

mgr Kacper Rożek¹

Uwarunkowania prawne umowy administracyjnej jako niechcianej przez polskiego ustawodawcę formy działania administracji publicznej

Streszczenie:

Umowa administracyjna jest pożądanym, aczkolwiek niewprowadzonym jeszcze do polskiego porządku prawnego, narzędziem działalności organów administracji publicznej. Pomimo jej nazwy i bezpośredniego związku z prawem prywatnym, zdominowanym wszak przez kontrakty, jej podstawą są w większości normy publicznoprawne. Ten rodzaj prawnej formy działania administracji publicznej powinien mieć niewątpliwie swoje wyrażne odzwierciedlenie w przepisach obowiązującego prawa, co podyktowane jest naczelną zasadą legalności. Przedmiotowa umowa czynić mogłaby też zadość funkcjom państwa socjalnego, w kierunku którego zmierza Rzeczpospolita Polska. Jej cechy są również obecnie zauważalne w różnego rodzaju nazwanych kontraktach, jednakże nie mogą być jej całkowicie przypisane, z uwagi na brak odpowiednich przepisów. *Ratio legis* wprowadzenia tej formy działania do polskiego porządku prawnego wydaje się być bardzo klarowne. Dlatego też nieuzasadnionym i niezrozumiałym jest ciągle rezygnowanie ustawodawcy z wprowadzenia umowy administracyjnej do polskiego prawa.

Słowa kluczowe: umowa administracyjna, forma działania, administracja publiczna, kontrakt publicznoprawny, zasada legalności

Wstęp

Zasady legalności i praworządności, które wyodrębnić można nie tylko z Kodeksu postępowania administracyjnego, ale też z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²,

¹ Autor jest magistrem prawa (2017) oraz doktorantem w Katedrze Prawa Administracyjnego WPiA UJ.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483).

stanowią, że administracja publiczna może działać tylko w granicach i na podstawie przepisów prawa stanowionego. Oznacza to w praktyce nic innego, jak posługiwanie się takimi narzędziami, które to prawo wyraźnie przewiduje. Dlatego też z faktu udanego stosowania jakiejś formy działania w obcych prawodawstwach oraz braku polskiej regulacji w tym zakresie, organy administracji publicznej nie są władne tworzyć nowych form wypełniających pewne luki regulacyjne. W taki sposób doktrynie prawa publicznego pozostawione zostaje ważne zadanie – naukowego lobbowania u ustawodawcy w kwestii jasnego i całościowego wymienienia nowej formy działania.

Powyższy wywód wydaje się egzemplifikować forma działania administracji publicznej nieprzewidziana jeszcze *expressis verbis* przez polski porządek prawny, tj. umowa administracyjna bądź też kontrakt publicznoprawny. Bez wątpienia należy jednak stwierdzić, że jest ona już przedmiotem licznych rozważań teoretyków i praktyków prawa administracyjnego. W literaturze dostrzegany jest bowiem cały szereg korzyści, które z niej płyną, zarówno dla administracji publicznej, jak i podmiotów pozostających poza nią. Szczególny wpływ na stanowiska polskich prawników mają unormowania, a co za tym idzie doktryna i orzecznictwo, takich państw jak Niemcy czy Francja.

Niemniej jednak, umowa administracyjna, jako forma działania w innych państwach, pozostaje wciąż młodą instytucją. Wprowadzana bywa ona bowiem w sposób niezwykle chaotyczny oraz niekonsekwentny. Zresztą także i w polskim porządku prawnym można dopatrywać się umów administracyjnych w kontraktach, które na pierwszy rzut oka rządzone są przez reżim prawa prywatnego, ale po głębszej analizie wzbudzają uzasadnione ku temu wątpliwości.

Dlatego dyskusja przeprowadzona w niniejszym artykule zostanie poprowadzona z użyciem metod prawoporównawczych, historycznoprawnych oraz argumentów tak *de lege lata*, jak i *de lege ferenda*.

Prawo publiczne jako źródło unormowania umowy administracyjnej

Jak twierdzi J. Lemańska, umowy administracyjne mające za przedmiot realizację zadań publicznych różnią się od umów cywilnoprawnych tym, że są w wysokim stopniu uregulowane przez przepisy prawa administracyjnego³. Można nawet powiedzieć, że ze znaczną ich przewagą. Wątpliwej, mimo wszystko, podstawy umowy administracyjnej, orzecznictwo i doktryna doszukiwały się tak w prawie publicznym, jak i prywatnym. W związku z tym, aby określić źródło unormowania tejże prawnej formy działania administracji, niezbędna jest próba analizy poglądów przedstawianych w literaturze na temat jej prawnej przynależności. W tym celu wykorzystać należy metodę przeciwstawiania sobie prawa administracyjnego i prywatnego w odniesieniu do instrumentów, którymi posługują się obie dziedziny.

Truizmem jest stwierdzenie, że prawo publiczne przeciwstawiane jest prawu prywatnemu. W tym aspekcie powstało wiele teorii, według których rozróżnia się te dwie

³ J. Lemańska, *Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna* [w:] I. Skrzydło-Niżnik, P. Dobosz, D. Dąbek, M. Smaga, *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego, Księga jubileuszowa prof. J. Filipka*, Kraków 2001, s. 422.

gałęzie. W istocie najprostsze kryterium sprowadza się do negacji któregoś z praw, co oznacza, że albo dane prawo jest albo prywatne, albo publiczne⁴. Wiadomym jest jednak, że jest to zbyt daleko wybiegające uproszczenie.

Dla rozróżnienia tego, czy u podstaw danej czynności, zastosowanej formy działania, czy nawet samego prawnie zdefiniowanego zachowania się jakiegoś podmiotu leży prawo cywilne czy administracyjne, stosuje się przeróżne kryteria. Przykład stanowić może tutaj kryterium stosunku prawnego, który – jak wynika z poprzednich rozważań w obrębie prawa administracyjnego – jest co do zasady nierównorzędny⁵. W rzeczywistości istnieje *gros* stosunków prawnych, które należą do prawa administracyjnego, a są całkowicie lub tylko względnie równorzędnymi, tak jak np. forma umowy administracyjnej.

Idąc za J. Łętowskim stwierdzić należy, że podział na stosunek administracyjnoprawny i cywilnoprawny, który *prima facie* jawi się jako dychotomiczny, „coraz rzadziej niesie ze sobą automatyczną ostateczną decyzję dotyczącą jego charakteru i treści czy też drogi rozwiązywania konfliktów mogących powstać na jego tle”⁶. Z kolei E. Schmidt-Aßmann proponuje wyodrębnienie tzw. „nauki dwóch stopni”, oznaczającej wprowadzenie obok siebie instytucji prawa administracyjnego i cywilnego, czyli zakładającej ich współistnienie w ramach jednego stosunku prawnego, ale będących dogmatycznie rozdzielonymi. W taki też sposób można mówić o prawie administracyjnym prywatnym, gdzie powiązane są działania administracji i podmiotów prywatnych (tak jak może się to właśnie objawić na gruncie instytucji umowy administracyjnej)⁷.

Należy również w tym kontekście wspomnieć o bezwzględności obowiązywania norm prawa administracyjnego i dyspozycyjności norm prawa cywilnego. Normy *ius cogens*, przeciwstawnie do norm *ius dispositivum*, oznaczają, że żadna ze stron stosunku prawnego nie może zmieniać normy prawnej i musi zastosować ją tak, jak wymaga tego dana norma. Umowa administracyjna, w zależności od przyjętej przez ustawodawcę konstrukcji, tak samo jak pozostałe formy działania administracji, musi być więc zastosowana jedynie tam, gdzie zezwala na to prawo lub gdzie to prawo ją dopuszcza. Umowa administracyjna jako forma, która tworzy, zmienia lub znosi stosunek administracyjnoprawny, nie może zostać zastosowana tylko i wyłącznie z inicjatywy samych stron i nie może być przez nie dowolnie kształtowana. Powyższe przeciwstawia się normom prawa prywatnego, gdzie dopuszcza się tworzenie w miarę dowolnie stosunków prawnych, powstających właśnie z woli samych stron.

Dla strony pozostającej na zewnątrz administracji wynika z natury *ius cogens* fakt, że nie może mieć ona wpływu na treść stosunku prawnego, który będzie ukształtowany w wyniku zastosowania tej normy. Można się zastanawiać, czy wyjątkiem nie byłyby przypadkiem właśnie dwustronne i wielostronne formy działania administracji, w wykonywaniu których bierze udział przecież druga strona, odmienna od organu

⁴ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 41.

⁵ *Ibidem*, s. 42.

⁶ J. Łętowski, *Administracja, prawo, orzecznictwo sądowe*, Wrocław 1985, s. 129.

⁷ E. Schmidt-Aßmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, Warszawa 2011, s. 365, za: J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 43.

administracji publicznej. Jak podkreśla J. Zimmermann, powyżej opisany stan faktyczny sprowadzający się do wspólnego zastosowania normy *ius cogens* nie pozbawia jej charakteru bezwzględności w obowiązywaniu⁸. Jest to kolejny argument, który uzasadniałby tezę, że to właśnie prawo publiczne, a wężiej prawo administracyjne, leży u podstaw regulacji umowy administracyjnej i że przepisy, które wprowadzają albo dopuszczają jej zastosowanie, są właśnie bezwzględnie obowiązujące.

Ponadto sam wymóg podstawy prawnej i podstawy faktycznej, jak wskazuje J. Filipek, oraz następstwa prawne zawarcia umowy administracyjnej, czyli wywołanie autorytatywnych skutków w sferze praw i obowiązków jednostki, czyni ją instytucją przynależną właśnie do prawa administracyjnego⁹.

Potwierdzenie powyższych rozważań jest również widoczne na gruncie prawa francuskiego, gdzie organy administracji mają pewne prerogatywy przewidziane w konstrukcji umowy administracyjnej, jak m.in. prawo do nakładania sankcji czy jednostronnej zmiany umowy. Poza tym sam jej cel, jakim jest wykonywanie służby publicznej przez podmiot zawierający ją z organem, determinujący wszystkie typy francuskich umów administracyjnych, wskazuje na jej przynależność do sfery prawa publicznego. Jej charakter może również wynikać z przewidzenia jej wprost przez przepisy ustawy, jak zostało już to wspomniane wcześniej, albo z przedmiotu umowy (kiedy np. jedną ze stron jest podmiot publiczny), albo kiedy przedmiotem jej jest organizowanie lub wykonywanie usługi ogólnodostępnej¹⁰.

Na koniec dotychczasowych rozważań wydaje się koniecznym zaznaczenie, że przedstawiciele polskiej doktryny zastanawiają się, jak można zakwalifikować poszczególne rodzaje kontraktowania administracji: czy należy je zaliczyć do prawa prywatnego, prawa publicznego, a może stwierdzić, że mają charakter hybrydowy i czerpią swoją podstawę z obu dziedzin¹¹. J. Starościak w swoich rozważaniach posługiwał się tylko terminem „umowa”, nie kwalifikując jej jako prywatnoprawnej ani publicznoprawnej. Uznał istotę obecności tej formy wśród działań administracji publicznej oraz to, że powinna być ona regulowana przez przepisy prawa administracyjnego i cywilnego, z różnym stopniem ingerencji norm tego pierwszego¹². Zwrócić należy uwagę jednak na fakt, że autor ten swoje konstatacje formułował jeszcze w czasach poprzedniego, socjalistycznego ustroju państwa, w którym jakiegokolwiek kontraktowanie administracji z podmiotami zewnętrznymi wydawało się irracjonalne. Na kanwie powyższego rodzi się w polskiej myśli administratywistycznej pytanie, jaki ma w ogóle sens poszukiwanie idealnego charakteru kontraktów zawieranych przez organy administracji. Odpowiedź wydaje się być jednak prosta i jednoznaczna: robi się to po to, aby zagwarantować poszczególnym podmiotom odpowiednią ochronę, aby wyeliminować niepewność prawa i w końcu, żeby uczynić zadość zasadzie państwa prawa.

⁸ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 46–47.

⁹ J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, Kraków 2001, s. 143.

¹⁰ M. Kania, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013, s. 129–130.

¹¹ *Ibidem*, s. 141.

¹² J. Starościak, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957, s. 261–262.

Pojęcie umowy administracyjnej

Umowa publicznoprawna, nazywana niekiedy zamiennie umową administracyjną, co nie powinno jednak odbywać się automatycznie (zob. niżej), może stanowić alternatywę dla rozstrzygania spraw administracyjnych w drodze aktu administracyjnego.

Należy jednak już na wstępie zaznaczyć, że istnieje wiele rodzajów umów publicznoprawnych. W państwach federacyjnych zawierają je między sobą poszczególne kraje związkowe, członkowie tej federacji między sobą czy też członkowie ze związkiem. Można spotkać również umowy publiczne państwa z Kościołami i związkami wyznaniowymi, chociaż należy być ostrożnym co do nazewnictwa i zwrócić uwagę na fakt, że w literaturze istnieje spór, czy można wspomniane umowy określać używając właśnie przymiotu publiczności. Umowy publicznoprawne mogą być również analizowane na gruncie prawa międzynarodowego. Wtedy są rozumiane jako traktaty, które wspólnoty mogą zawierać w ramach przysługujących im kompetencji z państwami trzecimi i organizacjami międzynarodowymi oraz z państwami-członkami Unii Europejskiej. Nie akceptuje się jednak powszechnie stanowiska o zawieraniu umów publicznoprawnych rozumianych wężej – z członkami wspólnoty, ponieważ stwarzałoby to możliwość nałożenia na poszczególne państwa zobowiązań ponad przewidziany prawem europejskim standard. Jedynie w sytuacjach, gdy państwa członkowskie mogłyby w drodze umowy realizować zobowiązania wynikające wprost z przepisów tego prawa, umowa prawa publicznego w tym rozumieniu byłaby gwarancją szybszego osiągnięcia zamierzonych rezultatów oraz ściślejszego przestrzegania jej postanowień przez strony niż w drodze np. rozporządzenia. Umowy międzynarodowe *per se*, chociaż posiadają przymiot publiczności, pozostają innym tworem prawnym niż dotychczas analizowany¹³.

Trzeba zwrócić więc uwagę na to, że umowa publicznoprawna jest pojęciem szerszym od umowy administracyjnej będącej głównym przedmiotem tej pracy i je w sobie zawiera. Stwierdzić należy więc za Z. Cieślikiem, że umowa administracyjna jest umową prawa publicznego w węższym zakresie¹⁴ i tym samym należy odrzucić pogląd, który wyraża m.in. A. Panasiuk o tożsamości obu pojęć¹⁵.

Umowa administracyjna, zgodnie z niemiecką ustawą o postępowaniu administracyjnym, jest środkiem, za pomocą którego powstaje, zostaje zmieniony lub zniesiony na drodze porozumienia stron, stosunek prawny w obszarze prawa publicznego, wężej administracyjnego. Pamiętając, że według definicji zaproponowanej przez F. Longchamps, stosunek administracyjnoprawny powstaje wtedy, gdy zaistnieją określone przez prawo warunki, łączące skutki prawne z niektórymi tylko zdarzeniami faktycznymi¹⁶, należy stwierdzić, że warunkiem zawarcia umowy jest dążenie do skonkretyzowania norm prawa materialnego, które mogłoby się odbyć również w klasycznej formie jednostronnego aktu administracyjnego. Słusznie zatem twierdzi E. Ochendowski,

¹³ Z. Cieślik, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, s. 101–102.

¹⁴ *Ibidem*, s. 34–35.

¹⁵ A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna. Próba definicji*, PiP 2008, z. 2, s. 18.

¹⁶ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 293.

że umowa administracyjna może stanowić niejako surogat aktu administracyjnego¹⁷. Cel obu form działania administracji publicznej jest więc taki sam. Różnica zawiera się jedynie w ich charakterze i procedurze powstawania¹⁸. Akt jest wydawany (zaznacza się więc tutaj władztwo), natomiast umowa jest zawierana (zwraca się uwagę na równorzędność podmiotów).

Na zakończenie wywodów dotyczących samego pojęcia umowy administracyjnej należy wskazać za J. Bociem na istnienie umów publicznoprawnych jako form związanych ze wspólnym wykonywaniem, powierzaniem lub przekazywaniem zadań z zakresu administracji publicznej¹⁹. Dodatkowo, jak podsumowuje J. Zimmermann, umowa administracyjna dochodzi do skutku po negocjacjach między administracją a obywatelem, którzy są wobec siebie w pozycji równorzędnej, bez uzależnienia od władztwa administracyjnego. Umowa taka powinna stwarzać stan prawny zgodny z oczekiwaniami obu stron. Co do zasady nie powinny się o nią toczyć dalej spory²⁰, chociaż jest to założenie dość utopijne, bowiem na gruncie prawa cywilnego również tworzone są co do zasady stany prawne i faktyczne, które powinny odpowiadać obu stronom, jednakże spory wynikłe na tle ich realizacji są częste.

Umowa administracyjna jako forma charakterystyczna dla socjalnego państwa prawa

W celu poznania *ratio legis* wprowadzania umowy administracyjnej do prawodawstw współczesnych państw demokratycznych, możliwości, jakie niesie za sobą ta forma działania administracji publicznej oraz zakresu, w jakim może być ona wykorzystywana w praktyce, należy przedstawić wymagania, jakie stawia się administracji w państwie opiekuńczym, inaczej nazywanym socjalnym.

W państwie takim rolę administracji publicznej jest nie tylko zagwarantowanie sprawiedliwości społecznej w sensie formalnym, a więc ochrona wolności jednostek od zagrożeń mogących zahamować ich rozwój i przekształcanie rzeczywistości (wolność rozumiana negatywnie), ale również zaoferowanie konkretnych świadczeń na rzecz obywateli i angażowanie się w działalność gospodarczą, co oznacza ochronę wolności obywatela do życia na pewnej stopie. Państwo socjalne jest państwem opiekuńczym, kontrolującym i reglamentującym znacznie szerszą sferę życia²¹. Obywatel nie jest pozostawiony sam sobie i nie posiada już wolności ograniczonej jedynie przez wolność innej jednostki, zgodnie z zasadą *laissez-faire*. Posiada on wszakże uzasadnione w konkretnych sytuacjach faktycznych roszczenia wobec państwa, które to władza będzie chciała albo nawet i musiała spełnić.

Egzekutywa nie może być więc już dłużej rozumiana jako władza typowo wykonująca ustawy, a organy administracji publicznej jako „usta ustawy” (podobnie do określenia

¹⁷ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne, Część ogólna*, Toruń 2004, s. 204–205.

¹⁸ Z. Cieślík, *op.cit.*, s. 37.

¹⁹ J. Boć, *Gmina w Belgii*, Wrocław 2003, s. 70–71.

²⁰ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 388.

²¹ Z. Cieślík, *op.cit.*, s. 21–26.

sędziów w wymiarze sprawiedliwości)²². W socjalnym państwie powinna się ona charakteryzować inicjatywą i kreatywnością. Dlatego też lista instrumentów, którymi posługują się organy władzy, rozszerza się tak bardzo, jak szybko powstają nowe skomplikowane ich zadania.

Według P. Badury „wielkość celów państwa socjalnego jest nie do pogodzenia ze skróconym na potrzeby państwa liberalnego monizmem form działania”²³, wyrażającym się przede wszystkim w stosowaniu władczych, jednostronnych rozstrzygnięć. Zdaniem Z. Cieślika akt administracyjny nie jest przydatny w realizacji takich zadań jak budowa dróg, publicznych placówek kulturalnych, obiektów sportowych czy innych świadczeń, do których administracja jest zobowiązana. Zamierzone rezultaty mogą być z kolei osiągnięte w sposób najbardziej ekonomiczny poprzez współpracę podmiotów bezpośrednio zaangażowanych, tj. z jednej strony organu administracji, a z drugiej zainteresowanej jednostki. Wyniki ich uzgodnień, o ile są zgodne z obowiązującym prawem, określają na równi z przepisami ustaw treść ostatecznej decyzji administracyjnego stosowania prawa. Taki proces uzgadniania treści konkretyzowanego stosunku administracyjnoprawnego, a więc nakazów, zakazów, uprawnień czy obowiązków (nazywany negocjacjami) usprawnia z założenia samo załatwienie sprawy oraz gwarantuje uczynienie tego w sposób zgodny z oczekiwaniami obu stron²⁴. Im bardziej w życiu jednostek niezbędne stają się takie świadczenia, których skuteczne spełnienie przez podmioty prywatne, podejmowane według praw ewoluującego *nota bene* rynku, może być zagrożone, tym bardziej jednostka żąda od administracji publicznej pewnych zabezpieczeń administracyjnoprawnych wkraczających jednocześnie w obrót cywilno-prawny. Dlatego też, zachowując swoje uprawnienia w zakresie stosowania prawa i nadzorowania aktywności jednostek prywatnych, administracja powinna rozleglejsze działania gospodarcze, kulturalne, czy społeczne pozostawiać właśnie w ich rękach. W realizacji powyższego, jak twierdzi J. Filipek, z pomocą przychodzi właśnie instytucja umowy administracyjnej²⁵.

Nie da się nie zauważyć, że dyrektywą dzisiejszego państwa socjalnego jest wyposażenie urzędników w swobodę działania, która charakteryzuje się szerokim zakresem uznania, licznymi przepisami dyspozytywnymi w prawie administracyjnym oraz częstym stosowaniem form niewładczego, nieformalnego działania²⁶. Należy w tym miejscu nie zgodzić się z proponowanym przez Z. Cieślika określeniem „nieformalny” wobec niewładczych form działania administracji, w tym umowy administracyjnej. Tak jak zostało to już opisane wcześniej, wszelkie formy działania administracji są *sui generis* „formalne”. Istnieją bowiem prawem zagwarantowane reguły ich stosowania, odnoszące się do zakresu przedmiotowego i podmiotowego. Wymaga podkreślenia faktu, że nawet w państwie socjalnym każde działanie administracji musi mieć swoje oparcie w przepisach prawa, a to ze względu na omnipotentną zasadę demokratycznego państwa prawa.

²² *Ibidem*, s. 27–28.

²³ P. Badura, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat* [w:] Z. Cieślik, *Umowa...*, s. 28.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ J. Filipek, *op.cit.*, s. 142.

²⁶ Z. Cieślik, *op.cit.*, s. 31.

Podsumowując, w myśl wymienionych do tej pory autorów, a także J.S. Langroda, kontrakt administracyjny w rozwijającym się coraz bardziej państwie opiekuńczym może stać się w przyszłości podstawą całego wręcz administrowania²⁷, z czym nie wypada się nie zgodzić. W Polsce, jak i w większości współczesnych państw europejskich, zarysowuje się właśnie już od lat wspomniana tendencja przechodzenia od założeń państwa liberalnego do coraz bardziej socjalnego. Dlatego też umowa administracyjna jawić się będzie jako ta forma działania administracji, która jednocześnie odpowiada jej funkcji świadczącej, jak i rozszerzającej się roszczeniowości obywatela względem władzy publicznej.

Umowa administracyjna a kwestia jej legalności

W ustawodawstwie niemieckim, zgodnie z § 54 ustawy o postępowaniu administracyjnym (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)²⁸, legalność umowy administracyjnej zależy jedynie od tego, ażeby w wykonaniu generalnego upoważnienia do jej zastosowania wpływała na stosunek administracyjnoprawny łączący organ administracji z obywatelem, przy czym nie może naruszać przepisów prawa. Nie oznacza to jednak, że organ może kontraktować w dowolnym zakresie, według subiektywnie pojmowanego celu jego działania. Z powyższego wynika, że szczególne znaczenie w tej kwestii ma ogólna zasada związania państwa prawem.

Rodzaje umów administracyjnych w Niemczech zostały już nakreślone powyżej w kontekście ich przedmiotu oraz podmiotów je zawierających. Równie ważnym jest ponadto odniesienie się do rozwiązań dotyczących ich zgodności z prawem stanowionym, ewentualnej wadliwości i relacji względem ogólnej zasady legalności. I tak w ugodzie (*Vergleichsvertrag*) organ z podmiotem zewnętrznym umawiają się co do niepewnej kwestii prawnej lub faktycznej, aby umożliwić ekonomizację postępowania. Oprócz ogólnej podstawy prawnej zezwalającej na takie działanie nie istnieje żadna inna podstawa, która ustalałaby przesłanki tychże uzgodnień, a w szczególności ustępstw w zakresie prawa. Oznacza to, że strony ugody mogłyby rozstrzygnąć wątpliwości co do prawa również w sposób z nim sprzeczny, co nie powinno być jednak uprawnione. Również przy umowach wymiany (*Austauschvertrag*) dochodzić może do zobowiązywania się administracji do takich świadczeń, które nie są przewidziane przez przepisy prawa materialnego. Wydaje się, że przez taką regulację legitymowane jest działanie organu *contra legem*²⁹. Należałoby poddać krytyce takie rozwiązanie, albowiem w demokratycznym państwie prawa, w którym podkreślana jest zasada legalności, nie powinno być miejsca na akceptację zachowania prawem nieuregulowanego (w przypadku prawa publicznego) albo przez nie zakazanego. W takiej sytuacji za każdym razem powstawać by mogło pytanie, dlaczego akurat przy tej instytucji i to w takim, a nie innym zakresie, działanie przeciwko prawu jest dopuszczalne. Mogłoby

²⁷ J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej. Reprint*, Kraków 2003, s. 280.

²⁸ *Verwaltungsverfahrensgesetz* aus 25 Mai 1976, <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/vwvfg/gesamt.pdf>, 09.01.2017.

²⁹ Z. Cieślík, *op.cit.*, s. 47.

to też przyczynić się do nadmiernego nadużywania prawa przez organy administracji publicznej, albowiem ich zachowania nie byłyby sankcjonowane, a wręcz przeciwnie – nawet przez ustawodawcę wspierane. Odnosząc zaistniałą sytuację do polskiej rzeczywistości trzeba stwierdzić za P. Sarneckim, że niewystarczające jest dochowanie wymogu nienaruszania prawa w toku czynności administracyjnych, a potrzeba do ich podejmowania wyraźnych podstaw³⁰. Również S. Kasznica stał na straży ścisłego związania władz administracji normami prawa, tłumacząc, że jest to jedyna tak mocna gwarancja realizacji zasad praworządności i równości³¹.

W przytoczonym niejednokrotnie już w pracy projekcie ogólnych przepisów prawa administracyjnego czy projekcie noweli Kodeksu postępowania administracyjnego³², przewidywano możliwość zawierania kontraktów administracyjnych dokładnie na wzór niemiecki, wprowadzając generalne upoważnienie ograniczone wyraźnym zakazem ustawowym. Można by się było i w tym miejscu zastanawiać, jak owo upoważnienie odnosi się do załatwiania spraw, które w ogóle nie są ujęte w przepisach prawa materialnego. Czy – jeśli ich charakter pozwala na zastosowanie umowy, ale jednocześnie nie są one *explicite* oddane organom administracji w celu ich załatwienia – to działanie to nadal będzie zgodne z prawem? Literatura jest w tym przypadku rozdarta. Nie ma jednej niespornej odpowiedzi.

Zgodnie z art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej każde działanie władzy publicznej musi mieć podstawę prawną oraz mieścić się w granicach prawa. Brak specyfikacji wspomnianych działań oznaczać będzie więc ich całość, bez względu na to w jakiej formie prawnej zostaną one zmaterializowane. Oznacza to, że zarówno użycie danej formy, jak i jej zakres przedmiotowy i podmiotowy na gruncie polskiego prawa powinien zostać ustalony przez ustawę. Z uwagi na to, że istnieje wymóg legitymacji prawnej dla wszelkiej działalności organów państwa, to często zasada legalizmu wiąże się ze znaną prawu administracyjnemu zasadą kompetencyjności³³. Jednak nie każda kompetencja musi zostać ustalona w ten sam sposób, o tym samym stopniu szczególności. Jak podaje J. Lemańska, do pewnych działań wystarcza kompetencja ogólna, a wtedy organ działa samodzielnie tak, aby nie przekroczyć ogólnych norm kompetencyjnych i zasad konstytucyjnych. Prawnie może być określone bowiem nie tylko zadanie, ale i też cel³⁴. Problem ten rozwija dalej również J. Boć. Według tego autora w sferze regulacji normatywnych główny problem wyposażenia administracji w taką formę działania wyraża się w pytaniu, czy należy dawać pewne możliwości (szersze pole działań) czy też je ograniczać. Zarazem powstaje również kwestia czy dawać kompetencje, czy jednocześnie określać też cele³⁵. Jednym z założeń proponowanych przez tego autora jest zgodność umów administracyjnych przede wszystkim z Konstytucją,

³⁰ P. Sarnecki, *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 1999, s. 30.

³¹ S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*, Poznań 1946, s. 118.

³² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2017, poz. 1257).

³³ Z. Rybicki, S. Piątek, *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1984, s. 247–248.

³⁴ J. Lemańska, *op.cit.*, s. 422.

³⁵ J. Boć, *Umowa administracyjna* [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *System Prawa Administracyjnego*, t. 5, Warszawa 2013, s. 265.

zasadami z niej wynikającymi, a także z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego³⁶. Wydaje się jednak, idąc za A. Panasiukiem i J. Filipkiem, że należy odnieść całą istotę konstrukcji umowy administracyjnej do podstawowej zasady administracji, a mianowicie do zasady legalizmu. Autorzy zgodnie podkreślają, że każda działalność podmiotu publicznego musi wynikać z norm prawnych powszechnie obowiązujących. Nie można przecież mówić ani o państwie, ani o administracji, ani też o formach jej działania bez szczegółowych podstaw ich istnienia³⁷.

Cały problem określenia legalności umowy administracyjnej tkwi w wymienionym już pojmowaniu zasady związania państwa prawem. Ścisłe czy – inaczej nazywane w literaturze – mocne związanie organów administracji obowiązującymi przepisami prawa powodowałoby sytuację, w której nie można byłoby dopuścić formy umowy administracyjnej, jeżeli nie została ona przewidziana przez prawo, tak jak jest to zaznaczone powyżej. Takie podejście związane jest z pozytywizmem prawnym i obecnie jest obecnie często krytykowane³⁸. Podnosi się dzisiaj, że nie wolno ograniczać organów administracji publicznej wyposażonych we władztwo administracyjne w posługiwaniu się umowami administracyjnymi. Ich legitymacja prawna pochodzić może przecież z ogólnych zasad prawa, takich jak *pacta sunt servanda* czy zasady dobrej wiary (*Treu und Glaube*). Argumentuje się powyższy pogląd w taki sposób, że mogą zaistnieć takie stany faktyczne, w których administracja jest w stanie lepiej, precyzyjniej wyważyć ocenę konkretnej sytuacji i uznać, że dane działanie jest uzasadnione ze względu np. na interes jakiejś społeczności czy ogólnie interes społeczny, chociaż ustawa go nie przewiduje³⁹. Wymienia się ponadto takie dziedziny prawa, które nazywa się niekiedy „materiami otwartymi na umowę”. Należą do nich sfera administracji świadczącej, koncesja, subwencja, organizacja administracji, w których nie powinno się mówić o nieważności umowy zawartej bez podstawy prawnej⁴⁰. Z drugiej strony trafnie podnosi się, że wiele czynności, które dla jednych będą przynosić korzyści, innych będą tych korzyści pozbawiać, a wtedy będzie mowa już o administracji wkraczającej w życie jednostek, a nie świadczącej⁴¹. Ciekawej, ale zarazem nie do końca akceptowalnej interpretacji dokonał Federalny Sąd Administracyjny w Niemczech. Otóż według poglądu niemieckiej judykatury mowa jest o bezwzględnym związaniu administracji ustawą wszędzie tam, gdzie wkracza ona w sferę praw jednostek w sposób istotny (jest to tzw. teoria istotności – *Wesentlichkeitstheorie*). Przykład może stanowić wkroczenie w prawa zagwarantowane konstytucyjnie. W pozostałych wypadkach stopień naruszenia, a przez to forma i zakres działania administracji, powinien być badany *in casu*, ale z pewnością nie powinien być przesądzany na niekorzyść zastosowania danego rozwiązania prawnego⁴². Rodzi

³⁶ *Ibidem*, s. 268.

³⁷ J. Filippek, *op.cit.*, s. 15.

³⁸ E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlin 1956, s. 253.

³⁹ Z. Cieślík, *op.cit.*, s. 69.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 70.

⁴¹ *Ibidem*, s. 82.

⁴² *Ibidem*.

to właśnie kolejny problem w dyskusji o legalności i istnieniu bądź też braku podstawy prawnej do kontraktowania w prawie publicznym.

Przechodząc teraz do innego aspektu zasady legalności można rozpocząć od dosyć banalnego stwierdzenia, że umowa, jak to jest przewidziane w prawie prywatnym, może być oczywiście obciążona błędami, które czynią ją niezgodną z prawem. Konsekwencją powyższego jest, w zależności od przyjętego systemu rozwiązań, sytuacja, iż błędy te mogą doprowadzić do stwierdzenia jej nieważności, uchylecia lub stwierdzenia zawarcia z naruszeniem prawa. Zgodnie z niemiecką ustawą o postępowaniu administracyjnym umowa obciążona błędem będzie nieważna. Tylko taki skutek został przez ustawodawcę przewidziany. Przede wszystkim jego przyczyną będzie niezgodność z przepisami prawa cywilnego, a w tym brak zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych partnera umowy, uchybienie formie pisemnej czy naruszenie dobrych obyczajów⁴³. Dodatkowo ustawodawca wymienia w katalogu zamkniętym sytuacje, w których umowa administracyjna jest nieważna, odnosząc się każdorazowo do przesłanek nieważności aktu administracyjnego. Sankcja nieważności jest więc wyjątkiem od zasady braku reakcji prawnej na wadliwą umowę⁴⁴.

Ponadto zwraca się w literaturze uwagę na to, że – co do zasady – strony wyrażające zgodę na zawarcie umowy o takiej, a nie innej treści, pomimo faktu noszenia przez nią znamion wadliwości, same pozbawiają się możliwości jej wzruszania, a to w myśl zasady *volenti non fit iniuria*. Jednakże wydaje się, że zasadę tę powinno odczytywać się z pewnym dystansem, odpowiednim dla prawa publicznego, i każdorazowo sprawdzać, czy i która strona jest godna ochrony. Jeżeli dojdzie się do konstatacji, że uzasadniona jest ochrona np. interesu publicznego albo ważnego interesu podmiotu prywatnego, to powinno się dopuścić prawem przewidziane możliwości wzruszenia umowy administracyjnej (tu: stwierdzenia jej nieważności ze wszystkimi za tym idącymi skutkami)⁴⁵.

W projekcie ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego⁴⁶ nie przewidywano adaptacji wyżej wymienionej koncepcji nieważności umowy administracyjnej, proponując formułę jej bezskuteczności. Każda sprzeczność z prawem, nie tylko z przepisami omawianego projektu, ale też i innymi ustawami szczególnymi oraz w odpowiednim zakresie również przepisami kodeksu cywilnego, powodowałaby brak doniosłości prawnej takiej umowy. Brak odnoszenia się każdorazowo do przesłanek nieważności aktu administracyjnego pozwala na stwierdzenie, że zamysłem projektodawcy było uczynienie z umowy administracyjnej elastycznego instrumentu realizacji zadań publicznych, jednak dość trwałego⁴⁷. Z kolei w projekcie noweli

⁴³ A. Kubiak, *Koncepcja umowy administracyjnej na tle projektu Przepisów ogólnych prawa administracyjnego*, PiP 2009, nr 4, s. 46–58.

⁴⁴ Z. Cieślak, *op.cit.*, s. 51.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 51–52.

⁴⁶ Projekt ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12059280660.pdf>, 02.02.2017.

⁴⁷ A. Kubiak, *op.cit.*, s. 46–58.

Kodeksu postępowania administracyjnego⁴⁸ przewidziano korzystanie z trybów nadzwyczajnych wzruszenia decyzji administracyjnej, a więc również możliwość stwierdzenia nieważności umowy administracyjnej czy wznowienia postępowania w danej sprawie. Taki kierunek legislacji uzasadniałby jednak przyznanie prymatu zasadzie zgodności działań administracji publicznej z prawem i brak zgody na pozostawianie w obrocie prawnym jakichkolwiek skutków z nim niekompatybilnych.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy przyjąć, że praktycznie w każdym ustawodawstwie, które dopuszcza formę umowy administracyjnej jako jednego z możliwych działań administracji, podkreślana jest zasada legalności, a w jej konsekwencji wymóg zgodności z prawem zarówno samego zastosowania umowy, jak i też jej poszczególnych postanowień. W niektórych państwach zauważalna jest jednak tendencja do odchodzenia od tej zasady na rzecz różnych zasad prywatnoprawnych, które w perspektywie rodzimego porządku prawnego nie mogłyby być uznane za wiodące w prawie publicznym. Należy stanąć na stanowisku, że naczelne zasady konstytucyjne oraz ustawowe omówione w tym punkcie powinny zostać uszanowane, a w związku z tym możliwość wykorzystania umowy administracyjnej powinna mieć swoje wyraźne odzwierciedlenie w prawie, jej treść nie powinna być ani z tym prawem sprzeczna, ani zmierzać do jego obejścia, a wreszcie każda umowa obciążona błędem powinna zostać wyeliminowana z porządku prawnego. Już sama możliwość kontrahowania między organem administracji a podmiotem zewnętrznym jest dostatecznym odejściem od klasycznego pojmowania administracji. Jeszcze większa liberalizacja tych stosunków mogłaby, zarówno w teorii, jak i praktyce, podkopać sens istnienia administracji w dotychczasowym rozumieniu.

Próby uregulowania umowy administracyjnej w Polsce

Jak zostało to już wspomniane powyżej, rozwiązania przyjęte wśród obcych prawodawstw, przewidujące możliwość administracyjnego kontraktowania oraz rzeczywistą wartość ekonomiczną i juretyczną przedmiotowej konstrukcji, przemawiają za tym, że powinna ona zostać wprowadzona w polskim kodeksie postępowania administracyjnego. *De lege ferenda* można mówić o wprowadzeniu umowy administracyjnej do polskiego porządku prawnego w dwojaki sposób. Po pierwsze, dzięki praktyce podejmowanych przez organy administracji publicznej działań i nieodzownie z nimi związanego orzecznictwa sądowego, a po drugie, może zostać ona wyrażona *expressis verbis* przez przepisy prawa pozytywnego, najpewniej przepisy procedury administracyjnej⁴⁹.

W Polsce pojawiły się do tej pory dwa dokumenty, które miały za swoje założenie wprowadzenie umowy administracyjnej do systemu prawa. Po pierwsze, w Projekcie przepisów ogólnych prawa administracyjnego z 2008 roku⁵⁰, opracowanym przez zespół

⁴⁸ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, <http://www.konsultacje.gov.pl/node/4203>, 2.02.2017.

⁴⁹ M. Kania, *op.cit.*, s. 126.

⁵⁰ Projekt ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12059280660.pdf>, 02.02.2017.

ekspercki przy Rzeczniku Praw Obywatelskich, umowa miała dotyczyć właśnie opisanego już stosunku administracyjnoprawnego, jaki miałby połączyć pozostające ze sobą dotychczas w nierównorzędnej pozycji podmioty: organ administracji publicznej oraz jednostkę w sferze zewnętrznej. Na jej łamach miało dojść do konkretyzacji uprawnień i obowiązków tego drugiego. Po drugie, podobna regulacja znalazła się w dużo bardziej aktualnym Projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego z 2016 r.⁵¹ Zgodnie z tymi przepisami znów umownie stosunek administracyjnoprawny zostałby stworzony albo zmodyfikowany, a sama sprawa administracyjna byłaby uznana za załatwioną, z tym że w formie konsensualnej.

Zakończenie

Uregulowanie prawne umowy administracyjnej jako narzędzia, którym posługiwać może się w swojej działalności organ administracji publicznej, wydaje się być warunkiem *sine qua non* zastosowania, a nawet nazwania pewnych przejawów aktywności administracji publicznej kontraktem publicznoprawnym. Za powyższym przemawiają następujące argumenty, które pojawiły się w przeprowadzonym wywodzie, tj. prawo publiczne leżące u podstaw zastosowania umowy międzynarodowej (skoro ma ona regulować prawa i obowiązki podmiotu zewnętrznego wobec administracji), samo pojęcie umowy *administracyjnej*, czy też wymóg jej zgodności z obowiązującym prawem.

Nieuzasadnionym wydaje się ciągle rezygnowanie ustawodawcy z wprowadzenia tej instytucji do polskiego porządku prawnego. Rzeczpospolita Polska ewoluuje przecież od państwa liberalnego do państwa socjalnego, przez co wyraża się coraz większą opiekunkczością czy partnerstwem wobec podmiotu zewnętrznego. Przedmiotowa forma działania odpowiada nie tylko funkcji świadczącej administracji, ale też rozszerzającej się roszczeniowości obywatela względem władzy publicznej.

Ostatecznie należy przyjąć, że wiele nazwanych albo wykorzystywanych w praktyce kontraktów prywatnoprawnych nosi cechy publicznoprawne. Mogą one odnosić się zarówno do podmiotów, które zawierają daną umowę, jak i do przedmiotu, który ta umowa reguluje (np. wykonanie zadania publicznego, ciążącego na administracji). Przykłady konkretnych umów budzących wątpliwości co do swej natury prawnej zostały wszak podane powyżej.

Na zakończenie należy stwierdzić, że umowa administracyjna jest polskiej praktyce administracyjnej potrzebna. Znalazłaby ona przecież zastosowanie wszędzie tam, gdzie administracja musi porzucić większość przymiotów władztwa i zrównać się w relacji z podmiotem zewnętrznym, a to tak z pożytkiem dla interesu publicznego, jak i interesu indywidualnego kontrahenta.

⁵¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, <http://www.konsultacje.gov.pl/node/4203>, 2.02.2017.

* * *

Legal Aspects of an Administrative Contract as a Form of Activity Unwanted by the Polish Legislator in the Public Administration

An administrative contract constitutes an useful and desired tool in administrative authorities' activity. This type of contract, however, has not been implemented to the Polish legal system yet. Despite its name – „a contract” – which resembles contracts as known by the law of obligations, an administrative contract is based on the public legal norms. This type of legal form of public administration activity should, without a doubt, have its roots in the legal norms in force. This can be justified by the legality principle that dominates in the administrative law. An administrative contract could also correspond with the functions of social state. What is striking about the administrative contract is that its characteristics can now be found in many named contracts that we speak of today. The rationale behind the implementation of such form into the Polish legal system seems clear and visible. That is why the reasons for the administrative contract being constantly turned down by the legislator are not understood.

Key words: administrative contract, form of public authority's activity, public administration, principle of legality, social state