

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa i Postępowania Administracyjnego
Instytut Nauk Prawno-Administracyjnych

AGATA KOZŁOWSKA

**ŚWIADCZENIE USŁUG PRZEZ ADMINISTRACJĘ PUBLICZNĄ W
FORMIE PARTNERSTWA PUBLICZNO-PRYWATNEGO**

AUTOREFERAT ROZPRAWY DOKTORSKIEJ

Promotor:

Prof. dr. hab. Jacek Jagielski

Recenzenci:

Prof. dr hab. Andrzej Panasiuk

Prof. dr hab. Tomasz Bąkowski

Warszawa, czerwiec 2023 r.

I. Temat rozprawy i uzasadnienie jego wyboru

Wobec coraz większych wyzwań, przed jakimi stoją podmioty administracji publicznej w zakresie finansowania i utrzymania inwestycji infrastrukturalnych formuła partnerstwa publiczno-prywatnego (dalej jako: „PPP”) nabiera istotnego znaczenia. PPP jest efektem poszukiwań nowych źródeł finansowania działalności usługowej administracji i stanowi narzędzie do realizacji przedsięwzięć infrastrukturalnych głównie przez administrację samorządową. W Polsce partnerstwo rozwija się od ponad dekady. Pierwsze próby prawnej regulacji tej tematyki w prawie miały miejsce w latach 2003-2004 i zaowocowały wejściem w życie tzw. „pierwszej” ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 r.¹ Następnie w 2009 r. uchwalono obecnie obowiązującą ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym² (dalej jako: „Ustawa o PPP”), a następnie ustawę z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi³. Nie oznacza to jednak, że PPP zaczęło się w kraju od razu dynamicznie rozwijać. Podmioty administracji przyjęły ten nowy sposób realizacji świadczeń z dużą nieufnością i oporami, przede wszystkim ze względu na całkowicie nowe spojrzenie na rolę administracji: już nie jako podmiotu, który wykonuje usługi, ale na organizatora systemu ich dostarczania oraz gwaranta, zobowiązującego się, że dane usługi będą wykonywane lub dostarczane efektywnie, a jego kadra kierownicza przyjmie na siebie nowe funkcje zarządcze⁴.

Nawet obecnie w wielu przypadkach realizacja przedsięwzięć w tej formule jest sporadyczna, a podejmowane czynności w zakresie przygotowania do przeprowadzenia inwestycji z udziałem partnera prywatnego często kończą się niepowodzeniem. Wynika to z różnorodnych problemów, m.in. z kultury organizacyjnej administracji publicznej, która powinna ulec zmianie, aby wykazać się takimi cechami, jak: elastyczność, innowacyjność i przedsiębiorczość, a także apolityczność⁵ w rozumieniu oderwania się od bieżącej polityki i

¹ Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 28 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 169, poz. 1420), dzisiaj już nieobowiązująca.

² Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 19 grudnia 2008 r. (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 30 z późn. zm.).

³ Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z dnia 21 października 2016 r. (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 140 z późn. zm.).

⁴ Por. A. Błaś, *Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego*, [w:] *Studia nad samorządem terytorialnym*, A. Błaś (red.), Wrocław 2002 r., s. 374-375.

podejmowania decyzji w oparciu o merytoryczne przesłanki. Wyzwaniem dla administracji jest również nawiązanie partnerskich relacji z prywatnym przedsiębiorstwem w celu wspólnego wypracowania jak najbardziej korzystnego dla obydwu stron sposobu wykonania zadania publicznego. Współpraca powinna bazować na podziale zadań i ryzyk pomiędzy stronami oraz na długoletniej umowie, dotyczącej wspólnej realizacji określonego projektu, co stanowi główne cechy charakterystyczne partnerstwa publiczno-prywatnego.

Innymi słowy, aby zrealizować przedsięwzięcie w formule PPP, administracja publiczna musi stać się równoprawnym partnerem dla sektora biznesowego w obszarze działań inwestycyjnych, zdolnym negocjować kwestie prawne, finansowe i techniczne planowanej inwestycji, podejmować strategiczne decyzje i zarządzać przedsięwzięciem w jego cyklu życia. Odnosi się to do całego aparatu administracyjnego państwa, które powinno zacząć działać w całkowicie nowy sposób. Jak zauważa A. Panasiuk: „administracja musi zatem podążać za zmieniającym się światem oraz potrzebami społeczeństwa, jej rola w kształtowaniu sprawnego państwa ulegać musi ciągłym przekształceniom.”⁶. Z tego właśnie powodu oraz ze względu na stopień skomplikowania zasad współpracy publiczno-prywatnej konieczne stało się w 2017 r. podjęcie przez Radę Ministrów uchwały, dotyczącej polityki rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego⁷ (dalej jako: „Polityka PPP”), która pociągnęła za sobą wdrożenie działań koordynacyjnych na wszystkich poziomach administracji publicznej, propagujących publiczno-prywatne formy realizacji inwestycji infrastrukturalnych.

Jednym z głównych zagadnień, na które należy zwrócić uwagę w kontekście PPP jest „cywilizowanie”⁸ administracji oraz pozostawienie jej szerokiej swobody w zakresie

⁵ Por. J. Supernat, *Administracja publiczna w świetle koncepcji New Public Management*, w: E. Ura (red.), *Jednostka, państwo, administracja. Nowy wymiar. Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Olszanica 23–26.05.2004 r.*, Rzeszów 2004 r., s. 469–490.

⁶ A. Panasiuk, *Partnerstwo społeczne jako narzędzie realizacji zadań publicznych*, w: J. Jagielski, D. Kijowski, M. Grzywacz (red.), *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, Warszawa, 2018 r., s. 453.

⁷ Uchwała nr 116/2017 Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2017 r. w sprawie przyjęcia dokumentu „Polityka Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego”, <https://www.ppp.gov.pl/media/system/podstrony/Polityka-PPP.pdf>, dostęp w dniu 1.12.2021 r.

⁸ Por. J. Jeżewski, *Administracja pod rządem prawa cywilnego. Z badań porównawczych nauki prawa administracyjnego*, Prace Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego, Seria A, Nr 164, Wrocław 1974, s. 7, J. Jagielski, P. Gołaszewski, *O sposobach pojmowania „cywilizacji” administracji publicznej oraz prawa administracyjnego*, w: J. Korczak (red.), *Cywilizacja administracji publicznej Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. UW dr hab. Jana Jeżewskiego*, Wrocław, 2018 r., s. 143, H. Izdebski, *Historia*

podejmowania decyzji inwestycyjnych. W mojej opinii, największymi barierami dla administracji są: konieczność podejmowania przez administrację działań efektywnych z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej, do tej pory zastrzeżonych dla sektora prywatnego (taki jak np. ocena efektywności inwestycji, negocjacje, dotyczące optymalnej struktury projektu inwestycyjnego, czy współpraca z partnerem prywatnym na etapie wykonywania umowy) oraz pozostawienie jej szerokiej swobody działania i luzu decyzyjnego przez ustawodawcę w zakresie przygotowania i przeprowadzenia inwestycji w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Szczególna trudność występuje w podejmowaniu działań przez podmioty administracji, właściwych do tej pory sektorowi prywatnemu i prowadzeniu biznesu, tj.: przygotowanie biznesplanów, prowadzenie konsultacji rynkowych oraz komunikowanie się z podmiotami prowadzącymi działalność w obszarze, który dotyczy planowanego projektu PPP. Niełatwe dla administracji jest również prowadzenie negocjacji z potencjalnymi partnerami prywatnymi w celu określenia optymalnego wariantu realizacji inwestycji, o którym również ostatecznie przesądza sektor publiczny. Ciężar działania przeniesiony został z organu administracji na rzecz urzędników administracji (zespołu projektowego), zaangażowanych w przygotowanie i przeprowadzenie przedsięwzięcia, których zachowanie i czynności kreują nową rzeczywistość prawną na podstawie połączenia norm prawnych ze swobodnym, elastycznym działaniem urzędników w granicach prawa⁹.

Uzasadnienie wyboru tematu rozprawy stanowi brak jest całościowego spojrzenia na PPP z punktu widzenia nowego sposobu działania administracji i praktycznych problemów z tego wynikających. Chociaż partnerstwo publiczno-prywatne było już tematem licznych publikacji¹⁰, w niewielkim stopniu podjęto się analizy zagadnień, związanych ze swobodą działania i luzami decyzyjnymi, jakie do uznania administracji pozostawiają przepisy prawne oraz wytyczne dotyczące PPP, a także zbadania możliwości zwiększenia efektywności działań podmiotów publicznych, aby PPP było szeroko wykorzystywane. Mając za sobą wieloletnie doświadczenia praktyczne we wdrażaniu tego rodzaju projektów, zetknęłam się z błędami

administracji, Warszawa 2001, s. 22, H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa, 2014 r., s. 92-93.

⁹ Por. J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa, 2013 r., s. 76.

¹⁰ Por. m.in. A. Panasiuk, *Partnerstwo społeczne jako narzędzie...*, op. cit., Warszawa, 2018 r.; R. Cieślak, *Partnerstwo publiczno-prywatne. 100 pytań, wyjaśnień, interpretacji*, Warszawa 2014 r., Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004 r.; M. Kania, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013 r., M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa, 2014 r., M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa, 2006 r.

popelnionymi podczas etapów przygotowawczych i realizacyjnych oraz ich skutków. Rozprawa stanowi kompleksową analizę podejścia do realizacji projektów PPP przez administrację w Polsce oraz do wyzwań, jakie w związku z tym przed nią stoją.

II. Hipotezy badawcze oraz cel rozprawy

Główna teza rozprawy doktorskiej dotyczy twierdzenia, że partnerstwo publiczno-prywatne wymusiło na podmiotach administracji nowe podejście do przygotowania i przeprowadzenia przedsięwzięcia inwestycyjnego. Podejście to oparte jest na dużej swobodzie działania, ponieważ większość czynności, które podmioty publiczne powinny podjąć w celu zawarcia umowy o PPP nie są określone ustawowo. Wiąże się to z wykonaniem określonych czynności i decyzji, podejmowanych w ramach cyklu działań przygotowawczych, usankcjonowanych doświadczeniami z praktyki, wytycznymi ministerstw i wynikających z dotychczasowych doświadczeń danego podmiotu publicznego (*soft law*). Znakomita większość z nich dotyczy konieczności posiadania wiedzy z zakresu ekonomii, zarządzania projektami, prawa i finansów. Co więcej, te nowe rynkowe zachowania administracji mają przesądzający wpływ na zawarcie umowy z partnerem prywatnym. Jeśli działania przygotowawcze są ich pozbawione, wówczas z dużym prawdopodobieństwem można przewidzieć, że nie dojdzie do zawarcia umowy o PPP.

Nowe podejście w działaniu administracji w obszarze PPP znajduje swoje odzwierciedlenie również w interdyscyplinarnym podejściu do tego rodzaju przedsięwzięć. Aby profesjonalnie i efektywnie przygotować projekt PPP podmiot publiczny musi przeprowadzić analizy oraz podjąć decyzje w kwestiach prawnych, organizacyjnych, technicznych i finansowych. Nowemu podejściu od przygotowania inwestycji służą również już znane regulacje i standardy, takie jak wieloletnie prognozowanie finansowe, mechanizmy zarządzania długiem, czy kontrola zarządcza.

Umowy o PPP często nie są zawierane ze względu na brak zgody podmiotu publicznego na ich „urynkowienie” i wprowadzenie postanowień, które umożliwią pozyskanie finansowania przez partnera prywatnego od instytucji finansowych. Jest to spowodowane obawami administracji publicznej przed zbyt elastycznym sformułowaniem postanowień kontraktowych, a także przed oddaniem decyzyjności (sfery zarządzania majątkiem

publicznym) partnerowi prywatnemu, co daleko wykracza poza dotychczasowe doświadczenia związane z udzielaniem zamówień publicznych.

Analizie powyższego problemu badawczego posłużyły następujące tezy pomocnicze:

1. Administracja publiczna pełni funkcję organizacyjną: wykonuje zadania i prowadzi działania, czynności i przedsięwzięcia organizatorskie i wykonawcze na rzecz realizacji zadania publicznego przez różne podmioty, organy i instytucje na podstawie ustawy i w ustawowo określonych formach. Zadania publiczne dotyczą różnych sfer: porządkowo-reglamentacyjnej, świadczącej, właścicielskiej, a partnerstwo publiczno-prywatne dotyczy zadań, realizowanych w ramach funkcji świadczącej administracji.
2. PPP zaczęło się rozwijać wraz z pojawieniem się kultury kontraktowej w sferze administracji w związku z nowym zarządzaniem publicznym (*new public management*). Samo zlecanie zadań administracji publicznej nie jest nowe i należy do kontraktowania usług publicznych (np. bezumowne zlecanie zadań publicznych, kontraktowanie (*outsourcing*), system zamówień publicznych). Może stać się jednym z narzędzi, które będą zostać wykorzystane przez administrację publiczną w celu zwiększenia efektywności wykonywania zadań inwestycyjnych.
3. Ustawa o PPP wpisała się w system zamówień publicznych, w tym ustaw, dotyczących realizacji inwestycji publicznych, a także ma wpływ na prowadzenie zadań przez podmioty publiczne. Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym zawiera definicje nowych pojęć, których desygnaty dopiero musiały się ukształtować w praktyce.
4. Zmienia się w związku z tym rozumienie samego zadania publicznego i jego zakresu, jakie w formule PPP administracja ma zrealizować.
5. Sposób przygotowania i realizacji przedsięwzięć w formule partnerstwa został oparty w przeważającej mierze o źródła *soft law*, tj. wytyczne ministerialne i dobre praktyki, stanowiące podstawę działania administracji w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego, a także o założenia rządowej Polityki PPP, która wykreowała całkowicie nowe organy i kompetencje administracyjne.
6. Dla rozwoju przedsięwzięć realizowanych z udziałem partnera prywatnego istotne jest otoczenie instytucjonalne. Nie chodzi tylko o regulacje prawne, ale również o wsparcie administracji, szczególnie o charakterze strategicznym, na poziomie

administracji rządowej: przez rząd i ministerstwa, w tym kontrola działań administracji.

7. Zawarcie korzystnej dla interesu publicznego i „bankowalnej” umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest wynikiem przeprowadzenia skomplikowanego, wieloetapowego procesu przygotowawczego. Na proces ten składają się w przeważającej mierze działania administracji publicznej, weryfikowane poprzez efektywność, skuteczność i wydajność, którym bliżej jest do sposobu działania w rzeczywistości biznesowej podmiotów prywatnych prowadzących działalność gospodarczą niż do świadczenia usług przez administrację publiczną.
8. Umowa o PPP jest wynikiem wcześniej przeprowadzonych negocjacji i wypracowania ostatecznej koncepcji przeprowadzenia przedsięwzięcia. Kształt postanowień kontraktowych oraz podział zadań i ryzyk zależy od specyfiki projektu, tym bardziej, że Ustawa o PPP nie narzuca określonych zapisów, jakie mają się znaleźć w umowie.

III. Zastosowane metody badawcze

Podczas przygotowywania niniejszej pracy, wykorzystano następujące metody badawcze:

- 1) Analizę normatywną – koncentrującą się wokół konstrukcji prawnych, regulujących działania administracji i partnerstwo publiczno-prywatne. Głównym przedmiotem badania jest zatem dorobek doktryny, materiał normatywny, akty *soft law*, orzecznictwo w sprawach zamówień publicznych oraz orzeczenia sądowe.
- 2) Analizę prawno-porównawczą – poprzez odniesienie się do regulacji instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego w innych, wybranych krajach europejskich przy omawianiu określonych problemów badawczych.
- 3) Analizę *desk research* – polegającą na analizie literatury przedmiotu, zarówno prawniczej, jak i ekonomicznej, wskazanej w bibliografii na końcu rozprawy, istniejących danych, statystyk i opracowań, również dokumentów historycznych, w tym analiz wskaźnikowych dotyczących rynku partnerstwa publiczno-prywatnego zawartych w raportach publikowanych przez Departament Partnerstwa Publiczno-Prywatnego Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej oraz opartą na analizie publicznie dostępnych dokumentów z postępowań na wybór partnera prywatnego.

- 4) Studia przypadków (*case studies*) – które pozwalają na pogłębioną analizę omawianego problemu badawczego i uwypuklenie danego problemu, mającego wpływ na sposób działania administracji.
- 5) Odniesienie się do zagadnień z zakresu nauk ekonomicznych, a szczególnie do teorii i narzędzi nauki o zarządzaniu – tam, gdzie było to konieczne, jak choćby przy omawianiu finansów publicznych z punktu widzenia zasady efektywności.

Rozprawa doktorska jest wzbogacona o przypisy, które oprócz podania określonych źródeł, często zarysowują szerszą perspektywę omawianego problemu i same w sobie mogłyby posłużyć do dalszej refleksji nad działaniami administracji i partnerstwem publiczno-prywatnym.

Dodatkowy walor stanowią odniesienia do moich praktycznych doświadczeń ze zrealizowanych na przestrzeni prawie dwudziestu lat przedsięwzięć w formule PPP. Rzeczywiste problemy podmiotów administracji publicznej, przed którymi wielokrotnie stawałam oraz sposób ich rozwiązywania, pozwalają na podzielenie się praktycznymi rozwiązaniami problemów prawnych, występujących na etapie przygotowania, ale również zarządzania projektem, realizowanym w formule PPP.

IV. Struktura rozprawy

Rozprawa składa się z 6 rozdziałów, z których każdy kończy się podsumowaniem. Ostatni, 7 rozdział prezentuje refleksje końcowe, zawierające wnioski płynące z przeprowadzonych analiz oraz postulaty *de lege ferenda*.

W pierwszym rozdziale omówiłam zagadnienia wprowadzające do tematyki partnerstwa publiczno-prywatnego. Skupiłam się przede wszystkim na omówieniu ewolucji administracji świadczącej i różnych koncepcji działań administracji. Rozdział ten ma charakter historycznego ujęcia rozwoju różnych formuł prywatyzacji wykonywania zadań publicznych aż do rozwinięcia się partnerstwa publiczno-prywatnego.

Rozdział drugi w przeważającej części ma charakter ściśle prawniczy i zawiera omówienie regulacji partnerstwa publiczno-prywatnego w polskim systemie prawnym, z uwzględnieniem nowych definicji oraz procedur wyboru partnera prywatnego zgodnie z regulacjami, dotyczącymi zamówień publicznych na tle ujęcia tych zagadnień w prawie unijnym. Rozdział ten opisuje także uregulowanie partnerstwa poprzez akty *soft law*, a w szczególności omawia

Politykę PPP oraz wytyczne i tzw. dobre praktyki jako podstawę i wskazówki w zakresie nowych działań administracji.

Rozdział trzeci opisuje system koordynacji oraz wielopłaszczyznowej kontroli administracji publicznej w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego. Przedstawiłam tu skoordynowane działania administracji rządowej podejmowane w celu propagowania publiczno-prywatnej współpracy. W rozdziale tym szczegółowo opisuję również ukształtowanie się administracyjnego systemu kontroli przedsięwzięć realizowanych z udziałem partnera prywatnego.

W czwartym rozdziale scharakteryzowałam działania administracji samorządowej, w dużej części swobodne i elastyczne, mające wpływ na zawarcie umowy o PPP, na etapie przygotowawczym. Niektóre z nich nie są uregulowane prawnie, a konieczność ich zastosowania wynika z doświadczeń nabytych podczas prac przy innych projektach albo z opublikowanych wytycznych ministerialnych. Szczególną rolę przypisuję komunikacji społecznej, zarówno z mieszkańcami, prywatnymi inwestorami, jak i z instytucjami finansowymi.

Kolejny, piąty rozdział skupia się na procedurze wyboru partnera prywatnego z punktu widzenia działań, związanych z prowadzeniem przez administrację negocjacji z podmiotami prywatnymi w zakresie różnych aspektów realizacji przedsięwzięcia. Opisuje on czynności, służące nawiązaniu efektywnej współpracy, w części ma a także charakter empiryczny, poprzez analizę porównawczą różnych błędnych decyzji, podejmowanych przez gminy, albo ich zaniechań wraz z opisaniem ich skutków.

Szósty rozdział omawia działania administracji na etapie zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, a następnie zarządzania kontraktem. Omówiono tu również działania administracji w zakresie kontroli wykonywania postanowień umownych. Umowa o PPP jest zwieńczeniem prac przygotowawczych i ustaleń, wynikających z negocjacji z partnerami prywatnymi.

W ostatnim rozdziale zawarłam refleksje końcowe oraz podjęłam próbę sformułowania postulatów *de lege ferenda*, w szczególności w zakresie obszarów problematycznych dla administracji publicznej oraz niewystarczających regulacji w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego. Zostały w nim sformułowane postulaty w zakresie doprecyzowania regulacji prawnych, które umożliwią podmiotom administracji publicznej bardziej elastyczne działanie i podejmowanie decyzji o zawarciu umów o PPP.

V. Konkluzje

Prowadzenie przez administrację działań w wielopłaszczyznowym, wieloetapowym i wymagających szerokich kompetencji procesie przygotowania przedsięwzięcia planowanego do realizacji w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, wymaga od podmiotu publicznego nabycia profesjonalnych umiejętności (opracowania analiz w zakresie finansowym, prawnym, oceny ryzyka i innych, prowadzenia negocjacji, czy zarządzania umową w cyklu życia projektu), do tej pory właściwych sektorowi prywatnemu. Niewątpliwie, jest to jeden z głównych powodów, dlaczego PPP znajduje wciąż niewielkie zastosowanie w realizacji inwestycji infrastrukturalnych: administracja publiczna posiada za mało doświadczenia i wiedzy w zakresie podejmowania decyzji przy tego rodzaju projektach, a także w zakresie prowadzenia działań ukierunkowanych na efektywność.

W partnerstwie publiczno-prywatnym w pełnym zakresie uwidacznia się permanentna konieczność balansowania przez podmiot administracji pomiędzy możliwością swobodnego podejmowania decyzji a jej obowiązkiem działania w granicach i na podstawie prawa. Przy czym warto podkreślić, że w tego rodzaju sytuacji, czyli w stałym napięciu, jakie istnieje między luzami decyzyjnymi a wymogiem wobec administracji działania ściśle według obowiązującego prawa, J. Zimmermann upatruje sedna prawa administracyjnego¹¹. Dla administracji jest to jednak nowe podejście, z którego wynika wiele trudności sprowadzających się do rozstrzygnięcia podstawowego dylematu: Jak efektywnie wykorzystać środki i majątek publiczne w celu wykonania zadania publicznego z uwzględnieniem opłacalności przedsięwzięcia dla partnera prywatnego, przy jednoczesnym braku szczegółowych regulacji prawnych w tym zakresie?

W wyniku przeprowadzonych rozważań w rozprawie doktorskiej swoje potwierdzenie znalazła teza, że w wyniku ewolucji podejścia administracji do realizacji usług publicznych poprzez wycofywanie się z ich bezpośredniego świadczenia na rzecz zapewnienia ich dostępności, przeobrażeniu uległ model działania administracji i jej odpowiedzialność za zapewnienie infrastruktury i świadczenie usług publicznych. Jednocześnie jednak działalność administracji stała się bardziej skomplikowana, ponieważ wymaga od niej nie tylko wykonania zadań w ramach własnych kompetencji i potencjału, ale także zbadania możliwości, czy zadania te mogą być zrealizowane efektywniej, przy równoczesnym pozostawieniu po stronie administracji pełnej odpowiedzialności za dysponowanie mieniem i

¹¹ J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego...*, op. cit., s. 205.

środkami publicznymi. PPP jest bowiem tylko jednym z narzędzi, które może zostać wykorzystane podczas realizacji zadań publicznych.

Nie bez znaczenia jest również ramowy charakter Ustawy o PPP, który reguluje tylko podstawowe kwestie, dotyczące współpracy publiczno-prywatnej. Jak zaprezentowano w rozprawie w pozostałym, szerokim zakresie prac przygotowawczych oraz zarządzania umową o partnerstwie publiczno-prywatnym działania administracji oparte są na swobodnej decyzji podmiotu publicznego lub znajdują swoją podstawę w aktach prawa *soft law*, w tym w wytycznych i kodeksach tzw. dobrych praktyk, zawierających doświadczenia z poprzednio zrealizowanych przedsięwzięć. Istotnego znaczenia nabierają również kompetencje administracji oraz wartości, związane z działaniem w celu korzyści dla interesu publicznego, a także wykazanie efektywności, która uzasadnia zaangażowanie partnera prywatnego w daną inwestycję.

Przenosząc te rozważania na model funkcjonowania administracji publicznej, można zauważyć, że nowatorski charakter działań administracji w ramach PPP, polegający na stosowaniu narzędzi, znanych bardziej w praktyce biznesowej niż w czynnościach administracyjnych, wymaga wykreowania, jeśli można to tak określić, subsystemu w ramach systemu administracji rządowej, który pełniłby rolę „regulatora rynku przedsięwzięć PPP”. Jest to zauważalne po przeprowadzeniu analizy założeń Polityki PPP na poziomie administracji rządowej. Można z niej wywnioskować, że głównymi celami tego subsystemu jest wsparcie przygotowanych w formule partnerskiej inwestycji, poprzez zintegrowane podejście w zakresie kompleksowych działań państwa w obszarze partnerstwa publiczno-prywatnego. Aby polityka w zakresie rozwoju PPP była efektywna wymaga skutecznego mechanizmu współpracy i koordynacji na różnych poziomach administracji, w tym: opracowywania standardów realizacji tego rodzaju projektów w formie wytycznych i opinii, przygotowania oraz wdrożenia mechanizmów finansowania w ramach montażu finansowych publiczno-prywatnych, udostępnienia sprawdzonych, wypracowanych sposobów alokacji ryzyk i rozwiązania konfliktów podczas długoletniej współpracy w ramach PPP, a także innych kwestii, odrębnych dla tego rodzaju formuły realizacji zadań publicznych. Dodatkowo, administracja powinna współpracować z instytucjami prywatnymi w zakresie tworzenia zachęt do szerokiego wykorzystywania partnerstwa. Chodzi przede wszystkim o instytucje finansowe, takie jak banki, firmy ubezpieczeniowe, ale również o przedsiębiorców prywatnych. Ze względu na specyficzne cechy PPP (jak choćby długotrwałość umów, co

wpływa na sposób finansowania, czy podział ryzyka) wszystkie nowe regulacje, programy albo zmiany powinny być konsultowane między sektorami.

Skoordynowany system działania organów administracji publicznej na różnych szczeblach w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego jest niezbędny również ze względu na potencjał do kreowania norm postępowania, a nawet norm prawnych, jaki posiadają działania podmiotów publicznych w procesie przygotowania do realizacji przedsięwzięcia w formule PPP, postępowania w zakresie wyboru partnera prywatnego i zarządzania umową. Poprzez nabywanie nowych kompetencji, podmioty publiczne tworzą nowe zasady efektywnego działania. Na ich podstawie bowiem powstają nowe wytyczne, które wskazują sposób postępowania dla kolejnych podmiotów publicznych, zainteresowanych pozyskaniem partnera prywatnego do współpracy.

Efektom doświadczeń z przeprowadzonych postępowań w zakresie wyboru partnera prywatnego, jak pokazała dotychczasowa praktyka, są zmiany przepisów Ustawy o PPP. Taka sytuacja miała miejsce np. w związku z niepowodzeniami postępowań, prowadzonych zgodnie z Ustawą o umowie koncesji, które musiały zostać unieważnione po negocjacjach ze względu na brak akceptacji partnerów prywatnych założeń, jakie dla projektu przyjął podmiot publicznych. Tego rodzaju przypadki stanowiły uzasadnienie dla nowelizacji przepisów Ustawy o PPP w 2018 r. i wprowadzenia możliwości wyboru partnera prywatnego z zastosowaniem trybów ustawy Prawo zamówień publicznych¹², bez względu na założenia finansowo-ekonomiczne inwestycji. Oznacza to, że nawet dla przedsięwzięć o charakterze koncesyjnym partner prywatny może być wybierany na podstawie przepisów, dotyczących zamówień publicznych.

Czy zatem organy administracji, która do tej pory pełniła funkcję wykonawczą w celu wykonywania zadań publicznych, stanowią prawo w obszarze partnerstwa publiczno-prywatnego? Jeśli chodzi o kreowanie aktów *soft law*, należy na to pytanie odpowiedzieć twierdząco. Ze względu na specyfikę realizowanego przedsięwzięcia oraz własną sytuację finansowo-gospodarczą, każdorazowo podmiot publiczny natyka się na różne problemy, zarówno podczas postępowania, dotyczącego wyboru partnera prywatnego, jak i w trakcie wykonywania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnego. Informacje te są zbierane przez Departament PPP w Ministerstwie Funduszy i Polityki Regionalnej w celu ewaluacji stanu rozwoju PPP w Polsce, co nierzadko skutkuje propozycjami nowych przepisów, które ułatwią sposób działania przy następnych postępowaniach w zakresie wyboru partnera prywatnego.

¹² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.).

Z drugiej strony, otoczenie instytucjonalne, w tym przejrzystość ram prawnych, szczególnie w zakresie udzielania finansowania na cele inwestycji publiczno-prywatnego jest, w mojej ocenie, czynnikiem przesądającym o rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego na skalę krajową. Potwierdzeniem tego jest uchwalenie Polityki PPP oraz jej aktualizacja po kilku latach, w celu zwiększenia efektywności scentralizowanych działań na rzecz promocji i poszerzenia wiedzy na temat partnerstwa.

Istotnym elementem koordynacji działań administracji jest również organizacja prawnego systemu kontroli przedsięwzięć realizowanych w formule PPP. Ze względu na specyficzne połączenie interesu publicznego i prywatnego w ramach jednej umowy oraz możliwość swobodnego kreowania zasad współpracy przez podmiot publiczny, kontrola w tego rodzaju przedsięwzięciach pełni dwojaką rolę. Oprócz sprawdzenia i oceny prawidłowości przeprowadzonych działań, na obecnym etapie rozwoju rynku kontrola pełni funkcję edukacyjną oraz prawotwórczą. Pierwszy z walorów ma swoje odzwierciedlenie w raportach z przeprowadzonych kontroli przez Najwyższą Izbę Kontroli, na podstawie których tworzy się praktyka realizacji projektów w formule PPP. Druga funkcja dotyczy oceny powtarzających się nieprawidłowości i zaproponowania środków zaradczych w formie opracowania konkretnych wytycznych albo uregulowania danej kwestii w prawie.

Wniosek, jaki nasuwa się w wyniku przeprowadzonych rozważań, dotyczy przede wszystkim podporządkowania wszelkich czynności podmiotu publicznego zasadzie efektywności. Przy czym należy rozumieć ją szeroko, nie zawężając tego zagadnienia wyłącznie do kwestii finansowych. W przypadku PPP wszak koszty realizacji przedsięwzięcia są zazwyczaj wyższe niż w tradycyjnej formule jego realizacji (ze względu na wzrost kosztu pieniądza w czasie obowiązywania umowy), dlatego należy wziąć pod uwagę korzyści, jakie zapewnia partner prywatny, które przeważają nad kosztami finansowymi. Przewagi te stanowią najczęściej: krótsze terminy wykonania robót budowlanych, *know-how* partnera prywatnego, lepsze wyposażenie lub niższe koszty zarządzania powstałą infrastrukturą. Przeprowadzenie oceny tych pożytków (poprzez analizę *value for money*) i podjęcie ostatecznej decyzji o wyborze formuły, w jakiej będzie realizowany projekt inwestycyjny należy do podmiotu publicznego. Warto podkreślić, że nie jest to jednorazowa decyzja, ale jest ona weryfikowana wielokrotnie podczas negocjacji z partnerami prywatnymi, a także podczas opracowania ostatecznego zakresu przedsięwzięcia i zasad współpracy z partnerem w specyfikacji warunków zamówienia i w projekcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Dodatkową trudnością dla podmiotów administracji jest każdorazowe dostosowywanie sposobu postępowania do specyfiki prowadzonego projektu. Jako że przeważająca część podejmowanych czynności nie jest uregulowana w prawie, a wynika z dobrych praktyk albo aktów *soft law*, organy administracji muszą samodzielnie zadecydować w jakim zakresie będą czerpały z wybranych wzorców. To one, nie posiadając jednoznacznie zdefiniowanych norm postępowania, ponoszą odpowiedzialność za poprawność działań i podjętych decyzji. Dlatego też, co starałam się podkreślić, niezwykle ważne jest uzasadnienie przez podmiot publiczny każdej kolejnej decyzji podjętej podczas przygotowań do realizacji projektu w formule PPP oraz w ramach samego postępowania, dotyczącego wyboru partnera prywatnego. Mimo wieloetapowego procesu przygotowawczego, a następnie długoletniego okresu trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, pozwala to na utrzymanie i kontynuację przyjętych założeń oraz celu, w jakim przedsięwzięcie jest realizowane.

Z powyżej zarysowanego etapu rozwoju, na jakim znajduje się rynek projektów partnerstwa publiczno-prywatnego, wynika konieczność wprowadzenia zmian w ustawodawstwie, odnoszącym się tego rodzaju przedsięwzięć. Poniżej zaproponowałam kilka najważniejszych zmian, które moim zdaniem pozwoliłyby na zwiększenie zainteresowania tą formą realizacji inwestycji.

Na zakończenie rozprawy sformułowałam kilka postulatów *de lege ferenda*. Moim zdaniem głównym postulatem w tym zakresie, jest konieczność zmiany, ewentualnie doprecyzowania, brzmienia art. 7 ust. 5 Ustawy o PPP, w świetle którego, jeśli przez partnera prywatnego planowane jest pobieranie opłat od użytkowników, umowa o PPP musi określać maksymalną wysokość opłat oraz warunki ich zmiany. Przepis ten stoi w sprzeczności z praktyką rynkową i wbrew interesom podmiotu publicznego i partnera prywatnego. Każdorazowo bowiem przedsięwzięcie o potencjale komercyjnym zmniejsza (a nawet minimalizuje) udział finansowy podmiotu publicznego. Dodatkowo, partner prywatny ponosi ryzyko popytu na świadczone usługi, co jest bezpośrednio powiązane z polityką cenową. W przypadku, gdy podmiot publiczny ma prawo ingerencji w poziom cen, będzie musiał liczyć się z włączeniem przez partnera prywatnego do kosztów realizacji przedsięwzięcia braku możliwości uzyskania przez niego przychodów z powstałej infrastruktury.

Druga kwestia, którą należy wziąć pod uwagę to konieczność wprowadzenia przez ustawodawcę obowiązku strategicznego podejścia do inwestycji przez gminy i przeprowadzenie tzw. testu partnera prywatnego dla planowanych inwestycji, jak to jest przewidziane w art. 133b ustawy o finansach publicznych¹³. Ustawodawca powinien

wprowadzić taki obowiązek dla inwestycji planowanych przez jednostki samorządu terytorialnego w sytuacji, jeśli budżet danej jednostki przewiduje także przeprowadzenie przedsięwzięć z dofinansowaniem ze środków funduszy Unii Europejskiej. Chodzi o analizę, mającą dać odpowiedź, czy poprzez realizację określonych projektów udziałem partnera prywatnego, możliwe jest przeznaczenie lub zaoszczędzenie środków finansowych na sfinansowanie innych inwestycji, które nie mogą być realizowane z wykorzystaniem formuły PPP (np. ze względu na ich wielkość, brak opłacalności dla partnera prywatnego, czy zbyt wysokie koszty dla podmiotu publicznego). Takie podejście pozwoliłoby na efektywniejsze gospodarowanie majątkiem publicznym przy zachowaniu możliwości jednoczesnego uzasadnienia dla zastosowania partnerstwa publiczno-prywatnego.

Uregulowania w prawie wymagają również następujące kwestie: jednoznaczne potwierdzenie swobody decydowania przez podmiot publiczny o sposobie i zakresie podejmowania działań w ramach przygotowań do realizacji projektu z udziałem partnera prywatnego, a także doprecyzowanie zastosowania już uregulowanych prawnie instytucji, wykorzystywanych podczas prac nad przedsięwzięciem w formule PPP.

Kolejna sprawa to konieczność wzmocnienia kontroli wewnętrznej, skupionej przede wszystkim na eliminowaniu choćby potencjalnych mechanizmów korupcyjnych. Taki niezależny obserwator mógłby sugerować rozwiązania prawne, organizacyjne, techniczne i finansowe w dokumentacji postępowania jeszcze przed jego rozpoczęciem, które mogłyby służyć zapobieganiu pojawianiu się mechanizmów korupcyjnych. W trakcie postępowania jego zadaniem mogłoby być monitorowanie propozycji wykonawców (partnerów prywatnych), składanych podmiotowi publicznemu, w tym zakresie również współpraca z podmiotem publicznym nad propozycjami zmian do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, a także składanie co określony czas raportów dotyczących aktualizacji stanu projektu. Wprowadzenie takiej instytucji do szeroko pojmowanego prawa w zakresie zamówień publicznych, w mojej opinii, wymagałoby co najmniej zmian w przepisach ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym¹⁴ i Ustawy o PPP, albo również w ustawie Prawo zamówień publicznych choćby dla zamówień publicznych powyżej określonej wartości, zamówień w ramach działalności sektorowej oraz dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (por. art. 5 ust. 4, art. 7 pkt 36 ustawy Prawo zamówień publicznych).

¹³ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1634 z późn. zm.).

¹⁴ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t. j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1900 z późn. zm.).

Na koniec należy również podkreślić postulat wprowadzenia obowiązku, określonego w Ustawie o PPP albo w akcie *soft law*, opracowywania podręcznika lub instrukcji zarządzania umową. Obecnie ostatni tom Wytycznych PPP dotyczy tego zagadnienia, jednak ich zakres jest bardzo ogólny.