nauki, w szczególności publicznego prawa gospodarczego oraz prawa i postępowania administracyjnego w zakresie próby unormowania umowy publiczno-prawnej, wskazania jej podstawowych cech, zakresu kontroli, a także swobody podmiotów publicznych w zawieraniu tego typu umów.

Względy te determinują kolejność rozważań, które będą się koncentrować wokół istoty partnerstwa publiczno-prywatnego, dopuszczalnych prawnie form zawarcia umowy o PPP i wynikających z nich możliwości sądowej kontroli umowy o PPP. Należy podkreślić, że w zależności od przyjętego sposobu wynagro-

<sup>3</sup> Zob. w szczególności: *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008 oraz A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 2, s. 18 n.; Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne a prawo europejskie*, Warszawa 2010, s. 179-180; J. Zimmermann, *Przepisy ogólne prawa administracyjnego i definiowanie pojęć*, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 2009, z. 2, s. 169-170; D.R. Kijowski, *Ucieczka administracji publicznej w sferę prawa cywilnego*, [w:] *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej. Księga jubileuszowa dedykowana prof. J. M. Langowi*, Warszawa 2009, s. 115 n.; A. Kubiak, *Koncepcja umowy administracyjnej (na tle projektu przepisów ogólnych prawa administracyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4, s. 47-48; M. Rypina, M. Wierzbowski, *Umowa z organem w postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 4, s. 15-16; J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Warszawa 2010; M. Kania, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013.

<sup>4</sup> W szczególności zob. *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*, red. D.R. Kijowski, P.J. Suwaj, Warszawa 2012.

<sup>5</sup> Zob. J. Łętowski, *W sprawie granicy między prawem publicznym a prawem prywatnym*, [w:] *Prace z prawa cywilnego. Wydana dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piątkowskiego*, red. B. Kordasiewicz, E. Łętowska, Wrocław 1985, s. 353 n.

<sup>6</sup> Dz. U. 2009, Nr 19, poz. 100 ze zm. (dalej jako ustawa o PPP).

dzenia partnera publicznego jego wybór podlega różnym trybom, a co za tym idzie — odmiennym rodzajom kontroli. Ochrona jednostki sprawowana ze strony sądów administracyjnych co do zasady sprowadza się do kontroli trybu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Sądy administracyjne odnoszą się także do kwestii zasadniczych związanych bezpośrednio z istotą partnerstwa, podstawą prawną zawarcia umowy o PPP czy swobodą zawierania umowy o PPP i choć czynią to w sposób jednostkowy i na „marginesie”, to jednak ustalenia te można uznać za istotne z punktu widzenia analizy samej umowy o PPP.

Prowadzone rozważania będą miały charakter raczej sygnalizujący problem aniżeli wyczerpujący wymienione zagadnienia. Szczegółowe ich omówienie nie jest bowiem możliwe w tak krótkim opracowaniu.

## ISTOTA PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO

W odróżnieniu od poprzednio obowiązującej ustawy o PPP z 2005 roku ustawa o PPP nie zawiera definicji partnerstwa publiczno-privatnego. Stanowi jedynie w art. 1 ust. 2 ustawy o PPP, że przedmiotem partnerstwa publiczno-privatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Ustawodawca określa zatem zakres podmiotowy ustawy, wskazując, że współpraca ma dotyczyć podmiotów publicznych i partnerów prywatnych. Ponadto, że współpraca stron ma polegać na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań. Przy czym podkreśla się, że cechą charakterystyczną partnerstwa publiczno-privatnego jest podział ryzyka ustalony pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym.

Już dawno wskazywano w literaturze, że przekazanie przez państwo wykonywania zadań publicznych podmiotom prywatnym będzie stanowić połączenie „wygody administracyjnej i zalet praktycznych”<sup>7</sup>. Istotą partnerstwa publiczno-privatnego jako jednej z możliwości przekazania realizacji zadań ze sfery administracji do sfery prywatnej ma być jak najmniejsze zaangażowanie środków publicznych. W partnerstwie publiczno-privatnym dąży się do finansowania i realizacji zadania publicznego przez podmiot prywatny<sup>8</sup>, ale jednocześnie zakłada się, że korzyści ekonomiczne i społeczne osiągną zarówno podmiot publiczny, jak i partner prywatny.

<sup>7</sup> A. Błaś, *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u rogu trzeciego tysiąclecia*, Łódź 2000, s. 24.

<sup>8</sup> W. Gonet, *Partnerstwo publiczno-privatne — kierunki zmian*, „Przegląd Legislacyjny” 2008, nr 3, s. 80–81.

W literaturze mianem partnerstwa publiczno-prywatnego określa się zasadniczo każde działanie polegające na realizacji zadań publicznych, pod warunkiem że opiera się ono na współdziałaniu podmiotu publicznego i partnera prywatnego<sup>9</sup>. Partnerstwo publiczno-prywatne to proces złożony, obejmujący całokształt działań organizacyjnych, począwszy od sporządzania analiz, aż do zawarcia umowy o PPP i następnie wspólnego faktycznego realizowania przedsięwzięcia<sup>10</sup>. Partnerstwo publiczno-prywatne jest też traktowane jako forma (instrument) sprawnego wykonywania przez administrację zadań publicznych<sup>11</sup>, a nawet jako bardzo szeroka i pojemna formuła współdziałania podmiotów prywatnych i publicznych<sup>12</sup>. W doktrynie można także spotkać definicje opisowe partnerstwa publiczno-prywatnego odnoszące się do cech tej szczególnej współpracy podmiotów publicznych i partnerów prywatnych<sup>13</sup>.

Z kolei w praktyce twierdzi się, że „samo partnerstwo publiczno-prywatne, jak i instytucja koncesji w ujęciu prawnym stanowią szczególną formę umów o zamówienie publiczne”<sup>14</sup>. O takim charakterze omawianych typów umowy o PPP ma przesądzać angażowanie środków publicznych (pieniężnych lub niepieniężnych, np. nieruchomości) w ramach kontraktu z partnerem prywatnym w celu realizacji zadania publicznego. W uzasadnieniu projektu ustawy o PPP przyjęto, że czynnikiem odróżniającym „zwykle” zamówienia publiczne od zamówień publicznych realizowanych w ramach PPP będzie to, czy partner prywatny świadczy usługi bez eksploatacji urządzeń niezbędnych do wykonywania takich usług<sup>15</sup>.

Niewątpliwie definicję partnerstwa rozwija art. 7 ust. 1 ustawy o PPP, który stanowi, że przez umowę o PPP należy rozumieć zobowiązanie się partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią. Z kolei podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Opierając się na takiej konstrukcji definicji uważa się, że „partnerstwo publicz-

<sup>9</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne a zamówienia publiczne*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2011, nr 7/9, s. 15.

<sup>10</sup> M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2006, s. 33.

<sup>11</sup> B.P. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, Warszawa 2009, s. 23.

<sup>12</sup> J. Glumińska-Pawlic, *Idea partnerstwa publiczno-prywatnego a polskie regulacje prawne*, [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne. Teoria i praktyka*, red. M. Kania, Warszawa 2013, s. 13.

<sup>13</sup> M. Kania, *Zamówienia publiczne. Partnerstwo publiczno-prywatne. Koncesja na roboty budowlane lub usługi w prawie polskim. Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych*, Warszawa 2014, s. 117–122.

<sup>14</sup> Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik UZP, red. B. Korbus, Warszawa 2010, s. 12, [http://ppp.parp.gov.pl/uploads/files/CK\\_PPP\\_Partnersstwo\\_Publiczno\\_Prywatne\\_UZP\\_2010\\_PL.pdf](http://ppp.parp.gov.pl/uploads/files/CK_PPP_Partnersstwo_Publiczno_Prywatne_UZP_2010_PL.pdf) [dostęp: 28.06.2014].

<sup>15</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o PPP druk sejmowy nr 1180.

no-prywatne zostało zdefiniowane w ustawie o PPP w sposób otwarty, poprzez wskazanie podstawowych cech umowy tego typu”<sup>16</sup>.

Za otwartym ujmowaniem definicji partnerstwa publiczno-prywatnego przemawiały dotychczas wytyczne Komisji UE, w których przyjęto, że partnerstwo publiczno-prywatne to partnerstwo między sektorem publicznym oraz prywatnym w celu realizacji projektu lub świadczenia usług tradycyjnie dostarczanych przez sektor publiczny. W wytycznych

uznaje się, że obie strony osiągają korzyści odpowiednie do stopnia realizowania przez nie zadań. Przez umożliwienie każdemu z sektorów robienia tego, co potrafi najlepiej, usługi publiczne oraz infrastruktura są realizowane i dostarczane w najbardziej efektywny ekonomicznie sposób. Głównym celem partnerstwa publiczno-prywatnego jest zatem kształtowanie takich stosunków między stronami, aby ryzyko ponosiła ta strona, która najlepiej potrafi je kontrolować<sup>17</sup>.

Obecnie prawo unijne potwierdza otwartość rozumienia partnerstwa publiczno-prywatnego w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku ustanawiającym wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającym rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006. W Rozporządzeniu nr 1303/2013 partnerstwo publiczno-prywatne definiowane jest jako

forma współpracy między podmiotami publicznymi a sektorem prywatnym, których celem jest poprawa realizacji inwestycji w projekty infrastrukturalne lub inne rodzaje operacji realizujących usługi publiczne, poprzez dzielenie ryzyka, wspólne korzystanie ze specjalistycznej wiedzy sektora prywatnego lub dodatkowe źródła kapitału<sup>18</sup>.

Wskazuje się, że zdefiniowanie w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady 1303/2013 partnerstwa publiczno-prywatnego wynikało ze szczególnego podejścia do finansowania projektów hybrydowych<sup>19</sup>, czego potwierdzeniem może być zwarte w preambule do Rozporządzenia postanowienie, że

<sup>16</sup> A. Wawrzyniak, B. Korbus, *Definicja partnerstwa publiczno-prywatnego*, „Wspólnota” 20 grudnia 2012.

<sup>17</sup> European Commission, *Guidelines for successful public-private partnerships* [European Commission, Brussels 2003, EC (2003)], [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/guides/ppp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf) [dostęp: 2.06.2014].

<sup>18</sup> Dz. U. UE L 347/320 z 20.12.2013.

<sup>19</sup> Łączenie PPP ze środkami UE. Uwagę na to zwrócono w opracowaniu: *Partnerstwo publiczno-prywatne w nowym okresie programowania 2014–2020*, Warszawa 2013, s. 6 n., [http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Documents/Komentarz\\_ppp\\_w\\_CPR\\_final.pdf](http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Documents/Komentarz_ppp_w_CPR_final.pdf) [dostęp: 28.06.2013].

PPP może stanowić skuteczny sposób wdrażania operacji, który zapewnia osiągnięcie celów polityki publicznej poprzez łączenie różnych postaci środków publicznych i prywatnych. W celu ułatwienia korzystania z EFSI na potrzeby wspierania operacji mających strukturę PPP, niniejsze rozporządzenie powinno brać pod uwagę pewną szczególne cechy PPP poprzez dostosowanie pewnych wspólnych przepisów dotyczących EFSI.

Definicja PPP przyjęta w Rozporządzeniu nr 1303/2013 jest bardzo szeroka i umożliwia finansowanie projektów hybrydowych także w perspektywie 2007–2013, a zatem obejmuje nie tylko projekty tworzone i wdrażane w ramach umowy o PPP, ale także na podstawie innych aktów prawnych, na przykład Ustawę z dnia 27 października 1994 roku o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym<sup>20</sup>. Warto jednak zwrócić uwagę, że powołane Rozporządzenie nr 1303/2013 odnosi się wprost do „realizacji usługi publicznej”, a zatem odmiennie określa zakres przedmiotowy partnerstwa publiczno-prywatnego aniżeli ustawa o PPP, która stanowi o „realizacji przedsięwzięcia”. Poprzednio obowiązująca ustawa o PPP z 2005 roku zawężała przedmiot partnerstwa publiczno-prywatnego do „współpracy służącej wykonywaniu zadania publicznego”. Z uwagi na brak definicji ustawowej zadania publicznego ustawodawca na etapie prac nad ustawą zrezygnował z takiego rozwiązania, uznając, że pojęcie zadania publicznego bez dookreślenia, o jakie zadanie chodzi, może być źródłem niepotrzebnych trudności w stosowaniu ustawy<sup>21</sup>. Przyjęte w ustawie o PPP rozwiązanie oznacza, że każdy podmiot publiczny będzie mógł się podejmować współpracy w ramach partnerstwa tylko w takim zakresie, w jakim mieści się ono w zakresie jego zadań<sup>22</sup>. Niewątpliwie usługa publiczna jest pojęciem węższym od zadania publicznego i innym przedmiotowo od pojęcia przedsięwzięcia, co może wpłynąć na konieczność nowelizacji ustawy, która i tak będzie konieczna choćby z uwagi na wprowadzenie w Rozporządzeniu nr 1303/2013 wielu rozwiązań, których nie uwzględnia ustawa o PPP (np. różnych typów koncesji).

## WYBÓR PARTNERA PRYWATNEGO

Można przyjąć, że podstawowe ramy partnerstwa publiczno-prywatnego wyznaczają trzy akty prawne, to jest: ustawa o PPP, Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>23</sup> oraz ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych<sup>24</sup>. Nie sposób jednak zaakceptować stwierdzenia, że „ustawa o k.r.b.u. jest nadrzędna wobec ustawy o PPP” oraz że „nie

<sup>20</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., Nr 931 ze zm.

<sup>21</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o PPP druk sejmowy nr 1180.

<sup>22</sup> Por. M. Kania, *Umowa o partnerstwie...*, s. 262.

<sup>23</sup> Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 101 ze zm. (dalej jako ustawa o k.r.b.u.).

<sup>24</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm. (dalej jako ustawa Pzp).

można skorzystać z ustawy o PPP bez ustawy koncesyjnej”<sup>25</sup>. Wzajemne relacje wymienionych aktów prawnych określa art. 4 ust. 1 ustawy o PPP, który stanowi, że jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy o k.r.b.u. Z kolei ust. 2 art. 4 określa, że w przypadkach innych niż określone w ust. 1, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy Pzp. Natomiast w przypadkach, w których nie ma zastosowania ani ustawa o k.r.b.u., ani ustawa Pzp wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego będącego nieruchomością — także przepisów Ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami<sup>26</sup>. Wskazuje się, że sytuacje, w których nie będzie miała zastosowania ani ustawa o k.r.b.u., ani ustawa Pzp dotyczą takich przedsięwzięć, jak: umowa spółki mieszanej zawieranej pomiędzy podmiotami publicznymi a prywatnymi, w której nie dojdzie ani do zarządzania, ani utrzymywania, czy też eksploataowania składnika majątkowego w rozumieniu ustawy PPP; przedsięwzięcia realizowane przez podmioty, które nie spełniają definicji „koncesjodawcy”, czy też „zamawiającego”; przedsięwzięcia dotyczące realizacji prac w sektorze telekomunikacyjnym, wyłączone ze stosowania ustawy o k.r.b.u. i ustawy Pzp oraz umowy zawierane na gruncie Ustawy z 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej<sup>27</sup>, do których nie stosuje się Ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie<sup>28</sup>, ustawy Pzp, ustawy o PPP oraz ustawy k.r.b.u.<sup>29</sup> W sytuacji opisanej w ust. 3 art. 4 ustawy o PPP decyzja o trybie wyboru partnera prywatnego pozostawiona jest wyłącznie w gestii podmiotu publicznego.

Artykuł 4 ust. 1 i 2 ustawy o PPP odsyła w zakresie zarówno procedury wyboru partnera prywatnego, jak i umowy o PPP do przepisów ustaw odrębnych. W literaturze nie jest jednoznaczne, w jaki sposób należy stosować przepisy tych ustaw. Prezentowane są różne stanowiska. Pierwsze z nich zakłada, że przepisy te należy stosować wprost<sup>30</sup>, to znaczy bez dokonywania modyfikacji wynika-

<sup>25</sup> Tak A. Panasiuk wywiedzie z A. Osieckim, *Koncesja jako forma PPP*, „Gospodarka i Finanse” 20 grudnia 2012.

<sup>26</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 102, poz. 651 ze zm.

<sup>27</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 45, poz. 236 ze zm.

<sup>28</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 234, poz. 1536 ze zm.

<sup>29</sup> *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik UZP*, red. B. Korbus, Warszawa 2010, s. 89, [http://ppp.parp.gov.pl/uploads/files/CK\\_PPP\\_Partnersstwo\\_Publiczno\\_Prywatne\\_UZP\\_2010\\_PL.pdf](http://ppp.parp.gov.pl/uploads/files/CK_PPP_Partnersstwo_Publiczno_Prywatne_UZP_2010_PL.pdf) [dostęp: 28.06.2014].

<sup>30</sup> P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym*, red. M. Bejm, Warszawa 2010, s. 223.

jącej z instytucji, dla której przepisy te znajdują zastosowanie. W drugim prezentowana jest teza, że przepisy należy stosować odpowiednio<sup>31</sup>, to znaczy przy ich stosowaniu należy uwzględnić pewne odrębności instytucji, dla której są one stosowane. Za drugim rozwiązaniem przemawia odrębność instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego od instytucji zamówienia publicznego oraz instytucji koncesji. Michał Kania wskazuje, że przy kształtowaniu treści umowy najpierw należy zastosować przepisy ustawy o PPP, a następnie — w zależności od sposobu wynagradzania — ustawę Pzp bądź ustawę k.r.b.u., a w sprawach nieuregulowanych — przepisy kodeksu cywilnego<sup>32</sup>. Wydaje się jednak, że ustawa o PPP powinna znaleźć zastosowanie także na etapie kontroli umowy, gdyż przepisy innych ustaw „stosuje się tylko w zakresie nieuregulowanym”.

Problem relacji ustawy o PPP do ustawy Pzp i ustawy k.r.b.u. pojawił się tuż po uchwaleniu ustawy o PPP i ustawy k.r.b.u.<sup>33</sup> O ile, jak wskazano wcześniej, projektodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy zwracał uwagę na różnice między ustawą Pzp i ustawą o PPP, o tyle nadal trudno jest wskazać elementy bezsprzecznie odróżniające umowę o PPP zawieraną w trybie koncesji od umowy o koncesji zawieranej wyłącznie w trybie ustawy k.r.b.u.<sup>34</sup> W rozstrzygnięciu tych podstawowych kwestii prześcigają się autorzy licznych poradników, stwierdzając między innymi, że umowa zawarta w trybie ustawy Pzp jest „*de iure* umową o zamówienie publiczne”<sup>35</sup>. Cechami odróżniającymi umowę zawartą w trybie ustawy o PPP od umowy o zamówieniach publicznych ma być forma pisemna umowy, jawność, oznaczony czas, na który umowa została zawarta, oraz zabezpieczenie jej wykonania<sup>36</sup>. Problem ten jest nadal aktualny i ma istotne znaczenie z punktu widzenia kontroli umów o PPP zawieranych w różnych trybach. Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) w wyroku z dnia 6 czerwca 2006 roku, orzekając w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez członków Zarządu Związku Komunalnego Gmin w K. poprzez zawarcie ze spółką prywatną T. S.A. umowy użyczenia nieruchomości wraz z infrastrukturą na okres do 20 lat w celu

<sup>31</sup> E. Kowalczyk, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy z przykładami klauzul umownych*, Gdańsk 2010, s. 42.

<sup>32</sup> M. Kania, *Zamówienia publiczne...*, s. 140.

<sup>33</sup> Problem odróżnienia zamówienia publicznego od koncesji na roboty lub usługi budowlane jest też dostrzegalny jest na gruncie prawa unijnego, co podnosi się w punkcie 18 preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. U. L 94/1 z 28.03.2014).

<sup>34</sup> Pismo Francuskiej Izby Przemysłowo-Handlowej z dnia 10 maja 2010 r. skierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, [http://www.ppp.gov.pl/poradnik\\_inwestora/documents/zapytanie\\_ccifp\\_180111.pdf](http://www.ppp.gov.pl/poradnik_inwestora/documents/zapytanie_ccifp_180111.pdf) [dostęp: 3.06.2014].

<sup>35</sup> *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik UZP*, s. 119 n.; *Model kontraktowania usług publicznych*, red. M. Dadela, [http://www.zlecaniezadan.pl/files/poradnik/stare%20wersje/PORADNIK\\_final\\_1\\_LAST\\_28\\_08\\_2013.pdf](http://www.zlecaniezadan.pl/files/poradnik/stare%20wersje/PORADNIK_final_1_LAST_28_08_2013.pdf) oraz poradniki na stronie <http://www.ppp.gov.pl> [dostęp: 2.06.2014].

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 124.



wybudowania ze środków spółki zakładu segregacji odpadów w ciągu 2 lat od podpisania umowy użyczenia oraz zakładu unieszkodliwiania odpadów bez stosowania procedur przewidzianych dla udzielania zamówień publicznych uznał, że obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp odnosi się do tych przypadków powierzania wykonywania zadań, w których mamy do czynienia z zamówieniem publicznym w rozumieniu ustawy Pzp<sup>37</sup>. Sąd stwierdził też, że

przedmiotem rozporządzenia dokonanego przez Związek Komunalny Gmin w K. w ramach tej umowy była nieruchomość gruntowa, a nie środki publiczne w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. Pozwala to na stwierdzenie, że omawiana umowa użyczenia nie była umową o zamówienie publiczne w rozumieniu ustawy o Pzp<sup>38</sup>.

## UMOWA O PPP

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej jednostki samorządu terytorialnego mogą też powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej w drodze umowy na zasadach ogólnych Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych<sup>39</sup>, w trybie przepisów ustawy o PPP, przepisów ustawy k.r.b.u., przepisów ustawy Pzp, przepisów ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie i ustawy z dnia 16 grudnia 2010 roku o publicznym transporcie zbiorowym<sup>40</sup> albo na zasadach ogólnych.

Zarówno w literaturze<sup>41</sup>, jak i orzecznictwie<sup>42</sup> przeważają poglądy, że powierzenie zadań, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, następuje w drodze umowy cywilnoprawnej. Wskazuje się także, że nie jest wykluczone wypracowanie umowy publiczno-prawnej oraz jej unormowanie prawne, choć jest możliwe, ale wymaga uwzględnienia w konstrukcji prawnej takiej umowy jej elementów, procedury zawierania, kształtowania treści umowy, kontroli jej wykonywania, a także sposobu rozstrzygnięcia sporów<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Sygn. akt II GSK 93/06, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/FEF8A124D0> [dostęp: 2.06.2014].

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

<sup>40</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 5, poz. 13 ze zm.

<sup>41</sup> W szczególności: A. Błaś, *Formy działania administracji...*, s. 29–30; M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 184 n.; B. Jaworska-Dębska, *Umowy we współczesnej administracji*, [w:] *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 18 i przywołana tam literatura.

<sup>42</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 10 marca 2010 r., sygn. II SA/Po 879/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/E17BF6895F> [dostęp: 2.06.2014].

<sup>43</sup> Tak: M. Szydło, *op. cit.*, s. 186.

Jeśli chodzi o umowę o PPP, to należy wskazać, że w piśmiennictwie nie ma zgodności co do jej charakteru prawnego. Dominują poglądy o cywilnoprawnym charakterze umowy<sup>44</sup>, ale można się również spotkać z koncepcjami umowy zarówno publiczno-prawnej<sup>45</sup>, jak i mieszanej<sup>46</sup>.

Ustawodawca w odróżnieniu od ustawy o PPP z 2005 roku zrezygnował ze szczegółowego określenia elementów umowy o PPP, poprzestając jedynie na uregulowaniu podstawowych kwestii. Podzielając trafność otwartego uregulowania partnerstwa publiczno-prywatnego, należy stwierdzić, że takie rozwiązanie jest słuszne i w pełni oddaje możliwość realizacji różnego typu przedsięwzięć w ramach umowy o PPP oraz uwzględnia różne tryby wyboru partnera prywatnego, a co za tym idzie — odmienne treści umowy o PPP. Każda z umów o PPP zawierana w ramach odrębnej procedury będzie się różnić także w tych kwestiach, które w ustawie o PPP uznane są za podstawowe elementy umowy, to jest zobowiązanie partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią; zobowiązanie podmiotu publicznego do uregulowania wynagrodzenia na rzecz partnera prywatnego; zobowiązanie stron do współdziałania w celu realizacji przedsięwzięcia poprzez dokonanie podziału zadań, a w przypadku podmiotu publicznego — wyrażającego się także obowiązkiem wniesienia wkładu własnego. Dodatkowym elementem umowy o PPP niezdefiniowanym w art. 7 ust. 1 ustawy o PPP, ale wynikającym wprost z art. 1 ust. 2, jest podział ryzyka pomiędzy strony umowy<sup>47</sup>.

Ustawa o PPP określa także zagadnienia kontroli realizacji przedsięwzięcia, zasady dotyczące wniesienia wkładów własnych oraz ich ewentualnego przekazania po zakończeniu umowy, wyboru nowego partnera po rozwiązaniu umowy oraz zasady zmiany postanowień umowy.

Wniesienie składnika majątkowego jest tylko jedną z form współdziałania podmiotu publicznego i partnera prywatnego i nie może być uznane za element konieczny warunkujący zawarcie umowy o PPP. Zdaniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Opolu

użycie w tym [art. 7 ust. 1 ustawy o PPP] przepisie sformułowania, że podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego, oznacza, że ten element jest warunkiem niezbędnym, aby daną umowę zakwalifikować jako umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym w rozumieniu tej ustawy<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> B. Popowska, *op. cit.*, s. 167–168 i przywołana tam literatura.

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 168–169.

<sup>46</sup> M. Kania, *Umowa o partnerstwie...*, s. 366.

<sup>47</sup> T. Skoczyński, *Komentarz do art. 7 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, LEX — stan na dzień 30 czerwca 2011, [lex.amu.edu.pl](http://lex.amu.edu.pl) [dostęp: 2.06.2014].

<sup>48</sup> Zob. wyrok WSA w Opolu z dnia 11 stycznia 2013 r., sygn. I SA/Op 445/12, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/1E332FD042> [dostęp: 2.06.2014].

Co więcej — zdaniem WSA współdziałanie podmiotów publicznego i partnera prywatnego wyraża się obowiązkiem wniesienia wkładu własnego<sup>49</sup>. Ważnym spostrzeżeniem tego sądu, dokonany ubocznie, jest niewątpliwie uznanie umowy o PPP za umowę nazwaną, co jednak w kontekście tych stwierdzeń nie pozwoliło WSA w Opolu zakwalifikować umowy inwestycyjnej dotyczącej zwiększenia efektywności energetycznej w obiektach użyteczności publicznej (termomodernizacji obiektów użyteczności publicznej) do umowy o PPP, a tym samym uznać, że umowa nie ma wpływu na dług publiczny zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia o finansach publicznych<sup>50</sup>. Ponadto orzeczenie sądu zostało wydane bez uwzględnienia decyzji Eurostatu (Europejskiego Urzędu Statystycznego) nr 18/2004 z 11 lutego 2004 roku określającej wpływ zobowiązań wynikających z PPP na dług publiczny<sup>51</sup>.

Należy pamiętać, że art. 6 i 18 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym<sup>52</sup> mają charakter przepisów ogólnych i nie mogą stanowić samodzielnej podstawy prawnej do podjęcia uchwały określającej istotne elementy umowy z podmiotem zewnętrznym w stosunku do gminy, do której zawarcia upoważniony jest organ wykonawczy gminy jako reprezentujący ją na zewnątrz<sup>53</sup>.

W wyroku z dnia 30 marca 2010 roku WSA w Gliwicach stwierdził, że z przepisu art. 1 ust. 2 ustawy o PPP nie wynika norma, która „może upoważniać radę powiatu do wyrażenia zgody na zawarcie przez zarząd powiatu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w celu realizacji zadania polegającego na prowadzeniu Domu Pomocy Społecznej w M. Przepis ten bowiem wyłącznie definiuje, na potrzeby ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, pojęcie partnerstwa w sensie przedmiotowym<sup>54</sup>. Podstawę taką mogą ustanawiać przepisy prawa materialnego, w tym przypadku Ustawy z dnia 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej<sup>55</sup>, które jednak w przypadku realizacji zadań z zakresu pomocy społecznej przewidują, że może ona nastąpić w drodze przepisów ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (art. 25 ust. 5 ustawy o pomocy społecznej). Z kolei w wyroku z dnia 6 października 2010 roku NSA stwierdził, że w drodze umowy o PPP może nastąpić realizacja zadań publicznych z zakresu ochrony zdrowia. Taka możliwość wynika wprost z art. 8 ust. 1 b ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 roku o zakładach opieki zdrowotnej<sup>56</sup>.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240 ze zm.

<sup>51</sup> STAT/04/18.

<sup>52</sup> Ustawa z 8 marca 1990 r., tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., Nr 594 ze zm.

<sup>53</sup> Wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z dnia 21 października 2008 r., I SA/Go 713/08, LEX nr 514992.

<sup>54</sup> Sygn. akt IV SA/GI 33/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/3C0182E7ED> [dostęp: 1.06.2014].

<sup>55</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2008 r., Nr 115, poz. 728 ze zm.

<sup>56</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 14, poz. 89 ze zm.

Warto wskazać, że wyroku z dnia 30 marca 2010 roku WSA w Gliwicach stwierdził także, że

generalnie rzecz biorąc, jednostkom samorządu terytorialnego swoboda umów nie przysługuje, jako że w ich przypadku poszczególne cząstkowe elementy tej swobody zostały przez ustawodawcę albo w ogóle wyeliminowane albo też w bardzo daleko idący sposób ograniczone. To bowiem konkretny przepis prawny, poprzez określenie zadań przekazanych im do realizacji, rozstrzyga o zawarciu danej umowy lub wyłącza tego rodzaju możliwość. Przesłanką zatem leżącą u podstaw każdej z umów zawieranych przez jednostkę samorządu terytorialnego nie będzie swoboda umów, przewidziana w Kodeksie cywilnym, ale obowiązek działania w celu realizacji określonego zadania przewidziany w normach prawa administracyjnego<sup>57</sup>.

Problematyka swobody zawierania umów przez jednostki samorządu terytorialnego nie jest w doktrynie jednoznaczna<sup>58</sup>. Uważa się, że na gruncie ustawy o PPP swoboda ta jest istotnie ograniczona przepisami regulującymi tryb wyboru partnera prywatnego<sup>59</sup>, choć nie sposób zauważyć, że art. 4 ust. 3 ustawy o PPP znacząco rozszerza zakres tej swobody.

Podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego, a zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli określa umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 8 ustawy o PPP). W literaturze postuluje się rozszerzenie uprawnień kontrolnych współników publicznych w umowie spółki<sup>60</sup>. Przepis ten ma charakter *ius cogens*, co oznacza, że bez względu na treść umowy uprawnienie to zawsze przysługuje podmiotowi publicznemu. W literaturze można też spotkać pogląd, że obecna regulacja umowy o PPP, przyznając podmiotowi publicznemu uprawnienia kontrolne, tworzy uprzywilejowaną pozycję tego podmiotu wobec partnera publicznego<sup>61</sup>. Z punktu widzenia argumentów za uznaniem umowy o PPP stwierdzenie to ma istotne znaczenie, choć jego autor przychyliła się raczej do koncepcji uznania, iż umowa o PPP ma charakter hybrydowy<sup>62</sup>. Z jednej strony jest to czynność dwustronna, zobowiązaniowa, nosząca cechy umowy odpłatnej, kauzalnej, konsensualnej, z drugiej zaś ma jednak cechy charakterystyczne dla umów publiczno-prawnych; stroną umowy jest podmiot publiczny, treść umowy związana jest z realizacją zadania

<sup>57</sup> Zob. przyp. 54.

<sup>58</sup> Por. S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Kraków 1998, s. 184–185; M. Szydło, *op. cit.*, s. 187 n.; B. Jaworska-Dębska, *Umowy we współczesnej administracji...*, s. 20. W. Gonet, *Zakres swobody zawierania umów przez jednostki samorządu terytorialnego*, Warszawa 2011; J. Boć, [w:] A. Błaś *et al.*, *System prawa administracyjnego. Prawne formy działania administracji*, t. V, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 254.

<sup>59</sup> B. Jaworska-Dębska, *Umowy we współczesnej administracji...*, s. 20; M. Kania, *Umowa o partnerstwie...*, s. 284 n.

<sup>60</sup> P. Błaszczyk, *Konstrukcja prawna umowy lub statutu spółki w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego*, „Prawo Spółek” 2010, nr 3, s. 42–51.

<sup>61</sup> M. Kania, *Umowa o partnerstwie...*, s. 327.

<sup>62</sup> *Ibidem*, s. 366.

publicznego, umowa wywołuje skutki w sferze prawa publicznego<sup>63</sup>. Wskazane elementy publiczno-prawne są często przytaczane jako podstawowe kwalifikujące czynność dwustronną do umów administracyjnoprawnych<sup>64</sup>.

Wydaje się, że zróżnicowanie kontroli sądowej umów o PPP nie może jednoznacznie przesądzać o tym, że umowę o PPP należy kwalifikować jako umowę cywilnoprawną. Wprowadzenie rozwiązań konsensualnych

nie może także prowadzić do pogorszenia sytuacji prawnej jednostki w dziedzinie prawa materialnego i formalnego w stosunku do rozwiązań prawnych jednostronnie kształtujących sytuację prawną jednostki w obszarze prawa administracyjnego<sup>65</sup>.

Można postawić pytanie, czy wprowadzenie odmiennych zasad kontroli umowy o PPP było zabiegiem celowym, a tym samym ustawodawcy chodziło o zróżnicowanie środków ochrony prawnej stron umowy? W tym miejscu warto przytoczyć pogląd Jana Zimmermanna dotyczący projektu ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego<sup>66</sup>, w którym stwierdza, że projekt pomija

problem sądowej ochrony umów administracyjnych. W systemach, w których umowa administracyjna jest instytucją wykształconą i funkcjonującą od dawna (Francja, Niemcy) ochrona sądu administracyjnego jest immanentną cechą tej instytucji. Rezygnacja z takiej ochrony przyjęta przez Projektodawców (poza skargą na bezczynność z art. 43) wiąże się być może z regułą, zawartą w art. 44 głoszącą, że w kwestiach zawierania, wykonywania i wypowiedzania umów i porozumień administracyjnych stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego. Jest to w moim przekonaniu rozwiązanie nieprawidłowe, po raz kolejny wiążące typowe instytucje prawa administracyjnego z prawem cywilnym (por. pkt 37 i 46 niniejszej opinii). Zarówno porozumienie administracyjne, jak i umowa administracyjna są typowymi instytucjami administracyjno-(publiczno-)prawnymi i wszystko, co ich dotyczy a zwłaszcza ich ochrona powinno być uregulowane w prawie administracyjnym. Nietrafny jest przy tym wyrażony w uzasadnieniu postulat jednolitego i zupełnego regulowania wszelkich czynności o charakterze kontraktowym<sup>67</sup>.

Wymóg kontroli umów o PPP wynika także z prawa unijnego<sup>68</sup>. Prawo unijne nie przesądza jednak o trybie kontroli, choć w przypadku zamówień publicznych

<sup>63</sup> *Ibidem*, s. 363.

<sup>64</sup> K. Strzyckowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 206; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2006, s. 343 n. R. Stober, *Prawo administracyjne gospodarcze*, Warszawa 2013, s. 352 n. E. Schmidt-Assman, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, Warszawa 2011, s. 440 n. A. Kubiak, *op. cit.*, s. 47.

<sup>65</sup> K. Kiczka, *Umowy w administracji publicznej jako instrument realizacji zasady ogólnej prawa publicznego*, [w:] *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 75–76.

<sup>66</sup> Druk sejmowy nr 3942.

<sup>67</sup> *Opinia do projektu ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego*, druk nr 3942, s. 38.

<sup>68</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. U. L 94/1 z 28.03.2014); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. L. 94/65 z 28.03.2014); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/

stanowi o procedurze odwoławczej, którą mogą sprawować organy orzekające albo sądy. W zależności od przyjętego w danym państwie systemu prawnego procedury odwoławcze w zakresie zamówień publicznych są częścią procedury cywilnej (np. Wielka Brytania, Holandia), procedury sądoadministracyjnej (Szwecja, Francja, Hiszpania) lub poszczególne instytucje przynależą do procedury administracyjnej (odnośnie do uchylecia decyzji zamawiającego) i do procedury cywilnej (odnośnie do zasądzenia odszkodowania) — na przykład w Belgii, Danii i Włoszech<sup>69</sup>.

Z kolei Dyrektywa 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania koncesji stanowi, że

Państwa członkowskie zapewniają, by stosowanie zasad udzielania koncesji było monitorowane. W przypadku gdy organy lub struktury monitorujące stwierdzą wystąpienie konkretnych naruszeń, takich jak nadużycia finansowe, korupcja, konflikt interesów i innych poważnych nieprawidłowości lub problemów systemowych, są upoważnione do przekazania spraw tych naruszeń lub problemów krajowym organom kontroli, sądom lub trybunałom lub innym właściwym organom lub strukturom, takim jak rzecznik praw obywatelskich, parlamenty narodowe lub ich komisje.

Problematyka wpływu prawa unijnego na kształtowanie krajowych rozwiązań dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego była dostrzegalna we Francji po roku 2004, to jest uchwalaniu nieobowiązującej już Dyrektywy 2004/18/WE w sprawie zamówień publicznych. Problem dotyczył innego stanu faktycznego, mianowicie wykształcone i akceptowane od dziesiątek lat francuskie rozwiązania w przedmiocie umów administracyjnych<sup>70</sup> były nierespektowane przez prawo unijne (wspólnotowe). Zgłaszano zarzuty, że prawo unijne (wspólnotowe) poprzez wprowadzanie nowych form umownych i środków prawnych nie nawiązuje do tradycyjnego podziału na prawo publiczne i prywatne<sup>71</sup>. Konieczna zatem była rewizja poglądów, ale dotycząca prawdziwej działalności doktrynalnej uwzględ-

---

UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. L 94/243 z 28.03.2014), a także Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz. U. L 395 z 30.12.1989); Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. L 76 z 23.03.1992).

<sup>69</sup> *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Procedury odwoławcze w świetle dyrektyw*, red. P. Gorecki, D. Piasta, M. Lemke, Warszawa 1998, s. 6.

<sup>70</sup> A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, [w:] *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 9, N°2, kwiecień–czerwiec 1957, s. 479–482.

<sup>71</sup> Pour une nouvelle théorie du droit des contrats administratifs (Colloque, Paris X, 24–25 wrzesień 2009).

niającej teoretyczne podstawy prawa umów administracyjnych, a nie incydentalna, odnosząca się do tworzenia doktryny dla poszczególnych przypadków<sup>72</sup>.

## WNIOSKI

Opierając się na tych jedynie sygnalizujących uwagach, można uznać, że kontynuowanie badań nad ogólną koncepcją umowy publiczno-privatnej w prawie polskim jest uzasadnione i wymaga dalszych analiz. Zaprezentowana w ostatnim czasie koncepcja umowy o PPP jako umowy mieszanej nie kończy dyskusji na temat umowy publiczno-prawnej, a w zasadzie można powiedzieć, że stanowi jej istotną kontynuację. Nie chodzi bowiem o tworzenie podstaw prawnych koncepcji teoretycznoprawnych dla jednego rozwiązania ustawowego, ale prowadzenie badań systemowych. Szerokie zastosowanie umowy o PPP i dość duża swoboda organów w zakresie kształtowania jej treści mogą nawet prowadzić do konstatacji, że w prawie polskim nie ma jednego typu umowy o PPP, a idąc dalej — że umowa taka w zależności od treści może mieć odmienny charakter prawny. Elementy publiczno-prawne mogą się nasilać w umowach hybrydowych finansowanych ze środków UE i być mniejsze przy zastosowaniu trybu wyboru partnera prywatnego na podstawie przepisów ustawy o Pzp. Tak więc regulacja prawna umowy publiczno-prawnej ma znaczenie dla całego systemu prawa i jej unormowanie będzie znamienne dla oceny nowych, nietypowych form działania administracji publicznej.

## LEGAL CLASSIFICATION OF THE PRIVATE-PUBLIC PARTNERSHIP CONTRACT IN THE LIGHT OF ADMINISTRATIVE COURTS' JUDICATURE

### Summary

This article is a continuation of Professor Bożena Popowska's research started in 2006 on private-public partnership (PPP). This mentioned research has been conducted due to cooperation between Department of Public Economic Law at Adam Mickiewicz University in Poznań and Department of Public Economic Law at Wrocław University.

The author points out that PPP contracts are concluded in many different legal ways. To mention the Act of 9 January 2009 on the licenses on public constructions or services, or the Act of 29 January 2009 on public procurement.

The Act of 19 December 2008 on PPP, Art. 4 sec. 3, provides for a possibility of choosing the way of concluding of a PPP contract by the public party. However, that must be conducted in a manner that guarantees free and fair economic competition, transparency and proportionality.

<sup>72</sup> Tak sformułowano cele konferencji z 24–25 września 2009 r. — przyp. 72.

The way of choosing private partner depends on the mode of payment for the goods or services. Moreover, it directly determines the means and the scope of control over the PPP contract. Generally, the PPP contracts are overseen by the regular courts. The administrative courts may only verify the choice in terms of the best bid (economic efficiency).

The article touches upon problems of the definition of PPP and the legal characteristics of the PPP contract as such. In this mentioned area the author presents both the doctrine and the judicature under the 2009 Act on PPP.