

KRZYSZTOF HORUBSKI

ORCID: 0000-0003-3062-6015

Uniwersytet Wrocławski

krzysztof.horubski@uwr.edu.pl

Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi — pomiędzy umową cywilnoprawną a publicznoprawną

Abstrakt: W artykule poruszono kwestię charakteru prawnego umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zwrócono uwagę na możliwości jej jednoczesnego określania mianem cywilnoprawnej oraz publicznoprawnej przy przyjęciu stosownych zastrzeżeń i wskazaniu na odpowiednią płaszczyznę — normatywną lub nauki prawa administracyjnego oraz publicznego prawa gospodarczego. Wnioski te znajdują uzasadnienie w fakcie przenikania się oraz wzajemnego oddziaływania dominujących zasad prawa publicznego (równe traktowanie, nakaz ochrony konkurencji) oraz zasad prawa prywatnego (ograniczona, ale nie wyłączona swoboda umów) w regulacji prawnej tytułowych umów.

Słowa kluczowe: umowa, umowa publicznoprawna, umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi, umowa w administracji publicznej.

Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest zasygnalizowanie złożoności kwestii charakteru prawnego umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi jako konsensualnej formy działania administracji publicznej. U podłoża tego problemu niewątpliwie leży połączenie w regulacji prawnej odnośnej umowy aspektu odsłania do bezpośredniego stosowania kodeksu cywilnego¹ przy jej zawieraniu oraz wykonywaniu zobowiązań umownych z obecnością i podstawowym znacze-

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.); dalej: k.c.

niem, jakie odgrywają w ramach jej regulacji prawnej zasady prawa publicznego. Znaczenie ma tu również fakt pozostawania realizacji takiej umowy z reguły w bezpośrednim związku z wykonywaniem zadań publicznych instytucji zamawiającej (koncesjodawcy). W związku z tym w dalszej części artykułu zostanie podniesiona kwestia cywilnoprawnych aspektów regulacji tytułowych umów, następnie zaś możliwego uzasadnienia określania ich mianem publicznoprawnych. Ustalenia te zostaną poprzedzone ukazaniem zasadniczych cech znamionujących umów koncesyjnych.

Zasadnicze cechy umów koncesji na roboty budowlane lub usługi

Regulacja tytułowej formy prawnej działania administracji niewątpliwie sytuuje się w obszarze prawa zamówień publicznych². Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jest specyficzną postacią zamówienia publicznego³. Dlatego też w rozważaniach nad tytułową instytucją prawną z reguły adekwatność zachowują poglądy formułowane w odniesieniu do regulacji zamówień publicznych objętych ustawą z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych⁴. Zawieranie i wykonywanie takich umów jest przedmiotem regulacji odrębnej ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁵. Do podstawowych elementów, które odróżniają tę konsensualną formę działania administracji publicznej od typowej umowy o zamówienie publiczne⁶, należą:

1. sposób wynagrodzenia koncesjonariusza (wykonawcy), polegający na udzieleniu (wykreowaniu) prawa do eksploatacji obiektu budowlanego lub prawa do wykonywania usług, które to uprawnienia mogą być wyłączną formą wynagrodzenia lub też mogą im towarzyszyć dodatkowe (uboczne) dopłaty od zamawiającego (koncesjodawcy)⁷;

² Zob. T. Kocowski, *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowski Zeszyty Prawnicze” 11, 2020, s. 163.

³ Umowy takiej nie należy mylić z koncesją jako administracyjnym uprawnieniem do wykonywania działalności gospodarczej określonego rodzaju (przedmiotu) udzielanym przedsiębiorcy w drodze aktu administracyjnego (decyzji administracyjnej) przez właściwy organ administracji publicznej; zob. art. 37 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162).

⁴ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.); dalej: p.z.p.

⁵ Ustawa z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 541); dalej: u.u.k.r.b.u.

⁶ Por. art. 7 pkt 32 p.z.p.

⁷ Zgodnie z art. 3 ust. 2 u.u.k.r.b.u. w przypadku powierzenia koncesjonariuszowi: 1. wykonania robót budowlanych — wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu

2. konieczność ponoszenia przeważającej części ryzyka kontraktowego (gospodarczego) przez koncesjonariusza (wykonawcę);

3. długotrwałość zakładanego współdziałania pomiędzy stronami umowy.

Dwa pierwsze z wskazywanych aspektów w największym stopniu wyróżniają koncepcję umowy koncesyjnej. Odpłatny (czyli związany z istnieniem korzyści majątkowej) charakter wynagrodzenia wykonawcy w postaci „prawa do eksploatacji” (obiektu budowlanego lub wykonywanych usług) z reguły wyraża się w uprawnieniu do pobierania opłat od osób trzecich korzystających z danego obiektu budowlanego lub świadczonych usług. Takie opłaty są co najmniej ważnym źródłem pokrywania poniesionych wcześniej przez koncesjonariusza wydatków inwestycyjnych oraz bieżących kosztów działalności⁸.

Występowanie istotnej części ryzyka kontraktowego po stronie koncesjonariusza jest elementem definicji legalnej umowy koncesyjnej, a więc elementem konstrukcyjnym takich umów. Zgodnie z art. 3 ust. 3 u.u.k.r.b.u. koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą. Założenie ponoszenia zasadniczej części ryzyka ekonomicznego przez koncesjonariusza znajduje rozszerzenie w ust. 4 odnośnego artykułu, zgodnie z którym przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego bądź świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, zwłaszcza jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie

budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane); 2. świadczenia usług i zarządzania tymi usługami — wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi).

⁸ Jak wskazuje Ryszard Szostak z ustawowego ujęcia umowy koncesji nie wynika, aby zawsze jej wykonywaniu musiało towarzyszyć zobowiązanie do świadczenia przez koncesjonariusza usług publicznych na rzecz osób trzecich. Możliwe są sytuacje, w których eksploatacja danego obiektu budowlanego będzie polegała na zaspokajaniu własnych potrzeb koncesjonariusza (na przykład biurowych, parkingowych, magazynowych) lub na działalności o charakterze czysto komercyjnym, bez elementu świadczenia usług objętych zadaniami publicznymi instytucji zamawiającej. W takim przypadku korzyścią zamawiającego będzie uzyskanie praw do wzniesionego obiektu budowlanego po zakończeniu umowy koncesji, tak aby następnie mógł być on wykorzystywany bezpośrednio w celach publicznych; zob. *idem*, *Umowy o zamówienie publiczne*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 280–281. Można sobie wyobrazić, że za pomocą tak ukształtowanej umowy koncesji powierza się roboty budowlane polegające na restaurowaniu obiektów zabytkowych, które po okresie użytkowania przez koncesjonariusza stają się przedmiotem użytkowania przez zamawiającego. Najczęściej umowy koncesji na roboty budowlane będą jednak dotyczyły obiektów budowlanych przeznaczonych na świadczenie usług publicznych, jak parkingi naziemne i podziemne, parki wodne, obiekty wystawienniczo-targowe itp.

nominalne lub nieistotne⁹. Wprawdzie w ustawie przewidziana jest możliwość dokonywania przez zamawiającego płatności (dopłat) na rzecz koncesjonariusza, lecz dopłaty takie nie mogą znosić czy istotnie ograniczać ponoszenia przez wykonawcę umowy ryzyka ekonomicznego w różnych jego aspektach. Szczególnym uzasadnieniem wprowadzenia dopłat dla koncesjonariusza może być fakt świadczenia przez niego, na podstawie umowy koncesyjnej, usług publicznych mających cechy usług użyteczności publicznej¹⁰ (na przykład obsługa publicznej strefy parkowania; usługi przewozów komunikacją miejską na danych liniach; realizacja określonych świadczeń zdrowotnych). W takich przypadkach celem dopłat będzie przyczynianie się do zapewnienia stałego świadczenia usług w sposób powszechnie dostępny i w określonej jakości przy nierównomierności (zmienności) zapotrzebowania na nie po stronie odbiorców.

Kolejnym cechą odróżniającą umowy koncesji od typowych umów o zamówienia publiczne jest długotrwałość zakładanego w ich ramach współdziałania zamawiającego oraz wykonawcy-koncesjonariusza. Umowy o zamówienia publiczne (regulowane przepisami p.z.p.) są co do zasady umowami na czas określony¹¹, nierzadko przewidzianymi do realizacji w ramach roku kalendarzowego, co wynika w głównej mierze z tego, że znaczna część zamawiających dokonuje wydatków w ramach swoich rocznych planów finansowych (budżetowych), obejmujących dany rok budżetowy. Umowa koncesji zawierana jest natomiast na czas oznaczony, przy czym w przypadku umowy zawartej na czas dłuższy niż pięć lat czas jej trwania nie może przekraczać okresu, w którym koncesjonariusz może zasadnie oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji początkowych i inwestycji dokonanych w czasie trwania koncesji (art. 45 ust. 1–2). Ustawodawca nie wyznaczył przy tym maksymalnego czasu trwania umowy koncesji, uzależniając go od przewidywanego okresu, w którym można zasadnie oczekiwać odzyskania nakładów poniesionych na przedmiot koncesji oraz jego eksploatację¹².

⁹ Inaczej więc niż w typowym zamówieniu publicznym wykonawca (koncesjonariusz) jest obciążony ryzykiem nieotrzymania zwrotu kosztów inwestycji poczynionych na wybudowanie, oddanie do użytku obiektu budowlanego lub przygotowanie i uruchomienie procesu świadczenia usług. W przypadku typowego zamówienia publicznego, jeżeli doszło do prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia, takie ryzyko praktycznie nie występuje z racji obowiązku zapłaty ceny ofertowej przez zamawiającego.

¹⁰ Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 679) zadania użyteczności publicznej to zadania, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

¹¹ Zob. art. 434 p.z.p.

¹² Co do tak ujętego czasu trwania koncesji można sformułować zarzut nieodniesienia się prawodawcy do kwestii możliwości osiągnięcia przez koncesjonariusza zysków po odzyskaniu nakładów i zwrocie zainwestowanego kapitału. Szansa osiągnięcia zysków, mimo ponoszenia przeważającej

Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jako umowa prawa cywilnego

Po zasygnalizowaniu podstawowych aspektów pojęciowych umów koncesyjnych możliwe jest podjęcie problematyki charakteru prawnego odnośnej czynności prawnej. Analogicznie jak ma to miejsce w ustawie — Prawo zamówień publicznych¹³, także w przepisach u.u.k.r.b.u. zawarto odesłanie do bezpośredniego (a nie odpowiedniego) stosowania przepisów kodeksu cywilnego¹⁴ (w zakresie, który nie jest przedmiotem regulacji ustawy odsyłającej) w kwestiach związanych z zawieraniem, kwalifikacją prawną oraz wykonywaniem umowy. Odesłanie to jest uznawane w poglądach nauki prawa za wyznaczające charakter prawny umowy koncesyjnej jako cywilnoprawnej¹⁵. Poruszając problematykę charakteru prawnego analizowanej umowy, należy podkreślić, że w odniesieniu do jej zawierania oraz wykonywania nie możemy mówić o wyłączeniu tej umowy z cywilnoprawnej kategorii pojęciowej swobody umów¹⁶. Zamawiający-koncesjodawca nie jest szczególnie ograniczony w określaniu potrzeb (zadań), które mają być realizowane we współdziałaniu z wykonawcą w ramach umowy koncesyjnej. Podstawową rolę odgrywają tu ogólne zasady równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji (art. 12 ust. 1 u.u.k.r.b.u.), które sprzeciwiają się takiemu opisywaniu przedmiotu koncesji, w ramach którego zawężano by dostęp do możliwości ubiegania się o zawarcie umowy pod względem przedmiotowym lub podmiotowym, z zamiarem faworyzowania lub dyskryminowania określonych produktów (towarów) lub podmiotów bez obiektywnego uzasadnienia „ograniczeń dostępu” potrzebami (zadaniami) instytucji zamawiającej (zob. art. 26 ust. 3–4). Co do zasady nie oznacza to jednak ingerencji przez przepisy ustawy w kształt, wielkość (zakres) planowanej inwestycji (zadania), w określanie jej wyższych lub

części ryzyka ekonomicznego całego przedsięwzięcia, jest zasadniczą motywacją do angażowania się przez przedsiębiorców w złożone i długotrwałe współdziałanie z podmiotami publicznymi w ramach umów koncesyjnych, co powinno być w większym stopniu dostrzegane przez ustawodawcę.

¹³ Por. art. 8 ust. 1 p.z.p.

¹⁴ Zgodnie z art. 16 ust. 1 u.u.k.r.b.u. do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz odpowiednio wykonawcę i koncesjonariusza w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

¹⁵ Zob. R. Szostak, *op. cit.*, s. 275–279. Tadeusz Kocowski w odniesieniu do ustawowego pojęcia zamówienia publicznego wskazuje, że sam fakt określenia umowy o zamówienie mianem odpłatnej „oznacza, że w istocie będziemy mieli do czynienia ze stosunkiem cywilnoprawnym. Stosunek ten powstaje pomiędzy stronami umowy określanej mianem zamówienia publicznego” — *idem*, *Uczestnicy i procedury zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. M. Guziński, Wrocław 2012, s. 60. Odpłatność umowy koncesyjnej w świetle jej definicji legalnej (art. 3 ust. 1 u.u.k.r.b.u.) nie budzi wątpliwości.

¹⁶ Zob. A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 192, 199–200.

niższych uwarunkowań jakościowych czy funkcji (zastosowań)¹⁷. Chodzi tu więc o zapobieganie nieuzasadnionemu zawężaniu dostępu do planowanego zamówienia, a nie o ograniczanie w formułowaniu potrzeb przez instytucję zamawiającą. Odnosne przepisy nie nakładają także obowiązku zawierania umów koncesyjnych w określonych sytuacjach ani nie przesądzają momentu, w którym należy wyrażać zamiar zawierania takich umów.

Adekwatność posługiwania się wobec zamawiającego-koncesjodawcy kategorią pojęciową swobody umów nie oznacza oczywiście abstrahowania od podstawowej dominacji w regulacji prawnej zawierania umów koncesyjnych publicznoprawnych (wyznaczających stosunek państwa do podmiotów prywatnych) zasad równego traktowania, ochrony konkurencji czy jawności. Prym wskazanych norm-zasad w odnośnym zespole unormowań skutkuje ujęciem korzystania przez zamawiających ze swobody umów w ramy specyficznych ograniczeń publicznoprawnych służących protekcji wieloaspektowego interesu publicznego. Nie przekreśla to jednak zasadności posługiwania się pojęciem „swoboda umów” na gruncie regulacji u.u.k.r.b.u. i nie skłania do konieczności poszukiwań alternatywy pojęciowej (typu „samodzielność umowna”). Możemy tu, w uproszczeniu, mówić o publicznoprawnym „wariacie” czy „wymiarze” swobody umów. Konieczne jest jednak zachowanie świadomości podporządkowania korzystania z odpowiednich instrumentów cywilnoprawnych dominującemu wpływowi zasad prawa publicznego.

Dochodzi tu więc do „przekierowania” swobody umów (z perspektywy zamawiającego) na obszar ochrony różnorodnych interesów publicznych (w ramach korzystania z elastycznych, ułatwiających współdziałanie z podmiotami prywatnymi, form kontraktowych) z typowego dla swobody umów założenia o jej wykorzystywaniu przez podmioty prywatne jako obszaru realizowania ich wolności (w różnych jej przejawach)¹⁸. W stwierdzenie to wpisuje się pogląd Tadeusza Kocowskiego, zgodnie z którym

procedura działań prowadzących do udzielenia zamówienia publicznego stanowi, znany w teorii prawa administracyjnego, swoisty ciąg, następujących po sobie, powiązanych czynności faktycz-

¹⁷ Z tym stwierdzeniem koresponduje treść art. 26 ust. 2 u.u.k.r.b.u.: „Wymogi dotyczące przedmiotu umowy koncesji mogą odnosić się również do określonego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczenia usług, pod warunkiem że są powiązane z przedmiotem umowy koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów, i mogą obejmować w szczególności: poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko i klimat, dostosowanie do określonych potrzeb, w tym potrzeb osób niepełnosprawnych, oraz przeprowadzenie oceny zgodności, wydajność, bezpieczeństwo lub wymiary, stosowaną terminologię, oznakowanie oraz instrukcje użytkowania, a także przeprowadzone testy i ich metody”.

¹⁸ Natomiast z perspektywy przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem statusu strony umowy koncesyjnej korzystanie ze swobody umów dostępnej dla nich w ramach regulacji u.u.k.r.b.u. będzie przejawem korzystania z wolności działalności gospodarczej. Por. T. Kocowski, *Brak decyzji uprawniającej a ważność umowy w działalności gospodarczej (obszar zamówień publicznych)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114, 2018, s. 539–540.

nych i prawnych, efektem którego ma być nie tyle skorzystanie z autonomii woli przy wyborze przyszłego partnera umowy, ile wybór tego partnera i zawarcie umowy o realizację zamówienia z zachowaniem przewidzianych przepisami ustawy rozwiązań i zasad wynikających z konieczności uwzględnienia przez zamawiających troski o interes publiczny. Ta troska o interes publiczny wynikać powinna choćby z przestrzegania zasad gospodarowania środkami publicznymi w odniesieniu do zawierania umów o zamówienia publiczne¹⁹.

Przywołane wskazania pozwalają ogólnie (w płaszczyźnie dwupodziału porządku prawnego) uznać regulację prawną umów koncesyjnych za regulację publicznoprawną. To z kolei rodzi pytanie o podstawy i sensowność określania odnośnej umowy mianem „publicznoprawna”.

Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jako umowa publicznoprawna oraz umowa w administracji publicznej

Na gruncie ocen formułowanych w nauce prawa (administracyjnego, publicznego gospodarczego) można uznawać za uzasadnione określanie umowy koncesyjnej mianem „publicznoprawna”, przy czym — podobnie jak wskazano w odniesieniu do kategorii pojęciowej swobody umów — konieczne jest poczynienie w tym względzie istotnych zastrzeżeń. Na możliwość wyodrębniania „umów publicznoprawnych” w ramach naukowych (doktrynalnych) prób systematyzacji konsensualnych form działania administracji publicznej wskazuje między innymi Zdzisław Gordon, stawiając przy tym pytanie o praktyczne znaczenie takiego zabiegu²⁰. W przypadku szeroko rozumianych umów o zamówienia publiczne, w tym umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, odnośne znaczenie sprowadzałyby się właśnie do podkreślania „podporządkowania” istotnych elementów ich regulacji prawnej (zwłaszcza procesu zawierania umowy i wyboru wykonawcy) odpowiednim zasadom prawa publicznego czy też publicznoprawnym celom (wartościom), co oczywiście musi mieć także wpływ na wykładnię szczegółowych unormowań dotyczących zawierania oraz wykonywania takich umów.

Jednocześnie należy zastrzec, że określenie „umowa publicznoprawna” mogłoby być używane w kontekście najbardziej ogólnego podziału porządku prawnego na prawo publiczne oraz prawo prywatne. Nieadekwatne byłoby natomiast określanie szeroko rozumianej umowy o zamówienie mianem administracyjnej, które to miano sytuowałoby się w płaszczyźnie dokładniejszego (niż wskaza-

¹⁹ T. Kocowski, *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013, s. 23.

²⁰ Zob. Z. Gordon, *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola...*, s. 233–234.

ny dwupodział) gałęziowego podziału prawa. Wynika to między innymi z tego, że podstawowym kryterium różnicowania instrumentów cywilno- oraz administracyjnoprawnych jest kryterium metody regulacji stosunków prawnych, podczas gdy w przypadku umów o zamówienia zawieranych między podmiotami formalnie równorzędnymi, bez elementów władztwa administracyjnego po stronie zamawiającego, mamy do czynienia z cywilnoprawną metodą regulacji.

Posługiwanie się wobec tytułowej umowy określeniem „publicznoprawna” może mieć więc miejsce z wyraźnym zastrzeżeniem o używaniu tego miana jako przejawu zwracania uwagi na liczne i istotne publicznoprawne aspekty regulacji umów koncesyjnych. Wskazywane określenie nie może zaś być wykorzystywane jako podstawa zaprzeczania kwalifikacji prawnej umów koncesyjnych dokonanej przez ustawodawcę (na mocy odesłania zawartego w art. 16 ust. 1). Odnosne aspekty publicznoprawne w regulacji umów koncesyjnych wyrażają się zasadniczo w podobnych kwestiach, jak ma to miejsce w przypadku typowych umów o zamówienia publiczne²¹ (na przykład w swoistych ograniczeniach swobody umów służących ochronie różnych postaci interesu publicznego, w tym równemu, konkurencyjnemu dostępowi do ubiegania się o kontrakt z podmiotem publicznym²², a wyrażonych zasadniczo normami typu *ius cogens*²³). W umowach koncesyjnych z reguły będzie zachodził ściślejszy związek świadczeń koncesjonariusza z zadaniami publicznymi spoczywającymi na zamawiającym-koncesjodawcy, niż ma to miejsce w typowych (objętych regulacją p.z.p.) zamówieniach publicznych. Te ostatnie najczęściej służą bowiem pozyskiwaniu od przedsiębiorców świadczeń rzeczowo-usługowych potrzebnych do bieżącego działania administracji publicznej. Tak więc świadczenia wykonawcy zamówienia publicznego polegające na dostawie potrzebnego zamawiającemu sprzętu czy materiałów lub na wzniesieniu obiektu budowlanego nie są formą bezpośredniego zaangażowania się wykonawcy w realizację zadania publicznego, lecz pozostają w pośrednim związku z takimi zadaniami (świadczenia będące materialnymi podstawami realizacji zadań publicznych przez samą administrację). Z kolei w umowach koncesyjnych elementem świadczenia koncesjonariusza jest najczęściej realizacja usług publicznych na rzecz osób niebędących stronami umowy koncesyjnej.

²¹ R. Szostak stwierdza, że umowy koncesyjne mają charakter publicznoprawny w ujęciu funkcjonalnym, a nie konstrukcyjnym, ponieważ służą realizacji zadań publicznych. Publicznoprawne cele umowy koncesji nie kształtują w sposób bezpośredni struktury (charakteru) takiej umowy, ale mają doniosły wpływ na interpretację przepisów regulujących umowy koncesyjne — *idem*, *op. cit.*, s. 282–283. Zob. A. Panasiuk, *op. cit.*, s. 192–194.

²² Zob. np. art. 12, art. 13 ust. 1, art. 40 u.u.k.r.b.u.

²³ W odniesieniu do specyfiki ograniczeń swobody umów w prawie zamówień publicznych T. Kocowski stwierdza, że „Mamy tu [...] do czynienia nie tylko z brakiem wpływu woli stron na dyspozycje norm prawnych, ale także i z tym, że istnieje obowiązek podejmowania zachowań wyznaczonych przez tę normę prawną. Działanie musi być podjęte w takim kształcie i według takich reguł, jakie wytycza norma prawna. Mamy więc tu wyraźne wzmocnienie konieczności podejmowania działania zgodnego z dyspozycją normy” — *idem*, *Kontrola...*, s. 22.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi podobnie jak umowy w sprawach zamówień publicznych czy umowy partnerstwa publiczno-prywatnego mieszczą się w wykreowanej w poglądach doktryny kategorii pojęciowej „umowy w administracji publicznej”. Takie ujęcie ma na celu ukazanie elementów specyficznych dla obszaru konsensualnych form działania administracji publicznej, gdzie (potwierdzanemu często przez ustawodawcę) zachowaniu cywilnoprawnego charakteru czynności prawnej — umowy — jednocześnie towarzyszy poddanie przygotowywania, zawierania oraz (w mniejszym lub większym stopniu) wykonywania takich umów dominującemu oddziaływaniu zasad prawa publicznego (określających stosunek podmiotów władzy publicznej do jednostek prywatnych). Posługiwanie się takimi kategoriami pojęciowymi jest także reakcją na brak wyodrębnionej normatywnie w polskim porządku prawnym kategorii umów administracyjnych²⁴. W ślad za Piotrem Stecem przyjmując następujące cechy umów w administracji publicznej:

1. podmiotowa kwalifikacja stron umowy, co oznacza, że przynajmniej jedną ze stron umowy musi być podmiot publiczny;
2. zastosowanie, w mniejszym lub większym stopniu, do stosunku prawnego wynikającego z takiej umowy także przepisów k.c.;
3. podleganie ustanowionym w interesie publicznym szczególnym, w stosunku do powszechnego obrotu cywilnoprawnego, regułom: zawierania umowy, kształtowania uprawnień oraz obowiązków stron, a także odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązań²⁵.

Wszystkie wskazane cechy znamionują w istotnym stopniu umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zarówno kwestie specyficznych ograniczeń publicznoprawnych w zawieraniu takich umów, jak i fakt odesłania do bezpośredniego stosowania przepisów k.c. (na przykład w zakresie wykonywania zobowiązań umownych, odpowiedzialności kontraktowej, charakteru prawnego czynności dokonywanych w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji) były już podkreślane. Odnośnie umowy odznaczają się również, wyszczególnianą wcześniej, cechą podmiotowej kwalifikacji stron (obecnie określanych jako zamawiający oraz wykonawca, uprzednio jako koncesjonariusz i koncesjodawca²⁶), przy czym zamawiający to podmioty publiczne, takie jak jednostki sektora finansów publicznych, instytucje prawa publicznego działające głównie w formie spółek kapitałowych (a więc spoza sektora finansów publicznych)²⁷ oraz publiczne podmioty gospodarcze (przedsiębiorcy publiczni)²⁸.

²⁴ Zob. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 431–438.

²⁵ Zob. P. Stec, *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2013, s. 21–22.

²⁶ Zob. art. 2 pkt 2, pkt 9 oraz art. 3 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 113).

²⁷ Zob. art. 9 pkt 14 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.).

²⁸ Zob. art. 2 pkt 11 u.u.k.r.b.u.

Zakończenie

Jak wynika z zaprezentowanych rozważań, możliwe jest określanie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi mianem zarówno cywilnoprawnej, jak i publicznoprawnej. Konieczne jest przy tym wyraźne wskazanie kontekstu, w jakim używa się danego określenia, i czynienie stosownych zastrzeżeń. Określanie umowy koncesyjnej mianem „cywilnoprawna” znajduje uzasadnienie w fakcie kwalifikacji dokonanej przez samego ustawodawcę, podkreślającej także rolę, jaką w zawieraniu, a w jeszcze większym stopniu w wykonywaniu takich umów, będą odgrywały stosowne unormowania k.c. Za takim określeniem tytułowych umów przemawia również ogólna adekwatność posługiwania się wobec nich kategorią pojęciową swobody umów, używaną ze świadomością podporządkowania korzystania z niej przez zamawiającego-koncesjodawcę nadrzędnym ograniczeniom publicznoprawnym.

Jednocześnie przedstawione zjawisko prawne z pewnością nie jest typowym przykładem umowy zawieranej w powszechnym obrocie cywilnoprawnym, w warunkach korzystania z ogólnie wyznaczonej przez porządek prawny autonomii woli stron stosunków cywilnoprawnych. Tak więc w płaszczyźnie dyskursu naukowego uzasadnione jest określanie odnośnej umowy także mianem „publicznoprawna”. Taki zabieg może być czyniony w celu podkreślenia znaczenia w jej regulacji prawnej zasad prawa publicznego, motywu ochrony interesów publicznych (wartości publicznych) oraz nierzadko bezpośredniego związku przedmiotu takiej umowy z wykonywaniem zadań publicznych.

Wskazane założenia nie mogą dziwić, skoro w przypadku umowy koncesyjnej niewątpliwie mamy do czynienia z instrumentem prawnym z obszaru tak zwanego prawa pogranicza, gdzie dochodzi do przenikania się oraz wzajemnego oddziaływania na siebie zasad prawa publicznego (wyznaczających relacje państwo–jednostka prywatna) z zasadami prawa prywatnego, mającymi na celu tworzenie warunków (ram) korzystania z różnych przejawów wolności człowieka przez podmioty prywatne.

Bibliografia

- Gordon Z., *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Kocowski T., *Brak decyzji uprawniającej a ważność umowy w działalności gospodarczej (obszar zamówień publicznych)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114, 2018.
- Kocowski T., *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.

- Kocowski T., *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 11, 2020.
- Kocowski T., *Uczestnicy i procedury zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. M. Guziński, Wrocław 2012.
- Panasiuk A., *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Stec P., *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2013.
- Szostak R., *Umowy o zamówienie publiczne*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016.

Works or Services Concession: Between a Civil Law Contract and a Public Law Contract

Summary

The article discusses the legal nature of concession contracts for works or services. It draws attention to the fact that such contracts can be simultaneously described as both civil law and public law contracts, assuming that appropriate provisions are applied and the right basis is determined — a normative one or that of the science of administrative law and public economic law. These conclusions are justified by the fact of the interpenetration and mutual interaction, in the legal regulation of concession contracts, of the dominant principles of public law (equal treatment, order to protect competition) and the principles of private law (limited, but not excluded freedom of contract).

Keywords: contract, contract under public law, concession for works or services, contract in public administration.

