

Recenzja rozprawy doktorskiej mgr. Anny Śniecikowskiej pt. *Partnerstwo publiczno-prywatne jako metoda realizacji zadań publicznych*.

1. Zakres i układ dysertacji

Treść merytoryczną pracy rozpoczynają rozważania dotyczące uwarunkowań historycznych, prawnych i aksjologicznych partnerstwa publiczno-prywatnego. Przedstawiono w nim szereg definicji różnych autorów dotyczących pojęcia partnerstwa publiczno-prywatnego, lecz zabrakło w nim poruszenia i rozwinięcia zagadnienia zmiany status stron umowy o PPP, tj. sytuacji, gdy dotychczasowy podmiot publiczny np. spółka kapitałowa Skarbu Państwa lub komunalna staje się w pełni zależna od podmiotów sektora prywatnego (następuje jej prywatyzacja) lub dotychczasowy partner prywatny np. spółka kapitałowa staje się w pełni zależna od Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. Takie sytuacje są hipotetyczne, ale nie można ich wykluczyć w okresie trwania wieloletnich umów o PPP a w sytuacji gdyby dotychczasowy podmiot publiczny utraciłby ten statut w znaczeniu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, to powstaje pytanie czy nadal następuje realizacja dotychczasowego zadania publicznego poprzez partnerstwo prywatno-prywatne, czy też dotychczasowa umowa traci związek z wykonywaniem zadania publicznego. W rozdziale pierwszym Autorka zaprezentowała poglądy przedstawicieli doktryny i Trybunału Konstytucyjnego na istotny problem badawczy dotyczący zakresu wolności gospodarczej państwa jako podmiotu gospodarującego i czy do przedmiotowej działalności gospodarczej można stosować zasadę prawa cywilnego, że „co nie jest prawnie zabronione, jest dozwolone”. Trafne są spostrzeżenia Autorki, że:

- prywatyzacja zadań ogranicza aktywność państwa w gospodarce, jednakże nie powoduje przeniesienia odpowiedzialności za wykonanie zadania na podmiot prywatny, jej celem ma być jedynie efektywniejsza jego realizacja (s. 39),
- wydatkowanie środków publicznych w ramach instytucji partnerstwa publiczno – prywatnego powinno służyć racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych (s. 46),
- partnerstwo publiczno-prywatne stanowi, przykład działania niewładczego administracji w sferze dominum (s. 62).

Kontrowersyjne są poglądy Autorki zaprezentowane na stronach:

- 46, że wdrożenie partnerstwa winno przyczynić się do powstania oszczędności po stronie podmiotów publicznych, przy jednoczesnym zagwarantowaniu wysokiego poziomu świadczonych usług,

Realizacja zadań publicznych poprzez partnerstwo publiczno-prywatne nie zawsze jest najtańszym sposobem ich wykonywania. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy partner prywatny na etapie wykonania infrastruktury a później świadczenia usług korzysta z kredytu, który jest wyżej oprocentowany niż kredyt dla podmiotu publicznego, a płatności od użytkowników ostatecznych nie występują lub są na minimalnym poziomie. Doświadczenia Wielkiej Brytanii wskazują, że PPP nie zawsze przyczynia się do oszczędności w sektorze publicznym, lecz również prowadzi do wzrostu wydatków, co było jedną z przyczyn ograniczenia realizacji zadań publicznych w Wielkiej Brytanii z wykorzystaniem PPP.

- 55, że użyteczność publiczna jest strefą w której co do zasady podmioty publiczne, nie działają jako przedsiębiorcy.

Zakład budżetowy świadczący usługi wodno-kanalizacyjne, czy też transportu miejskiego jest przedsiębiorcą. Brak nastawienia na osiągnięcie zysku nie ma znaczenia dla zakwalifikowania jednostki organizacyjno-prawnej, jako przedsiębiorcy.

W rozdziale drugim zaprezentowany został szeroki przegląd literatury przedmiotu m.in. na temat pojęcia zadania publicznego a ponadto sformułowana została przez Autorkę trafna własna definicja zadania publicznego (s. 68 drugi akapit). Autorka nie dokonała wykładni literalnej pojęcia „zadanie publiczne” a także nie zajęła się problemem czy zadanie publiczne może być wykonywane na rzecz pojedynczych jednostek (osób fizycznych, prawnych, jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, rezydentów, nierezydentów itp.), wobec czego został pominięty problem celowości zawierania umów o PPP do realizacji przedsięwzięć na rzecz niewielkiej liczby beneficjentów. Nie zasługuje na akceptację pogląd Autorki, że „prawo nie przyznaje samorządowi terytorialnemu kompetencji w zakresie kreowania zadań publicznych” (s. 69). Odmienny wniosek wynika z łącznej wykładni przepisów art. 6 i 7 ustawy o samorządzie gminnym i art. 14 ustawy o samorządzie wojewódzkim, co znalazło m.in. wyraz w opublikowanych referatach i wystąpieniach uczestników konferencji naukowej pt. *Zadania własne gmin. Czy art. 6 i 7 ustawy o samorządzie gminnym można „odmrozić”?* która odbyła się w Kliczkowie w październiku 2010 r. opublikowanych w „Finansach Komunalnych” 2011, nr 1-2. Nietrafny jest również pogląd Autorki, że za zadanie publiczne można uznać takie które mają umocowanie w Konstytucji (s. 70). Mogą zdarzyć się przypadki szczególne, nie wymienione w żadnych

ustawach jako zadania do wykonania przez podmioty publiczne, wymagające natychmiastowych działań ze strony podmiotów publicznych. W takich przypadkach wykonywane zadania przez podmioty publiczne, również są zadaniami publicznymi.

Rozdział trzeci zawiera opis procedur wyboru partnera prywatnego wg zasad określonych w prawie zamówień publicznych, ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi i ustawie o gospodarce nieruchomościami. Słuszne są spostrzeżenia Autorki, że takie kryteria wyboru partnera prywatnego jak funkcjonalność i jakość są trudno mierzalne (s. 133). Nie trafne są poglądy Autorki, że „budowa szpitala w Żywcu to doskonały przykład pokazujący efektywność metody jaką jest partnerstwo publiczno-prywatne wobec klasycznego rozwiązania” (na podstawie u.z.p.). Poszukiwanie partnera prywatnego przez Powiat Żywiecki trwało kilka lat, gdyż potencjalnie zainteresowani przedsiębiorcy, szybko rezygnowali z angażowania się przygotowanie oferty, ze względu na bardzo wątpliwy zysk i duże ryzyko finansowe. Nie sposób nazwać PPP, jako efektywnej metody realizacji zadań publicznych, gdy od momentu zamiaru realizacji zadania w partnerstwie publiczno-prywatnym do podpisania umowy upływa kilka lat. W rozdziale trzecim Autorka nie poruszyła problemu jak ma postąpić podmiot publiczny w sytuacji, gdy rozpoczął procedurę wyboru partnera prywatnego na podstawie przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, gdyż planował, że wynagrodzenie partnera prywatnego będą stanowić pożytki, a po negocjacjach okaże się, że zainteresowane podmioty mogą złożyć oferty w których będą oczekiwać, że ich wynagrodzenie będzie stanowić w ponad połowie zapłata sumy pieniężnej od podmiotu publicznego. Najłatwiej będzie takie postępowanie odwołać o ile w ogłoszeniu o PPP taką okoliczność przewidziano (art. 19 ust. 1 u.k.r.b.u.). Przepis art. 19 ust. 2 u.k.r.b.u. stanowi, że zastrzeżenie w ogłoszeniu możliwości odwołania postępowania bez podania przyczyn jest nieważne. W związku z powyższym pojawia się następny problem do rozwiązania, jak pod względem cywilistycznym należy ocenić umowę o PPP zawartą w wyniku nieprawidłowego prowadzonego postępowania o wybór partnera prywatnego tj. na podstawie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi a powinno być prowadzone na podstawie prawa zamówień publicznych. Czy jest to umowa nieważna ze względu na art. 58 §1 k.c. tj. obejście ustawy? Ten problem nie został dostrzeżony, podjęty i rozwiązany przez Autorkę.

W rozdziale czwartym dokonana została charakterystyka prawna umowy o partnerstwo publiczno-prywatne. Niepotrzebnie na s. 204 Autorka zamieściła opis wyboru partnera prywatnego na podstawie przepisów u.k.r.b.u., gdyż temu zagadnieniu został poświęcony rozdział trzeci. Na s. 209 i następnych Autorka przychyliła się do poglądu wyrażonego przez

niektórych przedstawicieli doktryny, że umowa o PPP jest umową nazwaną. Umowie można nadać cechy nazwanej, gdy określone zostało przez przepisy prawa minimum jej składników tj. strony umowy, przedmiot umowy oraz treść czyli prawa i obowiązki stron (W. J. Katner (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, W. J. Katner (red.) tom 9, Warszawa 2010, s. 6). Kontrahenci, zawierając umowę nazwaną mogą ograniczyć się do określenia jednego ze świadczeń wzajemnych i podania nazwy umowy, jeżeli przepisy ją regulujące wskazują sposób ustalenia drugiego świadczenia wzajemnego (A. Brzozowski (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, E. Łętowska (red.), tom 5, Warszawa 2006, s. 407 oraz J. Rajski (w:) J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002, s. 26). Przepisy u.p.p.p. regulujące umowę o PPP nie określają praw i obowiązków stron, w ten sposób, że jeżeli wskaże się w umowie tylko prawa lub obowiązki partnera prywatnego lub podmiotu publicznego to z przepisów ustawy o p.p.p. można odczytać pozostałe prawa i obowiązki drugiej strony umowy. Partnerstwo publiczno-prywatne może dotyczyć bardzo różnych przedsięwzięć jak budowa basenu, drogi, świadczenia usług komunikacyjnych, szkoleniowych (bez konieczności tworzenia jakiegokolwiek infrastruktury). W ramach umowy o PPP może być zawarte kilka umów np. umowa dzierżawy składnika majątkowego wniesionego przez podmiot publiczny, umowa o wykonanie robót budowlanych, umowa o zarządzanie wytworzonym składnikiem majątkowym, umowa o dopłaty do wynagrodzenia partnera prywatnego, umowa przewozowa, umowa spółki kapitałowej, komandytowej, komandytowo-akcyjnej itp. Słuszne są uwagi Autorki, że umowa o PPP jest umową ramową. Przyjęcie, że umowa o PPP jest umową ramową jak np. umowa konsorcjum bankowego, przeczy pogładowi o tym, że jest to umowa nazwana. Autorka w pracy nie poruszyła specyfiki realizacji zadań publicznych w PPP, gdy współpraca pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym wynika z umowy spółek prawa handlowego.

W rozdziale piątym Autorka przedstawiła problematykę kontroli partnerstwa publiczno-prywatnego. Słuszna jest uwaga Autorki, że kontrola sprawowana przez podmiot publiczny na podstawie art. 8 u.p.p.p. nie ma charakteru władczego (s. 282.). Słuszny jest postulat *de lege ferenda* Autorki dotyczący zwiększenia uprawnień RIO kontroli umów o PPP w zakresie dotyczącym ich wpływu na dług publiczny (s. 286). W rozdziale tym Autorka niepotrzebnie opisała funkcjonowanie poszczególnych organów kontroli jak RIO, KIO, Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, co jest mało związane z tematem pracy.

Nietrafny jest postulat Autorki *de lege ferenda* o konieczności przywrócenia obligatoryjnych analiz finansowych i prawnych w celu sprawdzenia, jak to miało miejsce w pierwszej ustawie

o PPP z 2005 r. czy w konkretnym przypadku realizacja zadania publicznego poprzez partnerstwo publiczno-prywatne będzie metodą bardziej korzystną i gwarantującą należyte wykonanie zadania publicznego, aniżeli jego wykonanie na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych (s. 289). Wykonanie przedmiotowych analiz jest kosztowne, czasochłonne oraz wymaga zaangażowania zewnętrznych wyspecjalizowanych podmiotów. W przypadku, gdy przedmiotem PPP ma być obowiązkowe zadanie publiczne, które musi być wykonywane przez podmiot publiczny, nie dysponujący własnymi środkami finansowymi i nie mogącym się zadłużyć, PPP pozostaje ostatnią możliwością realizacji zadania publicznego, np. taka sytuacja miała miejsce w przypadku budowy szpitala w Żywcu. Po co w takich przypadkach przeprowadzać jakiegokolwiek analizy finansowe, prawne, skoro umowa o PPP zostanie zawarta z podmiotem, który wyrazi na to gotowość w efekcie dwustronnych negocjacji. Podmiot publiczny może w takich przypadkach zawrzeć umowę o PPP na warunkach partnera prywatnego, nie zawrzeć żadnej umowy, poszukiwać kolejnego partnera prywatnego i z nim negocjować lepsze warunki umowy o PPP. Fakultatywna analiza poprzedzająca zawarcie umowy powinna ograniczyć się do określenia wysokości płatności podmiotu publicznego, które jest w stanie zaakceptować i ponieść w okresie wieloletnim. Słuszne są spostrzeżenia Autorki dotyczące negatywnych skutków PPP sformułowane na s. 292 tj. możliwy spadek jakości usług, zagrożenie ciągłości realizacji zadania publicznego, utrata kontroli nad procesem świadczenia usług, nadmierny wzrost opłat ponoszonych przez usługobiorców, zagrożenia dla prawidłowości procesu świadczenia usług. Warty do rozważenia przez ustawodawcę jest postulat Autorki upowszechnienia umów o PPP poprzez powstanie specjalnych publicznych instytucji doradczych, które pomagałyby w podejmowaniu decyzji o wykorzystaniu PPP a zarazem dostarczałyby wiążących regulacji w zakresie interpretacji przepisów (s. 292). Autorka nie wskazuje jednak w jakiej formie organizacyjno-prawnej powinna działać przedmiotowa instytucja i jakie znaczenie pod względem formalno-prawnym miałyby przygotowywane przez nią analizy, opinie itp. Jeżeli miałyby zostać utworzona przedmiotowa instytucja, należałoby ją wyposażać w szersze kompetencje niż wydawanie opinii doradczych i wykonywanie analiz finansowych, prawnych itp. co mogą wykonywać podmioty prywatne.

W całej pracy Autorka w ograniczonym zakresie podejmuje dyskusje z prezentowanymi poglądami w literaturze przedmiotu i orzecznictwem a byłby to jej dodatkowy wkład własny. Prezentując różne poglądy, zwykle ogranicza się do akceptacji jednego z nurtów bez zaprezentowania własnych argumentów na jego poparcie. W ograniczonym zakresie praca napisana jest bez sięgania do innych publikacji. Załedwie dziewięć stron (s. 116, 117

zawierające opis dialogu konkurencyjnego, s. 123, 127, 213-215, 218, 229, 232, 256) w pracy jest napisanych w całości bez przypisów. Wartość pracy naukowej nie polega na powołaniu tego co wcześniej inni napisali, lecz na sformułowaniu i prezentacji własnych poglądów, postulatów zmian w prawie wraz z argumentacją uzasadniającą przedmiotowe zmiany, będących nowymi rozwiązaniami problemów badawczych. W pracy nieliczne są postulaty *de lege ferenda*, zawarte głównie zakończeniu pracy.

2. Uwagi do pracy

W pracy zdarzają się nieprawidłowo napisane przypisy, na stronach:

- 171 znajduje się przypis 3 w którym nie podano tytułu książki,
- 173 w przypisie 8 część tytułu książki nie została napisana czcionką pochyłą (*italikiem*),
- 180 w przypisie 44 błędnie napisano nazwisko autora jest „J. Łętowskiej” a powinno być J. Łętowski,
- 181 do zdania „Umowy administracyjnoprawne charakteryzuje pośrednie organizowanie przez organy administracji publicznej i jej stosowanie również innych niż właściwe dla umów, stosunków majątkowych tudzież dziedzin życia społecznego” jest przypis 57 o treści M. Kania, op. cit., s. 158, wskazujący na monografię *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013; w przedmiotowej monografii na str. 158 do tego zdania jest przypis 129 odsyłający do książki J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, Kraków 2001, wobec czego prawidłowy przypis w doktoracie powinien mieć brzmienie J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, Kraków 2001, s. 138, cyt. za M. Kania, op. cit., s. 158,
- 156 przypis 92 dotyczący dwóch zdań „Jak wskazuje W. Gonet koncesjodawca znając treść złożonych ofert, nie może w trakcie składanych wyjaśnień sugerować zmiany np. kosztów użytkowania przedmiotu koncesji, wysokości dopłat, wysokości opłat beneficjentów. Takie działania wyczerpują znamiona naruszenia zasady uczciwej konkurencji”; przypis 92 ma następującą treść „W. Gonet, op. cit., s. 45.”, co wskazuje, że na poprzednich stronach powołana została jakaś publikacja W. Gonet, a tak nie jest; zdania te zostały zaczerpnięte z publikacji W. Gonet, *Komentarz do ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Wzory umów i pism*, Warszawa 2009, s. 45, która nie była powoływana przed stroną 156 dysertacji oraz której brak w wykazie literatury,
- 185 przypis 84 podano zły rok wydania książki 1986, w tym roku jeszcze nie istniał Kantor Wydawniczy „Zakamycze”.

Na stronie 89 znajduje się zdanie „Wartym podkreślenia jest, iż jak wskazuje Z. Niewiadomski podmiot niepubliczny, wykonując zadania administracji publicznej, pozostaje podmiotem prywatnym, ale w sensie funkcjonalnym ma charakter podmiotu administrującego i staje się – w tym jedynie zakresie – podmiotem administrującym, elementem funkcjonalnie rozumianego systemu administracji publicznej.” W tym zadaniu mylnie wskazano, że jest to pogląd Z. Niewiadomskiego. Przypis na stronie 98 do tego zdania prawidłowo wskazuje, że jest to pogląd autorstwa M. Stahl z książki M. Cherka, Z. Czarnik, M. Dyl, K. Jaroszyński, Z. Niewiadomski, A. Paczkowska-Tomaszewska, J. Posłuszny, M. Stahl, R. Stankiewicz, P. Wajda, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *System prawa prywatnego. Tom 6. Podmioty administracyjne*, Warszawa 2011, s. 536 (trzeci akapit).

W pracy zdarzą się sformułowania wskazujące na powoływanie się na przedstawicieli doktryny, bez wskazania w przypisie, dzieł przedmiotowych przedstawicieli np. na stronie 127.

W dysertacji zdarzają się również nieliczne błędy literowe np.: s. 34 „wskazaniena” zamiast „wskazanie na”, s. 37 „daje” zamiast „daje”, s. 71 „spoczywana” zamiast „spoczywa”, s. 104 „wydaję się” zamiast „wydaje się”, s. 121 „raz” zamiast „oraz”, s. 174 „wydaję się” zamiast „wydaje się”, s. 206 „występuję” a powinno być „występują”, s. 220 „wato” a powinno być „warto”, „zalicza” a powinno być „zaliczyć”, s. 229 „występuje” zamiast „występują”, s. 260 „przekroczenie” zamiast „przekroczenia”, s. 288 „metody” zamiast „metode”, s. 237 „zgodnie powyższym” zamiast „zgodnie z powyższym”. Na stronie 139 znajduje się zdanie niewłaściwe zredagowane „Bardzo często również bardzo trudna do określenia jest suma pieniężna.” Na stronie 157 znajduje się zdanie rozpoczynające nowy akapit nie dokończone: „Ponieważ w przypadku postępowania koncesyjnego nie wszystkie zainteresowane nim podmioty muszą wykazać spełnianie warunków za pomocą dokumentów.” Na stronach 162, 164 Autorka użyła określenia „partner publiczny”, a powinna zgodnie z u.p.p.p. posługiwać się określeniem „podmiot publiczny”.

Na s. 10 i 11 znajdują się dwa przykłady partnerstwa publiczno-prywatnego ze starożytnych Grecji i Rzymu, bez podania źródła w przypisach skąd na ich temat Autorka zaczerpnęła informacje.

W pracy bardzo często używane jest potoczne, nienaukowe słownictwo i wyrażenia jak np.:

- „w oparciu” na stronach 4, 5, 6 (trzy razy), 7 (trzy razy), 8 (trzy razy), 9, 12, 44, 68, 72, 111 (trzy razy), 112, 114 (trzy razy), s. 115, s. 126 (trzy razy), 127, 134 (trzy razy), 135 (dwa razy), 138, 139, 161 (dwa razy), 162 (dwa razy), 163 (dwa razy), 164 (dwa razy), 165, 168, 167, 169, 194, 195, 204, 216, 229, 232 (trzy razy), 233 (trzy razy), 239, 240 (dwa razy) 249 (dwa

razy), 253 (trzy razy), 258, 259, 262 (trzy razy), 270, 276, 285 (trzy razy), 288 (dwa razy), 286 (sześć razy), 292 (cztery razy), 293 (sześć razy), 294,

- „w odniesieniu”, na stronach 8, 9, 74, 75, 83, 84, 85, 97, 99, 100, 114, 127, 133, 138, 140 (dwa razy), 144, 145, 146, 155, 158 (dwa razy), 175, 181, 183, 185, 199, 205, 206 (dwa razy), 216, 217, 219, 226, 229 (trzy razy), 230 (dwa razy), 257, 259, 267, 270, 279 (dwa razy), 282, 283, 290, 294, 299,

- „...chodzi...” na stronach 18, 43, 44, 56, 75, 99, 119, 121, 151, 164, 217, 219, 232,

- „...idzie...” s. 57, „...idąc...”, s. 81, „... z kolei...” s. 185, „...rodzić...” s. 222, „odnośnie” s. 229.

Na stronach 213, 225 znajduje się łacińskie wyrażenie „essentialia negotii” nie napisane pismem pochyłym (*italikiem*). Jako całość praca jest napisana niestarannie.

3. Konkluzja

Rozprawa doktorska mgr Anny Śniecikowskiej w ograniczonym zakresie jest prezentacją własnych poglądów Autorki. Podstawowe zagadnienie badawcze, tj. „...partnerstwo publiczno-prywatne może być uznane za formę prywatyzacji zadań publicznych i sposób nowego zarządzania w sektorze publicznym” zostało wykonane. Drugi cel pracy „...wykazanie, iż partnerstwo nie tylko może być alternatywą dla klasycznej realizacji zadania publicznego, ale również może skutkować zdecydowanie bardziej efektywną jego realizacją, przynoszącą korzyści zarówno stronie publicznej jak i prywatnej” (s. 5) mniej przekonywująco został udowodniony. Dysertacja *Partnerstwo publiczno-prywatne jako metoda realizacji zadań publicznych* jest oryginalnym rozwiązaniem problemu naukowego. Doktorantka wykazała się wiedzą prawniczą w dyscyplinie naukowej prawo oraz ogólną wiedzą teoretyczną w dyscyplinie prawo. Rozprawa doktorska mgr Anny Śniecikowskiej spełnia na wystarczającym poziomie wymagania określone w art. 13 ust. 1 ustawy z 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (tekst jednolity Dz.U. z 2014 r., poz. 1852 ze zm.) i może być przedmiotem dalszych czynności w przewodzie o nadanie stopnia doktora.

Wojciech Gonet