

**UMOWA O PARTNERSTWIE
PUBLICZNO-PRYWATNYM.
STUDIUM ADMINISTRACYJNOPRAWNE**

*[...] w podziale na prawo publiczne i prywatne
nie chodzi często o odrębność przepisów,
ale o p u n k t w i d z e n i a, z którego go oceniamy...*

Fryderyk Zoll

Prawo cywilne w zarysie. Warszawa–Kraków 1921

MICHAŁ KANIA

**UMOWA O PARTNERSTWIE
PUBLICZNO-PRYWATNYM.
STUDIUM
ADMINISTRACYJNOPRAWNE**



Uniwersytet Śląski

WW

OFICyna WYDAWNICZA

Katowice 2013

Recenzent:
prof. UwB. dr hab. Dariusz Kijowski

Publikacja sfinansowana ze środków Uniwersytetu Śląskiego

© 2013 by Uniwersytet Śląski w Katowicach
Wszelkie prawa zastrzeżone

Wydanie I

Publikacja będzie dostępna – po wyczerpaniu nakładu – w wersji internetowej:
Śląska Biblioteka Cyfrowa
www.sbc.org.pl

SPIS TREŚCI

WYKAZ SKRÓTÓW	11
WSTĘP	13
1. Sprecyzowanie problemu badawczego i założenia pracy	13
2. Konstrukcja pracy	18
3. Metoda	19

ROZDZIAŁ I: PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE JAKO METODA REALIZACJI ZADAŃ PUBLICZNYCH

1. Uwagi wprowadzające	23
2. Geneza partnerstwa publiczno-prywatnego	32
2.1. Model bezpośredniej realizacji zadań publicznych przez podmioty publiczne. (Metoda tradycyjna)	32
2.2. W kierunku prywatyzacji zadań publicznych	37
2.2.1. Uwagi ogólne	37
2.2.2. Pojęcie i rodzaje prywatyzacji	40
2.2.3. Zagrożenia realizacji zadań publicznych przy wykorzystaniu prywatyzacji	45
2.2.4. Partnerstwo publiczno-prywatne jako forma prywatyzacji zadań publicznych	47
3. Regulacje normatywne w zakresie partnerstwa publiczno- -prywatnego w polskim porządku prawnym	53
3.1. Krajowe regulacje w zakresie partnerstwa publiczno- -prywatnego	53

3.2. Wpływ prawa unijnego na krajowe regulacje w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego	59
3.3. Regulacje normatywne dotyczące umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym	68
4. Podsumowanie	75

ROZDZIAŁ II: TEORETYCZNO-PRAWNE PODSTAWY PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO

1. Uwagi wprowadzające	77
2. Normy zadaniowe jako podstawa wykorzystania instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego	81
2.1. Pojęcie norm zadaniowych	81
2.2. Zakres przedmiotowy zadań administracji publicznej realizowanych w formie partnerstwa publiczno-prywatnego	83
2.3. Normy programowe	90
2.3.1. Uwagi ogólne	90
2.3.2. Normy i zasady prawne w koncepcji R. Dworkina, R. Alexego oraz normy programowe w koncepcji M. Atienzy i J. Ruiza Manero	96
3. Instytucja partnerstwa publiczno-prywatnego w aspekcie struktury norm programowych	104
3.1. Uwagi ogólne	104
3.2. Uwarunkowania prawne i faktyczne realizacji celów określonych normami programowymi przy wykorzystaniu instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego	105
4. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jako środek optymalnej realizacji zadań publicznych	112
4.1. Pojęcie oceny instrumentalnej	112
4.2. Pojęcie „środek” i „cel”	115
4.3. Konstrukcja umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jako „dobry środek” do osiągnięcia celu . . .	117
5. Podsumowanie	121

ROZDZIAŁ III: UMOWA W SYSTEMIE PRAWNYCH FORM DZIAŁANIA ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

1. Uwagi wprowadzające	125
2. Umowa administracyjna we Francji oraz w Niemczech	127
3. Umowa jako prawna forma działania administracji publicznej	137
3.1. Uwagi ogólne	137
3.2. Kwestie sporne dotyczące umów stosowanych przez administrację publiczną	139
4. Ewolucja umowy jako prawnej formy działania administracji publicznej	143
4.1. Uwagi ogólne	143
4.2. Okres do 1989 roku	144
4.3. Wpływ zmian ustrojowych na zakres wykorzystywania umów w działaniach administracji publicznej po 1989 roku	146
4.4. Umowa w projekcie ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego	149
5. Umowa jako prawna forma działania administracji publicznej w ujęciu doktrynalnym	151
6. Podsumowanie	176

ROZDZIAŁ IV: CECHY UMOWY ADMINISTRACYJNEJ

1. Uwagi wprowadzające	181
2. Podmiot administracji publicznej jako strona umowy administracyjnej	182
3. Związywanie treści umowy administracyjnej ze sferą zadań publicznych. Bezpośrednie wywoływanie przez umowę administracyjną skutków w sferze prawa administracyjnego	185
4. Realizacja interesu publicznego jako cel umowy administracyjnej	192
5. Problematyka zasady swobody umów w kontekście umowy administracyjnej	198
5.1. Uwagi ogólne	198
5.2. Zasada swobody umów w świetle prawa cywilnego	199

5.3. Ograniczenia zasady swobody umów	203
5.4. Zasada swobody umów na gruncie umów administracyjnych	207
6. Pozycja stron w umowach administracyjnych	215
6.1. Uwagi ogólne	215
6.2. Pozycja stron w stosunku zobowiązaniowym	217
6.3. Regulacje prawa francuskiego w zakresie pozycji podmiotu publicznego w umowie administracyjnej	221
6.4. Uzasadnienie silnej pozycji podmiotu publicznego w umowach administracyjnych	227
7. Kognicja sądów administracyjnych	235
8. Podsumowanie	239

ROZDZIAŁ V: UMOWA O PARTNERSTWIE PUBLICZNO- -PRYWATNYM W KONTEKŚCIE CECH UMOWY ADMINISTRACYJNEJ

1. Uwagi wprowadzające	243
2. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym na tle aktualnego dorobku doktryny	244
3. Podmiot publiczny jako strona umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym	248
4. Przedsięwzięcie realizowane na gruncie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w kontekście pojęcia „zadania publiczne”	252
5. Realizacja interesu publicznego w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym	263
5.1. Uwagi ogólne	263
5.2. Rozwiązania gwarantujące realizację zadania w interesie publicznym w regulacjach normatywnych umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym	266
5.2.1. Realizacja interesu publicznego poprzez zapewnienie odpowiednich standardów przedsięwzięcia	266
5.2.2. Realizacja interesu publicznego poprzez zapewnienie ciągłości przedsięwzięcia	272

5.2.3. Ochrona interesu publicznego przez należyty sposób wykorzystywania mienia publicznego	273
5.2.4. Odstąpienie od umowy ze względu na interes publiczny	280
6. Zasada swobody umów na gruncie regulacji normatywnych dotyczących umowy o partnerstwie publiczno-privatnym . .	284
6.1. Uwagi ogólne	284
6.2. Ograniczenia dotyczące swobody wyboru partnera prywatnego	286
6.2.1. Wybór partnera prywatnego na gruncie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi	288
6.2.2. Wybór partnera prywatnego na gruncie Prawa zamówień publicznych	292
6.2.3. Wybór partnera prywatnego na gruncie art. 4 ust. 3 ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym	296
6.3. Ograniczenia w zakresie kształtowania treści umowy o partnerstwie publiczno-privatnym	298
6.3.1. Uwagi ogólne	298
6.3.2. Elementy umowy na gruncie ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym	298
6.3.3. Elementy umowy o partnerstwie publiczno-privatnym na gruncie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi	300
6.3.4. Elementy umowy o partnerstwie publiczno-privatnym na gruncie ustawy Prawa zamówień publicznych	306
6.3.5. Ograniczenia swobody kształtowania treści umowy o partnerstwie publiczno-privatnym wynikające z przepisów szczególnych	311
6.4. Ograniczenia w zakresie formy umowy o partnerstwie publiczno-privatnym	315
7. Pozycja podmiotu publicznego w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym	315
7.1. Uwagi ogólne	315

7.2. Uzależnienie wynagrodzenia partnera prywatnego od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa	316
7.3. Sankcje za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy	318
7.4. Uprawnienia kontrolne wobec partnera prywatnego	320
8. Kognicja sądów na gruncie sporów związanych z umową o partnerstwie publiczno-prywatnym	328
9. Podsumowanie	330

ROZDZIAŁ VI: UMOWA O PARTNERSTWIE PUBLICZNO-PRYWATNYM W TYPOLOGII UMÓW CYWILNOPRAWNYCH

1. Uwagi wprowadzające	335
2. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jako dwustronnie zobowiązująca umowa wzajemna	339
3. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jako umowa nazwana	342
4. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jako umowa odpłatna	348
5. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jako umowa kausalna	350
6. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jako umowa konsensualna	351
7. Podsumowanie	352

ROZDZIAŁ VII: KONKLUZJE I POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

.....	355
-------	-----

BIBLIOGRAFIA	375
--------------------	-----

WSTĘP

1. Sprecyzowanie problemu badawczego i założenia pracy

Zagadnienie inwestycji publicznych stanowi przedmiot zainteresowania nie tylko prawników. Bywa również analizowane przez ekonomistów oraz przedstawicieli innych nauk społecznych. Konkretnie przedsięwzięcia wywołują emocje wśród reprezentantów władzy publicznej, mediów, jak i beneficjentów zadań publicznych. Wśród wielu aspektów realizacji inwestycji publicznych interesującymi są również zagadnienia prawne.

Uchwalenie odrębnych regulacji poświęconych problematyce partnerstwa publiczno-prywatnego wzbudziło żywe dyskusje dotyczące celowości, jakości oraz skuteczności przyjętych rozwiązań. Kontrowersje wokół wskazanego tematu wynikają m.in. z tego, że przedmiotowa problematyka znajduje się na pograniczu regulacji cywilnej i administracyjnoprawnej, choć czasami fakt ten jest niedostrzegany lub bagatelizowany. Tymczasem, jak wskazuje J. Jeżewski, często opisywana, a nawet dominująca w niektórych okresach w literaturze europejskiej od ponad dwustu lat, problematyka styku prawa administracyjnego i prawa cywilnego świadczy nie tylko o jej nieprzemijającej żywotności praktycznej, ale także o doniosłym znaczeniu dla

rozwoju badań teoretycznych¹. Na tym tle powstają pytania dotyczące tego, jak wiele z konstrukcji, których źródła tkwią we wspomnianych szczegółowych naukach prawnych, powinno znaleźć się w regulacji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, na podstawie której realizowane są zadania publiczne.

Analiza partnerstwa publiczno-prywatnego była jak dotąd prowadzona głównie z punktu widzenia praktyki obrotu gospodarczego. Tymczasem wydaje się, że zagadnienie to wymaga również głębszej analizy od strony teorii prawa, w tym przede wszystkim prawa administracyjnego. Zaryzykować można stwierdzenie, zgodnie z którym analiza teoretycznoprawna przyczynić się może do uzyskania zadowalających rezultatów badawczych, które będą następnie mogły być wykorzystane przy wytyczaniu pożądanych kierunków działań praktycznych.

Przedmiotem niniejszej pracy będzie umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Problematyka ta nie była dotychczas obiektem kompleksowego opracowania w polskiej literaturze prawniczej. Powyższe wynika m.in. z faktu, iż regulacja dotycząca kontraktu o partnerstwie publiczno-prywatnym jest ciągle stosunkowo nowa. Ostatnia kluczowa zmiana w zakresie regulacji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym miała miejsce w maju 2010 roku². Inspiracją do podjęcia opracowania przedmiotowej problematyki stały się przeważające w doktrynie poglądy, zgodnie z którymi umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym w sposób bezpośredni wiązana jest z regulacjami prawa cywilnego³. Przyjęcie takiego założenia w działaniach prawodawcy uznać można by było za wynik świadomej polityki, mo-

¹ Zob. J. Jeżewski: *Prawo stosowane jako kryterium rozgraniczenia drogi administracyjnej i drogi sądowej*. W: *Kryzys prawa administracyjnego?* Red. D.R. Kijowski, P.J. Suwaj. Tom III. *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*. Red. A. Doliwa, S. Prutis. Warszawa 2012, s. 13.

² Ustawa z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. Nr 106, poz. 675).

³ Zob. np. J. Jacyszyn, T. Kalinowski: *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*. Warszawa 2006, s. 118–119; A. Miruć: *Partnerstwo publiczno-prywatne jako sposób realizacji zadań publicznych*. W: *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*. Red. J. Zimmermann. Kraków 2007, s. 482; M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski: *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*. Warszawa 2010, s. 323; T. Skoczyński: *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Praktyczny komentarz*. Warszawa 2011, s. 154.

tywowanej wiarą w moc umowy prawa cywilnego, również jako formy działania administracji⁴.

Bez wątpienia nie może podlegać dyskusji fakt oddziaływania regulacji prawa cywilnego na prawo administracyjne⁵. Konstrukcje znane prawu cywilnemu zawierane są bowiem przez ustawodawcę w aktach normatywnych, których administracyjny charakter uznany jest przez środowisko prawnicze⁶. Jeśli jednak nawet przyjąć jako zasadną tezę, iż pod rządami obecnie obowiązujących rozwiązań normatywnych prawem właściwym do regulacji treści umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest prawo prywatne z nadrzędnymi dla tego prawa zasadą równorzędności podmiotów przy pełnym poszanowaniu ich autonomii oraz zasadą swobody umów, to bez wątpienia w spojrzeniu administratywisty na przedmiotową kwestię pojawi się uporczywe pytanie o to, czy taki stan regulacji odpowiada stanowi postulowanemu, wynikającemu z kompleksowej analizy statusu partnerstwa publiczno-prywatnego. Ponadto, fakt wykorzystywania przez administrację publiczną formy umowy rodzi w głowie administratywisty niejako z natury pytanie o jej charakter prawny i skutki tego charakteru. W szczególności chodzi o zbadanie tego, czy umowa taka posiada charakter – wielokrotnie wspomnianej w bogatej rodzimej doktrynie – umowy administracyjnoprawnej.

Na bazie wskazanych problemów sformułować można hipotezę, zgodnie z którą umowa oparta o klasyczne zasady prawa prywatnego nie stanowi środka zapewniającego organom administracji publicznej optymalną realizację zadań publicznych we współpracy z partnerami prywatnymi. Swoista ucieczka w sferę prawa cywilnego nie zawsze bowiem musi stanowić gwarancję najlepszego sposobu realizacji zadań publicznych⁷. Środkiem takim może okazać się wypracowana w bogatej doktrynie prawa administracyjnego, znana również obcym po-

⁴ Zob. A. Kubiak-Kozłowska: *Formy konsensualne w postępowaniu administracyjnym*. W: *Koncepcja systemu prawa...*, s. 451.

⁵ Zob. E.K. Czech: *Wpływ konstrukcji prawa cywilnego na administracyjnoprawne regulacje prawa ochrony środowiska*. W: *Kryzys prawa administracyjnego?...*, s. 181.

⁶ Ibidem.

⁷ Pojęciem ucieczki w sferę prawa cywilnego (*Flucht ins Privatrecht*) w oparciu o koncepcje wypracowane w literaturze zachodnioeuropejskiej posłużył się D.R. Kijowski w: *Umowy w administracji publicznej*. W: *Podmioty administracji publicznej i prawne formy*

rządkiem prawnym, koncepcja umowy administracyjnej. Konstrukcja tego kontraktu, a przynajmniej niektóre jej cechy odpowiadać mogą potrzebom administracji publicznej, wynikającym z charakteru partnerstwa publiczno-prywatnego i związanej z nim odpowiedzialności podmiotów publicznych za realizację zadań publicznych, jak również konstrukcji norm prawnych w oparciu, o które partnerstwo może być w praktyce wykorzystywane.

W tym miejscu zaznaczyć należy, iż wyjście z takiego punktu widzenia nie oznacza przyjęcia założenia o konkluzywnym charakterze relacji pomiędzy umową cywilnoprawną a umową administracyjną. Umowa administracyjna związana z powierzeniem do realizacji zadań publicznych podmiotom prywatnym jest bowiem czynnością prawną. Umowa ta zawierana jest w wyniku złożenia zgodnych oświadczeń woli stron i bez przeszkód może być analizowana pod kątem określonych kryteriów klasyfikacji umów, które wypracowane zostały w inspirującej doktrynie prawa cywilnego. Ponadto, na mocy odesłań do Kodeksu Cywilnego, zawartych w ustawach regulujących *lege iuris* funkcjonowanie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, zastosowanie znajdują cywilnoprawne rozwiązania dotyczące m.in. takich kwestii jak: wykonanie zobowiązania, skutki niewykonania zobowiązania, czy też regulacje kar umownych. Prawo administracyjne w powyższych kwestiach nie wypracowało swoistych rozwiązań i zmuszone jest w tym zakresie czerpać ze źródła cywilnoprawnego.

Przyjęcie takiego stanowiska nie oznacza jednocześnie uznania, iż umowa administracyjna stanowi jedynie odmianę umowy cywilnoprawnej – choć w ocenie cywilisty – jej konstrukcja w łagodnej z możliwych wersji krytyki spotkałaby się pewnie z zarzutem nadmiernej publiczności prawa prywatnego⁸. Chodzi bardziej o tendencję zarysowaną przez J.S. Langroda, polegającą na wyłuskiwaniu ze starsze-

ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusz Ochendowskiego. Toruń 2005, s. 291.

⁸ Na temat publiczności prawa prywatnego zob. np. M. Safjan: *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*. W: *System prawa prywatnego*. Tom I. Red. M. Safjan. Warszawa 2007, s. 45; A. Zieliński: *Cywilnoprawne aspekty godzenia interesu indywidualnego z interesem publicznym*. W: *Prawa stają się faktem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*. Red. M. Wyrzykowski. Warszawa 2006, s. 99–112.

go, bardziej rozwiniętego działu prawa konstrukcji ogólnoprawnych, gdyż prawo cywilne bynajmniej ich nie monopolizuje, a tylko je jakby „przechowuje” w rezerwarze pojęć wykształconych przez siebie i na swój użytek⁹. W takim ujęciu umowa administracyjna stanowiłaby wyraz współistnienia regulacji prawnych, swoistej synergii rozwiązań pochodzących z dwóch wielkich dziedzin prawa w jednej konstrukcji prawnej o swoistych cechach.

Rozważenia wymagają w szczególności problemy badawcze dotyczące charakteru prawnego umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w świetle obowiązujących regulacji prawnych oraz ocena prawidłowości tychże rozwiązań w aspekcie uprzednio przyjętych założeń teoretycznoprawnych. W pracy pojawią się zatem problemy ściśle dogmatyczne, jak również problemy teoretyczne. Już na wstępie koniecznym staje się uściślenie tego, jak rozumiane będzie istotne dla tematu pracy pojęcie charakteru prawnego umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zdawać bowiem należy sobie sprawę z tego, iż może ono być rozumiane dwojako. Pierwsze znaczenie związane jest z klasycznym dla doktryny prawa cywilnego określeniem charakteru tej czy innej umowy wedle charakterystycznych klasyfikacji umów, dokonywanej według określonych kryteriów. W pracy chodzi jednak głównie o określenie charakteru prawnego umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jako umowy cywilnoprawnej lub umowy administracyjnoprawnej, względnie umowy hybrydowej. Aby określić wskazany charakter, koniecznym będzie ustalenie kwestii pierwotnej. Dotyczy ona tego, kiedy *de facto* uprawnionymi są wypowiedzi o istnieniu umowy administracyjnej. Dopiero rekonstrukcja definicji realnej pojęcia „umowa administracyjna”, poprzez ustalenie jej cech charakterystycznych, pozwoli na udzielenie odpowiedzi, czy w świetle obowiązujących regulacji umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może być uznana za umowę administracyjną¹⁰.

Zamiarem autora jest nie tylko analiza zadania poznawczego polegającego na przedstawieniu w świetle obowiązującego prawa proble-

⁹ Zob. J.S. Langrod: *Instytucje prawa administracyjnego*. Kraków 1928, s. 75.

¹⁰ Na temat definicji realnej zob. Z. Ziemiński: *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*. Warszawa 1974, s. 13.

mu charakteru prawnego umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, lecz również skonfrontowanie istniejących rozwiązań ze stanem postulowanym. W celu zapewnienia spójności prowadzonych rozwiązań koniecznym staje się zatem określenie tego, jaka sytuacja tworzy wspomniany stan postulowany. W związku z tym ocena prawidłowości przyjętych *lege iuris* rozwiązań wymaga głębszej analizy zagadnień dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego. Analiza ta sięgać będzie w głąb teorii prawa, w szczególności zaś zagadnień związanych z budową norm prawa administracyjnego.

2. Konstrukcja pracy

Formalna konstrukcja pracy opiera się o sformułowany powyżej układ materiału problemowego. Praca składa się z siedmiu rozdziałów. W rozdziale pierwszym, posiadającym charakter wprowadzający, zdefiniowane zostanie pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego. Wskazana zostanie jego geneza, w tym również geneza obecnie obowiązujących regulacji prawnych. Partnerstwo ukazane zostanie ponadto z perspektywy prawa unijnego. Następnie omówiona zostanie rola, jaką na gruncie partnerstwa publiczno-prywatnego pełni umowa wraz z przedstawieniem drogi kształtowania się rozwiązań prawnych jej dotyczących.

Rozdział drugi dotyczy teoretycznoprawnych podstaw partnerstwa publiczno-prywatnego. W rozdziale tym analizie poddany zostanie wpływ struktury norm zadaniowych na postulowany sposób regulacji konstrukcji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Koniecznym stanie się również omówienie problematyki ocen instrumentalnych związanych z przydatnością określonych konstrukcji kontraktowych do skutecznej realizacji zadań publicznych.

Po określeniu teoretycznoprawnych podstaw partnerstwa publiczno-prywatnego oraz wstępnych założeń co do postulowanego kształtu umowy na podstawie, której dochodzi do zlecenia zadań publicznych podmiotom prywatnym, przejść wypadnie do ustalenia charakte-

ru prawnego umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Analiza prowadzona będzie przede wszystkim z perspektywy prawa administracyjnego. Oznacza to, iż określenie charakteru prawnego umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym nastąpi przez jej porównanie z modelem umowy administracyjnej. Aby czynność taka miała sens, w pierwszej kolejności stworzyć należy model owej umowy. Zagadnieniu temu poświęcony zostanie rozdział trzeci i czwarty pracy. W rozdziale trzecim omówiona zostanie problematyka umowy w systemie prawnych form działania administracji publicznej pod kątem rekonstrukcji cech, jakie w literaturze przypisywane są umowie administracyjnej. Po zrealizowaniu wskazanego zamierzenia, w rozdziale czwartym, dokonana zostanie szczegółowa analiza wspomnianych cech. Rozdział piąty zawierać będzie z kolei analizę formalną obecnie obowiązujących rozwiązań prawnych w zakresie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym z perspektywy określonych wcześniej cech umowy administracyjnej. Rozdział szósty pracy, bazujący na wspomnianym powyżej założeniu o braku rozłączności pomiędzy umową cywilnoprawną a umową administracyjną, poświęcony zostanie spojrzeniu na umowę partnerstwa publiczno-prywatnego z perspektywy cywilnoprawnej. W szczególności omawiana umowa zostanie ukazana w aspekcie typologii umów cywilnoprawnych.

Rozdział siódmy wypełnią wnioski oraz postulaty *de lege ferenda* w zakresie ewentualnych zmian regulacji poświęconych umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

3. Metoda

W zasadniczej części pracy poświęconej ustalaniu charakteru umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym wykorzystano metodę dogmatyczną w oparciu o analizę logiczno-językową. Przyjęta metoda sprzyjać ma spójności prowadzonych rozważań. Metoda dogmatyczna, zgodnie z ustalonym znaczeniem nadanym przez Z. Ziemińskiego, polega na ustaleniu tego, jakie normy postępowania obowiązują

zują w danym systemie prawnym¹¹. Płaszczyzna logiczno-językowa związana jest natomiast z rozumieniem prawa jako systemu norm¹².

Praca zawiera również analizę zagadnień teoretycznoprawnych. W tym miejscu warto poczynić zastrzeżenie, iż wykorzystany zostanie jedynie wąski zakres koncepcji teoretycznoprawnych, niezbędny dla analizy problemów badawczych stawianych w pracy. Nie jest przy tym celem autora wszechstronna analiza wszystkich poglądów wyrażanych przez Teoretyków prawa na poruszane tematy, ani tym bardziej ich przedstawienie Czytelnikowi. Zadanie takie w znacznym stopniu przekraczałoby ramy niniejszego opracowania, jak również możliwości autora. Monografia ma bowiem charakter analizy prawa administracyjnego, a teoria prawa traktowana jest wyłącznie jako dostarczycielka podstawowych – jakkolwiek zasadniczych – założeń teoretycznych. Bez wątplenia sięgnięcie po informacje z zakresu teorii prawa jest czynnikiem sprzyjającym uzyskaniu jednego z postawionych celów, tzn. wykazaniu związku pomiędzy treścią umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym a strukturą norm prawa administracyjnego.

W pracy wykorzystano również w ograniczonym zakresie metodę historyczną, polegającą na badaniu przemian w metodach realizacji zadań publicznych, instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego oraz umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. W ostatnim rozdziale pracy zawarto również uwagi *de lege ferenda*, bazujące na przeprowadzonej wcześniej teoretycznoprawnej analizie partnerstwa publiczno-prywatnego oraz w części na analizie komparatystycznej, odwołującej się głównie do regulacji francuskiego porządku prawnego i propozycji przedstawianych w najnowszych poglądach nauki prawa niemieckiego. Część prawnoporównawcza ma na celu poznanie określonych rozwiązań prawnych pod kątem ich ewentualnego wykorzystania – jako pomoc w doskonaleniu rodzimego systemu prawnego. Decyzja o kierunku analizy komparatystycznej podjęta została ze względu na fakt, iż co do zasady unormowania francuskie w zakresie umowy administracyjnej prowadzą do następstw uznawanych

¹¹ Zob. Z. Ziemiński: *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*. Warszawa–Poznań 1983, s. 7.

¹² Zob. W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki: *Teoria państwa i prawa*. Warszawa 1980, s. 31.

za požądane społecznie. Częstokroć przejmowane są w całości bądź w części na grunt innych porządków prawnych. Traktowane są zatem jako rozwiązania wzorcowe. Gwarantują bowiem w dużym stopniu osiągnięcie celu, jaki leży u podstaw współpracy sektora publicznego i prywatnego. Ponadto, w rozwiązaniach francuskich związanych z instytucją koncesji upatruje się pierwowzoru tak modnego dzisiaj w Europie partnerstwa publiczno-prywatnego. Dość powiedzieć, iż pierwsza koncesja na wykonywanie zadania publicznego udzielona została we Francji już w XV wieku¹³. Do najbardziej spektakularnych zaś przykładów współpracy pomiędzy sektorem publicznym a prywatnym zalicza się budowę oraz eksploatację Wieży Eiffla w Paryżu.

Doktryna prawa niemieckiego znajduje się natomiast od kilku lat w fazie wzmożonej dyskusji nad należyтым kształtem rozwiązań w zakresie umów kooperacyjnych, zawieranych pomiędzy podmiotami administracji publicznej a partnerami prywatnymi w celu realizacji zadań publicznych. W szczególności wskazuje się, iż trudno kwalifikować tego rodzaju umowy jednoznacznie jako umowy cywilnoprawne. Dostrzega się również ich istotną rolę w realizacji zadań, jakie mocą przepisów prawa nałożone zostały na państwo¹⁴.

Już w tym miejscu zaznaczyć jednak należy, iż odrzucona zostaje możliwość pełnej recepcji rozwiązań jakiegokolwiek systemu prawnego na grunt polskich regulacji prawnych. Powyższe wynika co najmniej z kilku powodów. Jako główny wskazać należy fakt istnienia niezwykle bogatego dorobku polskiej nauki w zakresie postulowanej konstrukcji umowy wykorzystywanej w działaniach administracji publicznej. Wydaje się, iż właściwym jest po prostu sięgnięcie po wypracowane rozwiązania i przeniesienie ich na grunt regulacji poświęconej problematyce partnerstwa publiczno-prywatnego. Ponadto, wskazać należy na występowanie na gruncie polskich rozwiązań prawnych swoistych dla całego systemu prawnego regulacji, tworzących odrębną tradycję i kulturę prawną. Równie istotnym jest fakt wypracowania już do tej pory określonych mechanizmów prawnych, które coraz głębiej wpi-

¹³ Za D.R. Kijowski: *Pozwolenia w administracji publicznej*. Białystok 2000, s. 35.

¹⁴ Zob. T. Gas: *Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrags*. „Die Verwaltung” 2012, nr 1, s. 45.

sują się w praktykę obrotu gospodarczego. Nie chodzi zatem o rewolucyjną zmianę stanu prawnego i zachwianie jego petryfikacji poprzez przyjęcie wzorców innych ustawodawstw, lecz bardziej o próbę ewentualnej modyfikacji zastanej regulacji przy wykorzystaniu doświadczeń bądź przemyśleń zaczerpniętych z dorobku rodzimej doktryny przy wsparciu osiągnięć obcych systemów prawnych.

W pracy przyjmuje się metodę dyrektywalną polegającą na formułowaniu zaleceń w oparciu o analizę dogmatyczną i teoretyczną. Praca nie opiera się natomiast na szczegółowej analizie opisowej rozwiązań występujących w zawieranych do tej pory w praktyce umowach o partnerstwie publiczno-prywatnym i ich uogólnieniu jako obowiązującej metody formułowania treści wskazanych umów.

Swoje podziękowania za pomoc przy pisaniu niniejszej pracy składam kierownikowi Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, mojemu Mentorowi prof. Janowi Grabowskiemu.

Szczególne słowa podziękowania kieruje również pod adresem prof. Dariusza Kijowskiego, bez którego inspirujących uwag ukończenie książki byłoby niemożliwe.

Redaktor
Wacław Walasek

Korektor
Agnieszka Walasek

Projektant okładki
Michał Motłoch

Redaktor techniczny
Ireneusz Olsza

Skład i łamanie
Ireneusz Olsza

Copyright © 2013 by
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
Wszelkie prawa zastrzeżone

ISBN 978-83-60743-73-7

Wydawca
Oficina Wydawnicza Wacław Walasek
Katowice, ul. Mieszka I 15
wacek@oficynaww.pl

Wydanie I. Ark. druk. 24,9. Ark. wyd. 21,0. Przekazano do łamania w czerwcu 2013 r. Podpisano do druku w lipcu 2013 r. Papier offset. kl. III, 80 g. Nakład 120 + 50 egz.

Cena 32 zł + VAT

Druk: STUDIO NOA
www.studio-noa.pl