

KATARZYNA KŁOSOWSKA-LASEK*

Swoboda wyboru formy prywatnoprawnej w działaniach administracji publicznej

Tak jak w zarządzaniu publicznym uznano, że lepsze efekty można uzyskać, gdy organy administracji będą wykorzystywać metody i techniki zarządzania sprawdzone w sektorze prywatnym, tak pojawiają się głosy, że stosunki cywilnoprawne – zrównujące obywatela i organy administracji – lepiej zabezpieczą interes jednostki. Powstaje pytanie, czy tak jest w istocie, i czy administracja publiczna powinna mieć wybór w zakresie stosowania form prywatnoprawnych. Celem artykułu jest więc ukazanie różnych aspektów swobody wyboru formy prywatnoprawnej przez organy administracji publicznej. W artykule wykorzystano przede wszystkim metodę formalno-dogmatyczną oraz analizy i krytyki piśmiennictwa.

1. Uwagi wstępne

Wyrażenie „swoboda wyboru formy cywilnoprawnej” można rozumieć wielowątkowo. Oczywiście, z punktu widzenia nauki prawa cywilnego, na pierwsze miejsce wyłania się zasada autonomii woli i jej szczególny przypadek dotyczący prawa zobowiązań, a mianowicie zasada swobody umów. Pierwszym więc pytaniem, jakie się nasuwa i na jakie należy odpowiedzieć w tym temacie jest to, czy zasadę tę można stosować również do czynności prawnych podejmowanych przez organy administracji publicznej, a jeśli tak, to czy doznaje ona większych ograniczeń w związku ze specyfiką tego podmiotu w stosunku do

* DR KATARZYNA KŁOSOWSKA-LASEK – Zakład Nauki o Administracji, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego, e-mail: kklos@univ.rzeszow.pl

innych uczestników obrotu cywilnoprawnego. W związku z tym, w ramach samej zasady, a raczej granic swobody, które są w niej wyrażone, należy zastanowić się nad zakresem swobody takich elementów, jak swoboda kształtowania treści umowy czy dobór kontrahenta.

Swobodę wyboru formy cywilnoprawnej można również widzieć i w dwóch innych aspektach. Po pierwsze, czy organ administracji publicznej musi za każdym razem legitymować się wyraźną podstawą prawną do podejmowania czynności o charakterze cywilnoprawnym. Po drugie, czy ma swobodę wyboru między czynnościami prawa cywilnego i administracyjnego, tzn. czy może np. samodzielnie decydować, czy do realizacji leżących w jego kompetencji zadań lepiej w danym przypadku nadają się formy cywilnoprawne czy administracyjnoprawne i czy jest to wybór między umową cywilnoprawną a administracyjnoprawną czy między umową cywilnoprawną a władczymi formami działania administracji.

Wykorzystywanie czynności prawa cywilnego przez administrację publiczną nie jest niczym nowym. Przy czym w dobie PRL raczej zwracano uwagę na silny związek umów cywilnoprawnych z administracyjnoprawnymi formami działania administracji, a zwłaszcza z aktem administracyjnym, od którego była często uzależniona czy to przez uwarunkowanie dopuszczalności zawarcia umowy od istnienia aktu administracyjnego, czy przez stworzenie obowiązku poddawania umów zatwierdzaniu, bądź też rejestrowaniu przez inny organ administracyjny¹. Wykorzystywanie umów prawa cywilnego było zresztą cechą charakterystyczną tamtego okresu, związaną z poszerzeniem działalności administracji (ówcześnie) państwowej o działalność gospodarczą, w związku z tym rola umowy cywilnoprawnej była znaczna. Prowadziło to jednak również do charakterystycznego dla państwa socjalistycznego braku potrzeby wykorzystywania i „przeszczepiania” na grunt polski wypracowanych w doktrynie zachodnioeuropejskiej konstrukcji umowy administracyjnoprawnej².

¹ Zob. np. A. Kubiak, *Perspektywy rozwoju form konsensualnych w polskim prawie administracyjnym*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 78-79; J. Łętowski, *Umowa jako forma działania administracji w PRL*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Sectio G, 1978, vol. XXV, 11, s. 166. Warto zwrócić przy tym uwagę na przykład podany przez tego ostatniego dotyczący sfery obrotu nieruchomościami a pokazujący jak daleko prawo administracyjne wkraczało wówczas w tę sferę. Postępowanie w tych sprawach dzieliło się na dwie fazy. W pierwszej fazie (postępowania administracyjnego) dochodziło do ustalenia osoby przyszłego nabywcy oraz nieruchomości podlegającej sprzedaży (w formie decyzji administracyjnej wydawanej w trybie ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – kodeks postępowania administracyjnego). Dopiero drugim etapem była sprzedaż w formie notarialnej umowy cywilnej zawartej między właściwym organem administracji a obywatelem, przy czym nabywcą mogła być tylko osoba legitymująca się ostateczną decyzją administracyjną wydaną w fazie pierwszej.

² Zob. np. J. Łętowski, *Umowa...*, s. 159-162.

Współcześnie dostrzega się co najmniej dwa obszary wykorzystywania czynności cywilnoprawnych, w tym przede wszystkim umów, przez organy administracji publicznej. Wynika to z faktu, że administracja ma obowiązek zapewnienia pewnych świadczeń i usług o podstawowym znaczeniu społecznym (np. dostarczania energii, wody, usuwania nieczystości, zapewnienia łączności, komunikacji), a równocześnie, nie będąc instytucją autarkiczną, sama ma określone zapotrzebowania, które musi zaspokajać dla prawidłowego funkcjonowania i realizacji nałożonych na nią zadań (takie jak zakup mebli, materiałów biurowych, ogrzewanie i oświetlanie pomieszczeń). Poza tym wskazuje się jako specyficzny obszar – prywatyzację zadań publicznych dokonywaną na różne sposoby, w tym poprzez zlecanie realizacji zadań publicznych organizacjom pozarządowym, czy tworzenie partnerstw publiczno-prywatnych³.

W sferze prawa cywilnego organy administracji występują jako organy osoby prawnej, jaką jest Skarb Państwa, gmina, powiat czy województwo. Przy czym Skarb Państwa reprezentowany jest głównie przez organy administracji publicznej, które wykonują swoje władztwo w ramach przyznanych ustawowo kompetencji. Wykonywanie praw i obowiązków cywilnoprawnych ma służyć realizacji zadań publicznych, dla których dany organ administracji publicznej został powołany⁴.

Niektórzy autorzy zawężają działalność administracji w sferze prawa cywilnego do problemów zawierania umów, co jednak nie jest zasadne⁵. Z uwagi jednak na objętość pracy kwestia wyboru formy prywatnoprawnej zostanie ograniczona do umów⁶. Należy jednak odpowiedzieć na pytanie, czy do admi-

³ Por. P. Stec, *Umowy w administracji publicznej a zasada autonomii woli stron*, w: *W kierunku sprawnego państwa. Publiczno-prawne instrumenty kształtowania polityki społecznej i gospodarczej*, red. M. Thorz, Częstochowa 2010, s. 77; D. Kijowski, *Umowy w administracji publicznej*, w: *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania*, Toruń 2005, s. 285-294; E. Komorowski, *Prawne formy działania administracji*, w: *Prawo administracyjne. Część ogólna*, red. M. Chmaj, Warszawa 2007, s. 260-262; J. Lemańska, *Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna*, w: *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego*, red. I. Skrzydło-Niżnik i in., Kraków 2001, s. 423; M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Czynności cywilnoprawne*, w: *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017, s. 296-297; trochę inaczej M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Czynności cywilnoprawne*, w: *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2006, s. 290-292.

⁴ Por. E. Komorowski, *Prawne...*, s. 260; J. Lemańska, *Umowa...*, s. 421-422; P. Nazaruk, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2013, s. 78; E. Stefańska, *Umowy zawierane w sferze administracji publicznej – wybrane zagadnienia*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć..., s. 146-147; M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Czynności...* (2017), s. 296-297.

⁵ Na co zwracają uwagę M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Czynności...* (2006), s. 289-290.

⁶ To do nich odnosi się zasada swobody umów. W innych obszarach prawa cywilnego można mówić o swobodzie decyzji o nawiązaniu, a przeważnie i rozwiązaniu stosunku prawnego, a w pewnych dziedzinach także o ograniczonej możliwości kształtowania treści stosunków prawnych dwustronnie zindywidualizowanych (obejmujących uprawnienia względne). Co do zasady wyłączone jest natomiast swobodne określanie przez strony treści stosunków prawnych jednostronnie zindywidualizowanych (obejmujących uprawnienia bezwzględne). Brak swobody

nistracji publicznej możemy stosować zasadę swobody umów, czy konieczność stosowania zasady legalizmu i związania administracji publicznej prawem ją wyklucza.

2. Zastosowanie zasady swobody umów do administracji publicznej

Zasada swobody umów wywodzi się z zasady autonomii woli⁷, będącej jednym z podstawowych założeń systemu prawa cywilnego⁸. Dotyczy wyłącznie umów obligacyjnych, nie ma natomiast zastosowania do stosunków rzeczowych, spadkowych czy rodzinnych, jak również nie obejmuje swym zasięgiem czynności jednostronnych⁹. Tradycyjnie uznaje się, że swoboda umów przejawia się w czterech znaczeniach: swobodzie zawarcia lub niezawarcia umowy; doboru kontrahenta; kształtowania treści umowy oraz swobodzie w wyborze formy zawarcia umowy¹⁰.

W najnowszej literaturze swobodę umów wyjaśnia się jednak przy użyciu kompetencji¹¹ (co zbliża możliwość jej stosowania do zasad funkcjonowa-

określa się tu mianem zasady *numerus clausus* uprawnień czy praw podmiotowych bezwzględnych (dotyczy to przede wszystkim sfery prawa rzeczowego). Tak P. Machnikowski, w: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 471-472. W kontekście wyboru formy warto jednak wskazać, że Prawo zamówień publicznych przewiduje dodatkową, obok przewidzianej w kodeksie cywilnym, możliwość skorzystania przez organ administracji z czynności prawnej jednostronnej odstąpienia od umowy. To organ w tym przypadku ma „swobodę” w zakresie oceny, czy zostały spełnione ustawowe przesłanki do odstąpienia od umowy. Zob. szerzej A. Mituś, *Umowy w sprawach zamówień publicznych*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć..., s. 240-242.

⁷ Jest to kategoria szersza, obowiązująca w obszarze całego prawa cywilnego, polegająca na stworzonej przez system prawny możliwości regulowania przez podmioty prawa ich stosunków cywilnoprawnych według ich własnej woli za pomocą narzędzia, jakim jest czynność prawna (przy czym może tu chodzić zarówno o umowy, jak i czynności prawne jednostronne czy uchwały). Zakres przysługującej podmiotom kompetencji jest różny w zależności od rodzaju stosunku cywilnoprawnego czy cech danego podmiotu. Zasada ta nie ma jednak charakteru absolutnego. Jej ograniczenia można ująć w czterech kategoriach: *numerus clausus* niektórych kategorii czynności prawnych; cywilnoprawnego obowiązku dokonania czynności prawnej, a co za tym idzie ograniczenia swobody wyboru kontrahenta (przy czynnościach dwustronnych); przymusu formy oraz ograniczenia swobody kształtowania treści czynności prawnej. Zob. szerzej P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 463; P. Stec, *Umowy...*, s. 79-81.

⁸ G. Karaszewski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski..., s. 581.

⁹ K. Młodecka, *Zasada swobody umów w prawie zamówień publicznych*, komentarz praktyczny, Lex nr 136269, dostęp 23.07.2018. Zob. też M. Safjan, *Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 4, s. 13-14, czy P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 499-500, który wskazuje na brak kompetencji do dokonywania jednostronnych czynności prawnych.

¹⁰ Por. W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, aktualizacja A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, Warszawa 2002, s. 134-135; H. Gawroński, *Zakres regulacji umownych w partnerstwie publiczno-prywatnym*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć..., s. 218; A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 91.

¹¹ P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 478.

nia administracji publicznej). Będzie to więc stworzona przez normę prawną możliwość tworzenia, zmieniania i znoszenia stosunków zobowiązaniowych o dowolnie ukształtowanej treści w drodze dokonywanych wspólnie czynności prawnych – umów¹².

Wolność korzystania z przyznanej kompetencji oznacza brak nakazu lub zakazu korzystania z niej i może przejawiać się w kilku aspektach wolności. Pierwszy z nich to możliwość zawarcia umowy, istniejąca wobec braku zakazu tej czynności, oraz możliwość jej niezawierania, istniejąca wobec braku nakazu. Te dwa aspekty określa się w literaturze cywilistycznej mianem swobody decyzji o zawarciu lub niezawarciu umowy. Odnosi się ona zarówno do umów zawiązujących, jak i zmieniających czy rozwiązujących zobowiązanie. Po drugie, należy wskazać przysługującą poszczególnemu podmiotowi możliwość łączenia się w grupy o dowolnym składzie w celu powołania stosunku zobowiązaniowego. Wolność ta, określana zwykle mianem swobody doboru kontrahenta, istnieje, gdy nie obowiązuje norma nakazująca zawarcie umowy (która określa również, choćby ogólnie, kto ma być drugą stroną tej czynności). Wolność ta istnieje jednak tylko w odniesieniu do umów tworzących zobowiązania – w pozostałych przypadkach skład osobowy podmiotów uprawnionych do zmiany lub zniesienia zobowiązania jest już znany, gdyż mogą to być tylko strony danego zobowiązania. Po trzecie, brak nakazu zawierania umów o określonej treści pozwala mówić o wolności ustalania treści umowy¹³.

Na gruncie prawa cywilnego swoboda kształtowania treści stosunku prawnego przejawia się przede wszystkim w dopuszczalności zawierania umów nienależących do żadnego z wyznaczonych w ustawie typów (umów nienazwanych), co nie wymaga żadnego szczegółowego upoważnienia ustawowego. W razie zawierania umowy typowej swoboda umów przejawia się w możliwości odstępowania od poszczególnych rozwiązań zawartych w ustawowej regulacji danego typu zobowiązania. Większość przepisów regulujących treść stosunków zobowiązaniowych ma bowiem charakter względnie wiążący (dyspozytywny), ewentualnie jednostronnie względnie wiążący (semiimperatywny)¹⁴.

Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, czy organy administracji mogą korzystać z tak rozumianej swobody umów występując w sferze obrotu cywilnego. W literaturze wskazuje się¹⁵, że zasada swobody umów obejmuje wszelkie

¹² Por. G. Karaszewski, w: *Kodeks...*, s. 581, P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 463 i 486. Zob. też A. Stelmachowski, *Zarys...*, s. 88, dla którego swoboda umów jest pojmowana (w sensie techniczno-prawnym) jako określony prawem zakres działań pozwalających na kształtowanie stosunków prawnych.

¹³ P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 492-493.

¹⁴ P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 472-473.

¹⁵ Zob. np. G. Karaszewski, w: *Kodeks...*, s. 581; M. Safjan, *Zasada...*, s. 13. Zob. też P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 274, który wskazuje na znaczenie swobody umów dla realizacji

umowne stosunki zobowiązaniowe, bez względu na sektor własności i przyznana jest wszystkim podmiotom prawa cywilnego, a więc również Skarbowi Państwa i jednostkom samorządu terytorialnego posiadającym wszak osobowość prawną prawa cywilnego. Podobnie zresztą jak autonomia woli, zasada ta nie ma jednak charakteru absolutnego i ma swoje granice.

3. Ograniczenia zasady swobody umów w administracji

Przyjmując, że w ramach swobody wyboru formy cywilnoprawnej administracja publiczna korzysta ze swobody umów na równi z innymi podmiotami obrotu cywilnoprawnego, nie sposób pominąć kwestii ograniczeń w zakresie stosowania tej swobody. Część z nich wynika wprost z kodeksu cywilnego i dotyczy wszystkich podmiotów prawa zobowiązań. Część zaś wynika z uczestnictwa w tym obrocie specyficznego rodzaju podmiotu – organu administracji publicznej, który z racji dysponowania środkami publicznymi doznaje pewnych ograniczeń mających chronić przed zachowaniami nagannymi społecznie, ale równocześnie w ramach rekompensaty często dysponuje określonymi przywilejami, nie mówiąc o jego częstej przewadze faktycznej w obrocie.

Swoboda stron w kształtowaniu stosunków obligacyjnych doznaje trojakich ograniczeń. Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego¹⁶ umowa (a dokładnie jej treść lub cel) nie może być sprzeczna z ustawą, właściwością (naturą) stosunku, który ma wiązać strony oraz zasadami współżycia społecznego¹⁷. Z uwagi na to, że dodatkowe ograniczenia swobody umów zawieranych przez administrację wynikają głównie z ustawy (przede wszystkim o charakterze administracyjnoprawnym), to ograniczenie zostanie szerzej omówione w ostatniej kolejności.

Niezależnie od tego, czy przyjmiemy węższą czy szerszą interpretację właściwości (natury) stosunku zobowiązaniowego jako ograniczenia swobody umów¹⁸, w literaturze wskazuje się, że kryterium to nie ma charakteru w pełni

zadań publicznych przez państwo i jednostki samorządu terytorialnego. Według niego, te zadania, które trudno jest zrealizować instrumentami prawa publicznego, mogą być realizowane za pomocą umów zobowiązaniowych.

¹⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, ze zm. (dalej k.c.).

¹⁷ Art. 353¹ k.c., ustanawiając wyraźne granice, w jakich strony mogą swobodnie kształtować treść umowy, uniemożliwia zarazem dowolność w poszerzaniu katalogu ograniczeń woli stron o takie elementy, które nie zostały bezpośrednio wyrażone w treści przepisu, a niejednokrotnie były poprzednio wywodzone, zwłaszcza w praktyce arbitrażowej, np. z ogólnych założeń systemu społeczno-gospodarczego. Tak M. Safjan, *Zasada...*, s. 14.

¹⁸ Interpretacja szersza oznacza nakaz respektowania pewnych podstawowych cech obligacyjnego stosunku prawnego, czyli tych jego elementów, których brak może prowadzić do podważenia sensu (istoty) nawiązanej więzi prawnej. Chodzi o cechy nieodłącznie związane z charakterem stosunków

samodzielnego, gdyż jego treść pokrywa się z kryterium ustawy, względnie kryterium zasad współżycia społecznego. Jednak zdaniem P. Machnikowskiego powołanie się na właściwość stosunku w procesie stosowania prawa stanowi w wielu wypadkach alternatywny i niekiedy prostszy od pozostałych sposobów (odwołujących się do ustawy czy zasad współżycia społecznego), bardziej intuicyjny wariant uzasadnienia decyzji uznającej określone postanowienie umowne za bezskuteczne¹⁹.

Z kolei zasady współżycia społecznego uznaje się w doktrynie za rodzaj klauzuli generalnej. Oznaczają one oceny moralne, wyrażone często w postaci uzasadnionych przez te oceny norm postępowania (norm moralnych), regulujących postępowanie jednych osób wobec innych. Konieczność respektowania zasad współżycia społecznego będzie oznaczała nakaz takiego ukształtowania treści i celu stosunku prawnego, które nie będzie się sprzeciwiało przyjętym w społeczeństwie kryteriom uczciwego i lojalnego postępowania i nie będzie w związku z tym podlegać negatywnej ocenie moralnej²⁰.

Natomiast ograniczenie zasady swobody umów w postaci „ustawy” wynika z przepisów o charakterze ustawowym bezwzględnie obowiązującym. Pojęcie ustawy należy interpretować w sposób ścisły i obejmować nim wyłącznie normy rangi ustawowej²¹, z wyłączeniem regulacji zawartych w aktach normatywnych niższego szczebla (takich jak uchwały, zarządzenia, instrukcje itp.). Przy czym przepisy ustawowe stanowiące ewentualne ograniczenie zasady swobody umów obejmują nie tylko przepisy prawa cywilnego o charakterze *iuris cogentis*, ale także zawarte w innych gałęziach prawa, w tym regulacje konstytucyjne i regulacje prawa publicznego – karnego i administracyjnego. Równocześnie zasadę swobody umów można traktować jako dyrektywę interpretacyjną nakazującą

obligacyjnych jako takich, bądź też z charakterem określonej kategorii tych stosunków. Interpretacja węższa oznacza nakaz respektowania przez strony tych elementów normatywnie określonego typu danej umowy nazwanej, których pominięcie lub modyfikacja prowadzić by musiały do istotnego zniekształcenia zakładanego przez ustawodawcę modelu więzi obligacyjnej związanej z danym typem umowy. W tym drugim przypadku możemy mówić o swoistej pomocniczej dyrektywie interpretacyjnej, umożliwiającej wyodrębnienie w obszarze regulacji dotyczących konkretnej umowy nazwanej tych norm, które należy – ze względu na pełnioną przez nie zasadniczą dla danego stosunku prawnego rolę – potraktować jako przepisy *iuris cogentis*. Por. W. Czachórski, *Zobowiązania...*, s. 141-142; M. Safjan, *Zasada...*, s. 15-16.

¹⁹ Por. P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 558; M. Safjan, *Zasada...*, s. 16.

²⁰ Por. P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 544; M. Safjan, *Zasada...*, s. 17.

²¹ M. Safjan za takie uznaje nie tylko same ustawy, ale również akty wydane na podstawie wyraźnego upoważnienia ustawowego, podczas gdy P. Banasik traktuje to pojęcie jeszcze ściszej, wyłączając z niego akty inne od ustawy *sensu stricto*, w tym rozporządzenia. Por. M. Safjan, *Zasada...*, s. 15; P. Banasik, *Ograniczenie zasady swobody umów w Prawie zamówień publicznych*, cz. I, komentarz praktyczny, Lex nr 111242, data dostępu 23.07.2018.

daleko idącą ostrożność w ustalaniu bezwzględnie obowiązującego charakteru regulacji odnoszących się do sfery stosunków obligacyjnych²².

Ustawowymi ograniczeniami swobody umów mogą być np. przepisy ograniczające (dookreślające) zakres kompetencji stron przez wyłączenie z tego zakresu umów o określonej treści lub niektórych postanowień umownych, czy ograniczenia o charakterze podmiotowym, przyznające kompetencję do tworzenia stosunków zobowiązaniowych o określonej treści tylko podmiotom spełniającym pewne warunki (czy raczej ograniczające powszechną swobodę umów przez wyłączenie z jej zakresu tych szczególnych stosunków zobowiązaniowych)²³.

Z uwagi na specyfikę organów administracji publicznej i konieczność ochrony określonych wartości, w tym zwłaszcza interesu publicznego, prawo administracyjne wprowadza dodatkowe ograniczenia swobody umów zawieranych przez organy administracji publicznej z innymi podmiotami prawa. Można uznać, że ograniczenia kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego w przypadku organów administracji przejawiają się przede wszystkim w określeniu przez przepisy prawa administracyjnego, np. prawa zamówień publicznych, przepisów *iuris cogentis* w odniesieniu do zastosowania odpowiedniej procedury bądź postanowień umownych, wskazujących, że postanowienia umowy (albo umowa zawarta z pominięciem określonej procedury) są nieważne (w całości lub w części)²⁴. Brak więc w tych sytuacjach owej „możliwości odstępowania od poszczególnych rozwiązań zawartych w ustawowej regulacji danego typu zobowiązania”, na którą wskazywał P. Machnikowski charakteryzując zagadnienie swobody kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego²⁵.

Specyfika umów zawieranych przez organy administracji przejawia się równocześnie w pewnym uprzywilejowaniu zamawiającego, przede wszystkim w postaci wyłącznego uprawnienia do kształtowania treści istotnych dla stron postanowień i ograniczającym tym samym swobodę kształtowania treści zobowiązania przez drugą stronę²⁶. Ma to jednak rekompensować silne ograniczenie swobody wyboru kontrahenta przez zamawiającego, który może

²² Por. np. P. Banasik, *Ograniczenie..., cz. I*; W. Czachórski, *Zobowiązania..., s. 140*; M. Safjan, *Zasada..., s. 14-15*.

²³ Szerzej zob. P. Machnikowski, w: *Prawo..., s. 523-532*.

²⁴ Zob. np. w tym zakresie art. 139 ust. 2, art. 140 ust. 3, art. 144, art. 146 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz. U. z 2017, poz. 1579, ze zm. (dalej p.z.p.); art. 43 ust. 1, art. 46 ust. 1, art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz. U. poz. 1920 (dalej u.u.k.r.b.u.); art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1834 (dalej u.p.p.p.).

²⁵ Zob. P. Machnikowski, w: *Prawo..., s. 473*.

²⁶ Zob. art. 36 ust. 1 zwłaszcza pkt 16 p.z.p. Zob. też inne dodatkowe uprawnienia przysługujące tylko zamawiającemu, wynikające z art. 145 p.z.p. (prawo odstąpienia od umowy) czy art. 47 u.u.k.r.b.u. (prawo rozwiązania umowy koncesji niezależnie od jej postanowień).

udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wyłonionemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych²⁷. Ustawodawca może też przewidywać określone uprawnienia kontrolne po stronie podmiotu publicznego²⁸ czy dodatkowe uprawnienia organu nadzorczego²⁹.

Pojęcie „ustawy” stanowiącej jedną z granic kompetencji stron w zakresie kształtowania treści i celu umowy należy traktować również szerzej, biorąc pod uwagę nie tylko ograniczenia wyrażone wprost w określonych przepisach, ale wynikające z systemu norm danej gałęzi prawa określających zasadniczy kształt ustroju politycznego, gospodarczego czy społecznego i ustanawiających podstawowe jego instytucje. W odniesieniu do organów administracji publicznej dotyczy to zakazu przekazania przez podmiot publiczny uprawnień władczych podmiotowi niepublicznemu (np. w zakresie wydawania decyzji administracyjnej, aktu normatywnego) czy zobowiązania się w kwestii dokonania określonych czynności z zakresu władztwa publicznego, które regulowane są wyłącznie normami kompetencyjnymi prawa administracyjnego (określającego przesłanki ich dokonywania mając na względzie przede wszystkim interes publiczny oraz ochronę praw i wolności jednostek) i nie mogą być modyfikowane w drodze swobodnie kształtowanych przez strony stosunków o charakterze cywilnoprawnym³⁰.

Podstawową sankcją za naruszenie granic swobody wyznaczonych w art. 353¹ k.c. jest sankcja nieważności, którą art. 58 k.c. odnosi do każdej czynności sprzecznej z przepisami ustawy. Art. 353¹ k.c. należy do kategorii *iuris cogentis*, a więc naruszenie któregośkolwiek z wymienionych w tym przepisie kryteriów swobody kontraktowej należy uznać za ową sprzeczność czynności prawnej z ustawą uruchamiającą stosowną sankcję³¹.

Sprzeczność umowy z ustawą może powodować również inne, poza sankcją nieważności, skutki prawne przewidziane przez właściwy przepis, np. w przypadku umowy zawartej w warunkach wyzysku (art. 388 k.c.), gdzie druga strona umowy (pokrzywdzona) może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia a dopiero w wypadku, gdy pierwsze i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może żądać unieważnienia umowy, czy

²⁷ Art. 7 ust. 3 p.z.p. Por. też P. Banasik, *Ograniczenie zasady swobody umów w Prawie zamówień publicznych*, cz. III, komentarz praktyczny, Lex nr 111317, data dostępu 23.07.2018; uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2017 r. KIO 558/17, Lex nr 2284219.

²⁸ Jak np. w art. 8 u.p.p., zgodnie z którym podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli określa umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym.

²⁹ Np. w zakresie (czasowego lub ostatecznego) zakazu zawarcia umowy, zobowiązania zamawiającego do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy lub wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części przewidziane w art. 50 u.u.k.r.b.u.

³⁰ Por. H. Gawroński, *Zakres...*, s. 219; J. Lemańska, *Umowa...*, s. 425; P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 528-529. Zob. też uzasadnienie wyroku SN z 28 czerwca 2011 r., II CSK 627/10, LEX nr 936447.

³¹ Por. P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 559; M. Safjan, *Zasada...*, s. 19.

w przypadku przepisów, na podstawie których nieważne postanowienie zostanie zastąpione przepisem ustawy, jak np. w sytuacji opisanej w art. 359 § 2² k.c., zgodnie z którym jeżeli wysokość odsetek wynikających z czynności prawnej przekracza wysokość odsetek maksymalnych, należą się odsetki maksymalne³².

Obok ograniczeń swobody umów w poszczególnych jej aspektach (swobody tworzenia stosunków prawnych, doboru kontrahenta, określenia treści stosunku), istnieją także, równie istotne w praktyce społecznej, faktyczne ograniczenia możliwości korzystania z niej. Nie polegają one ani na określeniu granic kompetencji stron, ani na prawnym nakazie czy zakazie korzystania z tej kompetencji, ale na istnieniu rozmaitych zjawisk o charakterze prawnym lub pozaprawnym, które ograniczają rzeczywistą swobodę podejmowania decyzji przez jedną lub obie strony zawierające umowę³³. Do ograniczeń faktycznych można by zaliczyć samą przewagę faktyczną w obrocie cywilnoprawnym organów administracji publicznej wynikającą m.in. z prawnego uprzywilejowania w uzyskiwaniu określonych dóbr (jak prawo pierwokupu nieruchomości), czy możliwość zastąpienia drogi cywilnej – środkami administracyjnymi, jak ma to miejsce w przypadku wywłaszczenia³⁴.

4. Możliwość wyboru formy cywilnoprawnej nawet bez podstawy prawnej

Swoboda wyboru formy cywilnoprawnej dotyczy również tego, czy dla zawarcia umowy cywilnoprawnej przez organ administracji wystarczająca jest kompetencja zawarta w art. 353¹ k.c., który przyznaje ją wszystkim podmiotom posiadającym zdolność do czynności prawnych (a takimi na gruncie prawa cywilnego są Skarb Państwa, działający przez organy administracji publicznej jako jego *stationes fisci*, i jednostki samorządu terytorialnego). Nie ulega wątpli-

³² Zob. np. P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 559.

³³ Można tu wymienić np. zjawisko faktycznej nierównorzędności stron zawierających umowę, polegającej na przewadze ekonomicznej jednej ze stron nad drugą (szczególnym przypadkiem są tzw. umowy adhezyjne), czy też nierówności wiedzy o prawnych i ekonomicznych skutkach umowy (typowej dla umów zawieranych między profesjonalistą a osobą, która daną dziedziną spraw nie zajmuje się na co dzień). Drugą grupę ograniczeń faktycznych tworzą przepisy prawa, które nie dotyczą treści umowy ani obowiązku jej zawarcia, ale nakładają na kontrahentów jakieś obowiązki pozostające w bezpośrednim lub pośrednim związku z zawarciem umowy (np. przepisy dotyczące kosztów złożenia oświadczenia woli, daniny publiczne związane z samym faktem zawarcia umowy, jak podatek od czynności cywilnoprawnych, oraz z wykonywaniem ustanowionego w ten sposób zobowiązania, jak podatki dochodowe, od towarów i usług, czy składki na ubezpieczenia społeczne). Zob. szerzej P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 496-499.

³⁴ Szerzej na temat specyfiki organu administracji jako podmiotu w sferze prawa cywilnego zob. np. J. Lemańska, *Umowa...*, s. 423-424.

wości, że na to pytanie należy odpowiedzieć negatywnie i uznać, że potrzebna jest do tego kompetencja wyrażona w normach prawa administracyjnego. Jak bowiem wskazuje E. Ura, istota umowy cywilnoprawnej jako formy działania administracji wyraża się właśnie w tym, że poprzez zawarcie umowy cywilnoprawnej organ administracji realizuje swoje ustawowe zadania o charakterze publicznym, przez co regulowana jest ona nie tylko przepisami prawa cywilnego, ale również administracyjnego³⁵.

Problem polega natomiast na rozstrzygnięciu, czy do zawierania umów cywilnoprawnych wystarczająca jest ogólna norma kompetencyjna czy potrzebne jest upoważnienie szczegółowe. Zdania doktryny są w tej kwestii podzielone – od całkowitej swobody umów³⁶, poprzez wymóg (a równocześnie wystarczalność) określenia podstawy prawnej w ogólnej normie kompetencyjnej³⁷, aż po stwierdzenie, w odniesieniu do niektórych umów, wymogu podstawy prawnej zawartej w przepisach szczególnych³⁸.

³⁵ E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015, s. 133.

³⁶ Zob. np. D. Kijowski, *Umowy...*, s. 283; H. Knysiak-Molczyk, *Umowa cywilnoprawna jako forma działania organów administracji publicznej* [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 494. Zob. też P. Machnikowski, w: *Prawo...*, s. 474, który wskazuje, że swoboda umów nie jest bez znaczenia dla realizacji zadań publicznych przez państwo i jednostki samorządu terytorialnego, bowiem te zadania, które trudno jest zrealizować instrumentami prawa publicznego, mogą być realizowane za pomocą umów zobowiązaniowych.

³⁷ Zob. np. J. Lemańska, *Umowa...*, s. 421 i 425, zdaniem której wystarczająca jest kompetencja ogólna, a o zdolności organu administracji do zawarcia umowy decydować będzie norma prawna, przyznająca mu kompetencje – czy to wprost, czy też ogólnie – do podjęcia takiego działania. Z kolei zdaniem E. Ury umowa zawarta bez wyraźnego upoważnienia do tego byłaby umową nieważną, przy czym upoważnienie to – w zależności od rodzaju i stron umowy – może być zawarte w przepisach ogólnych dotyczących dysponowania majątkiem lub w przepisach szczególnych. Niekiedy wynika z ogólnej normy kompetencyjnej dotyczącej gospodarowania czy zarządzania majątkiem. Zob. E. Ura, *Prawo...*, s. 133.

³⁸ Zob. np. poglądy B. Jaworskiej-Dębskiej i J. Ruszewskiego, którzy wskazują, że w przypadku umów zawieranych w celu wykonywania zadań publicznych z innymi podmiotami, w tym organizacjami pozarządowymi, ogólna norma kompetencyjna zawarta w samorządowych ustawach ustrojowych (czyli w art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 994 ze zm., art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 995 ze zm., art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 913 ze zm.) jest niewystarczająca i podstawy prawnej należy szukać w ustawach szczegółowych, przede wszystkim w ustawie z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 450, ze zm.), którą w aktualnym stanie prawnym stosuje się również do zlecenia realizacji zadań z zakresu pomocy społecznej (osobna podstawa prawna w tym względzie zawarta w ustawie z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej została uchylona w 2010 r.). Zob. B. Jaworska-Dębska, *Umowy we współczesnej administracji*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć..., s. 18; J. Ruszewski, *Umowa jako forma przekazywania organizacjom pozarządowym przez organy administracji publicznej wykonywania zadań publicznych*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć..., s. 284.

Wydaje się, że z uwagi na specyfikę administracji publicznej całkowita swoboda umów nie jest możliwa³⁹ i konieczne jest do tego upoważnienie zawarte przynajmniej w ogólnej normie kompetencyjnej. Natomiast przepisy szczególnie należy uznać za *lex specialis* w stosunku do ogólnych regulacji dotyczących możliwości zawierania umów między organami administracji publicznymi a podmiotami niepublicznymi. Należy bowiem wziąć pod uwagę, iż forma umowy cywilnoprawnej może stanowić dobry sposób realizacji zadań w sytuacji, gdy prawo nie przewiduje w sposób wyraźny innej formy prawnej działania. Wymóg szczegółowej podstawy prawnej w każdym przypadku zawierania umów cywilnych mógłby się stać zbyt daleko idącym ograniczeniem.

5. Swoboda wyboru formy prywatno- lub administracyjnoprawnej przez organ administracji

Aby w pełni odpowiedzieć na pytanie, czy organy administracji mają swobodę wyboru między formą prywatno- lub publicznoprawną należy też rozstrzygnąć, czy ewentualna odpowiedź twierdząca na to pytanie dotyczy wyboru między umową prawa cywilnego i administracyjnego czy umową prawa cywilnego a czynnością władczą prawa administracyjnego. W pierwszym przypadku powstaje pytanie o istnienie w polskim porządku prawnym instytucji umowy administracyjnej. Generalnie wielu autorów opowiada się za brakiem takiej instytucji, zwłaszcza jeśli pojęcie to będziemy utożsamiać z formą działania administracji o charakterze dwustronnym podejmowaną między organem a podmiotem zewnętrznym i kształtującą stosunek administracyjny⁴⁰. Mimo to, wielu autorów, z uwagi na przedmiot i/lub stopień intensyfikacji ingerencji przepisów prawa administracyjnego w zawieranie przez organy administracji publicznej umów przyznaje, że część z nich zbliża się do umowy administracyjnej, czy wręcz stanowi umowę (jeśli nie administracyjną w powyższym

³⁹ Jak wskazuje A. Błaś, umowy w administracji, podobnie jak akty administracyjne, muszą legitymować się odpowiednią podstawą prawną i mieścić się w ramach prawnie określonych kompetencji organu upoważnionego do ich zawarcia a ich przedmiotem mogą być sprawy z zakresu administracji publicznej. Zob. A. Błaś, w: *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 351.

⁴⁰ Zob. np. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 432. Zob. jednak M. Możdżeń-Marcinkowski, *Umowy w administracji publicznej – głos w dyskusji*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć..., s. 114 i 121, według którego co prawda tzw. umowa administracyjna nie jest znana polskiemu systemowi prawa, jednak w ramach działań wspólnych w administracji wyróżnia dwa rodzaje umów publicznoprawnych (o charakterze wewnętrznym i zewnętrznym). Podobnie M. Stahl, w: *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2016, s. 492-493, która stwierdza, że instytucja umowy publicznej jako takiej nie jest znana polskiemu ustawodawstwu, jednak wymienia umowy, które jej zdaniem są rodzajem takiej umowy, czy też mają jej cechy.

rozumieniu to) publicznoprawną, a co najmniej o charakterze mieszanym (cywilno-administracyjnym). Raczej nie ma większych wątpliwości w sytuacji umów, w których przypadku ustawodawca (o ile nie określił wprost ich cywilnoprawnego charakteru), przynajmniej odsyła w kwestiach nieuregulowanych do kodeksu cywilnego, tak jak to ma miejsce w przypadku umów w sprawie zamówień publicznych⁴¹ czy umowy koncesji na roboty budowlane⁴². Również w przypadku umów zawieranych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego rozważania raczej nie dotyczą tego, czy jest to umowa cywilna (co uznaje się za oczywiste), lecz czy jest to nowa umowa nazwana⁴³.

Problemy dotyczą natomiast (zwłaszcza z uwagi na ich przedmiot) umów zlecenia realizacji zadań publicznych organizacjom pozarządowym⁴⁴. Problematyczna jest również umowa o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, z uwagi na brak odesłania do kodeksu cywilnego i odesłanie do regulacji umownej wielu istotnych kwestii, w tym sposobu rozstrzygania sporów wynikłych na tle realizacji tej umowy oraz warunków jej rozwiązania

⁴¹ Zob. art. 139 ust. 1 p.z.p. Odnośnie poglądów doktryny wskazujących wprost na cywilnoprawny charakter tego typu umów zob. np. A. Celejewska-Rajchert, *Prawo zamówień publicznych*, w: *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017, s. 298; A. Mituś, *Umowy...*, s. 233; K. Młodicka, *Zasada...*; czy uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 czerwca 2013 r. I ACa 80/13, Lex nr 1342287, dostęp 23.07.2018.

⁴² Zob. art. 16 ust. 1 u.u.k.r.b.u. Przy czym należy zwrócić uwagę, że na gruncie uchylonej ustawy z 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi, z uwagi na powierzenie sporów związanych z tymi umowami do rozpoznawania sądom administracyjnym, uznawane były w literaturze za umowy publicznoprawne (tak M. Stahl, w: *Prawo...*, s. 492-493) lub umowy zbliżone do klasycznej formy umowy administracyjnej (tak J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 438). Należy jednak zauważyć, że na podstawie art. 27 ust. 1 uchylonej ustawy prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego przysługiwało zainteresowanemu podmiotowi, który „ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy”, a więc nie dotyczyło sporów na tle zawartej umowy (w odniesieniu do której również na mocy uchylonej ustawy, konkretnie art. 5, należało stosować przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowiły inaczej) tylko uchybień w zakresie ustawowo określonej procedury zawierania tejże umowy.

⁴³ Zob. w tej mierze zwłaszcza K. Płonka-Bielenin, *Charakter prawny umowy o partnerstwo publiczno-prywatne*, „Samorząd Terytorialny” 2010, nr 9, s. 7-18. Wprost na cywilnoprawny charakter tej umowy wskazują również m.in. H. Gawroński, *Zakres...*, s. 219; M. Rękawek-Pachwicewicz, M. Wenclik, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako sposób realizacji zadań publicznych w układzie trójsektorowym*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć..., s. 274, 277; E. Ura, *Prawo...*, s. 135; Urząd Zamówień Publicznych, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, praca zbiorowa pod red. B. Korbusa, Warszawa 2010, s. 121; J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 437. Należy jednak zwrócić uwagę, że występują również poglądy o jej hybrydowym (tak M. Kania, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013, s. 355-367) czy nawet publicznoprawnym charakterze (np. M. Możdżeń-Marcinkowski, *Umowy...*, s. 121; M. Stahl, w: *Prawo...*, s. 492).

⁴⁴ Stąd np. A. Pakuła, *Umowa jako forma finalizacji zlecenia realizacji zadań publicznych w obszarze działalności pożytku publicznego*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć..., s. 253, czy (choć nie wprost) J. Lemańska, *Umowa...*, s. 423, zaliczają tego typu umowy do umów publicznoprawnych/administracyjnych.

i wypowiedzenia⁴⁵. Nie wydaje się jednak, aby pozostawienie tych kwestii do uzgodnienia stronom umowy miało oznaczać możliwość dokonania wyboru charakteru prawnego umowy i w konsekwencji kognicji sądu powszechnego lub administracyjnego, zwłaszcza że w kwestiach nieuregulowanych do zawarcia tego typu umowy stosuje się odpowiednio przepisy u.u.k.r.b.u. i p.z.p. co mogłoby sugerować cywilnoprawny charakter również umowy o eksploatację autostrady. Z drugiej jednak strony jest to przykład umowy, w której stronom pozostawiono duży zakres swobody w kształtowaniu jej treści.

Między innymi na tym tle powstaje pytanie, czy w sytuacji, gdy ustawodawca nie przesądził wprost o charakterze powstającego w wyniku umowy stosunku prawnego, organ może dokonać wyboru charakteru prawnego zawieranej umowy. Jest to pytanie o to, kto dokonuje wyboru formy – czy przesądza o tym ustawodawca czy jednak organ stosujący prawo, i czy organ powinien mieć taki wybór. Należy się zastanowić, czy w obecnym stanie prawnym taki wybór w ogóle istnieje po którejś ze stron. Znów więc wracamy do pytania o istnienie umów publicznoprawnych w polskim porządku prawnym (jeśli nie istnieją, pytanie o wybór między nimi a umowami cywilnymi staje się bezprzedmiotowy).

W literaturze podaje się różne kryteria rozgraniczające umowy cywilnoprawne i administracyjne⁴⁶. Nie wdając się, z uwagi na objętość pracy, w szczegółowe rozważania w tym zakresie, do kryteriów rozgraniczających należy zaliczyć: 1) charakter powstałego między stronami stosunku (cywilno- bądź administracyjnoprawny) oraz występowanie lub jego brak (w przypadku umów administracyjnych) ekwiwalentności praw i obowiązków stron stosunku; 2) cel ich zawierania – nakierowany na wywołanie skutków w sferze prawa administracyjnego czy cywilnego oraz na powstanie stosunku administracyjnoprawnego regulującego prawa i obowiązki o charakterze publicznoprawnym czy powstanie stosunku zobowiązaniowego. W przypadku umów zawieranych w celu realizacji zadań publicznych, na plan pierwszy wysuwa się zwłaszcza charakter relacji łączących strony umowy (czy przez umowę strony kształtują sytuację administracyjnoprawną podmiotu zewnętrznego wobec organu czy raczej chodzi o ustalenie wzajemnych zobowiązań o charakterze cywilnoprawnym jak w przypadku organizacji pozarządowych podejmujących się wykonania zadań publicznych)⁴⁷.

⁴⁵ Przez co w doktrynie można znaleźć poglądy o jej publicznoprawnym charakterze, na co zwraca uwagę B. Jaworska-Dębska, *Umowy...*, s. 20-21. Zob. jednak J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 432-433, który mimo określenia tej umowy mianem namiastki umowy administracyjnej, uznaje ją jednak za swoistą umowę prawa cywilnego.

⁴⁶ Por. np. A. Czarkowska, *Umowy adhezyjne w administracji publicznej*, w: *Umowy w administracji*, red. J. Boć..., s. 47; D. Kijowski, *Umowy...*, s. 296-297; J. Lemańska, *Umowa...*, s. 422 i 424-425.

⁴⁷ W przypadku zlecania lub powierzania zadań do wykonania organizacji pozarządowej odpowiedzialność za ostateczny efekt (a więc prawidłową realizację zadań) ponosi nadal organ

Natomiast za wystarczające kryterium nie można uznać wymienianego w literaturze wysokiego stopnia uregulowania przepisami prawa administracyjnego⁴⁸, gdyż jest ono za mało precyzyjne. Trudno jest bowiem rozeznaczyć, od kiedy możemy mówić o na tyle wysokim stopniu regulacji administracyjnoprawnej, że daną umowę można już zakwalifikować do umów administracyjnych. W dodatku, umowy administracyjne w przyjętym w niniejszej pracy rozumieniu, regulowane być powinny w całości przez przepisy prawa administracyjnego, bez konieczności odwoływania się do regulacji cywilnoprawnych. Należy więc przyjąć, że aktualnie w polskim porządku prawnym umowy administracyjne nie występują.

Zróznicowanie poglądów w literaturze może wynikać z tego, że sam ustawodawca różnie podchodzi do regulacji najczęściej wymienianych umów. Należy przyjąć, że posługując się pojęciem umowy ustawodawca ma na myśli umowę prawa cywilnego i (przynajmniej jak na razie) nie zamierza wprowadzać umowy prawa administracyjnego. Stąd niejednokrotnie wprost odsyła w kwestiach nieuregulowanych do stosowania przepisów k.c. (i to najczęściej w sposób bezpośredni). Zamieszanie wynika ze specyfiki podmiotu zawierającego umowę cywilnoprawną, jakim jest organ administracji publicznej. W związku z koniecznością ochrony interesu publicznego przy równoczesnym wymogu działania organów administracji wyłącznie na podstawie i w granicach prawa, ustawodawca wprowadza mniejsze lub większe modyfikacje umowy cywilnej zawieranej przez administrację publiczną. Dotyczy to przede wszystkim procedury zawierania takich umów, jak również zwiększenia przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym, dotyczących formy, treści, czy sposobów dojścia do konsensusu co do treści umowy, wyboru kontrahenta itp. (których naruszenie najczęściej prowadzi do nieważności zawartej w ten sposób umowy w całości lub w części). Przepisy te, z racji podmiotu, którego dotyczą, mają charakter publicznoprawny. Stąd należy rozróżnić unormowania dotyczące procedury zawierania umów (o charakterze administracyjnym), w przypadku naruszenia których ustawodawca wprowadza różne rozwiązania (biorąc pod uwagę dawne i aktualne unormowania) – odwołanie do podmiotu o charakterze arbitrażowym, do sądu powszechnego czy do sądu administracyjnego – co może czasami rodzić

a organizacja pozarządowa staje się jedynie wykonawcą zadania. W tej sytuacji wzajemne relacje między nimi mają charakter cywilnoprawny z samej swej natury. Inaczej rzecz by się miała w przypadku przeniesienia kompetencji (a więc realizacji zadania wraz z odpowiedzialnością publicznoprawną za nie), gdyż to – o ile dopuszczalne przez prawo – musiałoby mieć charakter publicznoprawny (np. w drodze porozumienia administracyjnego). I odwrotnie – w sytuacji ułożenia sytuacji publicznoprawnej organizacji pozarządowej czy innego podmiotu, nawet jeśli może ona mieć wpływ (współ z organem) na treść tego stosunku, sam stosunek będzie już miał charakter publicznoprawny a co za tym idzie forma, w jakiej do tego dochodzi, również musi mieć charakter publicznoprawny.

⁴⁸ Takie kryterium, jako jedno z wielu, podaje np. J. Lemańska, *Umowa...*, s. 422.

konsternację w zakresie charakteru samych umów. Nie jest to jednak uzasadnione, gdyż w odniesieniu do umów ustawodawca najczęściej sam określa ich (cywilnoprawny) charakter, który nie ulega zmianie w zależności od tego, czy w kwestii charakteru środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia ustawodawca w danym przypadku rozstrzygnie na rzecz procedury cywilnoprawnej (z uwagi na to, że bądź co bądź chodzi o zawieranie umowy cywilnoprawnej) czy administracyjnoprawnej (z uwagi na podmiot zawierający umowę i charakter przepisów, których naruszenia się dopuścił).

Oczywiście przy dużym stopniu ingerencji prawa administracyjnego w zawieranie umów cywilnych przez administrację publiczną można uznać ich hybrydowy (cywilno-administracyjny) charakter⁴⁹. Wydaje się jednak wystarczające uznanie, że są to umowy prawa cywilnego regulowane równocześnie (z uwagi na podmiot je zawierający) w mniejszym lub większym stopniu przepisami prawa administracyjnego, co jednak nie ma wpływu na ich generalnie cywilnoprawny charakter.

W związku z tym należy przyjąć, że organ administracji publicznej nie ma wyboru między formą prywatno- a administracyjnoprawną o charakterze niewładczym w formie umowy administracyjnej, skoro nieznana jest polskiemu porządkowi prawnemu, choć można się zastanowić nad możliwością wyboru, zwłaszcza przy braku wyraźnej podstawy prawnej do realizacji zadań w formach władczych, między czynnościami cywilnoprawnymi a czynnościami administracyjnymi o charakterze faktycznym⁵⁰. Również nie wydaje się uzasadnione twierdzenie o wyborze między formą cywilnoprawną a władczą formą działania administracji, w tym indywidualnym aktem administracyjnym⁵¹. Z pewnością przykładem takiego wyboru nie jest instytucja wyłączenia. Możliwość zastą-

⁴⁹ O umowach mieszanych pisze np. B. Jaworska-Dębska, *Umowy...*, s. 27. Warto też przypomnieć, że M. Kania, *Umowa...*, s. 355-367, za umowę mieszaną uznaje umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym.

⁵⁰ Zob. jednak poglądy E. Stefańskiej, *Umowy...*, s. 148-149, zdaniem której jeżeli przepisy prawa nie regulują tej kwestii, do administracji należy wybór formy świadczenia usług, publicznoprawnej bądź prywatnoprawnej. Autorka w istocie porusza wybór formy świadczenia usług w innym aspekcie, a więc nie jako wybór prawnej formy działania tylko wybór formy organizacyjnoprawnej w jakiej gmina będzie świadczyć dane usługi (za pośrednictwem utworzonej w tym celu spółki prawa handlowego bądź samodzielnie, w formie zakładu budżetowego). W podanym przez nią przykładzie, w którym gmina ma wybór między ułożeniem stosunku o charakterze publicznoprawnym lub prywatnoprawnym, w istocie chodzi o charakter relacji między gminą a zakładem budżetowym świadczącym usługi, natomiast nie chodzi o samą formę prawną świadczenia tych usług.

⁵¹ Wskazuje na to wprost E. Ura, zdaniem której możliwość wydania aktu administracyjnego w wypadku niemożności osiągnięcia określonego celu w drodze umowy cywilnoprawnej nastąpić może tylko w sytuacji, gdy ustawa możliwość taką przewiduje. Wynika to z podstawowej cechy administracji, czyli działania wyłącznie na podstawie i w granicach prawem określonych. Nie oznacza to zatem, że w swym działaniu organ administracji może w sposób dowolny zastępować

pienia umowy cywilnoprawnej aktem administracyjnym rodzącym skutki prawne w sferze prawa cywilnego (w postaci pozbawienia albo ograniczenia, w drodze decyzji, prawa własności, prawa użytkowania wieczystego lub innego prawa rzeczowego na nieruchomości) nie wynika z aktu woli organu administracji tylko jest następstwem spełnienia ustawowych przesłanek (a więc jeżeli cele publiczne nie mogą być zrealizowane w inny sposób niż przez pozbawienie albo ograniczenie praw do nieruchomości, a prawa te nie mogą być nabyte w drodze umowy)⁵².

6. Zasadność korzystania przez administrację z form cywilnoprawnych

W literaturze dostrzega się pozytywne cechy wykorzystywania umów prawa cywilnego przez organy administracji publicznej, zwłaszcza równość partnerów, swobodę w optymalnym ukształtowaniu treści wzajemnych praw i obowiązków, możliwość bezpośredniej kontroli wykonywania zaciągniętych zobowiązań, czy wreszcie obiektywne rozstrzygnięcie ewentualnych sporów przez sąd cywilny⁵³.

Oczywiście jeśli stosunek administracyjnoprawny ma być tworzony tylko przez stosowanie jednostronnych działań władczych administracji umowa będzie dawać większe szanse na uwzględnienie stanowiska jednostki. Trzeba jednak mieć na względzie, że w przypadku umów zawieranych z udziałem organów administracji publiczne nie da się uniknąć faktycznej przewagi w sprawach cywilnych organu administracji i to zarówno na etapie kształtowania stosunku zobowiązaniowego, przez co umowy zawierane przez organy administracji mają często charakter umów adhezyjnych (przystąpienia) i – z uwagi na konieczność stosowania prawa zamówień publicznych – dają możliwość niemal jednostronnego kształtowania przyszłej umowy przez zamawiającego określającego specyfikację istotnych warunków zamówienia, jak i na etapie rozstrzygnięcia sporów wynikłych z tych umów przez sąd powszechny (gdzie właśnie owa równość stron stawia w zdecydowanie trudniejszej sytuacji procesowej kontrahenta administracji). W literaturze podnosi się również, że istota umowy cywilnoprawnej nie odpowiada stosunkom administracyjnoprawnym, a ochrona sądu powszechnego (cywilnego) nie odpowiada wielu dziedzinom prawa administracyjnego. Stąd słusznie postuluje się konieczność unormowania ram prawnych działania administracji w formie

umowę aktem administracyjnym czy wydawanie aktu administracyjnego – umową. Zob. E. Ura, *Prawo...*, s. 133.

⁵² Zob. art. 112 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 121 ze zm.

⁵³ Zob. np. R. Cybulska, E. Prandota-Prandecka, *Umowa cywilnoprawna i kontrakt wojewódzki jako formy działania administracji publicznej*, w: *Sprawność działania administracji samorządowej*, red. E. Ura, Rzeszów 2006, s. 58; A. Kubiak, *Perspektywy...*, s. 80; J. Lemańska, *Umowa...*, s. 422.

umowy administracyjnej⁵⁴. Należałoby ten postulat poszerzyć również o unormowanie możliwości korzystania w granicach prawa ze swobody kształtowania treści tego typu umów.

Skoro w literaturze wskazuje się na niewystarczalność umowy cywilnoprawnej (w stosunku do umowy administracyjnej) na potrzeby działań administracji, to należy zastanowić się, czy administracja w ogóle powinna korzystać z form cywilnoprawnych.

Wydaje się, że w sferze zarządu mieniem to właśnie umowa cywilnoprawna znacznie lepiej jest przystosowana do nawiązania odpowiednich stosunków prawnych. Problem natomiast dotyczy sfery realizacji zadań, choć w przypadku braku przekazania uprawnień władczych również i tu umowa cywilnoprawna może lepiej przyczyniać się do właściwego ułożenia wzajemnych stosunków i w efekcie zwiększenia efektywności realizacji tych zadań. Co więcej, sam ustawodawca może preferować tę formę z uwagi na to, że wystarczy wówczas uregulować odmienności wynikające ze specyfiki danej umowy w stosunku do umów nazwanych, a w kwestiach nieuregulowanych odesłać do kodeksu cywilnego (w przypadku umów administracyjnych musiałby dopiero wprowadzić kompleksową regulację). Natomiast w przypadkach zadań nierozzerwalnie związanych z koniecznością wykorzystywania władztwa administracyjnego oraz ułożeniem indywidualnej sytuacji prawnej, ściśle związanej z powstaniem stosunku administracyjnego, umowa cywilnoprawna w ogóle nie powinna mieć miejsca, gdyż prowadzi do powstania odmiennych stosunków prawnych i skutków w sferze prawa cywilnego a nie administracyjnego. Wydaje się więc, że w tych sytuacjach należałoby wprowadzić możliwość stosowania umów administracyjnych, które z jednej strony lepiej wpasowują się w partycypacyjny model zarządzania sprawami publicznymi niż władcze jednostronne działania administracji, z drugiej zaś są dostosowane do specyfiki stosunków administracyjnych. Pozostaje jednak pytanie, czy ustawodawca powinien pozostawić swobodę organom administracyjnym w kwestii wyboru aktu jedno- bądź dwu-/wielostronnego, czy z góry określić sytuacje, w których stosuje się jeden lub drugi sposób ułożenia stosunków administracyjnych.

Bibliografia:

- Banasik P., *Ograniczenie zasady swobody umów w Prawie zamówień publicznych*, cz. I, komentarz praktyczny, Lex nr 111242
 Banasik P., *Ograniczenie zasady swobody umów w Prawie zamówień publicznych*, cz. III, komentarz praktyczny, Lex nr 111317
 Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, aktualizacja A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, Warszawa 2002

⁵⁴ Zob. A. Kubiak, *Perspektywy...*, s. 80-81; J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 432.

- Institucje współczesnego prawa administracyjnego*, red. I. Skrzydło-Niżnik i in., Kraków 2001
- Kania M., *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2013
- Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007
- Łętowski J., *Umowa jako forma działania administracji w PRL*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*”, Sectio G, 1978, vol. XXV, 11
- M. Safjan, *Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, „*Państwo i Prawo*” 1993, nr 4
- Młodecka K., *Zasada swobody umów w prawie zamówień publicznych*, komentarz praktyczny, Lex nr 136269
- Płonka-Bielenin K., *Charakter prawny umowy o partnerstwo publiczno-prywatne*, „*Samorząd Terytorialny*” 2010, nr 9
- Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania*, Toruń 2005
- Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010
- Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2006
- Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017
- Prawo administracyjne. Część ogólna*, red. M. Chmaj, Warszawa 2007
- Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2016
- Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013
- Sprawność działania administracji samorządowej*, red. E. Ura, Rzeszów 2006
- Stelmachowski A., *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998
- Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008
- Ura E., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015
- Urząd Zamówień Publicznych, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, praca zbiorowa pod red. B. Korbusa, Warszawa 2010
- W kierunku sprawnego państwa. Publiczno-prawne instrumenty kształtowania polityki społecznej i gospodarczej*, red. M. Thorz, Częstochowa 2010
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016

Streszczenie

Artykuł dotyczy różnych aspektów możliwości wyboru formy prywatnoprawnej przez organy administracji publicznej. W pierwszym rzędzie odnosi się do możliwości stosowania w działalności administracji publicznej zasady swobody umów i jej ograniczeń. Przedstawia także zagadnienie dopuszczalności zawierania umów cywilnoprawnych bez wyraźnej podstawy prawnej, czy też dokonywania przez administrację wyboru między formami prawa cywilnego i administracyjnego.

Słowa kluczowe: swoboda umów, umowa cywilnoprawna.

Freedom of choice of a private-law form in the public administration activity

Summary

The article concerns various aspects of the possibility of choosing a private law form by public administration bodies. In the first place, it refers to the possibility of applying the principle of freedom of contract, and its limitations, in public administration activity. It also presents the issue

of the admissibility of concluding civil-law contracts without an explicit legal basis or choosing between forms of civil and administrative law.

Keywords: freedom of contracts, civil-law contract.
