

KONSTITUCYJNE ASPEKTY PARTNERSTWA PUBLICZNO–PRYWATNEGO

(UWAGI WPROWADZAJĄCE)

I. Termin „partnerstwo publiczno–prywatne” (ang. *public–private partnership*, dalej jako: PPP) stał się popularny w Polsce dopiero w ostatnich latach, niemniej ze zjawiskiem tego rodzaju mieliśmy do czynienia właściwie od początków zmian polityczno–ustrojowych u progu lat dziewięćdziesiątych XX w.⁴⁴

PPP obejmuje swoim zakresem współpracę sektora publicznego i prywatnego w tych sferach działalności społecznie użytecznej, w których działania podejmowane tylko przez podmiot publiczny byłyby co najmniej nieefektywne. Z samego znaczenia słowa „partnerstwo” wynika, że obie strony umowy PPP mają osiągnąć z niej korzyść. Partner publiczny uzyskuje wykonanie zadania publicznego w sposób efektywniejszy niż uczyniłby to on sam, zaś podmiot prywatny otrzymuje wynagrodzenie za wykonanie tego zadania.

W potocznym rozumieniu PPP oznacza „współpracę pomiędzy jednostkami administracji rządowej i samorządowej a podmiotami prywatnymi w sferach kontrolowanych przez administrację, tj. gospodarce komunalnej i obsłudze społeczno–socjalnej określonej wspólnoty”⁴⁵. Inna definicja podkreśla, że PPP oznacza „formę współpracy

44 Zob. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 42 i n.

45 G. Dziarski, *Partnerstwo publiczno–prywatne (PPP) w sektorach usług komunalnych*, http://www.odpady.net.pl/strony/publikacje/tem_arka.htm

podmiotów publicznych (np. samorządów) i prywatnych, podejmowaną w celu realizowania zadań publicznych³⁴⁶.

Doktryna anglosaska definiuje PPP jako „współdziałanie pomiędzy przedstawicielami władz i przedsiębiorców, nastawione na realizację określonych przedsięwzięć³⁴⁷. W literaturze polskiej podkreśla się, że istotą PPP jest długoterminowe zaangażowanie prywatnych inwestorów w realizację publicznych inwestycji oraz ich udział w świadczeniu publicznych usług⁴⁸. W polskim systemie prawnym, od czasu uchwalenia ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. *o partnerstwie publiczno–prywatnym*⁴⁹ (dalej jako: ustawa), istnieje również legalna definicja tego pojęcia. W myśl art. 1 ust. 2 ustawy PPP jest to „oparta na umowie o partnerstwie publiczno–prywatnym współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, służąca realizacji zadania publicznego, jeżeli odbywa się na zasadach określonych w ustawie”.

W prawie wspólnotowym nie ma legalnej definicji PPP. Komisja Europejska w „Wytycznych dotyczących udanego partnerstwa publiczno–prywatnego” (*Guidelines for Successful Public–Private Partnership*) definiuje PPP jako „formę współpracy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym w celu realizacji projektu lub świadczenia usług tradycyjnie dostarczanych przez sektor publiczny. Uznaje się, iż obie strony osiągają pewne korzyści, odpowiednie do stopnia realizowanych przez nie zadań. Przez umożliwienie każdemu z sektorów robienia tego, co potrafi najlepiej, usługi publiczne oraz infrastruktura są realizowane w sposób najbardziej efektywny ekonomicznie. Głównym celem PPP jest zatem kształtowanie takich stosunków między stronami, aby ryzyko ponosiła ta strona, która najlepiej potrafi je kontrolować”.

W tych samych Wytycznych Komisja Europejska zauważa, że „PPP pozostaje zmieniającą się koncepcją i nie jest jedynym czy też preferowanym rozwiązaniem w odniesieniu do finansowania projektów. Debata nad terminologią w zakresie definicji PPP odzwierciedla ewo-

46 A. Kucharz, *Partnerstwo publiczno–prywatne*, Biuro Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu, Informacja nr 1063, sierpień 2004, s. 1.

47 J.W. Smith, J.S. Klemanski, *The Urban Politics Dictionary*, ABC–Clio, Santa Barbara – Oxford 1990, s. 426, hasło „public –private partnership”.

48 J. Zysnarski, *Partnerstwo publiczno–prywatne. Teoria i praktyka*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr Sp. z o.o., Gdańsk 2003, s. 10.

49 Dz.U. Nr 169, poz. 1420.

lucję koncepcji PPP oraz zmiany w systemach regulacyjnych w zakresie definiowania PPP w krajach Unii Europejskiej. Wynika to z faktu, że PPP powinno zostać w sposób rozważny dopasowane do właściwości konkretnego projektu. Zapewnienie korzyści z PPP wymaga uznania odpowiednich mocnych i słabych stron każdego rodzaju struktury oraz dążeń i celów każdej ze stron. Szczególne znaczenie ma rola sektora publicznego, który może przekształcić się z usługodawcy w nadzorującego umowy o świadczenie usług”.

Komisja Europejska w przytoczonych wyżej Wytycznych określiła zadania, jakie ma do spełnienia partner prywatny w ramach PPP: 1) zapewnienie dodatkowego kapitału, 2) zapewnienie alternatywnych umiejętności w zakresie zarządzania i wdrażania, 3) zapewnienie wartości dodanej konsumentowi i ogółowi społeczeństwa, 4) zapewnienie lepszego określenia potrzeb i optymalnego wykorzystania zasobów⁵⁰.

II. W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. nie ma – rzecz jasna – bezpośredniego odniesienia do PPP. Jak wspomniano, idea PPP pojawiła się w Polsce niedawno i nie mogła znaleźć odzwierciedlenia w tekście konstytucji. Nie znaczy to, że regulacja PPP na poziomie konstytucyjnym jest konieczna. Brak bezpośredniej regulacji konstytucyjnej odnośnie PPP powoduje, że pierwszoplanowe znaczenie odgrywają inne przepisy konstytucji, mogące rzutować na interesującą nas instytucję. W kontekście PPP w świetle Konstytucji RP, zwraca uwagę art. 63. Zostało w nim sformułowane prawo petycji:

Art. 63.

Każdy ma prawo składać petycje, wnioski i skargi w interesie publicznym, własnym lub innej osoby za jej zgodą do organów władzy publicznej oraz do organizacji i instytucji społecznych w związku z wykonywanymi przez nie zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej. Tryb rozpatrywania petycji, wniosków i skarg określa ustawa.

Ratio legis tego przepisu jest oczywiście prawo petycji, które obejmuje – obok petycji w ścisłym tego słowa znaczeniu – również wnio-

50 A. Kucharz, *Partnerstwo...*, *op. cit.*, s. 1.

ski i skargi. Nie jest przedmiotem niniejszego opracowania rozróżnienie petycji, skargi i wniosku⁵¹. Wystarczy w tym miejscu wspomnieć, iż chodzi tu – jak pisze W. Sokolewicz – o wszystkie wystąpienia, niezależnie od ich przedmiotu i celu, kierowane do wszelkich podmiotów wykonujących z mocy ustawy kompetencje lub zadania władzy publicznej⁵². Jest to prawo o charakterze *actio popularis*, które mimo iż jest prawem politycznym, Konstytucja RP uniezależnia od faktu bycia obywatelem RP i przysznaje każdej osobie⁵³.

Z punktu widzenia instytucji PPP należy zwrócić uwagę na zakres adresatów do których owo wystąpienie może być skierowane. W świetle art. 63 mogą nimi być wszelkiego rodzaju podmioty realizujące kompetencje i zadania z zakresu władzy publicznej. Są nimi rzecz jasna organy władzy publicznej. Jednakże konstytucja pozwala kierować petycje, skargi i wnioski (dalej powoływane jako prawo petycji) także „do organizacji i instytucji społecznych w związku z wykonywanymi przez nie zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej”. O jakich podmiotach jest tu mowa? W. Sokolewicz wskazuje na intencję ustrojodawcy szerokiego rozumienia tej kategorii, pisząc iż w kontekście prawa do petycji chodzi tu o wszelkie nieprywatne i niepaństwowe organizacje i instytucje społeczne. Artykuł 63 precyzuje jednak, iż prawo petycji może odnosić się do tej kategorii tylko wtedy, gdy owe organizacje i instytucje społeczne wykonują zadania zlecone z zakresu administracji publicznej. Skoro Konstytucja RP pozwala na składanie petycji do takiego rodzaju organów, to tym samym konstruuje kategorię organizacji (instytucji) społecznych realizujących zadania z zakresu administracji publicznej. P. Winczorek odnosi się do tej kategorii podmiotów, wskazując, iż mogą to być np. fundacje, stowarzyszenia, niepubliczne placówki służby zdrowia i oświaty⁵⁴.

51 Na temat wzajemnych relacji tychże pisze J. Lipski: *Prawo do petycji, skarg i wniosków w polskim systemie prawnym*, „Zeszyty Prawnicze BSE” 2004, nr 4, s. 119.

52 Z wyjątkiem wystąpień o charakterze specjalnym, regulowanych odrębnymi przepisami – np. skarga konstytucyjna, wystąpienie do Rzecznika Praw Obywatelskich itp.

53 Jak przypomina W. Sokolewicz (*Artykuł 63, (w:) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005), ograniczenie związane z faktem bycia cudzoziemcem, mogłoby być wprowadzone w ustawie wydanej na podstawie ogólnej klauzuli zawartej w art. 37 ust. 2 Konstytucji RP.

54 P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Liber, Warszawa 2000, s. 86.

Jaka jest więc relacja owej kategorii podmiotów do koncepcji PPP? Wszak istotą PPP jest współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, służąca realizacji zadania publicznego. Tymczasem zgodnie z tym co zostało powyżej stwierdzone, art. 63 Konstytucji RP odnosi się nie do podmiotów prawa prywatnego, a do organizacji (instytucji) społecznych mających charakter „niepaństwowy i nieprywatny”. Również one mogą być owym elementem prywatnym w PPP. W art. 4 ust. 2 lit. b) i c) ustawy ustawodawca stwierdził, iż takimi partnerami prywatnymi mogą być organizacje pozarządowe oraz kościoły lub inne związki wyznaniowe, a więc podmioty, które należy traktować jako organizacje społeczne w rozumieniu art. 63 Konstytucji RP. Konstytucja pozwala więc na realizację zadań administracji publicznej w ramach PPP przez organizacje pozarządowe oraz kościoły lub inne związki wyznaniowe.

Pozostaje pytanie, czy konstytucja pozwala innym podmiotom na realizację zadań publicznych w ramach PPP. Należy mieć na uwadze, iż w art. 63 chodzi o prawo petycji, a jego istotą jest, iż petycji, wniosków i skarg nie kieruje się nigdy do podmiotów prawa prywatnego⁵⁵. Do innych podmiotów także wyjątkowo w sytuacji, gdy, jak stwierdza art. 63, wykonują one zadania zleczone z zakresu administracji publicznej. Nie było więc tu możliwe włączenie podmiotów prawa prywatnego, takich jak przedsiębiorca prywatny, z tej przyczyny, iż nie odnosi się do nich prawo petycji. Nie oznacza to jednakże, iż konstytucja milczy w sprawie powierzenia zadań publicznych podmiotom prawa prywatnego, takim o jakich mówi ustawa w art. 4 ust. 2 lit. a) i d), czyli przedsiębiorcom w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej oraz podmiotom zagranicznym, jeżeli są przedsiębiorcami w rozumieniu prawa kraju rejestracji i spełniają warunki do wykonywania działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej. Jeśli uznać, iż podmioty te nie mieszczą się w zakresie „organizacji i instytucji społecznych” w rozumieniu art. 63, to niewątpliwie dotyczy ich zwrot „osoby i jednostki organizacyjne wykonujące zadania władzy publicznej”. Sformułowanie takie odnajdziemy w art. 61 ust. 1 konstytucji, statuującym prawo do informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne:

55 W. Sokolewicz, *Artykuł 63...*, *op. cit.*, s. 9.

Art. 61.

1. Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa.

To, że konstytucja w art. 63 posługuje się zwrotem „zadania z zakresu administracji publicznej”, co w porównaniu z art. 61 jest zawężeniem kategorii zadań mogących być przekazywanym do realizacji przez inne niż publiczne podmioty, wydaje się być bez praktycznego znaczenia. W. Sokolewicz pisze tu wręcz o pozornym ograniczeniu, argumentując, iż trudno sobie wyobrazić jakieś inne zadania zlecone powierzone ustawowo organizacji (instytucji) społecznej, które wykaczałoby poza sprawowanie administracji⁵⁶. Nie jest zadaniem naszego opracowania analiza prawa do informacji publicznej, a art. 61 jest tu powoływany w kontekście PPP, jako przepis z którego wynika możliwość powierzenia innym osobom i jednostkom organizacyjnym zadań władzy publicznej, czyli tych które mogą być realizowane w ramach PPP⁵⁷.

III. Koncepcji PPP dotyczy także konstytucyjna zasada subsydiarności (pomocniczości) która została podniesiona do rangi zasady ustroju Rzeczypospolitej Polskiej w myśl preambuły Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku: „...my, Naród Polski – wszyscy obywatele Rzeczypospolitej, ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej [...] jako prawa podstawowe dla państwa, oparte na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, współdziałaniu władz, dialogu społecznym oraz na zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot”.

56 Tamże, s. 7.

57 W podobnym znaczeniu o partnerach prywatnych PPP – jednostkach organizacyjnych i podmiotach gospodarczych – jest także mowa w art. 203 ust. 3 w kontekście podmiotów kontrolowanych przez Najwyższą Izbę Kontroli. O tym będzie mowa w dalszej części opracowania.

Nie ma w tu miejsca na szerszą analizę tej zasady. Została ona zresztą już szeroko opisana w literaturze prawnokonstytucyjnej⁵⁸. Wskażmy tylko krótko, że idea zasady subsydiarności tkwi w tym, że „władza wyższa, a zwłaszcza państwo, może interweniować jedynie w takim wypadku i w takim stopniu, w jakim grupy i jednostki wykazują lub udowadniają swoją niewydolność”⁵⁹. Ujmując rzecz nieco inaczej, „społeczeństwo nie powinno wykonywać tego, co jednostka może zdziałać dzięki własnej inicjatywie oraz własnymi siłami”⁶⁰.

W świetle zasady pomocniczości PPP może być postrzegane w dwóch aspektach: ze strony jednostek i ich potrzeb oraz ze strony organów władzy publicznej i ich skuteczności w realizacji zadań publicznych.

Zadania publiczne są odpowiedzią na potrzeby jednostek i tworzonych przez nie wspólnot społecznych. Zgodnie z zasadą subsydiarności owe potrzeby powinny być realizowane przez organy władzy publicznej wtedy, gdy nie są w stanie ich zrealizować we własnym zakresie jednostki i ich zrzeszenia. Potrzeby te można więc podzielić na dwie kategorie: takie które mogą być zrealizowane przez jednostki bez ingerencji organów władzy publicznej oraz takie, które są zaspokajane przez owe organy. Zasada subsydiarności wskazuje, iż w sytuacji, gdy ingerencja państwa nie jest potrzebna, państwo nie powinno „narzucać się” ze swoimi działaniami.

Oprócz wskazanych powyżej dwóch kategorii potrzeb, w kontekście PPP można wyróżnić jeszcze trzecią. Należałyby do niej takie potrzeby, których jednostka (czy wspólnota – organizacja jednostek) nie jest w stanie (bądź nie chce) zrealizować sama, ale może owe potrzeby zaspokajać przy współudziale – pomocy państwa. Są one niejako pośrednie pomiędzy wspomnianymi powyżej kategoriami: potrzeb realizowanych przez same jednostki i potrzeb realizowanych przez organy

58 Z nowszej literatury zob. np. P. Chmielnicki, „Istotna część zadań publicznych” i zasada subsydiarności jako konstytucyjne dyrektywy określające zakres działania samorządu terytorialnego i ich realizacja w ustawodawstwie i orzecznictwie, (w:) *Samorząd terytorialny. Zasady ustrojowe i praktyka*, red. P. Sarnecki, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005, s. 57 i n.

59 E. Popławska, *Zasada pomocniczości (subsidiarności)*, (w:) *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, red. W. Sokolewicz, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1998, s. 189.

60 P. Chmielnicki, „Istotna część zadań publicznych”..., *op. cit.*, s. 60.

władzy publicznej. Można by tu zaklasyfikować takiego rodzaju przedsięwzięcia, które nie są dochodowe, lecz ich realizacja jest konieczna. Zgodnie z zasadą subsydiarności w ich realizacji państwo uczestniczy tylko w niezbędnym zakresie, uzupełniając działalność jednostek w owym zakresie. Koncepcja PPP zakłada realizację właśnie tej kategorii zadań publicznych.

W drugim aspekcie zasady subsydiarności należy zwrócić uwagę na koncepcję PPP ze strony realizacji zadań publicznych przez organy władzy publicznej. Jest to szczególnie widoczne z punktu widzenia tego rodzaju działań, które będąc związane z realizacją zadań publicznych, nie są wykonywane przez podmioty prywatne z własnej inicjatywy, gdyż jest z ich punktu widzenia działalność niedochodowa. Zadania te są związane jednakże z realizacją niezbędnych potrzeb społecznych. W takiej sytuacji działalność podejmują organy władzy publicznej. Z punktu widzenia zasady pomocniczości jest to konieczne – wspólnota „niższego rzędu” nie jest w stanie realizować określonych potrzeb. Jednakże organy władzy publicznej powinny rozważyć, czy owego zadania nie można zrealizowane w sposób pośredni – właściwy z punktu widzenia zasady subsydiarności – poprzez powierzenie tego zadania podmiotom prywatnym, które przy odpowiednim zachęceniu (np. dofinansowanie) uznają owo przedsięwzięcie za atrakcyjne⁶¹. W takiej sytuacji działania organów władzy publicznej zyskują walor efektywności (oszczędności).

IV. W kontekście PPP należy zwrócić również uwagę na konstytucyjną zasadę wolności działalności gospodarczej. W świetle art. 20 konstytucji społeczna gospodarka rynkowa, będąca podstawą ustroju gospodarczego Polski, opiera się na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Z kolei art. 22 odnosi się do ograniczenia wolno-

61 O tak ostrożnym angażowaniu się państwa w działalność gospodarczą i przemawiającą za tym zasadą subsydiarności zob. M. Szydło, *Konstytucyjnoprawne podstawy udziału państwa w działalności gospodarczej*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 6, s. 57. Odnosząc się do angażowania się państwa w działalność gospodarczą Autor wskazuje, iż „zasada subsydiarności ma chronić prywatne podmioty gospodarcze oraz konkurencję na rynku przed nadmiernym (ekscesywnym) zaangażowaniem się państwa w działalność gospodarczą. Jednak powinna też chronić samo państwo przed zbędnym (niepotrzebnym) ryzykiem, jakie jest zazwyczaj związane z udziałem w życiu gospodarczym”.

ści działalności gospodarczej. Stwierdza on, że „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. Mamy tu ograniczenia dwojakiego rodzaju: formalne (tylko w drodze ustawy) i materialne (tylko ze względu na ważny interes publiczny). W świetle tych przepisów należy odpowiedzieć na dwa pytania. Po pierwsze, czy działania podmiotu publicznego w ramach PPP można klasyfikować z punktu widzenia wolności gospodarczej? Po drugie, jakie znaczenie odgrywa zasada wolności działalności gospodarczej z punktu widzenia partnera prywatnego dążącego do zawarcia tego typu umowy?

Odpowiadając na pierwsze z postawionych pytań zwrócić należy uwagę, że pod pojęciem „podmiotu publicznego” polski ustawodawca rozumie podmioty różnego rodzaju. Chodzi mu zarówno o organy administracji publicznej, jak i osoby prawne z udziałem majątku Skarbu Państwa. W związku z tym pojawia się pytanie, czy działania organów administracji rządowej oraz jednostek samorządu terytorialnego można klasyfikować jako przejawy przysługującej im wolności działalności gospodarczej.

Odpowiadając na pytanie, czy wolność działalności gospodarczej odnosi się do państwa (państwowych podmiotów gospodarczych), przede wszystkim należy się zgodzić, że sama koncepcja gospodarki rynkowej nie wyklucza działalności gospodarczej państwa⁶², tym bardziej że jest to gospodarka o charakterze „społecznym”. Państwo nie może jednak prowadzić działalności na zasadzie monopolu, eliminowania konkurencji czy też dyskryminacji podmiotów gospodarczych⁶³.

W związku z tą kwestią pojawiły się dwa stanowiska. C. Kosikowski uważa, że wolność działalności gospodarczej przysługuje także jednostkom organizacyjnym oraz tak zwanym podmiotom kolektywnym, na przykład państwu⁶⁴. Powołuje się w swojej argumentacji przede wszystkim na zasadę równości⁶⁵. Inne stanowisko w tej kwestii zajęła

62 A. Domańska, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001, s. 115.

63 C. Kosikowski, *Zakres wolności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1995, nr 9, s. 4.

64 C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1995, s. 33.

65 C. Kosikowski, *Zakres...*, *op. cit.*, s. 4.

K. Pawłowicz. Uważa ona, że sensem przywrócenia w 1989 roku zasady wolności działalności gospodarczej na poziomie konstytucyjnym było uczynienie z gospodarczej działalności państwa wyjątku, a nie zasady⁶⁶. Przy czym z treści ówczesnego art. 6 konstytucji wynikało, że państwo miało gwarantować wolność działalności gospodarczej. Z tego przepisu A. Domańska wyprowadziła wniosek, że skoro państwo jest gwarantem, nie może być jednocześnie beneficjentem, a więc gwarantować jej dla samego siebie⁶⁷.

Do tego drugiego stanowiska zdaje się przychylić Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z dnia 7 maja 2001 r.⁶⁸ Trybunał uznał, że nie można mówić o wolności działalności gospodarczej w stosunku do państwa i samorządu terytorialnego. Odnosi się ona bowiem tylko do osób fizycznych i innych podmiotów korzystających z praw i wolności przysługujących jednostce⁶⁹.

Przyjęcie zasady, że wolność działalności gospodarczej odnosi się również do państwa, musi przywołać pytanie, czy do takiej działalności gospodarczej odnosimy taką samą zasadę jak do prywatnych podmiotów prawa. A więc, czy w takiej sytuacji stosujemy ogólną zasadę, że wolno czynić wszystko czego ustawa nie zakazuje. Z pewnością na wolność gospodarczą w takim znaczeniu nie mogą powoływać się organy administracji publicznej działające w formach administracyjno-prawnych. Działa tutaj zasada dokładnie odwrotna: działalność organów władzy publicznej musi się odbywać na podstawie i w granicach prawa, kompetencje muszą wynikać z wyraźnych przepisów ustawowych i nie można ich domniemywać. Do organów władzy publicznej odnosi się więc zasada legalizmu, każde ich działanie musi opierać się na obowiązującym prawie. Zasada ta została wyrażona *expressis ver-*

66 K. Pawłowicz, *Fundamentalne prawa obywateli w sferze gospodarczej*, (w:) *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. M. Wierzbowski, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1996, s. 62.

67 A. Domańska, *Konstytucyjne...*, *op. cit.*, s. 114–115.

68 K.19/00.

69 Por. krytyczne uwagi C. Kosikowskiego, *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia w praktyce stosowania Konstytucji RP*, (w:) *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania konstytucji*, red. C. Kosikowski, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005, s. 42. Zob. również L. Garlicki, *Artykuł 22*, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005, uwaga 8.

bis w art. 7 Konstytucji RP i stanowi ponadto – w świetle orzecznictwa TK – element składowy zasady demokratycznego państwa prawnego. W praktyce tego typu założenie znacznie się komplikuje. Często powstaje wątpliwość, czy dany podmiot występuje jako organ władzy publicznej, czy jako podmiot gospodarczy. Problemy na tym gruncie dotyczą zwłaszcza działalności jednostek samorządu terytorialnego⁷⁰.

Jak z tego wynika, pozycja podmiotu publicznego zawierającego umowę o PPP nie jest jednoznaczna. Podmiot publiczny zawsze jest związany kryterium „interesu publicznego”, przy czym kryterium tym jest w szczególności: 1) oszczędność w wydatkach podmiotu publicznego, 2) podniesienie standardu świadczonych usług oraz 3) obniżenie uciążliwości dla otoczenia (art. 3 ust. 1–2 ustawy).

Zupełnie inaczej wygląda w kontekście zasady wolności działalności gospodarczej pozycja partnera prywatnego. Z jego punktu widzenia oznacza ona, że do jego swobodnego uznania pozostawiono w szczególności: 1) zgłoszenie wniosku do podmiotu publicznego z propozycją realizacji określonego przedsięwzięcia (art. 10 ust. 2 ustawy) oraz 2) przystąpienie do procedury wyboru partnera prywatnego (art. 14 ustawy).

W odniesieniu do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą szczególnego znaczenia nabiera zasada wolnej konkurencji. Oznacza ona swobodę konkurowania między sobą przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. W efekcie dążą oni do uzyskania przewagi na rynku nad swoimi rywalami⁷¹. Zasada konkurencji nie została zapisana *expressis verbis* w konstytucji, ale daje się logicznie wyprowadzić z zasady społecznej gospodarki rynkowej opartej m.in. na wolności działalności gospodarczej i własności prywatnej (art. 20 konstytucji).

W cytowanym wyżej orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny uznał, że działalność państwa w sferze gospodarczej nie może naruszać zasady swobodnej konkurencji, która stanowi podstawę gospodarki rynkowej. Oznacza to w szczególności, że nie może ustanawiać preferen-

70 S. Biernat, *Podjęmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 9, s. 10.

71 M. Szydło, *Konstytucyjnoprawne...*, *op. cit.*, s. 58.

cji dla podmiotów państwowych. Nie może stosować jakichkolwiek form dyskryminacji podmiotów niepaństwowych. W sferze stosunków z podmiotami prywatnymi państwo musi działać na zasadach rynkowych. „Jeżeli państwo pośrednio lub bezpośrednio uczestniczy w życiu gospodarczym w formie kooperacji z podmiotami prywatnymi i dopuszcza tę kooperację w formach właściwych dla prawa prywatnego, winno przestrzegać zasad ustanowionych dla analogicznej kooperacji podmiotów prywatnych”.

Ponieważ PPP jest w polskim systemie prawnym instytucją nową, należy więc do tych sfer życia publicznego, w których organy władzy publicznej mają obowiązek jej stworzenia⁷². Wszystkie ograniczenia konkurencji oznaczałyby *de facto* ograniczenie podmiotowego prawa wolności gospodarczej⁷³.

V. Polska ustawa o PPP nie przewiduje żadnych szczególnych procedur kontrolnych wobec działań podmiotów zawierających umowę o PPP. W związku z tym możliwe jest stosowanie zwykłych środków kontroli. Pojęcie kontroli zostało opisane w literaturze prawniczej. Uznaje się, że obejmuje ona: 1) ustalenie stanu faktycznego, 2) porównanie stanu faktycznego z obowiązującymi wzorcami działania, 3) ustalenie przyczyn występujących niezgodności, 4) wyciągnięcie wniosków mających na celu zapewnienie pełnej zgodności działania kontrolowanej jednostki z obowiązującymi założeniami i wzorcami⁷⁴.

Z konstytucyjnego punktu widzenia należy zwrócić przede wszystkim uwagę na art. 203 konstytucji pozwalający na dokonywanie przez NIK kontroli podmiotów dysponujących funduszami publicznymi, w tym również podmiotów prywatnych. W świetle wspomnianego przepisu NIK kontroluje działalność: 1) organów administracji rządowej (tj. premiera i ministrów, kierowników naczelnych i centralnych organów administracji rządowej, terenowych organów administracji rządowej, w tym zarówno wojewodów i kierowników podległych mu urzędów, jak i organów administracji niezespolonej (specjalnej) podle-

72 Por. K. Strzyczkowski, *Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa*, (w:) *Zasady ustroju...*, op. cit., s. 30.

73 Tamże

74 J. Galster, *Najwyższa Izba Kontroli*, (w:) *Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń 2002, s. 523.

głych poszczególnym ministrom⁷⁵), 2) Narodowego Banku Polskiego, 3) państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych (art. 203 ust. 1).

Z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że państwowe osoby prawne to jednostki, do których należy wyłącznie mienie państwowe w rozumieniu art. 44 kodeksu cywilnego⁷⁶. „Nie ma znaczenia forma organizacyjnego dysponowania tym mieniem, natomiast państwowa osoba prawna powinna być podmiotem całości mienia będącego podstawą jej działalności”⁷⁷. Przez „inne państwowe jednostki organizacyjne” należy rozumieć podmioty nie posiadające osobowości prawnej, takie jak „jednostki budżetowe, zakłady budżetowe, gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych oraz środki specjalne wydzielone i działające na zasadach prawa budżetowego”⁷⁸.

Kontrola ta jest dokonywana z punktu widzenia legalności, gospodarności, celowości i rzetelności. Kryterium legalności oznacza badanie, czy działania podmiotu kontrolowanego są zgodne z prawem, ewentualnie czy mają podstawę prawną. W odniesieniu do organów władzy publicznej, znajduje ono dodatkowe potwierdzenie w art. 2 i art. 7 konstytucji (zasada demokratycznego państwa prawnego, zasada legalizmu). W odniesieniu do pozostałych podmiotów wiąże się zaś z obowiązkiem przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej (art. 83 konstytucji)⁷⁹. Gospodarność oznacza sprawdzenie, czy poniesione nakłady przyniosły możliwie najlepsze efekty. Ze względu na celowość bada się, czy podjęte działania prowadziły do osiągnięcia zamierzonego celu. Rzetelność oznacza wreszcie badanie, czy podejmowane działania były zgodne z wymaganiami wiedzy i techniki oraz zasadami dobrej wiary⁸⁰.

75 A. Sylwestrzak, *Kontrola administracji publicznej w III Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2004, s. 227.

76 Zob. M. Niezgodka–Medková, (w:) *Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli z dnia 23 grudnia 1994 roku (Dz. U. z 1995 r. nr 13, poz. 59 z późn. zm.)*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2000, s. 25 i tam podane orzecznictwo Sądu Najwyższego.

77 A. Sylwestrzak, *Kontrola...*, *op. cit.*, s. 228.

78 Tamże

79 W. Sokolewicz, *Artykuł 203*, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, uwaga 3.

80 A. Kulig, *Najwyższa Izba Kontroli*, (w:) *Prawo konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 394.

Poza tym NIK może kontrolować działalność: 1) organów samorządu terytorialnego, 2) komunalnych osób prawnych oraz 3) innych komunalnych jednostek organizacyjnych z punktu widzenia legalności, gospodarności i rzetelności (art. 203 ust. 2)⁸¹. NIK może również kontrolować działalność innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa (art. 203 ust. 3). Tego typu kontrola odbywa się z punktu widzenia legalności i gospodarności⁸². Ustawa o NIK dodaje (art. 2 ust. 3 pkt 1–2), że może być kontrolowane w szczególności m.in. wykonywanie zadań zleconych lub powierzonych przez państwo lub samorząd terytorialny oraz wykonywanie zamówień publicznych na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego.

Podmioty wymienione w art. 203 ust. 3 konstytucji obejmują zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne, o ile tylko prowadzą one działalność gospodarczą. Jednostki organizacyjne obejmują tu stowarzyszenia, fundacje, związki samorządu zawodowego lub gospodarczego i inne, niezależnie od tego, czy prowadzą one działalność gospodarczą⁸³. W rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁸⁴ przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się również wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4). Przy czym za działalność gospodarczą ustawa ta uważa zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2).

81 W porównaniu do ust. 1 konstytucja wyklucza kryterium celowości, gdyż ograniczałoby to samodzielność jednostek samorządu terytorialnego (P. Winczorek, *Komentarz...*, op. cit., s. 261).

82 Zdaniem P. Winczorka (tamże, s. 262) tego typu ograniczenie kryteriów kontroli spowodowane jest potrzebą ochrony zasady wolności działalności gospodarczej i ochrony własności (art. 20 i 21 konstytucji).

83 A. Sylwestrzak, *Kontrola...*, op. cit., s. 231. Zob. również W. Sokolewicz, *Artykuł 203...*, op. cit., uwaga 16.

84 Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

W świetle powyższego widzimy, że podmioty publiczne wymienione w art. 4 pkt 3 ustawy mogą być przedmiotem kontroli NIK. Nie ma tu wątpliwości co do partnerów prywatnych będących przedsiębiorcami. W odniesieniu do organizacji pozarządowych oraz kościołów i związków wyznaniowych (art. 4 pkt 2 lit. b i c) możemy uznać, że są to jednostki organizacyjne w rozumieniu art. 203 ust. 3 konstytucji i mogą być kontrolowane w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa.

O ile w przypadku art. 203 ust. 1 ustawodawca konstytucyjny używa formuły „kontroluje”, to w kolejnych ustępach mówi o tym, że NIK „może kontrolować”. Świadczy to o tym, że tylko w odniesieniu do podmiotów wymienionych w ust. 1 kontrola NIK jest obligatoryjna. W pozostałych przypadkach ma charakter fakultatywny⁸⁵.

Jak wskazuje ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o *Najwyższej Izbie Kontroli*⁸⁶ w art. 3, NIK dokonuje kontroli, badając w szczególności wykonanie budżetu państwa oraz realizację ustaw i innych aktów prawnych w zakresie działalności finansowej, gospodarczej i organizacyjno-administracyjnej. Nie ulega wątpliwości, że na tej podstawie NIK może dokonywać również kontroli w zakresie materii rozpatrywanej ustawy.

W aspekcie umowy o PPP przedmiotem kontroli może być w szczególności: 1) wkład własny podmiotu publicznego oraz 2) wynagrodzenie dla partnera prywatnego za wykonanie zadania. Kontrola może obejmować kolejne etapy zawarcia umowy o PPP: 1) przygotowanie umowy o PPP, 2) wybór zadań i podmiotu prywatnego, 3) realizację zamówienia, 4) ewentualne sankcje za naruszenie zasad zawarcia umowy o PPP.

Z drugiej strony, partner prywatny może dochodzić swoich roszczeń wynikających z umowy o PPP wobec podmiotu publicznego na zasadach ogólnych. Szczególne znaczenie ma tu prawo do sądu. Ponieważ chodzi o umowę cywilno-prawną, właściwą drogą będzie postępowanie cywilne. Nic nie stoi na przeszkodzie, by z tego postępowania skorzystał również podmiot publiczny.

85 Por. A. Sylwestrzak, *Kontrola...*, op. cit., s. 226; W. Sokolewicz, *Artykuł 203...*, op. cit., uwaga 19.

86 Tj. Dz.U. z 2001 r., Nr 85, poz. 937 z późn. zm.