

DANIEL MAŁDACHOWSKI¹

Umowa koncesyjna – na pograniczu prawa prywatnego i publicznego

Streszczenie

W polskiej doktrynie pojęcie koncesji jest najczęściej utożsamiane z decyzją administracyjną, co wynika z ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej². Koncesja, w tym znaczeniu, jest formą prawną reglamentacji działalności gospodarczej. Nie zalicza się do niej koncesji uregulowanej w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi³. W tym przypadku mamy do czynienia z umową (zwaną umową koncesji), zawieraną przez organy administracji z przedsiębiorcami na wykonywanie robót budowlanych lub usług. W literaturze prawniczej prezentowane są różne stanowiska co do charakteru umowy koncesji. Jedni autorzy opowiadają się za ich publicznoprawnym charakterem, inni natomiast za cywilnoprawnym. W artykule poddano analizie problematykę charakteru prawnego umowy koncesji, wskazując na jej podwójny charakter jako umowy cywilnoprawnej oraz umowy publicznoprawnej, a więc jej miejsce na pograniczu prawa prywatnego i publicznego prawa gospodarczego.

Słowa kluczowe: koncesja, umowa, prawo

¹ Daniel Małdachowski – uczestnik prawniczego seminarium doktoranckiego w Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; e-mail: daniel.maldachowski@wp.pl; ORCID: 0000-0001-6379-4811.

² Tekst jedn.: Dz.U. 2015, poz. 584.

³ Tekst jedn.: Dz.U. 2015, poz. 113.

DANIEL MAŁDACHOWSKI

Concession (licence) agreement. At the intersection of public and private law

Abstract

In the Polish legal doctrine, the notion of concession (licence) is most often associated with administrative decision-making, following the Act of 2 July 2004 on the Freedom of Economic Activity⁴. Concession (licence), in this sense, is a legal form of limiting economic activity. Concessions (licences) governed by this law do not include the concession (licence) regulated in the Act of 9 January 2009 on concessions (licences) for construction works or services, which is based on the concept of an agreement (a concession agreement) concluded between administrative authorities and entrepreneurs for construction works or services. Legal literature presents various opinions on the nature of the concession (licence) agreement. Some authors advocate for its public law nature, while others trace it to civil law. The article discusses the problem of the legal nature of concession (licence) agreement and indicates its duality, being simultaneously a civil law agreement and a public law agreement, and therefore located on the border of private and public commercial law.

Keywords: concession (licence), agreement, law

⁴ Unified text: Journal of Laws of 2015, Item 584, as amended.

Zagadnienia wstępne

Koncesja na roboty budowlane historycznie wywodzi się z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁵, a następnie zasady i tryb jej zawierania oraz środki ochrony prawnej zostały uregulowane w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ustawa ta uregulowała nową instytucję, jaką są koncesje na usługi. Wprowadzenie do polskiego prawa instytucji koncesji na roboty budowlane i koncesji na usługi stworzyło szerokie możliwości wykonywania zadań publicznych przez wykorzystanie potencjału podmiotów prywatnych.

Charakter prawny umowy koncesji wciąż nie jest jednoznacznie określony w piśmiennictwie. W literaturze prawa publicznego prezentowane są różne stanowiska co do charakteru prawnego umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Artykuł 1 ust. 1 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (dalej: u.k.r.b.) wskazuje, że ustawa określa zasady i tryb zawierania umowy koncesji (...). Określenie „umowa” oznacza, że jest to czynność cywilnoprawna, natomiast wiele postanowień ustawy przemawia za publicznoprawnym charakterem tej umowy koncesji. Doprecyzowanie pojęcia umowy koncesyjnej na gruncie nauki prawa stanowi cel badawczy tego artykułu, przy czym dokonanie analizy konstrukcji prawnej umowy koncesji zostanie poprzedzone analizą najważniejszych elementów postępowania o zawarcie umowy koncesji. W celu osiągnięcia zarysowanego wyżej celu badawczego zastosowano metodę formalno-dogmatyczną.

Istota prawna umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi

Koncesje na roboty budowlane lub usługi reguluje ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Z przepisów ustawy wynika, że koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawartej z koncesjodawcą zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi w przypadku: 1) koncesji na roboty budowlane – wyłączone prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym do pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy; 2) koncesji na usługi – wyłączone prawo do wykonywania usług,

⁵ Tekst jednolity: Dz.U. 2015, poz. 2164.

w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy (art. 1 ust. 2 u.k.r.b.).

Zgodnie z definicją koncesji zawartą w dyrektywie unijnej implementowanej przez u.k.r.b.⁶ koncesja na roboty budowlane oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne, z wyjątkiem tego, że wynagrodzenie za roboty, które mają być wykonane, stanowi albo wyłączne prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością. Koncesja na usługi oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem tego, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłączne prawo do korzystania z takiej usługi albo takie prawo wraz z płatnością.

Koncesja na usługi nie wiąże się bezpośrednio z przeprowadzeniem inwestycji, gdyż jej istotą jest eksploatacja infrastruktury należącej do koncesjodawcy. Obowiązkiem koncesjonariusza jest utrzymanie i zarządzanie istniejącą infrastrukturą zaś uprawnieniem – prawo do czerpania pożytków z eksploatacji obiektu w stosunkach z jego użytkownikami, a nie samo prawo do korzystania z takiego obiektu.

Koncesje są umowami o charakterze odpłatnym, poprzez które co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie nimi co najmniej jednemu wykonawcy. Przedmiotem takich umów jest nabycie roboty budowlanej lub usługi w drodze koncesji, za które wynagrodzeniem jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub korzystanie z usług, lub prawo wraz z odpłatnością⁷.

Zgodnie z art. 1 ust. 3 u.k.r.b., płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem *koncesji* nakładów poniesionych przez tego drugiego. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania *koncesji*. Może on odzyskać wszystkie poniesione nakłady, jednak niewyłącznie od podmiotu publicznego. Koncesja występuje więc wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu koncesjonariusza do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie⁸. Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że jeśli wynagrodzenie usługodawcy nie pochodzi od danego organu

⁶ Art. 1 ust. 3 i 4 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 2004.134.114 z dnia 30 kwietnia 2004), s. 114.

⁷ Dyrektywa 2014/23/UE Parlamentu Europejskiej i Rady w sprawie udzielenia koncesji z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz. UE L 2014.94.1 z dnia 28 marca 2014), s. 3.

⁸ A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 29.

władzy publicznej, tylko z opłat wnoszonych przez osoby trzecie, nie ma miejsca zamówienie publiczne, lecz udzielenie koncesji na świadczenie usług publicznych⁹.

Główne uprawnienie objęte koncesją, tj. prawo do eksploatacji obiektów budowlanych lub wykonywania usług, pociąga za sobą przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego o charakterze ekonomicznym wiążącego się z możliwością, że nie odzyska on nakładów inwestycyjnych ani kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji w normalnych warunkach działalności (...) ¹⁰.

Koncesjodawcą jest podmiot, o którym mowa w art. 3 u.k.r.b., lub grupa takich podmiotów obowiązana do stosowania ustawy. W świetle art. 3 u.k.r.b., ustawę stosuje się do zawierania umowy koncesji, przez: 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej; 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; 3) państwowe jednostki budżetowe oraz inne podmioty określone w pkt 4. i 5. Jak określa się w dyrektywie 2014/23/UE, instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający będący organem państwowym, lokalnym czy regionalnym, podmiotem prawa publicznego lub związek takich podmiotów mogą być jedynym źródłem takiej usługi¹¹.

Nie wszystkie rodzaje działalności mogą być realizowane w formie koncesji. Znajdzie ona zastosowanie w przypadkach, w których odbiorcą świadczenia mogą być osoby trzecie, tj. faktyczni użytkownicy jej przedmiotu. W sytuacji, gdy odbiorcą świadczenia jest podmiot, który to świadczenie zamawia, będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym¹².

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi

Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi może być zawarta po przeprowadzeniu postępowania wszczynanego w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, którego celem jest dokonanie przez koncesjodawcę wyboru oferenta podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi.

⁹ Por. wyr. ETS z 13.10.2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen GmbH przeciw Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG., Zb. Orz. 2005, s. I-08585.

¹⁰ Dyrektywa 2014/23/UE, op. cit., s. 3.

¹¹ Ibidem, s. 6.

¹² Uzasadnienie do projektu ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, <http://orka.sejm.gov.pl/druki6ka.nsf/wgdruku/834>, s. 4.

Postępowanie wszczyna koncesjodawca przez publikację ogłoszenia o koncesji (w przypadku koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych, w przypadku koncesji na roboty budowlane przesyła ogłoszenie o koncesji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej)¹³. Niezwłocznie po zamieszczeniu ogłoszenia koncesjodawca zamieszcza także odpowiednie ogłoszenie o koncesji w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

Następnym etapem jest złożenie wniosku przez zainteresowany podmiot o zawarcie umowy koncesji. Wniosek zawiera oświadczenie o zgłoszeniu udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu o koncesji warunków udziału (art. 13 u.k.r.b.). Kolejny etap postępowania stanowią negocjacje, do których koncesjodawca zaprasza tych kandydatów, którzy złożyli wnioski. Przeprowadzone negocjacje mogą dotyczyć wszystkich aspektów koncesji, w tym aspektów technicznych, finansowych i prawnych (art. 14 ust. 1 i 2 u.k.r.b.). Negocjacje są istotnym etapem postępowania o zawarcie umowy koncesji, bowiem umowa dochodzi do skutku w drodze negocjacji. Koncesjodawca nie ma prawnych możliwości ograniczenia liczby podmiotów, z którymi będzie prowadzić negocjacje¹⁴. Jedynie pod wpływem prowadzonych negocjacji koncesjodawca może, przed wysłaniem zaproszenia do składania ofert, dokonać zmian wymagań określonych w ogłoszeniu o koncesji¹⁵. Po przeprowadzonych negocjacjach koncesjodawca zaprasza do złożenia ofert kandydatów, z którymi prowadził negocjacje, przysyłając im opis warunków koncesji (art. 15 ust. 1 u.k.r.b.).

Następnym etapem jest dokonanie przez koncesjodawcę wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w tym opisie (art. 17 ust. 1 u.k.r.b.). Koncesjodawca informuje wszystkich oferentów o wyborze oferty najkorzystniejszej, podając uzasadnienie (art. 17 ust. 5 u.k.r.b.). Oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest obowiązany w terminie wskazanym przez koncesjodawcę złożyć wskazane w opisie warunków koncesji dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 18 ust. 1 u.k.r.b.).

Ostatnim etapem postępowania jest zawarcie umowy koncesji z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie wcześniej niż w terminie 10 lub 15 dni od dnia przesłania oferentom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, w zależności od sposobu przesłania informacji (art. 21 ust. 1 u.k.r.b.). Elementy umowy koncesji określa art. 22 u.k.r.b. Zgodnie z art. 22 ust. 1 u.k.r.b. *umowa koncesji* zawiera:

¹³ Art. 10 ust. 1, 2, 3 u.k.r.b.

¹⁴ E. Norek, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 70.

¹⁵ A. Panasiuk, *Koncesja...*, s. 152.

- 1) określenie przedmiotu *koncesji*,
- 2) termin wykonania przedmiotu *koncesji*,
- 3) okres obowiązywania *umowy koncesji*,
- 4) sposób wynagrodzenia koncesjonariusza,
- 5) określenie płatności koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza,
- 6) wskazanie i podział ryzyka między koncesjodawcę a koncesjonariusza związanego z wykonywaniem przedmiotu *koncesji*,
- 7) normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy wykonywaniu przedmiotu *koncesji*,
- 8) uprawnienia koncesjodawcy w zakresie kontroli wykonywania *koncesji* przez koncesjonariusza,
- 9) warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania *umowy koncesji*,
- 10) warunki i sposób rozwiązania *umowy koncesji*,
- 11) warunki i zakres odpowiedzialności stron z tytułu niewykonania lub nie-należytego wykonania *umowy koncesji*,
- 12) warunki i zakres ubezpieczeń wykonywania przedmiotu *koncesji*,
- 13) wykaz dokumentów, jakie strony *umowy koncesji* są obowiązane uzyskać lub dostarczyć w celu realizacji *umowy* wraz z podaniem terminów, w jakich powinno to nastąpić,
- 14) tryb i warunki rozwiązywania sporów związanych z realizacją *umowy koncesji*.

Artykuł 22 ust. 2 u.k.r.b. stanowi, że w umowie koncesji, jeżeli wynika to z przedmiotu *koncesji*, mogą być zawarte w szczególności postanowienia dotyczące:

- 1) warunków i sposobu udostępnienia koncesjonariuszowi składników majątkowych niezbędnych do wykonania przedmiotu *koncesji*,
- 2) opłat lub sposobu ustalania ich wysokości pobieranych przez koncesjonariusza od osób trzecich z tytułu korzystania z przedmiotu *koncesji*,
- 3) warunków dopuszczalności podwykonawstwa.

Zdaniem E. Norcka art. 22 określa w sposób ramowy postanowienia, które powinny się znaleźć w treści umowy. Postanowienia wskazane w ust. 1 mają charakter postanowień bezwzględnie obowiązujących, a wskazane w ust. 2 należą do zastrzeżeń dodatkowych. Strony w zgodzie z zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.) mogą wprowadzić także inne dodatkowe postanowienia¹⁶.

Według A. Panasiuka przepis art. 22 u.k.r.b. zawiera katalog istotnych postanowień umowy koncesji, które charakteryzują ten typ umowy i bez któregośkolwiek z wymienionych elementów umowa koncesji byłaby nieważna. Użycie w art. 22

¹⁶ E. Norek, op. cit., s. 96.

ust. 2 u.k.r.b. zwrotu „w szczególności” wskazuje na otwarty katalog postanowień umowy. Wymienienie przez ustawodawcę w komentowanym przepisie katalogu postanowień umowy wskazuje na chęć określenia istotnych postanowień takiej umowy, a co się z tym wiąże, wprowadzenie do obrotu prawnego nowego typu umowy nazwanej¹⁷. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, brak któregokolwiek z elementów przedmiotowo istotnych określonych w art. 22 ust. 1 u.k.r.b. będzie pociągał za sobą ryzyko uznania umowy koncesji za nieważną¹⁸.

Umowa koncesji powinna określać m.in. uprawnienia koncesjodawcy w zakresie kontroli wykonywania koncesji przez koncesjonariusza. Ponieważ odpowiedzialnym za realizację zadań publicznych jest zawsze podmiot publiczny – koncesjodawca, a więc musi on kontrolować proces realizacji postanowień koncesji przez koncesjonariusza za pomocą odpowiednich instrumentów prawnych¹⁹.

Okres, na który zostaje zawarta umowa koncesji, powinien uwzględniać zwrot nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonaniem koncesji i nie może być dłuższy niż: 1) w przypadku *koncesji* na roboty budowlane – 30 lat, 2) w przypadku *koncesji* na usługi – 15 lat (art. 24 ust. 1 u.k.r.b.).

Wieloletni charakter umów koncesyjnych wynika z konieczności odzyskiwania przez podmiot prywatny poniesionych nakładów z jednoczesnym uzyskaniem założonego zysku. W obrocie gospodarczym umowy takie wnoszą element trwałości do stosunków kontraktowych pomiędzy jego uczestnikami²⁰.

Przepisów ustawy nie stosuje się w przypadkach zawierania umowy określonych w art. 4 ust. 1 pkt 1–7 u.k.r.b. (np.: której wykonanie jest związane z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli tajności „poufne” lub wyższej albo jeżeli jej wykonaniu muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa, albo jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów państwa; z zainteresowanym podmiotem, który z mocy prawa ma wyłączne prawo do wykonywania działalności będącej przedmiotem koncesji).

Do czynności podejmowanych przez koncesjodawcę i zainteresowane podmioty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny²¹ (art. 5 u.k.r.b.). Przepis ten wskazuje na cywilnoprawny charakter postępowania o zawarcie umowy koncesji oraz samej umowy koncesji.

¹⁷ A. Panasiuk, *Koncesja...*, s. 199.

¹⁸ M. Bejm (red.), *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 293.

¹⁹ A. Panasiuk, *Koncesja...*, s. 213.

²⁰ *Ibidem*, s. 240.

²¹ Tekst jedn.: Dz.U. 2016, poz. 380.

Zainteresowanemu podmiotowi, który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego (art. 27 ust. 1 u.k.r.b.). Wniesienie skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wstrzymuje prawo do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie przez wojewódzki sąd administracyjny (art. 29 ust. 1 u.k.r.b.). Należy zwrócić uwagę, że przepisy u.k.r.b. przewidują możliwość złożenia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego, ale tylko w sprawach związanych z zawarciem umowy koncesji, co uznać należy jako wekslowanie sprawy cywilnej na drogę administracyjną²². Kontrola sądów administracyjnych ogranicza się wyłącznie do legalności działania koncesjodawców. Jest zatem przeprowadzana w węższym zakresie niż w przypadku sądów powszechnych²³.

Umowa koncesji powinna uwzględniać różne cele stron tej umowy, w szczególności celem podmiotu publicznego będzie realizacja zadania publicznego, zaś celem podmiotu prywatnego będzie osiągnięcie zysku w wyniku poniesionych nakładów²⁴.

Charakter prawny umowy koncesji na roboty budowlane i usługi

Charakter prawny umowy koncesji budzi szereg wątpliwości. Termin „umowa” wskazuje, że jest to czynność cywilnoprawna. Jednakże z postanowień ustawy nie wynika wprost, czy jest to umowa prawa cywilnego, czy też ma charakter publicznoprawny²⁵.

Dla jednych autorów umowa koncesji jest swego rodzaju zamówieniem publicznym, wiąże się bowiem z powierzeniem wykonania zadania publicznego podmiotowi prywatnemu. Jednakże różni się od zamówienia publicznego sposo-

²² M. Waligórski, *Koncesje, zezwolenia i licencje w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Poznań 2012, s. 227.

²³ Druk sejmowy Nr 834, *Uzasadnienie...*, s. 34.

²⁴ A. Panasiuk, *Koncesja...*, s. 192.

²⁵ M. Waligórski, *op. cit.*, s. 227.

bem wynagrodzenia oraz zakresem odpowiedzialności²⁶, dla drugich zaś umową publicznoprawną²⁷.

Termin „umowa koncesji” nawiązuje do instytucji prawa cywilnego – umowy prywatnoprawnej oraz do aktu reglamentacji – decyzji koncesyjnej. Koncesja, w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, jest publicznoprawnym uprawnieniem podmiotowym przyznanym decyzją właściwego organu administracji indywidualnie oznaczonemu podmiotowi, który spełnia ustawowo określone wymagania zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe wykonywania określonego rodzaju działalności gospodarczej²⁸. Koncesja w tym ujęciu stanowi jednostronny akt władczy wydany przez właściwy organ administracji publicznej.

Umowa koncesji jest umową cywilnoprawną. O cywilnoprawnym charakterze tej koncesji przesądza treść art. 5 u.k.r.b. stanowiącego, że do czynności podejmowanych przez koncesjodawcę i zainteresowane podmioty w postępowaniu o zawarciu umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny. Przyjęcie w ustawie takiej regulacji nie narusza zasady równości stron, dobrowolności udziału w postępowaniu o zawarciu umowy koncesji lub dobrowolności zawierania umowy²⁹.

Umowa w prawie cywilnym jest to zgodne oświadczenie woli co najmniej dwóch stron, mające na celu powstanie, zmianę lub ustanie skutków prawnych. Do zawarcia umowy koncesji niezbędny jest konsensus poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli koncesjodawcy oraz podmiotu, który złożył wniosek o zawarcie umowy koncesji. Ze względu na cywilnoprawny charakter postępowania o zawarcie umowy koncesji oraz umowy koncesji w relacjach między koncesjodawcą a zainteresowanym podmiotem, a następnie kandydatem, oferentem oraz koncesjonariuszem obowiązuje zasada równości stron wyrażająca się w autonomii podmiotów, którym przysługują własne, prawnie chronione sfery interesów majątkowych i niemajątkowych³⁰.

Należy podkreślić, że umowa cywilnoprawna, zaliczana do tzw. niewładczych form działania administracji, zajmuje ważne miejsce wśród działań administracji

²⁶ C. Banasiński, *Gospodarka komunalna*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2011, s. 148.

²⁷ A. Panasiuk, *Koncesja...*, s. 192.

²⁸ Wyrok SN z dnia 8 maja 1998 r., sygn. III RN 34/98.

²⁹ Por. Druk sejmowy Nr 834, *Uzasadnienie...*, s. 19–20.

³⁰ M. Bejm (red.), op. cit., s. 86.

publicznej i jest alternatywą jednostronnych aktów administracji (decyzji)³¹. W doktrynie podkreśla się, iż dzięki umowom istnieje możliwość optymalnego kształtowania wzajemnych praw i obowiązków, możliwość bezpośredniej kontroli wykonywania zaciągniętych zobowiązań czy też obiektywne rozstrzygnięcie ewentualnych sporów przez sąd cywilny³².

Cywilnoprawny charakter umowy koncesji należy w nauce prawa administracyjnego gospodarczego do zagadnień kontrowersyjnych. Według A. Panasiuka umowa koncesji ma charakter umowy publicznoprawnej. Według tego autora co prawda funkcjonowanie koncesji opiera się na przepisach prawa cywilnego, jednak, cel i istota koncesji dotyczą realizacji zadań publicznych, zatem jest to instytucja prawa administracyjnego³³.

Umowa publicznoprawna, zwana również administracyjną³⁴, nie jest uregulowana w prawie polskim, natomiast od dawna stanowi przedmiot zainteresowania przedstawicieli doktryny prawa administracyjnego. Według J. Zimmermanna przez umowę administracyjną należy rozumieć działanie dwustronne podejmowane z jednej strony przez organ administracji publicznej, a z drugiej strony podmiot będący poza strukturami tej administracji (podmiot zewnętrzny). Umowa taka dochodzi do skutku w drodze negocjacji między administracją publiczną a podmiotem zewnętrznym (obywatelem), który staje wobec tej administracji na równorzędnej pozycji, bez uzależnienia w danym przypadku od władztwa administracyjnego³⁵. Zatem co najmniej jedną ze stron umowy będzie podmiot administracji, a umowa zawierana jest w zakresie jego kompetencji. Nadto, przedmiot takiej umowy musi pozostawać w związku z wypełnianiem służby publicznej, a tym samym służy realizacji celu publicznego. Spory wynikłe na tle wykonywania umowy administracyjnej poddane zostały kognicji sądów administracyjnych³⁶.

Według A. Panasiuka, umowa publicznoprawna powinna charakteryzować się: 1) tym, że zawsze jedną lub obu stronami takiej umowy jest podmiot publiczny;

³¹ Por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010, s. 344; Por. J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Warszawa 2010, s. 228; Por. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005, s. 206.

³² Por. J. Lemańska, *Umowa administracyjnoprawna a umowa cywilnoprawna*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa prof. zw. dr hab. J. Filipka*, Kraków 2001, s. 422.

³³ A. Panasiuk, *Koncesja...*, s. 192.

³⁴ Idem, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, PiP 2008, 2, s. 18; Nie wszyscy autorzy utożsamiają te pojęcia, twierdząc, że pojęcie umowy publicznoprawnej jest szersze zakresowo od pojęcia umowy administracyjnej, np. Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Zakamycze 2004, s. 34–35.

³⁵ J. Zimmermann, op. cit., s. 343–344.

³⁶ Por. J. Wyporska-Frankiewicz, op. cit., s. 236.

2) umiejscowieniem przedmiotu umowy w sferze realizacji zadań publicznych; 3) tym, że realizowane zadania publiczne urzeczywistniają interes publiczny; 4) względną swobodą zawierania umowy, ograniczoną jedynie konkurencyjno-eliminacyjnymi procedurami wyboru partnera; 5) jednoznacznym określeniem rozdziału zadań i czynności podmiotu prywatnego oraz obowiązków podmiotu publicznego, ewentualnie rozdzieleniem takich zadań i czynności między podmiotami publicznymi będącymi stronami umowy; 6) jasnym określeniem odpowiedzialności za dokonywane czynności oraz efekt końcowy; 7) określeniem zasad sprawowania nadzoru i kontroli nad sposobem realizacji powierzonych zadań publicznych³⁷.

Przepisy regulujące zawieranie umów publicznych stanowią akty o randze ustawowej, wyznaczające wiążącą prawnie kompetencję organów administracji publicznej. Nie obowiązuje w tym przypadku zasada swobody kontraktowej. Bezwzględnym elementem konstytuującym pojęcie tej umowy jest jej cel, czyli realizacja zadań publicznych³⁸.

Umowa administracyjna jako prawna forma działania administracji jest uregulowana m.in. w prawie niemieckim. Do niemieckiego systemu prawa regulację umowy administracyjnej wprowadziła federalna ustawa o postępowaniu administracyjnym (VwVfG)³⁹. Zgodnie z § 54 VwVfG, stosunek prawny na obszarze prawa administracyjnego może powstać, zostać zmieniony lub zniesiony na drodze porozumienia stron, czyli umowy. Wspomniany przepis zawiera: 1) uznanie generalnej dopuszczalności zawierania umowy administracyjnej, 2) definicję legalną umowy tego typu⁴⁰. Jak dowodzą doświadczenia niemieckie, obywatel w roli strony takiej umowy aktywnie uczestniczy w procesie kształtowania jej warunków, a przez to ma możliwość lepszego zabezpieczenia swych interesów niż przy wydawaniu aktu administracyjnego⁴¹.

Biorąc pod uwagę cechy wyróżniające umowę administracyjną spośród innych form działania administracji publicznej, należy stwierdzić, że umowa koncesji zawiera wiele elementów charakterystycznych dla takiej umowy. Należy do nich cel umowy koncesji, którym jest realizacja zadań publicznych. Umowa ta, jest zawierana w drodze negocjacji pomiędzy podmiotem publicznym (koncesjodawcą) a podmiotem prywatnym (przedsiębiorcą). Przedmiot umowy jest ściśle związany z materią leżącą w zakresie zadań administracji. Przedmiot koncesji na roboty

³⁷ A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna...*, s. 31.

³⁸ K. Strzyczkowski, *op. cit.*, s. 208.

³⁹ *Verwaltungsverfahrensgesetz* z dnia 25 maja 1976 r. (BGBl. I S. 1253).

⁴⁰ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munchen 1999, s. 352.

⁴¹ A. Kubiak, *Koncepcja umowy administracyjnej (na tle projektu przepisów ogólnych prawa administracyjnego)*, PiP 2009, 4, s. 51.

budowlane lub usługi mogą stanowić „roboty budowlane” lub usługi zdefiniowane w odpowiednich przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, do której odsyła u.k.r.b. (por. art. 2 pkt 5 i 7 u.k.r.b.). Ustawa wymaga, aby umowa koncesji określała uprawnienie koncesjodawcy w zakresie kontroli wykonywania koncesji, ponieważ jest on odpowiedzialny za realizację zadań publicznych. Spory, jakie mogą powstać między koncesjodawcą a zainteresowanym podmiotem, w związku z przeprowadzeniem procedury w celu zawarcia umowy, poddane zostały kognicji sądów administracyjnych. Środkiem ochrony prawnej przysługującym zainteresowanemu podmiotowi, który poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem prawa, jest skarga do sądu administracyjnego.

Przez zawarcie umowy koncesji strony dobrowolnie poddają się nie tylko postanowieniom umownym, ale także rygorom prawa administracyjnego. Osiąga się to przez przyjęcie warunków umowy, które, określając prawa i obowiązki koncesjonariusza w sferze publicznoprawnej, wykraczają poza prawo cywilne⁴².

Należy stwierdzić, że umowa koncesji jest swoistą umową o charakterze mieszanym, w której są obecne charakterystyczne elementy dla umowy cywilnoprawnej a także umowy publicznoprawnej, a więc jej miejsce jest na pograniczu prawa prywatnego i publicznego gospodarczego.

Wnioski

Wprowadzenie terminu „koncesja” do ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi jest kontrowersyjne. Termin „koncesja” utożsamiany jest z formą reglamentacji działalności gospodarczej przez państwo uregulowaną w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawach szczególnych normujących dziedziny działalności koncesjonowanej.

Koncesja według u.k.r.b. różni się swoją konstrukcją prawną od decyzji koncesyjnej wydawanej przez właściwy organ administracji publicznej. Na gruncie u.k.r.b. koncesje są umowami o charakterze odpłatnym. Wynagrodzenie za roboty budowlane lub usługi stanowi albo wyłączone prawo do korzystania z obiektu budowlanego lub usługi, albo takie prawo wraz z płatnością. Ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji ponosi w zasadniczej części koncesjonariusz. Koncesja na roboty budowlane i usługi znajduje zastosowanie tylko wtedy, gdy odbiorcą świadczenia są osoby trzecie, tj. faktyczni użytkownicy przedmiotu koncesji.

⁴² M. Waligórski, op. cit., s. 227.

Koncesje według u.k.r.b. mają charakter kontraktowy, są umowami w zakresie prawa cywilnego polegającymi na wyrażeniu zgodnych oświadczeń woli koncesjodawcy (podmiotu publicznego) i podmiotu prywatnego (przedsiębiorcy).

Umowa koncesji zawiera elementy charakterystyczne dla umowy publicznoprawnej takie jak: 1) przedmiotem umowy jest realizacja zadań publicznych, 2) jedna ze stron umowy jest jednostką sektora finansów publicznych, 3) celem umowy jest realizacja zadań publicznych, 4) koncesjodawca jest uprawniony do kontroli wykonywania koncesji przez koncesjonariusza, 5) część obowiązków jest nałożona na podmiot prywatny drogą nakazu administracyjnego, 6) przy zawieraniu umowy strony nie posiadają pełnej swobody w ustalaniu jej elementów, 7) spory w sprawach związanych z zawarciem umowy koncesji rozstrzygane są przez sąd administracyjny.

W umowie koncesyjnej występują zarówno elementy administracyjnoprawne, jak i cywilnoprawne. Charakter cywilnoprawny oraz publicznoprawny umowy koncesji umiejscawia ją na pograniczu prawa cywilnego i publicznego.

Oparcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi na przepisach prawa cywilnego, wynika z faktu, że polskie prawo nie reguluje instytucji umowy publicznoprawnej. Umowa jako akt dwustronny, zaliczany do niewładczych form działania administracji jest formą elastyczną pozwalającą powiązać interesy stron i dlatego jest szeroko stosowana przez podmioty administracji. Jednak umowa cywilnoprawna jako forma prawna działania administracji nie może zastąpić umowy publicznoprawnej, gdyż jej istota nie odpowiada stosunkom administracyjnoprawnym.

Uregulowanie umowy publicznoprawnej jako formy alternatywnej do władczych form działania administracji (decyzji administracyjnych) jest celowe. Jak podkreślają przedstawiciele nauki prawa administracyjnego, forma działania administracji publicznej zwana umową administracyjną (umową publicznoprawną) stanowi podstawową formę działań dwustronnych charakterystyczną dla demokratycznego państwa prawnego i związaną z ważną dla tego państwa zasadą subsydiarności (pomocniczości)⁴³.

Bibliografia

- Banasiński C., *Gospodarka komunalna*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2011.
- Bejm M. (red.), *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Warszawa 2011.

⁴³ J. Zimmermann, op. cit., s. 343.

- Cieślik Z., *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Zakamycze 2004.
- Kubiak A., *Koncepcja umowy administracyjnej (na tle projektu przepisów ogólnych prawa administracyjnego)*, PiP 2009, 4.
- Lemańska J., *Umowa administracyjnoprawna a umowa cywilnoprawna*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa prof. zw. dr hab. J. Filipka*, Kraków 2001.
- Maurer H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munchen 1999.
- Norek E., *Ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Panasiuk A., *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Panasiuk A., *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, PiP 2008, 2.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005.
- Uzasadnienie do projektu ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi*, <http://orka.sejm.gov.pl/druki6ka.nsf/wgdruku/834>.
- Waligórski M., *Koncesje, zezwolenia i licencje w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Poznań 2012.
- Wyporska-Frankiewicz J., *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Warszawa 2010.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010.