



*Aleksander Zacharko*

## **UMOWA O PARTNERSTWIE PUBLICZNO-PRYWATNYM JAKO FORMA PRYWATYZACJI WYKONYWANIA ZADAŃ PUBLICZNYCH GMINY<sup>1</sup>**

**Streszczenie (abstrakt):** Celem artykułu jest przedstawienie problematyki umowy o partnerstwie publiczno-privatnym jako formy prywatyzacji wykonywania zadań publicznych gminy, ze szczególnym uwzględnieniem charakteru prawnego tej umowy.

Transformacja ustrojowa nasiliła procesy prywatyzacyjne w gospodarce, w tym w gospodarce samorządu terytorialnego. Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym stała się ważnym instrumentem realizacji zadań publicznych.

**Słowa kluczowe:** zadanie publiczne, samorząd terytorialny, partnerstwo publiczno-privatne, umowa

### **PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENT AS A FORM OF PRIVATIZATION OF THE PERFORMANCE OF PUBLIC TASKS OF A COMMUNE**

**Abstract:** The aim of the article is to present the issue of a public-private partnership contract as a form of privatization of the performance of public tasks of a commune, considering the legal nature of this contract. Systemic transformation intensified privatization processes in the economy including the economy of local government. The public private partnership agreement has become an important instrument for the implementation of public tasks.

**Keywords:** public task, local government, public private partnership, contract

#### **Zagadnienia wprowadzające**

Celem artykułu jest przedstawienie problematyki umowy o partnerstwie publiczno-privatnym jako formy prywatyzacji wykonywania zadań publicznych gminy, ze szczególnym uwzględnieniem charakteru prawnego tej umowy.

Transformacja ustrojowa nasiliła procesy prywatyzacyjne w gospodarce, w tym w gospodarce samorządu terytorialnego.

Jak słusznie pisze A. Błaś proces redukcji zadań państwa dokonuje się zwykle trzema metodami: po pierwsze przekazywania zadań samorządom, tj. samorządowi teryto-

---

<sup>1</sup> Artykuł oparty jest o treść pracy mgr A. Zacharko, *Partnerstwo publiczno-privatne w praktyce samorządu gminnego* napisanej pod kierunkiem prof. dr hab. T. Kocowskiego, Wydział Prawa, Administracji, Ekonomii, Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2021, maszynopis.

rialnemu, samorządowi zawodowemu, czy organizacjom pozarządowym, druga metoda to sprzedaż podmiotom prywatnym przedsiębiorstw i instytucji państwowych (wykonujących zadania państwa), wreszcie trzecia metoda polega na zawieraniu kontraktów z prywatnymi spółkami na realizację zadań publicznych<sup>2</sup>.

Instrumentem prawnym realizacji zadań publicznych stała się umowa cywilno-prawna lub umowy mieszane regulowane więcej niż jedną gałęzią prawa, tj. prawa cywilnego, czy prawa administracyjnego. Umowa jest ważnym instrumentem realizacji zadań przede wszystkim w sferze administracji świadczącej<sup>3</sup>.

Na szczególną uwagę zasługują zmiany wprowadzone ustawą z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej i możliwość kontraktowania usług komunalnych. Każda prywatyzacja powinna mieć indywidualny, konkretny cel. To nie może być przedsięwzięcie ideologiczne.

W wyniku wprowadzonych zmian mamy dwa modele realizacji zadań własnych gminy, tj. bezpośrednio poprzez jednostki budżetowe i samorządowe zakłady budżetowe oraz drugi model pośredni, wykorzystujący umowę z podmiotami usytuowanymi na zewnątrz danej jednostki samorządowej<sup>4</sup>.

### **1. Podstawy prawne zawierania umów o partnerstwie publiczno-prywatnym**

Do momentu wejścia w życie ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, umowy partnerstwa publiczno-prywatnego, tj. pomiędzy sektorem prywatnym, a publicznym, nie były uregulowane. Zatem umowy były zawierane na podstawie ogólnych przepisów prawa cywilnego lub prawa handlowego, a umowa nie była znana polskiemu ustawodawstwu<sup>5</sup>.

Od blisko dwunastu lat partnerstwo publiczno-prywatne jako efektywny instrument rozwoju lokalnego i regionalnego znajduje oparcie w następujących aktach prawnych:

- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>6</sup>, która weszła w życie z dniem 27 lutego 2009 r. i która zastąpiła ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym;
- Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>7</sup>, która zastąpiła ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub

<sup>2</sup> Zob. A. Błaś, *Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego*, [w:] *Studia nad samorządem terytorialnym*, (red.) A. Błaś, Wrocław 2002, s. 360.

<sup>3</sup> Zob. L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000, s. 82; P. Tamowicz, *Prywatyzacja usług komunalnych. Przegląd doświadczeń zagranicznych*, Instytut Badań nad Gospodarką Rynkową, Gdańsk 1990, s. 14.

<sup>4</sup> Zob. L. Zacharko, *Formy wspomagania przedsiębiorczości przez gminy- przyczynek do dyskusji*, [w:] *Prawne problemy samorządu terytorialnego z perspektywy 25 lecia jego funkcjonowania*, (red.) B. Jaworska- Dębska, R. Budzisz, Warszawa 2016 s. 456 i nast., i cyt. tam obszerna lit.

<sup>5</sup> Zob. N. Leśniak – Niedbalec, *Prawna definicja partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce*, „Rocznik Lubuski”, 2017, Tom 43, cz. 2, s. 191.

<sup>6</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 711, ze zm.

usługi, definiując współpracę podmiotu publicznego (koncesjodawcy z partnerem prywatnym);

- Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych<sup>8</sup>, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. na mocy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020);
- Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej<sup>9</sup>.

Jak pisze M. Łakomy, powyższe rozwiązania prawne mają na celu stworzenie przyjaznego otoczenia w nawiązaniu szeroko rozumianej współpracy partnerskiej. Służą wykorzystywaniu wiedzy i podejścia biznesowego sektora prywatnego w realizacji zadań stawianych samorządom terytorialnym i administracji rządowej<sup>10</sup>.

## 2. Spór o charakter prawny umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

W działalności samorządu terytorialnego istotne znaczenie posiada umowa cywilnoprawna lub umowa mieszana regulowana więcej niż jedną gałęzią prawa, tj. prawa cywilnego i prawa administracyjnego.

Jak stwierdza M. Ofiarska, jest to forma atrakcyjna z tego punktu widzenia, że strony mają równorzędną pozycję, co pozwala im zabezpieczyć w sposób najpełniejszy swoje interesy<sup>11</sup>.

Jednakże w przypadku, gdy przedmiotem umowy cywilno-prawnej byłoby wykonywanie zadań publicznych, nie mają tu zastosowania klasyczne cechy umów cywilnych jak: autonomia woli, równorzędność stron czy ekwiwalentność świadczeń<sup>12</sup>. Niemniej przepisy prawa administracyjnego wskazują na postanowienia, które zabezpieczają prawidłowe wykonanie zadań publicznych.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 u.p.p.p partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości lub w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego.

Wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 7 ust. 2 u.p.p.p). Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może wyodrębnić w ra-

---

<sup>7</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz.541, ze zm.

<sup>8</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.

<sup>9</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 679, ze zm.

<sup>10</sup> Zob. M. Łakomy, *Istota i rozwój rynku partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce*. „Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania”, 2012, Nr 30, s. 67.

<sup>11</sup> Zob. M. Ofiarska, *Formy publiczno-prawne współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008, s. 132.

<sup>12</sup> Zob. Z. Kmiecik, *Umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjne jako formy działania administracji w sferze zarządzania gospodarką państwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 1987, z. 3, s. 167.

mach wynagrodzenia partnera prywatnego wysokość płatności ponoszonych przez podmiot publiczny na finansowanie wytworzenia, nabycia lub ulepszenia środków trwałych albo nabycia wartości niematerialnych i prawnych w ramach realizacji przedsięwzięcia, spełniających przesłanki wydatków majątkowych w rozumieniu art. 124 ust. 4 albo art. 236 ust.4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych( Dz.U. z 2019 r. poz. 869, z późn.zm.( art. 7 ust. 2a u.p.p.p.).

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym określa skutki nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania, w szczególności kary umowne lub obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego lub zawiązanej w celu wykonania umowy spółki kapitałowej, komandytowej, komandytowo-akcyjnej (art. 7 ust. 3 u.p.p.p). Przy czym, jak dodaje ustawodawca, do odpowiedzialności za wykonanie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie stosuje się przepisów art. 445 ust. 1, 452 i art. 453 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (art. 7 ust. 4 u.p.p.p.).

Analiza treści przepisu art. 7 u.p.p.p. wskazuje, że ustawodawca w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2008 r. określił bardziej ramowo wzór umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, co daje znacznie większą swobodę w określeniu przez strony treści i konstrukcji tej umowy, będącą niewątpliwie wynikiem ostatecznego odejścia przez prawodawcę od koncepcji ustawy edukacyjnej, szczegółowo regulującej zakres treściowy umowy<sup>13</sup>. Uprzednio obowiązująca ustawa z 2005 r. w sposób kazuistyczny określała elementy umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 18 u.p.p.p)<sup>14</sup>.

Jak wskazuje W. Gonet, „odejście od kazuistycznego ustalenia elementów umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym zasługuje na aprobatę, bowiem daje możliwość daleko idącego zróżnicowania zakresu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w konkretnych przypadkach”<sup>15</sup>.

W dyskursie naukowym spory budzi charakter umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Część teoretyków opowiada się za cywilistycznym charakterem ww. umowy, ale w ostatnim okresie przeważa pogląd o umowie, która ma charakter mieszany publiczno-prywatny.

Jak podkreślają J. Jacyszyn oraz T. Kalinowski, „umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym (w reżimie ustawy z 2005 r.) nie stanowi kolejnej umowy nazwanej. Zdaniem autorów umowa ta stanowi nowy sposób organizowania przedsięwzięć publicznych. Jej specyficzna funkcja polega na tym, że kompletnie opisywała cały projekt przedsięwzięcia, co czyniło ją umową nienazwaną szczegółową”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Zob. *Komentarz do art. 7, [w:] Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym*, (red.) M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski *Komentarz*, Warszawa 2010.

<sup>14</sup> Zob. Dz. U. z 2015 r. poz. 696.

<sup>15</sup> W. Gonet, *Nowa ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym – możliwości wykorzystania do realizacji zadań w sektorze publicznym*, „Finanse Komunalne”, 2009, Nr 1-2, s. 91.

<sup>16</sup> J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2006, s. 118.

Podobny pogląd wyraziła A. Miruć, że „umowa o partnerstwie publiczno-privatnym nie stanowi nowej kategorii umowy nazwanej, lecz odmianę umowy cywilno-prawnej niezastępującej aktu administracyjnego”<sup>17</sup>.

Zdaniem W. Goneta, „umowa o partnerstwie publiczno-privatnym jest umową niezwaną, dwustronnie zobowiązującą, odpłatną i konsensualną”<sup>18</sup>.

Na cywilnoprawny charakter umowy wskazuje T. Skoczyński, uznając, iż potwierdza to regulacja zawarta w art. 4 u.p.p.p. w której są ujęte odesłania do art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w myśl którego do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a także art. 5 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane i usługi stanowiący, że do czynności podejmowanych przez koncesjodawcę i zainteresowane podmioty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej<sup>19</sup>.

Jak konstatuje B. Kobus, „partnerstwo publiczno-privatne, jak i instytucja koncesji w ujęciu prawnym stanowi szczególną formę umów o zamówienie publiczne”<sup>20</sup>.

Warto w tym miejscu przytoczyć poglądy autorów, które odchodzą od tezy, że umowa o partnerstwie publiczno-privatnym stanowi przykład kontraktu cywilnego, kształtowanego treścią zasady swobody umów określonej w art. 353 ze zn. 1 k.c.

Zdaniem M. Kuleszy, M. Bitnera i A. Kozłowskiej „umowa o partnerstwie publiczno-privatnym jest nowym pozakodeksowym typem umowy nazwanej”<sup>21</sup>.

Michał Kania stwierdza, że umowa o partnerstwie publiczno-privatnym jest umową nazwaną. Ocena ta dotyczy zarówno ujęcia dogmatycznego jak i teoretycznego. Umowa ta zawiera zobowiązania typowe dla umów nazwanych, ale wykazuje pewne cechy szczególne, które pozwalają na wyróżnienie jej jako nowego typu umowy. Za uznaniem tej umowy za umowę nazwaną wskazują intencje ustawodawcy i redakcja przepisów, w której ustawodawca wyróżnił *essentialia negotii* umowy. Umowa ta ma również charakter odpłatny, gdyż celem udziału partnera prywatnego w realizacji przedsięwzięcia jest osiągnięcie zysku. Nadto, jak pisze autor, w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym konieczne jest określenie zasad wynagrodzenia partnera prywatnego, które implikują wybór szczegółowych rozwiązań normatywnych regulujących treść umowy oraz że umowę należy zaliczyć

---

<sup>17</sup> A. Miruć, *Partnerstwo publiczno-privatne jako sposób realizacji zadań publicznych* [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, (red.) J. Zimmermann, Kraków 2007, s. 483 i nast.

<sup>18</sup> W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym. Wzory umów i pism*, Warszawa 2009, s. 56.

<sup>19</sup> Zob. T. Skoczyński, *Komentarz do art. 7*, [w:] *Ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym. Komentarz praktyczny*, LEX [data dostępu: 10.11.2020].

<sup>20</sup> B. Korbus, *Partnerstwo publiczno-privatne. Poradnik*, Warszawa 2010, s. 12.

<sup>21</sup> M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym. Komentarz*, 2006, s. 150.

do umów kauzalnych, gdyż jej ważność zależy od odpowiedniej podstawy prawnej świadczenia (*causa*)<sup>22</sup>.

Przechodząc do rozważań dotyczących formy umowy, należy stwierdzić, że ustawodawca nie wskazał w regulacji prawnej formy umowy. W piśmiennictwie podkreśla się, iż należy opowiedzieć się za formą pisemną, bowiem ułatwi to dokonanie jej wykładni, tj. zamiaru strony i jej celu<sup>23</sup>.

Forma aktu notarialnego będzie wymagana w sytuacji zawierania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, powołującej jednocześnie spółkę, czy gdy na podstawie umowy nastąpi wniesienie wkładu w postaci nieruchomości. Nie ma przeszkód, aby umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym została zawarta w formie aktu notarialnego także w sytuacji, gdy brak jest w ustawie powyższego wymogu<sup>24</sup>.

W zależności wyboru trybu postępowania w sprawie zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, tj. na podstawie ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi lub ustawy Prawo zamówień publicznych, wymogiem jest zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej (art. 21 ust. 1 pkt. 5 ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi i art. 432 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Jak wspomniano, postanowienia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym zostały określone w art. 7 cyt. ustawy. Do nich należy zaliczyć zobowiązanie partnera prywatnego i podmiotu publicznego do współdziałania w celu realizacji przedsięwzięcia poprzez dokonanie podziału zadań, a w przypadku podmiotu publicznego także obowiązek wniesienia wkładu własnego. Dodatkowym elementem umowy jest podział ryzyk pomiędzy stronami umowy (art. 1 ust. 2 ustawy).

Jak podkreśla M. Kania, „umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym powinna sprecyzować obszar działania podmiotu prywatnego i jego rolę w sfinansowaniu części lub całości realizacji przedsięwzięcia”<sup>25</sup>. Należy dodać, iż ustawodawca w słowniku terminów ustawowych określił pojęcie wkładu własnego w art. 2 pkt. 5 u.p.p.p. oraz składnika majątkowego w art. 2 pkt. 3 u.p.p.p., który musi być wykorzystany zgodnie z umową.

Mając na uwadze treść art. 9 ust. 2 u.p.p.p. w sytuacji wykorzystania składnika majątkowego niezgodnie z przeznaczeniem partner prywatny winien dokonać przekazania podmiotowi publicznemu jego na zasadach określonych w umowie. Z art. 9 ust. 2 u.p.p.p. koresponduje art. 8 u.p.p.p. stanowiący o kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego, tj. kontroli po zawarciu umowy. Jak słusznie podkreśla się w literaturze przedmiotu, ustawodawca nie określił zakresu przedmiotowego kontroli. A zatem może

<sup>22</sup> Zob. M. Kania, *Inne formy działania administracji publicznej*, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*, (red.) J. Blicharz, L. Zacharko, Katowice 2018, s. 248-249.

<sup>23</sup> Zob. M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski. *Komentarz do art. 7 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, [w:] *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2010.

<sup>24</sup> Zob. T. Moll, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jako sposób realizacji zadań publicznych*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, (red.) B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 498-499 i cyt. tam lit.

<sup>25</sup> M. Kania, *Inne formy działania administracji publicznej*, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*, (red.) J. Blicharz, L. Zacharko, Katowice 2018, s. 255.

ona dotyczyć szerokiego spectrum zagadnień, tj. aspektów prawnych, ekonomicznych czy faktycznych realizacji przedsięwzięcia<sup>26</sup>.

W zakończeniu rozważań nt. charakteru umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym należy przytoczyć pogląd T. Kocowskiego, który stwierdza, że organ administracji może zawrzeć umowę jedynie, gdy przepisy prawa go do tego wyraźnie upoważniają. Na gruncie ustawy trudno mówić o swobodzie organu co do wyboru kontrahenta, gdyż w przypadku partnerstwa przepisy ustawy odsyłają do odpowiednich regulacji<sup>27</sup>. Zatem, jak dalej pisze autor, swoboda umów nie ma zastosowania do organów realizujących zadania w formach prawa cywilnego<sup>28</sup>. W tej sytuacji nasuwa się zasadnicze pytanie o przydatność umowy cywilnoprawnej do realizacji celów publicznych. Według autora bardziej przydatna byłaby umowa administracyjna<sup>29</sup>.

W związku z powyższym w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na niejednolity charakter umów zawieranych przez organy administracji publicznej. Niektórzy autorzy utożsamiają pojęcie umowy administracyjnej z pojęciem umowy publicznoprawnej, dopuszczając stosowanie obu pojęć zamiennie<sup>30</sup>.

### **3.1. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym na gruncie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi**

Przy ocenie charakteru prawnego umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym należy zwrócić uwagę na regulację prawną ww. umów na gruncie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Treść umowy koncesji została wyznaczona przez art. 42 – 50 cyt. ustawy, w tym przepisy dotyczące modyfikacji umowy (art. 46), rozwiązania umowy (art. 47) i jej unieważnienia (art. 49). Z powyższych regulacji prawnych wynika, że umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi to umowa nazwana, wzajemna, dwustronnie zobowiązująca oraz umowa terminowa<sup>31</sup>. Jak stanowi art. 45 cyt. ustawy umowa koncesji jest zawierana na czas oznaczony, a w przypadku umów zawartych na czas dłuższy niż 5 lat czas umowy nie może przekraczać okresu, w którym koncesjonariusz może zasadnie oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych za wykonanie robót budowlanych lub świad-

<sup>26</sup> Zob. M. Kania, *Inne formy działania administracji...*, s. 257.

<sup>27</sup> Zob. T. Kocowski, *Umowa w działaniach administracji publicznej*, [w:] *Stan i kierunki rozwoju nauk administracyjnych*, (red.) A. Błaś, J. Boć, Wrocław 2014, s. 300 i cyt. tam lit.; M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 187.

<sup>28</sup> Zob. T. Kocowski, *Umowa w działaniach administracji publicznej...*, s. 302.

<sup>29</sup> Zob. T. Kocowski, *Umowa w działaniach administracji publicznej...*, s. 302, a także L. Zacharko, *Umowa administracyjna (umowa publicznoprawna)*, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część Ogólna*, (red.) J. Blicharz, L. Zacharko Katowice 2018, s. 205-216; L. Zacharko, A. Zacharko, *Umowa publicznoprawna – jako forma prawna realizacji zadań publicznych w Unii Europejskiej*, [w:] *Wzajemne oddziaływanie galezi prawa publicznego i prywatnego* (red.) P. Bieś- Srokosz, J. Srokosz, E. Zelasko- Makowska, Częstochowa 2017, s. 71- 80.

<sup>30</sup> Zob. W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych*, [w:] *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej* (red.) E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczyca, Zakamycze 1999 r., s. 116.

<sup>31</sup> Zob. M. Kania, *Inne formy działania administracji*, s. 259.

czenie usług wraz ze zwrotem zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji początkowych i inwestycji dokonanych w czasie trwania koncesji.

Umowy koncesji są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej<sup>32</sup>. Zamawiający może odmówić udostępnienia umowy, jeżeli przemawiają za tym względy obronności lub bezpieczeństwa państwa (art. 44 cyt. ustawy).

Przedmiotem świadczenia koncesjonariusza jest wykonanie przedmiotu umowy, a obowiązkiem koncesjodawcy jest dokonanie płatności na rzecz koncesjonariusza, stanowiącej część wynagrodzenia oraz pozostałe, inne świadczenia określone w umowie koncesji, np. prawo dzierżawy na określonej nieruchomości na rzecz koncesjonariusza. W przypadku koncesji na roboty budowlane lub usługi wynagrodzenie koncesjonariusza stanowi wyłączone prawo do korzystania z obiektu budowlanego albo także prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, natomiast w przypadku koncesji na usługi - wyłączone prawo do korzystania z usługi albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. Płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza, bowiem koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji<sup>33</sup>.

### **3.2. Umowa o partnerstwie publiczno- prywatnym na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych**

Odnosnie do umów o partnerstwie publiczno- prywatnym, zawartych na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych<sup>34</sup>, zgodnie z treścią art. 432 ustawy umowa jest zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy szczególne wymagają formy szczególnej. Obowiązuje zasada jawności umowy. Umowy są zawierane na czas oznaczony, z wyjątkami określonymi w ustawie, tj. zawarcie umów na czas nieoznaczony dotyczy m.in. umów, których przedmiotem są dostawy wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnych lub odprowadzania ścieków, gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej, licencji na oprogramowanie, czy też usług przesyłowych lub dystrybucyjnych energii elektrycznej lub gazu ziemnego (art. 435 cyt. ustawy).

W regulacji prawnej dotyczącej umów w sprawach zamówień publicznych przewiduje się przesłanki do odstąpienia od ich na mocy art. 456 cyt. ustawy w sytuacji, gdy wykonanie umowy na skutek istotnych okoliczności nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub dalsze wykonanie może zagrozić podstawowemu bezpieczeństwu państwa lub bezpieczeństwu publicznemu. Ustawodawca nie definiuje pojęcia interesu publicznego.

---

<sup>32</sup> Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 2176, ze zm.

<sup>33</sup> Zob. M. Kania, *Inne formy działania administracji...*, s. 260.

<sup>34</sup> Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.



W literaturze wskazuje się na ścisły związek dobra wspólnego z interesem publicznym<sup>35</sup>, są jednak autorzy, którzy przeciwstawiają pojęcie interesu publicznego i dobra wspólnego<sup>36</sup>. Należy przyjąć stwierdzenie, zgodnie z którym dobro wspólne jest postrzegane w kontekście interesu publicznego, co potwierdza definicja legalna interesu publicznego zawarta w art. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>37</sup>, gdzie interes publiczny definiowany jest jako uogólniony cel dążeń i działań, uwzględniający zobiektywizowane potrzeby ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności związanych z zagospodarowaniem przestrzennym.

Jak wskazuje M. Woźniak, „interes publiczny obejmuje działania nakierowane na korzyść ogółu, nawet jeśli partykularne interesy nie mieszczą się w tak ukształtowanej kategorii ogółu, chodzi i tak o zobiektywizowane potrzeby ogółu”<sup>38</sup>.

Zatem w systemie prawa pojęcie dobra wspólnego czy interesu społecznego (publicznego) to pojęcia – narzędzia, które sygnalizują istnienie określonych wartości i celów obowiązujących regulacjach prawnych, na co wskazuje art. 31 ust. 3 Konstytucji, w którym mamy wyszczególnienie kategorii interesu publicznego (bezpieczeństwo prawne, porządek publiczny, ochrona środowiska, ochrona praw innych osób). Powyższy katalog nie jest katalogiem zamkniętym, można wyróżnić jeszcze inne wartości będące przedmiotem ochrony.

„Dobro wspólne czy interes publiczny (społeczny) nie jest celem w samym w sobie, ono wyczerpuje się w służbie człowiekowi. Konsekwentnie też państwo nie jest takim celem, ono istnieje i funkcjonuje ze względu na dobro obywateli”<sup>39</sup>.

Jak pisze E. Norek, „uprawnienie do odstąpienia od umowy może być zrealizowane zarówno przed przystąpieniem do jej realizacji jak i w trakcie jej wykonania”<sup>40</sup>. Warunkiem odstąpienia od umowy jest zachowanie terminu, tj. 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia. Termin ten nie jest terminem procesowym, ale materialnym zawitym. Ustawodawca nie przewidział przesłanek do jego przywrócenia.

*Lege iuris* w kwestii odszkodowania w sytuacji odstąpienia od umowy, to wykonawcy przysługuje prawo do żądania wynagrodzenia bez utraconych korzyści, ale roszczenie ma miejsce w sytuacji legalnego działania podmiotu publicznego. W przypadku braku wymaganego wynagrodzenia przysługuje wykonawcy roszczenie o odszkodowanie.

<sup>35</sup> Zob. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna- zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 96-98.

<sup>36</sup> Zob. E. Łętowska, *Dobro wspólne- władza- korupcja*, [w:] *Dobro wspólne- władza- korupcja. Konflikt interesów w ujęciu publicznym* (red.) E. Popowska, Warszawa 1997, s. 8-9.

<sup>37</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 741 ze zm.

<sup>38</sup> M. Woźniak, *Interes publiczny jako przesłanka działań organów planistycznych*, [w:] *Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego*, (red.) I. Niżnik- Dobosz, Warszawa 2012, s. 82.

<sup>39</sup> Jan XXIII, Encyklika, *Pacem in terris*, w.54, cyt. za R. Sobański, *Dobro zasadą i racją bytu administracji*, [w:] *Ewolucja prawnych form działania administracji*, (red.) L. Zacharko, A. Matan, G. Łaszczycza Warszawa 2008, s. 236.

<sup>40</sup> E. Norek, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2008, s. 259.

Na uwagę w kwestii umów na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych zasługują regulacje dot. zmiany umowy (art. 454, 455 cyt. ustawy) czy unieważnienia umowy (art. 457 cyt. ustawy). Unieważnienie umowy zachodzi w przypadkach taksatywnie określonych w ustawie, tj. w sytuacji rażącego naruszenia prawa. Postępowanie w sprawie unieważnienia umowy jest wszczynane na wniosek zainteresowanego jak i z urzędu, tj. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Po stwierdzeniu nieważności umowy przez sąd skutki prawne mają charakter *ex tunc*, tj. od daty zawarcia umowy, z wyjątkiem sytuacji, gdy umowa została zrealizowana w części, w tym przypadku unieważnienie ma miejsce ze skutkiem *ex nunc*, tj. od daty wydania wyroku przez organ orzekający.

Konkludując należy stwierdzić, iż umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym ma charakter umowy nazwanej, umowy nowego typu, umowy odpłatnej i kauzalnej. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie jest typowym kontraktem cywilnym, ale umową publiczno-prywatną, którą regulują nie tylko przepisy prawa administracyjnego, ale i cywilnego, tj. umową mieszaną<sup>41</sup>.

Warto w tym miejscu przytoczyć interesujący pogląd K. Strzyczkowskiego, który podkreśla, że stosowanie form prawa prywatnego nie zmienia administracji w podmiot autonomiczny i tym samym nie uwalnia jej od przepisów i realizacji obowiązków o charakterze publicznoprawnym, jako że prawo prywatne, w omawianej sytuacji, nie jest podstawą, a środkiem działania administracji<sup>42</sup>.

### 3.3. Postanowienia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w praktyce samorządu gminnego

Poza postanowieniami umownymi, wynikającymi z regulacji ustawowej, w praktyce samorządu gminnego zostały m.in. wypracowane inne klauzule w zależności od konkretnych potrzeb. Do takich klauzul należy zaliczyć m.in. w zakresie zobowiązań stron – przestrzeganie standardów, informację i reklamę, optymalizację wydatków publicznych, umowy z osobami trzecimi, wstąpienia w prawa i obowiązki partnera prywatnego; w zakresie kar finansowych – zasady naliczania kar i ich potrącenia, przerwy w dostawie usług; w zakresie zmian umowy – zmiany w prawie, zmiany treści umowy, zmiany podmiotowe; w zakresie pozostałych postanowień – podwykonawstwo, własność intelektualna, dane osobowe, rozwiązywania sporów; w zakresie składników majątkowych – opis składników majątkowych, tytuł ich nabycia, stan terenu, miejsce inwestycji<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Zob. J. Lemańska, *Umowa administracyjna a umowa cywilna*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Prof. zw. dr hab. J. Filipka*, Kraków 2001, s. 421-422.; E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2002, s. 95.

<sup>42</sup> Por. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 189; a także szerzej nt. L. Zacharko, M. Janik, *Umowy w działaniu administracji publicznej- przyczynek do dyskusji*, [w:] *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, (red.) J. Jagielski, D. Kijowski, M. Grzywacz, Warszawa 2018, s. 475- 480.

<sup>43</sup> Zob. M. Kania, *Inne formy działania administracji...*, s. 278-279.

## Konkluzje

Administracja publiczna, działając na rzecz dobra wspólnego, realizuje zadania publiczne nie tylko w formach władczych (aktu normatywnego, aktu administracyjnego), ale również w formach niewładczych (porozumień, ugód czy umów).

Reaktywowanie samorządu terytorialnego i nadanie określonej jednostce osobowości prawnej jest równoznaczne z przyznaniem jej zdolności w zakresie prawa cywilnego, tj. zdolności do nabywania praw i zaciągania zobowiązań, w szczególności w zakresie majątkowym. Zatem gmina jako osoba prawna ma pełną zdolność prawną, tzn. może dokonywać wszystkich czynności prawnych z wyłączeniem tych, które mogą dotyczyć tylko osób fizycznych, oraz tych, których podmiotowy zakres jest ograniczony w ustawie<sup>44</sup>.

Zdaniem M. Bitnera i M. Kuleszy możliwości zawierania umów powinny wynikać z przepisów prawa. Jednakże autorzy krytycznie odnoszą się do braku przepisów regulujących możliwość zawierania umów administracyjnych w polskim porządku prawnym<sup>45</sup>.

Zastosowanie instytucji partnerstwa publiczno-privatnego w celu realizacji zadań mających wpływ na rozwój lokalny czy regionalny wiąże się głównie z konstrukcją tzw. projektów hybrydowych. Pojęcie projektu hybrydowego wiąże się z realizacją danego projektu w formule partnerstwa publiczno-privatnego, w którym zostają wykorzystane środki unijne. Środki funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności stanowią w takim modelu uzupełnienie finansowania prywatnego<sup>46</sup>.

Zatem instytucja partnerstwa publiczno-privatnego ma niewątpliwie pozytywny wpływ na rozwój lokalny jak i regionalny, a procesy decentralizacyjne, deregulacyjne i demonopolizacyjne sprzyjają rozwojowi partnerstwa. U podstaw tych zmian leży przesądzenie, że jednostki samorządu terytorialnego, w tym gminy, lepiej radzą sobie z rozwiązywaniem wielu problemów niż władza centralna<sup>47</sup>.

## Bibliografia

1. Bejm M., Bogdanowicz P., Piotrowski P. (red.), *Ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym. Komentarz*, Warszawa 2010.
2. Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Zagadnienia prawne*, Warszawa- Kraków 1994.
3. Bitner M., Kulesza M., *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny”, 2009, nr 6.
4. Błaś A., *Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego*, [w:] *Studia nad samorządem terytorialnym*, (red.) A. Błaś, Wrocław 2002.
5. Byjoch K., Redel S., *Prawo gospodarki komunalnej*, Warszawa 2000.

<sup>44</sup> Zob. M. Bitner, M. Kulesza, *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny”, 2009, Nr 6, s. 14-15 i cyt.lit.

<sup>45</sup> Tamże, s. 19.

<sup>46</sup> Zob. [http://www.ppp.gov.pl/Laczenie/strony/Baza\\_projektow\\_hybrydowych.aspx](http://www.ppp.gov.pl/Laczenie/strony/Baza_projektow_hybrydowych.aspx) [dostęp: 20.08.2021].

<sup>47</sup> J. Pasiczny, *Uwarunkowania rozwoju regionalnego wobec integracji z Unią Europejską*, „Organizacja i Kierowanie”, 2001, Nr 3(105), s. 53 i cyt. tam lit.

6. Bygrave W., Zacharakis A., *Entrepreneurschip*, Hoboken: Wiley 2008.
7. Gonet W., *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym. Wzory umów i pism*, Warszawa 2009.
8. Gonet W., *Nowa ustawa o partnerstwie publiczno- prywatnym– możliwości wykorzystania do realizacji zadań w sektorze publicznym*, „Finanse Komunalne”, 2009, nr 1-2.
9. Górczyńska A., Kolczyńska N., *Partnerstwo publiczno- prywatne w finansowaniu inwestycji w różnych obszarach sfery użyteczności publicznej*, „Zarządzanie i Finanse”, 2012., nr 2/1.
10. Izbebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna- zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004.
11. Jacyszyn J., Kalinowski T., *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym*, Warszawa 2006.
12. Kania M., Marguardt P., *Partnerstwo publiczno- prywatne. Komentarz do ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r.*, Toruń 2010.
13. Kania M., *Umowa o partnerstwie publiczno- prywatnym. Studium administracyjno- prawne*, Katowice 2013.
14. Kania M., *Zamówienia publiczne. Partnerstwo publiczno- prywatne. Koncesja na roboty budowlane lub usługi w prawie polskim. Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych*, Warszawa 2014.
15. Kania M., *Partnerstwo publiczno- prywatne*, [w:] *Przedsiębiorca: zagadnienia wybrane* (red.) R. Blicharz, Katowice 2017.
16. Kania M., *Inne formy działania administracji publicznej*, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część Ogólna*, (red.) J. Blicharz, L. Zacharko, Katowice 2018.
17. Kmiecik Z., *Umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjne jako formy działania administracji w sferze zarządzania gospodarką państwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1987, z.3.
18. Kocowski T., *Umowa w działaniach administracji publicznej*, [w:] *Stan i kierunki rozwoju nauk administracyjnych* (red.) A. Błaś, J. Boć, Wrocław 2014.
19. Kocowski T., *Przedsiębiorstwo prywatne, państwowe, komunalne*, [w:] *Tadeusz Bigo o administracji i prawie administracyjnym: refleksje wrocławskiej szkoły administratywistycznej*, (red.) T. Kocowski, P. Lisowski, M. Paplicki, Wrocław 2020.
20. Korbus B., Stawiński M., *Partnerstwo publiczno- prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Wyd. 2, Warszawa 2009.
21. Korbus B., *Partnerstwo publiczno- prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, UZP.
22. Kornberger-Sokołowska E., (red.), *Partnerstwo publiczno- prywatne w samorządzie polskim na przykładzie regionów mazowieckiego i śląskiego*, Warszawa 2008.
23. Kulesza M., Bitner M., Kozłowska A., *Ustawa o partnerstwie publiczno- prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006.
24. Lemańska L., *Umowa administracyjna a umowa cywilna*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Prof. zw. dr hab. J. Filipka*, Kraków 2001.
25. Łętowska E., *Dobro wspólne- władza- korupcja*, [w:] *Dobro wspólne- władza- korupcja. Konflikt interesów w ujęciu publicznym*, (red.) E. Popowska, Warszawa 1997.
26. Miruć A., *Partnerstwo publiczno- prywatne jako sposób realizacji zadań publicznych*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, (red.) J. Zimmermann, Kraków 2007.
27. Moll T., *Umowa o partnerstwie publiczno- prywatnym jako sposób realizacji zadań publicznych*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych* (red.) B. Dolnicki, Warszawa 2017.
28. Moszoro M., *Partnerstwo publiczno- prywatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej*, Warszawa 2005.
29. Norek E., *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2008.

30. Nowak M. J., *Spółki gminne w Polsce. Formuła, cele i zakres działania*, „Samorząd Terytorialny”, 2011, nr 1-2.
31. Ofiarska M., *Formy publiczno-prawne współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008.
32. Sobański R., *Dobro zasadą i racją bytu administracji*, [w:] *Ewolucja prawnych form działania administracji* (red.), L. Zacharko, A. Matan, G. Łaszczycza, Warszawa 2008.
33. Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007.
34. Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.
35. Szydło M., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008.
36. Tamowicz P., *Prywatyzacja usług komunalnych. Przegląd doświadczeń zagranicznych*, Instytut Badań nad Gospodarką Rynkową, Gdańsk 1990.
37. Taras W., Wróbel A., *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych*, [w:] *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej* (red.) E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczycza, Zakamycze 1999.
38. Woźniak M., *Interes publiczny jako przesłanka działań organów planistycznych*, [w:] *Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego*, (red.) I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2012.
39. Zacharko L., *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000.
40. Zacharko L., Janik M., *Umowy w działaniu administracji publicznej- przyczynek do dyskusji*, [w:] *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, (red.) J. Jagielski, D. Kijowski, M. Grzywacz, Warszawa 2018.
41. Zacharko L., Nitecki S., *Umowa- jako forma prywatyzacji zadań publicznych w świetle ustawy o pomocy społecznej*, [w:] *Umowy w administracji* (red.) J. Boć i L. Dziewięcka- Bokun, Wrocław 2008.
42. Zacharko L., *Formy wspomagania przedsiębiorczości przez gminy- przyczynek do dyskusji*, [w:] *Prawne problemy samorządu terytorialnego z perspektywy 25 lecia jego funkcjonowania*, (red.) B. Jaworska- Dębska, R. Budzisz, Warszawa 2016.
43. Zacharko L., Zacharko A., *Umowa publicznoprawna – jako forma prawna realizacji zadań publicznych w Unii Europejskiej*, [w:] *Wzajemne oddziaływanie gałęzi prawa publicznego i prywatnego*, (red.) P. Bieś-Srokosz, J. Srokosz, E. Żelasko-Makowska, Częstochowa 2017.
44. Zacharko L., *Umowa administracyjna (umowa publicznoprawna)*, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*, (red.) J. Blicharz, L. Zacharko, Katowice 2018.

