

UMOWY W ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

redakcja naukowa Sławomir Pawłowski

Wolfgang Abromeit, Maciej Kruś, Filip Lewandowski
Michael Meier, Sławomir Pawłowski, Lucyna Staniszevska
Rafał Szczepaniak, Ewa Szewczyk, Marek Szewczyk, Joanna Wegner

UMOWY W ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

redakcja naukowa Sławomir Pawłowski

Wolfgang Abromeit, Maciej Kruś, Filip Lewandowski
Michael Meier, Sławomir Pawłowski, Lucyna Staniszevska
Rafał Szczepaniak, Ewa Szewczyk, Marek Szewczyk, Joanna Wegner

SERIA **MONOGRAFIE**

Publikacja dofinansowana
przez Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Stan prawny na 1 maja 2022 r.

Recenzent
Prof. UwB dr hab. Mirosław Wincenciak

Wydawca
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący
Kinga Zając

Opracowanie redakcyjne
Violet Design

Projekt okładek serii
Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni[♥]

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność
Więcej na www.legalnakultura.pl
Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-421-2
ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 728 313 462
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów 7

Wstęp 11

Część I

ZAGADNIENIA TEORETYCZNOPRAWNE

Marek Szewczyk

Umowy jako forma aktywności administracji publicznej 21

Rafał Szczepaniak

Umowy w administracji z perspektywy cywilistycznej 47

Sławomir Pawłowski

Podmiotowość publicznoprawna jednostek samorządu terytorialnego a umowy w administracji 75

Część II

UMOWY ADMINISTRACYJNE W MATERIALNYM I PROCESOWYM PRAWIE ADMINISTRACYJNYM

Maciej Krus

Umowa na budowę albo przebudowę drogi – jako instrument realizacji publicznego prawa podmiotowego państwa albo jednostki samorządu terytorialnego 95

| | |
|---|-----|
| <i>Ewa Szewczyk</i> Umowa w administracji na przykładzie umowy o dofinansowanie | 113 |
|---|-----|

Część III
UMOWY W ADMINISTRACJI – ASPEKTY
PRAWNOPORÓWNAWCZE

| | |
|---|-----|
| <i>Joanna Wegner</i> Umowy publicznoprawne w europejskim porządku prawnym | 141 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Lucyna Staniszevska</i> Umowy publicznoprawne – konstrukcja, metody regulacji i zakres zastosowania w aspektach prawnoporównawczych | 159 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Wolfgang Abromeit, Michael Meier</i> Umowny rozkład ryzyka w projektach PPP na dużą skalę – analiza na przykładzie sprawy A1 mobil | 179 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Filip Lewandowski</i> Relacja prawna między umowami publicznoprawnymi a prawem zamówień publicznych w niemieckim porządku prawnym | 205 |
|--|-----|

| | |
|--------------------------|-----|
| Zakończenie | 229 |
|--------------------------|-----|

| | |
|----------------------|-----|
| Autorzy | 249 |
|----------------------|-----|

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- | | |
|----------------|--|
| BauGB | - niemiecki kodeks budowlany z 23.06.1960 r. (Baugesetzbuch) (BGBl. 2017 I, s. 3634, ze zm.) |
| BGB | - niemiecki kodeks cywilny z 18.08.1896 r. (Bürgerliches Gesetzbuch) |
| BHO | - niemiecka ustawa budżetowa z 19.08.1969 r. (Bundeshaushaltsordnung) (BGBl. I, s. 1284, ze zm.) |
| GWB | - niemiecka ustawa z 27.07.1957 r. o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) (BGBl. 2013 I, s. 1750, 3245, ze zm.) |
| InsO | - niemieckie prawo upadłościowe (Insolvenzordnung) |
| k.c. | - ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) |
| Konstytucja RP | - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) |
| k.p.a. | - ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.) |
| p.p.s.a. | - ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2022 r. poz. 329 ze zm.) |
| pr.bud. | - ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.) |
| p.z.p. | - ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) |

| | |
|-----------------------------|--|
| rozporządzenie 1303/2013 | - rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.Urz. UE L 347, s. 320, ze zm.) |
| TFUE | - Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47) |
| u.d.p. | - ustawa z 21.03.1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1376 ze zm.) |
| u.f.p. | - ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.) |
| u.g.k. | - ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2021 r. poz. 679) |
| u.g.n. | - ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2021 r. poz. 1899 ze zm.) |
| u.p.s. | - ustawa z 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 530) |
| u.s.g. | - ustawa z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 559 ze zm.) |
| u.s.p. | - ustawa z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2022 r. poz. 528) |
| ustawa wdrożeniowa | - ustawa z 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818 ze zm.) |
| u.s.w. | - ustawa z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2022 r. poz. 547) |
| VwVfG | - niemiecka ustawa z 25.05.1976 r. o postępowaniu administracyjnym (Verwaltungsverfahrensgesetz) (BGBl. z 23.01.2003 r. I, s. 102, ze zm.) |

Czasopisma, zbiory orzeczeń

| | | |
|----------|---|---|
| BGBL | - | niemiecki Dziennik Ustaw (Bundesgesetzblatt) |
| ONSA | - | Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego |
| ONSAiWSA | - | Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i Wojewódzkich Sądów Administracyjnych |
| OSNC | - | Orzecznictwo Sądów Polskich. Izba Cywilna |
| OSNP | - | Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych |
| OSP | - | Orzecznictwo Sądów Polskich |
| OTK-A | - | Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Seria A |
| PiP | - | Państwo i Prawo |
| RPEiS | - | Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny |
| SPP | - | Studia Prawa Publicznego |

Organy, instytucje i inne

| | | |
|--------|---|---|
| BGH | - | Federalny Trybunał Sprawiedliwości (Bundesgerichtshof) |
| BVerfG | - | niemiecki Trybunał Konstytucyjny (Bundesverfassungsgericht) |
| BVerwG | - | niemiecki sąd administracyjny (Bundesverwaltungsgericht) |
| j.s.t. | - | jednostki samorządu terytorialnego |
| NPM | - | New Public Management |
| NSA | - | Naczelny Sąd Administracyjny |
| OLG | - | niemiecki Wyższy Sąd Krajowy (Oberlandesgericht) |
| PAP | - | Polska Agencja Prasowa |
| PARP | - | Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości |
| PPP | - | partnerstwo publiczno-prywatne |
| SN | - | Sąd Najwyższy |
| TK | - | Trybunał Konstytucyjny |
| TSUE | - | Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej |
| WSA | - | wojewódzki sąd administracyjny |

WSTĘP

Po transformacji ustrojowej w Polsce zawieranie umów przez administrację, szczególnie tych pomiędzy podmiotami administrującymi a administrowanymi, nabierało coraz większej doniosłości. Wynikało to przede wszystkim z coraz powszechniejszego ich stosowania i odsyłania do nich coraz śmielej w aktach normatywnych, przepisach prawa materialnego, rzadziej ustrojowego prawa administracyjnego. Zjawisko to zostało zauważone przez doktrynę, było też przedmiotem aktywności legislacyjnych. Ostatecznie jednak spójna, jednolita koncepcja nie została wprowadzona do systemu prawnego. Nie przeszkodziło to jednak dalszej debacie w tym przedmiocie, co sprawia, że ta konsensualna forma realizacji zadań administracji publicznej ciągle się rozwija oraz podlega ewolucji. Jej stosowanie implikuje rozważania o charakterze teoretycznoprawnym, jak również spory, które są rozwiązywane przez judykaturę, i to zarówno przez sądy powszechne, jak i administracyjne, Sąd Najwyższy, jak i Trybunał Konstytucyjny. Te małe kroki przybliżają zatem do pełniejszego ich rozumienia.

Wyrazem tego trendu, tj. nieustannej debaty w przedmiocie umów zawieranych przez administrację publiczną, jest niniejsza monografia wieloautorska, która stawia sobie za cel rozwijanie rozumienia tej formy prawnej. Przedmiotem badań będzie m.in. charakter, miejsce w systemie prawnym czy też konstrukcja umów w administracji ze szczególnym uwzględnieniem umów publicznoprawnych. Podjęcie tej problematyki badawczej jest uzasadnione z wielu względów. W pierwszej kolejności wskazać należy, że postrzeganie tychże umów przez doktrynę prawa administracyjnego nie jest jednolite, a niekiedy wręcz kwestionuje się ich istnienie. W konsekwencji także w systemie prawnym uwzględnia się

je raczej w kontekście jednorazowej regulacji, a nie ogólnego, generalnego rozwiązania. Taki brak holistycznego podejścia skutkuje niemalże dowolnością ich normatywnego ujmowania, co nie sprzyja pewności prawa i nie pogłębia zaufania do państwa i stanowionego przez niego prawa. Po wtóre, podjęcie tej problematyki jest tym bardziej zasadne, że w najnowszej doktrynie z art. 2 Konstytucji RP, w szczególności z zasady demokratycznego państwa prawnego, wywodzi się tezy o kontraktowej kompetencji organów administracji publicznej¹. Pogląd ten stanowi w istocie konsekwencję zmian ustrojowych po 1989 r., które umożliwiły rozwój umów publicznoprawnych.

Podjęcie tej problematyki jest zasadne także z tego powodu, że współcześnie coraz silniej zauważalny jest wzrost znaczenia dwustronnych form działania administracji, do których zaliczyć można właśnie umowy w administracji. Zainteresowanie się tą problematyką jest tym właściwsze, że obecnie obserwowane jest odejście w teorii prawa publicznego od *New Public Management* (NPM) na rzecz *public governance*, która to koncepcja, jak wskazuje się w doktrynie, ma większe szanse na przyjęcie jej w praktyce. O ile zatem współcześnie ciągle trwa poszukiwanie alternatyw dla biurokratycznego modelu zarządzania administracyjnego, o tyle niewątpliwie podejście menedżer-klient, właściwe dla NPM, zastępuje się coraz częściej dialogiem i współpracą. A umowy w administracji bardzo dobrze wpisują się w tę nową formułę współzarządzania. Wydaje się, że właśnie ta forma współdziałania w sposób optymalny umożliwia wyważenie interesu indywidualnego i publicznego, będąc niekiedy nawet okazją do ich zjednoczenia. Stanowi zatem wyraz coraz silniejszego trendu odchodzenia od „*hard regulations*” na rzecz „*soft solutions*”.

W ramach szczegółowych celów badawczych wskazać należy próbę odkodowania wspólnych cech umów publicznoprawnych i tym samym odróżnienie ich od umów prywatnoprawnych. Powyższe jawi się jako doniosłe przedsięwzięcie, tym bardziej że ma umożliwić próbę wskazania wzorców postępowania w przypadku niewykonania tych umów czy

¹ Z. Cieślik, *Konstytucyjne podstawy kontraktowych działań administracji publicznej* [w:] *Prawo administracyjne dziś i jutro*, red. J. Jagielski, M. Wierzbowski, Warszawa 2018, s. 189.

też nieterminowego lub częściowego ich wykonania. Nadto co do zasady umowy w administracji charakteryzują się mniejszym formalizmem, co znacząco wpływa na zmniejszenie zakresu ochrony praw jednostki. Z taką konstatacją nie należy się jednak *a priori* godzić, warto bowiem poszukiwać instrumentów prawnych, które będą łagodzić osłabienie funkcji gwarancyjnych prawa.

Ostatecznie zatem rezultatem badań będzie wskazanie cech konstrukcyjnych umowy publicznoprawnej, raczej w aspekcie rozwojowym, a nie zamkniętego katalogu. Tym bardziej celem nie będzie tworzenie samej umowy, gdyż jak podpowiada praktyka, definicja na tym etapie, tj. przednormatywnym, rodziłaby więcej problemów interpretacyjnych. W konsekwencji sformułowane zostaną postulaty *de lege lata* i *de lege ferenda*. Jednocześnie nastąpi wskazanie tych gałęzi prawa administracyjnego, w których skorzystanie z umów publicznoprawnych może okazać się szczególnie zasadne. Postulowane będzie także wyróżnienie w polskim systemie prawnym, na wzór regulacji obowiązujących w niemieckim systemie prawnym, umów koordynacyjnych i subordynacyjnych.

Nie jest przy tym tak, że zasygnalizowana powyżej problematyka nie była dotychczas przedmiotem zainteresowania ze strony nauki prawa. Próby takie były podejmowane, o czym świadczy chociażby zorganizowana przez SEAP i wrocławski uniwersytet konferencja naukowa „Umowy w administracji” w 2007 r. czy też konferencja naukowa „Prawo cywilne i handlowe w działaniach administracji. Tradycja i nowoczesność w instytucjach prawnych”, która odbyła się w Lublinie w 2018 r., i inne. Jednakże wygłoszone na nich referaty i wydane w ich rezultacie publikacje pokonferencyjne nie stanowią wyrazu spójnego i jednolitego podejścia do tej problematyki, ale raczej zbiór jednostkowych wypowiedzi, często odmiennych w swych poglądach i stanowiskach. Wynika to zapewne przede wszystkim z tego, że organizatorzy tych wydarzeń raczej oczekiwali na zgłoszenie propozycji rozwiązań prawnych i kierunków interpretacji, niż sami ustalali założenia spotkania naukowego, które wyznaczałyby kierunek debaty. Nie są to zatem opracowania przyjmujące jedną koncepcję, której wyrazem byłyby poszczególne rozdziały w monografii wieloautorskiej.

O ciągłej aktualności tej tematyki świadczy także to, że pomimo podjęcia już trzeciej próby stworzenia przepisów ogólnych prawa administracyjnego (2010 r.), w których zaproponowano m.in. definicję umów publicznoprawnych, kwestia ta ciągle nie doczekała się normatywnego ujęcia. Także znacząca nowelizacja ogólnej procedury administracyjnej z 2017 r., mimo odmiennych początkowych założeń zakładających ujęcie tej formy działania w kodeksie, nie przyniosła w tej materii ostatecznych przesądzeń (proponowaną definicję umowy administracyjnej usunięto). I właśnie tenże brak normatywnego wyrazu stanowi doniosły impuls do podjęcia kolejnych badań w tym przedmiocie.

Istotność kontynuacji refleksji w przedmiocie umów zawieranych przez administrację przejawia się także w ten sposób, że mając na względzie, iż umowy w administracji nie są jednolitą grupą form działania administracji, zasadne jest podjęcie próby uporządkowania tego stanu wiedzy. Wymaga tego zauważalny obecnie chaos rozwiązań prawnych, wskazać bowiem można kilka modeli wprowadzania tych umów do systemu prawnego. Po pierwsze, mogą to być kompleksowe ustawowe regulacje, np. partnerstwo publiczno-prawne, po drugie, uzupełnianie postanowień ustawowych ogólnymi warunkami zawartymi w rozporządzeniu, po trzecie, umowy, których szczegółowa treść zawiera się wyłącznie w akcie wykonawczym i wreszcie zauważalne są regulacje szcążkowe, tzn. takie, które dopuszczając możliwość zawarcia umowy, nie wypowiadają się w ogóle co do jej kluczowych elementów. To znaczące zróżnicowanie jako aktualne pozostawia pytanie o emanację jednej z podstawowych zasad państwa prawnego – zasadę równości wobec prawa, gdyż brak ustawowo ukształtowanych gwarancji dla podmiotów administrowanych w sposób nieuzasadniony w świetle obecnej aksjologii eksponuje słabszą pozycję tych podmiotów w przypadku umów subordynacyjnych. Równie istotne będzie badanie zakresu swobody stron przystępujących do umów w administracji.

Podjęcie tych badań jest doniosłe, także dlatego że znacząca liczba umów zawieranych przez administrację ma charakter mieszany, tj. stosuje się do nich zarówno rozwiązania publicznoprawne, jak i prywatnoprawne, a nie *stricte* administracyjnoprawne. Kluczowa zatem będzie odpowiedź

na pytanie, czy w sprawach nieuregulowanych stosować należy posiłkowo przepisy Kodeksu cywilnego, a jeśli tak, to w jakim zakresie.

Wypowiedzenie się co do elementów konstrukcyjnych umowy publicznoprawnej i wskazanie, że w danym przypadku mamy do czynienia z taką umową, jest tym bardziej ważne, że w administracyjnym prawie materialnym występuje wiele ich rodzajów. Obecne są bowiem zarówno klasyczne umowy, które można by zaliczyć do umów nazwanych w administracji, np. partnerstwo publiczno-prywatne, jak i metodę treści minimalnej, zupełnej oraz tzw. „nakładki” – uzupełnienie cywilnych, kodeksowych modeli umów nazwanych dodatkowymi elementami, wskutek czego stają się one umowami specjalnymi. Spotyka się także umowy, które nie mieszczą się w powyższym wyliczeniu, a kompetencja do ich zawarcia opiera się na generalnym upoważnieniu, np. umowy o współpracy partnerskiej czy związanej z inicjatywą lokalną, o której mowa w ustawie o wolontariacie i działalności pożytku publicznego.

Weryfikacji zostaną poddane m.in. wskazane poniżej hipotezy dotyczące umów administracyjnych (publicznoprawnych):

- 1) mogą one stanowić alternatywę dla klasycznego stosunku administracyjnoprawnego opartego na zasadzie nierównorzędności jego uczestników. Umowa taka, jawiąc się zatem jako alternatywa dla indywidualnego aktu administracyjnego, stać się może jedną z czołowych konsensualnych form działania administracji publicznej wpisującej się w ideę *good governance*;
- 2) umowę publicznoprawną odróżniają od umów cywilnoprawnych odmienne normy regulujące jej powstanie, treść, skutki stosunku prawnego oraz jej przedmiot. Charakterystyczna jest także pozycja podmiotu publicznego, który co do zasady wyposażony jest w uprawnienia władcze;
- 3) dla swej efektywności muszą charakteryzować się władztwem po stronie podmiotu publicznego, organu administracji. Tym samym umowy te powinny różnić się od umów cywilnoprawnych, gdyż za ich pomocą realizowane będą zadania publiczne, zarówno obligatoryjne, jak i fakultatywne;
- 4) podlegają kontroli sądów administracyjnych;

- 5) są one postrzegane przez orzecznictwo sądownoadministracyjne najczęściej przez pryzmat porozumienia administracyjnego, rzadko obejmując działania administracji w sferze zewnętrznej;
- 6) zakres swobody strony przy ich zawieraniu jest ograniczony, można wręcz niekiedy mówić o braku swobody kontraktowania w zakresie jej treści czy kontrahenta;
- 7) ich celem jest zaspokojenie potrzeb publicznych, a więc realizacja określonych ustawowo zadań publicznych;
- 8) najczęściej wykorzystuje się je w prawie budowlanym, planowaniu przestrzennym, prawie wyłączeniowym czy ochronie środowiska, a zatem w tzw. rzeczowym prawie administracyjnym, choć nie należy zapominać o tzw. postępowaniach hybrydowych w sprawie dotacji unijnych;
- 9) skoro zgodnie z konstytucyjną zasadą proporcjonalności ograniczenie praw i wolności może nastąpić wyłącznie w ustawie, to wszędzie tam, gdzie umowa publicznoprawna zawierana jest z podmiotami usytuowanymi na zewnątrz administracji, jej kluczowe postanowienia powinny wynikać z ustawy, a nie być przedmiotem wykładni;
- 10) *essentialia negotii* umów publicznoprawnych nie zawsze są dostępne w konkretnym przepisie prawnym, często elementy te umiejscowione są w wielu aktach prawnych, a także w wytycznych;
- 11) czynnikiem wyróżniającym umowy publicznoprawne jest stopień ich uregulowania w prawie administracyjnym.

Przy przeprowadzaniu badań stosowane będą klasyczne metody badawcze wykorzystywane w naukach prawnych: metoda dogmatycznoprawna, historyczna, a także prawnoporównawcza. Pierwsze dwie umożliwią ukazanie, w jak wielu sferach działaniom administracji publicznej towarzyszyć może zawieranie umów, a także zakres szczegółowości regulacji ustawowej bądź też jej brak. Z kolei nie do przecenienia będzie ostatnia metoda, gdyż przy jej wykorzystaniu przedstawione zostaną rozwiązania zastosowane w krajach, w których dyskurs prawniczy już od dawna obejmuje to zagadnienie. Jest to tym bardziej wartościowe, że w niektórych krajach umowy publicznoprawne znalazły już swój wymiar normatywny.

Opracowanie elementów konstrukcyjnych umów w administracji (publicznoprawnych) umożliwi ukazanie, że nie są one tożsame z umowami cywilnoprawnymi zawieranymi w sektorze publicznym. Tym samym opracowanie będzie miało na celu zapoczątkowanie dyskursu w kwestii uznania umowy publicznoprawnej za wyodrębnioną już i samodzielną formę realizacji zadań publicznych. Przesądzenie o tym ma o tyle dużą doniosłość, że nawet jeśli tylko uwzględnić ich mieszany charakter, to niezbędne staje się zapewnienie kompleksowych gwarancji dla słabszej strony stosunku prawnego, co ma szczególne znaczenie przy umowach subordynacyjnych.

Scharakteryzowanie treści umów zawieranych przez organy administracji z podmiotami prawa prywatnego, przesądzenie o ich charakterze prawnym umożliwi w konsekwencji określenie zasad rządzących takimi umowami. Jest to szczególnie doniosłe dla środowiska cywilistów, którzy często koncepcję umowy publicznoprawnej odrzucają. Także spory wśród przedstawicieli nauki prawa administracyjnego nie przybliżają do ustalenia katalogu takich umów. Wynika to zapewne z jej hybrydowego charakteru, tj. że jest umową z pogranicza prawa cywilnego i administracyjnego.

Rezultat przeprowadzonych badań będzie miał także wymiar praktyczny, gdyż z racji częstego zawierania takich umów przesądzenie podstawowych kwestii co do ich charakteru prawnego i konsekwencji prawnych służyć będzie polepszeniu jakości administrowania. Nadto pozwoli na pogłębianie jednego z czołowych założeń ustrojowych współczesnego państwa prawa – decentralizacji wykonywania zadań publicznych i przyczyni się do wzmocnienia postaw partycypacyjnych w osiągnięciu celów publicznych.

Sławomir Pawłowski

Część I

ZAGADNIENIA TEORETYCZNOPRAWNE

Marek Szewczyk

UMOWY JAKO FORMA AKTYWNOŚCI ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

1. Wprowadzenie

Aktywność administracji publicznej tradycyjnie kojarzona jest z tzw. władczą albo – inaczej mówiąc – jednostronną metodą regulacji stosunków prawnych. Dla metody tej charakterystyczne jest to, że jeden z podmiotów uczestniczących w takich stosunkach prawnych jest umocowany prawnie do określenia sytuacji prawnej drugiego podmiotu (podmiotów) tego rodzaju stosunków. Jeden z podmiotów uczestniczących w tego typu stosunkach prawnych, który zwykle jest upoważniony do tak rozumianego jednostronnego regulowania stosunków prawnych z innymi podmiotami, tradycyjnie określany jest mianem podmiotu administrowanego¹. Dominuje przy tym przekonanie, że tylko ten podmiot administrowany posiada na normie prawnej opartą kompetencję do określania „zawsze”, w każdych okolicznościach, sytuacji prawnej drugiego podmiotu (podmiotów) uczestniczącego w tego typu stosunkach prawnych. Ten podmiot (czy podmioty) określany jest mianem podmiotu administrowanego². Taka metoda regulowania stosunków

¹ R. Stankiewicz [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Jagielski, M. Wierzbowski, Warszawa 2019, s. 56, nb 57.

² Por. Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2004, s. 33; R. Stankiewicz [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Jagielski, M. Wierzbowski, s. 56, nb 57.

społecznych określana jest powszechnie mianem metody administracyjnoprawnej³.

Na ukształtowanie się naszkicowanego wyżej obrazu aktywności administracji publicznej nie miało większego wpływu od dawna już zauważone i poddane naukowej penetracji zjawisko posługiwania się przez administrację publiczną także tzw. dwustronnymi albo – inaczej mówiąc – konsensualnymi formami działania, które charakteryzowane są mianem cywilnoprawnej metody regulacji stosunków prawnych⁴. Podejmowanie tego rodzaju działań przez administrację publiczną odbywało się zasadniczo na podstawie norm prawa prywatnego, a w szczególności prawa cywilnego. Jednakże podejmowaniu działań w tej formie prawnej towarzyszyły zawsze w węższym lub szerszym zakresie różnego rodzaju regulacje określające warunki, ograniczenia lub zastrzeżenia, zamieszczone z reguły w regulacjach prawnych adresowanych bezpośrednio do podmiotów administracji publicznej oraz ich organów.

2. Umowy prawa cywilnego z udziałem podmiotów administracji publicznej

Jak powszechnie wiadomo, podmioty administracji publicznej są wielkimi posiadaczami ziemskimi. W czasach Polski Ludowej stworzono jednolity państwowy fundusz własności nieruchomości i gospodarowano nim głównie przy użyciu metod działania charakterystycznych dla prawa administracyjnego. Potencjalny nabywca działki budowlanej stanowiącej własność Skarbu Państwa, aby stać się jej użytkownikiem wieczystym, musiał najpierw otrzymać decyzję administracyjną, w której został wskazany jako uprawniony do zawarcia ze Skarbem Państwa, w państwowym biurze notarialnym, umowy o oddanie gruntu państwowego w użytkowanie wieczyste. Sytuacja ta uległa radykalnej zmianie od 5.12.1990 r., tj. z dniem wejścia w życie ustawy z 29.09.1990 r. o zmianie ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (Dz.U. Nr 79, poz. 464). O ustawie tej długo mawiano i pisano, że jej mocą

³ J. Jagielski [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Jagielski, M. Wierzbowski, s. 45.

⁴ Z. Leoński, *Zarys prawa...*, s. 29–30.

przywrócono nieruchomościom stanowiącym własność publiczną cechy towaru i dobra rynkowego, po uprzedniej ich „socjalizacji” dokonanej w Polsce po okresie II wojny światowej⁵. Od tego momentu gospodarowanie nieruchomościami stanowiącymi własność publiczną odbywa się zasadniczo w formach prawa cywilnego.

Przykładowo, w niemal całym dziale II ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2021 r. poz. 1899 ze zm.), poza jednym wyjątkiem, obejmującym przepisy rozdziału 5, zatytułowanego „Oddawanie w trwałe zarząd”, przepisy zamieszczone w pozostałych rozdziałach tego działu odnoszą się *stricte* do podejmowania przez organy administracji publicznej czynności o charakterze cywilnoprawnym, mających za przedmiot nieruchomości stanowiące własność publiczną: gmin, powiatów, związków gmin lub powiatów, samorządów województw, albo Skarbu Państwa. Co charakterystyczne, wspomniane przepisy ustawowe nie udzielają żadnych kompetencji organom gmin, powiatów, związków gmin lub powiatów, samorządów województw czy Skarbu Państwa, lecz jedynie formułują rozmaite wymogi, warunki i ograniczenia odnoszące się do czynności organów tych podmiotów o charakterze ściśle cywilnoprawnym, które miałyby mieć za przedmiot nieruchomości stanowiące własność wymienionych podmiotów. Przykładowo: zarówno gminy, powiaty, jak i samorzady województw, związki gmin lub powiatów oraz Skarb Państwa muszą utworzyć własne zasoby nieruchomości (art. 20 u.g.n.). Muszą następnie sporządzać na okresy 3-letnie plany wykorzystywania zasobów oraz gospodarować nieruchomościami z tych zasobów zgodnie ze wspomnianymi planami wykorzystania zasobów (art. 25 ust. 2 u.g.n.), prognozami udostępniania nieruchomości zasobu oraz nabywania nieruchomości do zasobu (art. 25 ust. 2a pkt 2 lit. a u.g.n.) oraz programami zagospodarowania nieruchomości zasobów (art. 25 ust. 2a pkt 3; art. 25b i 25d oraz art. 23 ust. 1da i 1db pkt 4 u.g.n.). Żadne tego typu obowiązki nie ciążą na właścicielach nieruchomości innych niż właściciele wymienieni w przepisach działu II u.g.n.

⁵ A. Wasilewski, *Administracja wobec prawa własności nieruchomości gruntowych*, Kraków 1972, s. 37–41.

Następnie, podejmując decyzję o przeznaczeniu do zbycia nieruchomości z któregoś spośród wymienionych zasobów, organ upoważniony do gospodarowania nieruchomościami obowiązany jest podać do publicznej wiadomości informację o przeznaczeniu którejś z nieruchomości z zasobu do: sprzedaży, oddania w użytkowanie, a także do wydzierżawienia albo wynajęcia na okres dłuższy niż 3 lata (art. 35 ust. 1 u.g.n.). W dalszej kolejności organy gospodarujące zasobami obowiązane są do wyłonienia nabywcy prawa własności, użytkownika wieczystego, użytkownika oraz najemcy albo dzierżawcy w drodze przetargu (art. 37 ust. 1 u.g.n.), chyba że z przepisów obowiązującego prawa wynika możliwość odstąpienia od trybu przetargowego (art. 37 ust. 2 i 3, 3a i 4a u.g.n.). Gdy dojdzie już do wyłonienia nabywcy któregoś ze wspomnianych praw do nieruchomości z zasobu, przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami wskazują sposób określenia ceny (art. 67 i 68 u.g.n.) oraz sposób jej uiszczenia (art. 70 u.g.n.).

Podobnie jest w przypadku zawierania przez administrację publiczną umów podlegających prawu zamówień publicznych. Administracja publiczna jest bowiem wielkim graczem na rynku zamówień na roboty budowlane, usługi czy towary. W istocie cała regulacja zawarta w ustawie z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) ma charakter cywilnoprawny, ponieważ zarówno pod względem przedmiotowym, jak i pod względem metody regulacji, trudno dopatrzeć się w niej elementów typowych dla prawa publicznego, poza jednym wyjątkiem: a mianowicie celu zawierania tych umów. Ten zaś element może implikować dalsze odrębności oraz rzutować na specyfikę tych umów.

Otóż w przypadku zawierania przez administrację publiczną umów z dziedziny zamówień publicznych, ich wspólną cechą jest właśnie cel ich zawierania: wszystkie te umowy zawierane są przez administrację publiczną w celu wykonania jakichś zadań publicznych. Na zawieranie przez administrację publiczną innych umów w obowiązującym porządku prawnym brak jest miejsca. W odniesieniu do administracji samorządu terytorialnego przesądzają o tym: przepis art. 9 ust. 1 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 559 ze zm.), przepis art. 6 ust. 1 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym

(Dz.U. z 2022 r. poz. 528) oraz przepis art. 8 ust. 1 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2022 r. poz. 547). Wszystkie powołane wyżej przepisy zawierają jednobrzmiące sformułowanie, zgodnie z którym: gminy, powiaty, a w konsekwencji – zgodnie z paremią *nemo plus iuris in alium cessans quam ipse habet* – także ich związki oraz samorzady województw, mogą zawierać umowy z innymi podmiotami wyłącznie w celu wykonania ciężących na nich zadań, a więc zadań wyłącznie publicznych, albowiem mającym służyć zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnot lokalnych, względnie – w przypadku samorządów województw – regionalnych⁶; *ergo*: nie mogą zawierać żadnych innych umów.

Co więcej, w przypadku zawierania przez administrację publiczną umów o dostawy, usługi i roboty budowlane (art. 7 pkt 28 p.z.p.), wymienić można – tytułem jedynie przykładów – takie regulacje, które – oprócz wspomnianego wcześniej narzuconego przez ustawodawcę celu zawarcia umowy – narzucają ponadto: sposób wyłonienia kontrahenta poprzez narzucenie sposobu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 83–103 p.z.p.), a w jego ramach m.in.: analizę potrzeb zamawiającego, przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych, ogłoszenie o zamiarze złożenia zamówienia, ustalenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz podanie ich do publicznej wiadomości, a następnie zdecydowanie o wyborze oraz zastosowanie jednego z trybów udzielenia zamówienia publicznego (art. 129 p.z.p.), zasady oceny ofert (art. 223 p.z.p.), czy kryteria, według których należy dokonać wyboru wykonawcy zamówienia publicznego (art. 239–248 p.z.p.).

Inny bardzo ważny obszar stosunków społecznych, w ramach którego administracja publiczna zawiązuje umowy, będąc związana nie tylko przepisami prawa prywatnego, lecz także całą otoczką przepisów prawa, adresowanych wyłącznie do tejże administracji publicznej, to obszar prawa pracy. Według dostępnych danych statystycznych administracja publiczna zatrudnia ok. 500 000 osób⁷. Liczba ta obejmuje wyłącznie

⁶ Por. wyrok NSA w Rzeszowie z 20.05.1998 r., SA/Rz 355/98, LEX nr 35721.

⁷ Dane z: „Serwis Samorządowy PAP”, zatrudnienie w administracji, <https://samorzad.pap.pl/> (dostęp: 8.05.2019 r.).