

*Dr Ewa Pierzchała*  
*Uniwersytet Opolski*

## **Charakter prawny umowy koncesji**

### **1. Zagadnienia wprowadzające**

Prawne formy działań administracji podlegają zauważalnym procesom dostosowawczym do współczesnych potrzeb społecznych i gospodarczych. Jedną z instytucji, której rola w prawie administracyjnym nie jest bagatelna, jest koncesja. Nowym, dwustronnym odpowiednikiem koncesji jest umowa koncesji. Z punktu widzenia teorii i praktyki instytucja wprowadzona do porządku prawnego ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>1</sup>, mianowicie umowa koncesji, jest formą prawną o złożonym charakterze.

Na samym początku należałoby wskazać na niezupełnie trafne ujęcie tytułu ustawy. Wprowadza ono bowiem przekonanie, że przedmiotem ustawy są zasady udzielania koncesji na roboty lub usługi budowlane. Tymczasem treść ustawy przeczy wstępnemu wrażeniu. Ustawodawca nie określa bowiem zasad udzielania koncesji, a tryb zawierania umowy koncesji. Na pozór wydaje się różnica niewielka, choć w konsekwencji mająca ogromne znaczenie teoretyczne i praktyczne. Zgodnie ze standardami tworzenia prawa określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908, zwanym dalej r.z.t.l.) w tytule ustawy przedmiot określa się możliwie najzwięźle, jednakże w sposób

---

<sup>1</sup> Dz.U. Nr 19, poz. 101 ze zm.

adekwatnie informujący o jej treści. (§ 18 ust. 1 r.z.t.l.). Trudno zgodzić się, że „koncesja” i „umowa koncesji” to pojęcia, które mogą być używane zamiennie. Zatem ustawodawca mylnie przekazuje informację w tytule ustawy obywatelom, którzy oczekują w treści aktu normatywnego konkretnych rozwiązań, jak uzyskać koncesję. Prawo administracyjne wyróżnia wśród form działań administracji zarówno umowy, jak i akty administracyjne typu koncesje. Warto przytoczyć w tym miejscu dla porównania treść oraz tytuł rozdziału 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1075 ze zm.). Rozdział zatytułowany jest „Koncesje oraz regulowana działalność gospodarcza”. Przedmiotem tego rozdziału jest udzielanie koncesji na działalność w zakresie m.in. ochrony osób i mienia lub rozpowszechniania programów radiowych. Przykład ten ma o tyle istotne znaczenie, że tytuł rozdziału odzwierciedla jego treść. Ponadto ustawodawca wyraźnie wskazuje, że pod pojęciem „koncesja” należy rozumieć jednostronną czynność prawną zmierzającą do nadania uprawnienia określonemu podmiotowi w sferze działalności należącej do istotnych dziedzin gospodarki narodowej. Ustawodawca w art. 46 ust. 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej tworzy zasadę, zgodnie z którą wprowadzenie innych koncesji w dziedzinach działalności gospodarczej mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny jest dopuszczalne tylko w przypadku, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia oraz wymaga zmiany niniejszej ustawy. Tym samym dopuszcza się zatem do tworzenia innych warunków udzielania koncesji niż te określone w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.

Można zatem stwierdzić, że koncesja jako forma działań administracji ma swoje wypracowane już miejsce w systemie prawa i należałoby przy tworzeniu nowego prawa uwzględnić stan prawny już istniejący do tego stopnia, aby nowe przepisy nie wprowadzały, chociażby w samym tytule, mylnej oceny stanu prawnego. Umowa koncesji jest formą zgoła odmienną od koncesji. Różnice dotyczą nie tylko samej nazwy, ale przede wszystkim tego, że umowa ma charakter dwustronny, co oznacza, że do wywołania przez nią skutków prawnych potrzebne jest złożenie zgodnych oświadczeń woli dwóch stron. Natomiast koncesja jest czyn-

nością prawną jednostronną, władczą i do wywołania przez nią skutków wystarczy oświadczenie jednej strony i doręczenie oświadczenia stronie drugiej. Koncesja należy do kategorii aktów administracyjnych (konkretnych, załatwiających indywidualną sprawę) zaskarżalnych w trybie administracyjnym i wydawanych w postępowaniu administracyjnym. Umowa natomiast jest formą konsensualną niezaskarżalną, a jedynie spory powstałe na gruncie jej realizacji mogą być rozpatrywane w trybie sądowym przez sądy powszechne lub administracyjne.

Przy rozważaniu charakteru prawnego umowy koncesji oprócz istniejącego stanu prawnego, piśmiennictwa i orzecznictwa należy również wziąć pod uwagę projekt ustawy przepisów ogólnych prawa administracyjnego, którego treść powstała na gruncie dorobku nauki i praktyki i stanowi cenne źródło wskazówek do ustalenia różnych spornych kwestii.

W nauce prawa administracyjnego dotychczas funkcjonowała umowa jako dwustronna czynność prawna stanowiąca jedną z form działań organów administracji publicznej oraz koncesja jako jednostronna czynność organu administracyjnego, stanowiąca rodzaj decyzji administracyjnej o szczególnej nazwie<sup>2</sup>. Umowa koncesji stanowi zatem interesujące połączenie dwóch znanych już form wykonywania zadań publicznych. Jej charakter prawny nie jest jednak jednoznaczny, biorąc zarówno pod uwagę dorobek doktryny, jak i siatkę pojęciową zaproponowaną w projekcie ustawy przepisów ogólnych prawa administracyjnego.

Umowy w hierarchii zjawisk prawnych objętych problematyką form działania administracji mają to samo miejsce, co akty administracyjne, jeśli oceniać je miarą odległości od norm ustawowych i stopniem konkretyzacji tych norm. Podobnie jak akty administracyjne umowy w administracji muszą mieć odpowiednią podstawą prawną, muszą mieścić się w ramach prawnie określonych kompetencji organu upoważnionego do ich zawarcia, wreszcie ich przedmiotem mogą być sprawy z zakresu administracji publicznej.

Umowa, jako forma prawna działań organów administracji publicznej, jest obok jednostronnych i władczych form działania coraz częściej wykorzystywaną alternatywą w załatwianiu spraw administracyjnych. Niewątpliwie zainteresowanie doktryny prawa dwustronnymi formami

---

<sup>2</sup> J. B o ć, *Prawo administracyjne*, Wrocław 2008, s. 351.

działań jest nieproporcjonalne do skali ich wykorzystania. Obserwuje się jednak tendencję zmierzającą do uporządkowania prawnych aspektów tej formy. Umowy w administracji nabierają znaczenia również w związku ze stałym wzrostem zadań publicznych przekazywanych do wykonania podmiotom prawa prywatnego. Do stopniowego zainteresowania przez doktrynę, a także prawodawcę umowami, zwłaszcza publicznoprawnymi (administracyjnymi), niewątpliwie przyczyniło się silne oddziaływanie prawa europejskiego na polski system prawny. Od momentu wejścia Polski do Unii Europejskiej systemy prawne państw członkowskich ulegają pewnej harmonizacji, co oznacza, że jeśli umowy publicznoprawne funkcjonują w ustawodawstwie innych państw członkowskich Unii Europejskiej, to znajdują one również swoje odzwierciedlenie w prawodawstwie polskim<sup>3</sup>.

Umowne formy działania administracji występują w dwóch podstawowych typach: **umów prawa cywilnego** (czyli umowy regulowane przepisami prawa cywilnego) oraz **umów administracyjnoprawnych** zwanych też umowami publicznoprawnymi (czyli umowy regulowane przepisami prawa administracyjnego). Wprawdzie polska regulacja prawa cywilnego jest bardzo elastyczna i wydawałoby się, że nie istnieje takie zachowanie, które nie mogłoby być przedmiotem umowy prawa cywilnego, jednakże jest pewien obszar aktywności organów administracji publicznej, który niewątpliwie nie jest objęty klasyfikacjami i typologiami tych umów. Jest to obszar wykorzystywania do realizacji zadań administracji publicznej umów administracyjnych<sup>4</sup>. Warto zauważyć, że umowy o charakterze administracyjnym są znane innym systemom prawnym, w których wykonywanie zadań publicznych przez podmioty prawa prywatnego jest dość powszechne oraz ma długą tradycję<sup>5</sup>.

W nauce prawa administracyjnego pojęciem umowy administracyjnoprawnej posługiwano się dotąd w przypadku zawierania dwustronnych czynności prawnych w celu wspólnego wykonywania zadań lub prze-

---

<sup>3</sup> Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, s. 96.

<sup>4</sup> Zob. J. Kijowski, *Umowy w administracji publicznej*, [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania, Studia i materiały z Konferencji Naukowej Poświęconej Jubileuszowi 80-tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 134.

<sup>5</sup> Z. Cieślak, *Umowa administracyjna...*, s. 34.

kazania albo powierzenia wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej. Stronami umowy publicznoprawnej są z reguły, przynajmniej jako jedna ze stron, organy administracji publicznej. Dochowanie postanowień takich umów zagwarantowane jest z reguły środkami administracyjnymi (np. środkami nadzoru). Wyłączona jest możliwość rozpatrywania sporów wynikających z takich umów przez sądy powszechne. Spory z zakresu tych umów rozpatrywane są przez sądy administracyjne. Podstawą prawną zawierania umów publicznoprawnych są przepisy prawa administracyjnego, także zasady oraz tryb zawierania takich umów powinny być regulowane przepisami prawa administracyjnego<sup>6</sup>.

Ideą umowy administracyjnoprawnej jest wyposażenie obywatela lub innego zewnętrznego wobec administracji publicznej podmiotu w możliwość optymalnego zjednoczenia interesu publicznego z jego interesem indywidualnym, a jeśli nie zjednoczenia, to jednoczesnego ulepszenia ochrony obydwu tych interesów<sup>7</sup>.

W nauce prawa niemieckiego wyróżnia się dwa rodzaje umów administracyjnych: subordynacyjnoprawną i koordynacyjnoprawną<sup>8</sup>. Pierwsza kategoria umów może zastępować akt administracyjny, zawierać zobowiązanie do wydania takiego aktu lub nie pozostawać w żadnym związku z aktem administracyjnym. Jedną ze stron takiej umowy jest przedstawiciel administracji publicznej, drugą zaś obywatel lub inny niepozostający w organizacyjnym związku z administracją podmiot. Natomiast umowa koordynacyjnoprawna zawierana jest przez podmioty o równoważnych dla siebie pozycjach w warunkach, w których nie można wydać aktu administracyjnego<sup>9</sup>.

Umowa jako forma realizacji zadań administracji publicznej przewidziana jest m.in. w art. 16 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (Dz.U. Nr 96, poz. 873 ze zm.), w art. 3 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej

---

<sup>6</sup> J. Boć, *O umowie administracyjnoprawnej*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, *Umowy w Administracji*, red. L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 30.

<sup>7</sup> *Tamże*, s. 30.

<sup>8</sup> Zob. I. Richter, G.F. Schuppert, *Casebook, Verwaltungsrecht*, München 1995, cyt. za: Z. Cieślík, *Umowa administracyjna...*, s. 42.

<sup>9</sup> Z. Cieślík, *Umowa administracyjna...*, s. 42.

(Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 ze zm.), w art. 80 ust. 2 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków (Dz.U. Nr 162, poz. 1568 ze zm.).

Forma umowy cywilnoprawnej stosowana jest w administracji publicznej z reguły dla wykonywania kompetencji związanych z dysponowaniem majątkiem (Skarbu Państwa lub samorządowym). Przykładem umów cywilnoprawnych najczęściej stosowanych w administracji publicznej są umowy sprzedaży, dzierżawy, najmu czy umowy o dostawę. Do podstawowych cech umowy cywilnoprawnej doktryna zalicza przede wszystkim swobodę kształtowania treści stosunku prawnego, kontrykatoryjność stron, swobodny wybór kontrahenta, rozwiązywanie sporów wynikających z tej umowy przez sądy powszechne. Umowa cywilna w administracji różni się od typowych umów cywilnych tym, że uregulowana jest nie tylko przepisami prawa cywilnego, ale także poprzez przepisy prawa administracyjnego<sup>10</sup>. W wielu przypadkach przed zawarciem umowy cywilnoprawnej istnieje konieczność zachowania określonych prawem administracyjnym procedur, bez których ta umowa nie będzie mogła być zawarta. Przykładem przepisu wprowadzającego obowiązek uzyskania stanowiska innego organu przed zawarciem umowy cywilnoprawnej może być art. 18 ust. 1 pkt 9) lit. a) ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.). W literaturze na temat uchwały organu jednostki samorządu terytorialnego jako czynności poprzedzającej zawarcie umowy cywilnoprawnej wypowiada się m.in. J. Jagoda<sup>11</sup>.

## **2. Umowa w świetle projektu przepisów ogólnych prawa administracyjnego**

Oczekiwana, już trzecia wersja „Przepisów ogólnych prawa administracyjnego” (dalej: p.o.p.a.) stanowi podsumowanie długoletniej dyskusji na temat ustawowej formy zbioru zasad i instytucji prawa administra-

---

<sup>10</sup> J. Lemańska, *Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, *Umowy...*, s. 431.

<sup>11</sup> J. Jagoda, *Uchwała organu jednostki samorządu terytorialnego jako czynność poprzedzająca zawarcie umowy cywilnoprawnej*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, *Umowy...*, s. 555-575.

cyjnego. Projekt tego aktu prawnego porządkuje powstałe w wyniku wielu reform ustrojowych i transformacji niedociągnięcia i rozbieżności terminologiczne. Zakłada on możliwość „dobudowania” do istniejącego systemu normatywnego elementów brakujących i konsolidujących bez żadnej jego modyfikacji i bez ingerencji w ustalony już porządek prawny<sup>12</sup>. Projektodawca zakłada więc z góry, że przyjęte przez niego zasady nie będą wypierać ani nawet konkurować z zasadami zastanymi, a zaproponowane definicje będą tylko o tyle miarodajne, o ile istniejące przepisy szczegółowe ich nie zmodyfikują<sup>13</sup>.

Proponowana definicja umowy w przepisach ogólnych prawa administracyjnego zbudowana jest przede wszystkim w oparciu o dotychczasowy dorobek doktryny polskiej oraz niemieckiej. Odwołuje się wyłącznie do umowy administracyjnej, pomijając z oczywistych względów umowę cywilnoprawną. Projekt przepisów ogólnych prawa administracyjnego zawiera obok definicji umowy administracyjnej także definicję instytucji pokrewnych: porozumienia oraz układu.

Przepis art. 17 projektu stanowi, że: „Organ administracji publicznej, właściwy do załatwienia sprawy, o której mowa w art. 1 p.o.p.a. do korzystania z zakładów i urzędzeń publicznych, zmianę zakresu praw lub obowiązków ich użytkowników oraz pozbawienie ich tych praw w drodze decyzji administracyjnej albo poprzez podjęcie innego aktu lub czynności władczej, uprawniony jest do zawarcia umowy z osobami, których interesów prawnych lub obowiązków sprawa dotyczy, o ile nie stoją temu na przeszkodzie przepisy szczególne (umowa administracyjna)”. Zgodnie z art. 1 p.o.p.a. chodzi o sprawy z zakresu administracji publicznej w kwestiach nieunormowanych w odrębnych ustawach, za sprawę administracyjną uważa się również dopuszczenie do korzystania z zakładów i urzędzeń publicznych, zmianę zakresu praw lub obowiązków ich użytkowników oraz pozbawienie ich tych praw. Dalej, zgodnie z postanowieniami projektu, umowa powinna określać treść oraz sposób wykonania uprawnień i obowiązków, jakie miały zostać ustalone w wyniku podjęcia

---

<sup>12</sup> J. Z i m m e r m a n n, *Przepisy ogólne prawa administracyjnego i definiowanie pojęć*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2009, z. 2, s. 162.

<sup>13</sup> *Prawo do dobrej administracji*, red. D. Kijowski, Biuletyn RPO. Materiały 2008, s. 163.

decyzji administracyjnej lub innej czynności władczej, przewidzianych w przepisach odrębnych i zastępuje te akty lub czynności, o ile jej strony tak postanowią. Jeżeli z przepisów prawa wynika obowiązek podjęcia przez organ administracji publicznej określonego aktu lub czynności w określonych okolicznościach faktycznych, przewidziane umową świadczenie partnera tego organu polegać może wyłącznie na zachowaniu, do którego mógłby zostać zobowiązany w takim akcie albo od którego podjęcia organ mógłby uzależnić podjęcie danej czynności władczej (art. 41 p.o.p.a.). Jeżeli przepisy szczególnie uzależniają podjęcie aktu lub czynności od zajęcia stanowiska przez inny organ, zawarcie umowy nastąpić powinno po wyrażeniu stanowiska przez ten organ. Przepisy art. 106 k.p.a. stosuje się odpowiednio (art. 41 ust. 6 i ust. 7 p.o.p.a.). Istotne punktu widzenia regulacji umowy administracyjnej jest odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego w sprawach nieuregulowanych przepisami ogólnymi (art. 44 p.o.p.a.). Wzmocnienie pozycji strony nieposiadającej statusu organu administracji publicznej projektodawca zaproponował poprzez regulację art. 43 p.o.p.a., zgodnie z którym roszczeń z zakresu niewykonywania umowy przez organy administracji publicznej druga strona ma prawo dochodzić na drodze sądowej. W zależności od tego, co będzie przedmiotem skargi, sądem właściwym będzie sąd powszechny (kwestie odszkodowania) lub sąd administracyjny (inne kwestie).

W uzasadnieniu projektu ustawy autorzy wyjaśniają, że odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu cywilnego zapewni zarówno zupełność, jak i jednolitość regulacji prawnej czynności o charakterze kontraktowym. Natomiast wprowadzenie możliwości wniesienia skargi do sądu administracyjnego na bezczynność organów będących stroną umowy administracyjnej w projektowanej ustawie uznano za konieczne rozwiązanie i lepsze od zmiany przepisów procesowych (które *nota bene* przewidują działanie sądów administracyjnych w sprawach przewidzianych w odrębnych ustawach).

Proponowana definicja umowy administracyjnej spotkała się z pozytywną opinią przedstawicieli doktryny<sup>14</sup>. Podkreśla się doniosły charakter tych regulacji przy aktualnym braku systemowych rozwiązań dotyczących umów o charakterze publicznoprawnym. W rezultacie mamy do

---

<sup>14</sup> J. Zimmermann, *Przepisy ogólne prawa administracyjnego...*, s. 162.



czynienia ze spójną, odpowiadającą europejskim tendencją poszukiwania rozwiązań nastawionych na osiągnięcie konsensusu w prawie administracyjnym<sup>15</sup>.

### 3. Umowa koncesji

Umowa koncesji jest instytucją prawa administracyjnego wprowadzoną do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. Ustawa ta dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 114).

Analizując charakter prawny umowy, należy odnieść się przede wszystkim do zakresu przedmiotowego i podmiotowego umowy.

Aby zdefiniować przedmiot umowy koncesji należy odnieść się, po pierwsze, do ustawy o umowie koncesji, na roboty budowlane i usługi, a także do innych aktów prawnych. Roboty budowlane oraz usługi należy rozumieć według definicji legalnych zawartych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>16</sup>.

Natomiast ten akt prawny zawiera odesłanie do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), a także do załącznika II dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi i do załączników XVII A i XVII B do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. Biorąc pod uwagę ilość odesłań, można odnieść wrażenie, że ustawodawca wykorzystał znajomość technik legislacyjnych, tłumiąc przy tym zasadę powszechnego dostępu do tworzonych przepisów prawnych.

Stronami umowy w zależności od etapu jej zawarcia jest w rezultacie koncesjonariusz (podmiot zainteresowany, z którym zawarto umowę koncesji) i koncesjodawca (przedstawiciele władzy publicznej). Konce-

---

<sup>15</sup> A. Kubiak, *Koncepcja umowy administracyjnej (na tle projektu Przepisów ogólnych prawa administracyjnego)*, Państwo i Prawo 2009, nr 4.

<sup>16</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 ze zm.

sjonariusz przed zawarciem umowy posiada status „kandydata”, czyli osoby zainteresowanej, która złożyła wniosek o zawarcie umowy koncesji (art. 2 ust. 3 u.k.).

Wśród elementów niezbędnych wymienionych w art. 22 u.k. ustawodawca umieścił szereg innych, bez których umowa koncesji nie może być skutecznie zawarta. Do nich należą:

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

Do fakultatywnych elementów umowy ustawodawca zaliczył w szczególności postanowienia dotyczące:

- 1) warunków i sposobu udostępnienia koncesjonariuszowi składników majątkowych niezbędnych do wykonania przedmiotu koncesji;
- 2) opłat lub sposobu ustalania ich wysokości, pobieranych przez koncesjonariusza od osób trzecich z tytułu korzystania z przedmiotu koncesji;
- 3) warunków dopuszczalności podwykonawstwa (art. 22 ust. 2 u.k.).

Zawarcie umowy poprzedzone jest postępowaniem o zawarcie umowy koncesji. Podstawowe zasady tej procedury określa art. 6 u.k. Zgodnie z tym przepisem koncesjodawca, przygotowując i prowadząc postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jest obowiązany zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie zainteresowanych podmiotów, działać w sposób przejrzysty oraz z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Pierwsza część powołanej normy odwołuje się do zasad prawa publicznego, podkreślając przy tym wiodącą rolę koncesjodawcy w procesie zawierania umowy. Organizowanie i czuwanie nad przebiegiem postępowania dotyczącego przygotowania umowy zapewnia podmiotom władzy publicznej nieco wyższy status. Dysponowanie narzędziami niedostępnymi dla drugiej strony stosunku prawnego zawsze daje pewniejszą pozycję. Druga część zasady, w której mowa jest o uczciwej konkurencji, wyraźnie nawiązuje do prawa cywilnego.

Mając zatem ustawowo określone elementy umowy, możemy stwierdzić, że umowa koncesji jest umowa nazwaną. Do rozstrzygnięcia pozostaje kwestia, czy jest umową administracyjną, czy cywilną.

#### **4. Administracyjny czy cywilnoprawny charakter umowy koncesji?**

Jednoznaczne określenie charakteru prawnego umowy o koncesję nie jest rzeczą prostą. W dotychczasowych opiniach i komentarzach dominuje pogląd, że umowa ta ma charakter cywilnoprawny. Z punktu widzenia kwalifikacji prawnej charakteru umowy istotne znaczenie ma analiza sfery, w jakiej wywierane są skutki umowy, a także poszczególne cechy tej umowy.

Opinie i komentarze na temat umowy koncesyjnej, które dotychczas zostały opublikowane, w zdecydowanej większości traktują tę formę działania jako nazwaną umowę cywilnoprawną. Biorąc pod uwagę dotychczasowe ustalenia doktryny, za cywilnoprawnym charakterem umowy przemawiałby przede wszystkim fakt odesłania w art. 5 u.k. do kodeksu cywilnego w sprawach nieuregulowanych ustawą o koncesji. Warto w tym miejscu zauważyć, że efektywność umowy koncesji w znacznym stopniu zależy od trafności wyboru regulacji prawnej. Istotne znaczenie ma zwłaszcza dokonanie prawnego wyboru między regulacją cywilnoprawną

a administracyjnoprawną<sup>17</sup>. Ustawodawca, stosując odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego, wskazał nie tyle na cywilnoprawny charakter tej umowy, ale przede wszystkim na korzenie i główne źródło regulacji prawnych czynności dwustronnych bez względu na ich zastosowanie. Samo odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego nie może jednak przesądzać o konstrukcji prawnej umowy.

W świetle projektu przepisów ogólnych prawa administracyjnego umowa koncesji wpisywałaby się w definicję umowy administracyjnej. Publicznoprawny charakter tej umowy wynikałby przede wszystkim z konstrukcji strony podmiotowej, przedmiotu umowy, sposobu rozwiązywania sporów wynikłych na tle wykonywania postanowień umownych, a także skutków prawnych wywoływanych działaniem umowy. Jedną ze stron w umowie w każdym przypadku musi być podmiot powiązany organizacyjnie lub finansowo z administracją publiczną (art. 3 u.k.). Przedmiot umowy jest określony przepisami prawa administracyjnego (art. 2 pkt 5 i 7 u.k.). Spory zgodnie z art. 27 u.k. rozwiązywane są przez sądy administracyjne z wyjątkiem spraw dotyczących odszkodowania. Natomiast skutki prawne wywoływane przez umowę koncesji dotyczą sfery prawa publicznego. Publicznoprawnego charakteru umowy nie zmienia nawet fakt odesłania do przepisów kodeksu cywilnego. Taką konstrukcję zawiera bowiem również umowa administracyjna w projekcie przepisów ogólnych prawa administracyjnego. Przepis art. 44 p.o.p.a. stanowi: „W kwestiach zawierania, wykonywania i wypowiedzania umów i porozumień administracyjnych, nie uregulowanych przepisami niniejszego rozdziału, stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego”.

Instytucja umowy wywodzi się z prawa prywatnego i mimo różnych celów, w jakich jest stosowana, a także niezależnie od statusu organu rozpatrującego spory wynikłe na tle realizacji postanowień umownych, odniesienie do przepisów prawa cywilnego jest sprawą naturalną i fakt ten nie przesądza o charakterze prawnym umowy.

---

<sup>17</sup> L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych a przekształcenia w sferze prawnych form działania administracji (na przykładzie ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych)*, [w:] L. Zacharko, A. Matan, G. Łaszczyca, *Ewolucja prawnych form administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60. rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, red. G. Łaszczyca, Warszawa 2008, s. 331.

Innym wyznacznikiem oceny, do jakiej kategorii należy umowa koncesji, będzie także analiza, czy stosunek prawny zawarty pomiędzy stronami odpowiada cechom stosunku cywilnoprawnego czy administracyjnoprawnego.

Stosunek cywilnoprawny charakteryzuje się kontrydiktoryjnością, równymi wpływami stron na kształtowanie treści tego stosunku oraz swobodą zawierania takiej umowy.

Stosunek administracyjnoprawny jako wzajemny między dwoma podmiotami układ zachowań, kwalifikowany przez prawo administracyjne, wyróżnia się spośród innych stosunków prawnych tym, że:

1) jednym z podmiotów tego stosunku jest zawsze organ administracji publicznej (obligatoryjnie), który przez nawiązanie stosunku prawnego staje się podmiotem praw lub obowiązków w sferze realizacji zadań administracji i któremu z tego powodu wystarcza zdolność administracyjnoprawna czynna, sformułowana przez normy prawne określające jego kompetencje;

2) drugim z podmiotów stosunku może być obywatel lub jakakolwiek inna jednostka kwalifikowana przez prawo jako podmiot praw bądź obowiązków administracyjnoprawnych;

3) podmiotem rozstrzygania o treści wzajemnych między dwoma podmiotami praw czy obowiązków jest zawsze organ administracji publicznej (Boć 2008, s. 333).

Z przepisu art. 3 u.k. jasno wynika, że jedną ze stron umowy musi być podmiot zaliczony do sektora administracji publicznej (organy władzy publicznej, jednostki samorządu terytorialnego) lub osoby finansowane w znacznym stopniu przez sektor publiczny, wykonujące zadania w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym oraz podlegające nadzorowi administracyjnemu. Podmiot ten zwany jest przez ustawodawcę „koncesjonodawca”. Druga strona umowy może należeć do tzw. sektora prywatnego.

Na ustalenie praw i obowiązków stron umowy ma wpływ przede wszystkim podmiot należący do sektora administracji publicznej.

Władczość koncesjonodawcy ulega ograniczeniu tylko w sytuacji, gdy oferent, którego oferta okazała się najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy. Wówczas koncesjonodawca zachowuje pobraną od oferenta uchylającego się od zawarcia umowy kwotę pieniężną z tytułu wadium

albo dochodzi zaspokojenia tej kwoty z przedmiotu zabezpieczenia, o ile wniesienie wadium było wymagane (art. 23 ust 3 i 4 u.k.).

Niewątpliwie wobec powyższych rozważań bezsporne wydaje się stanowisko, zgodnie z którym umowa koncesji ma charakter administracyjnoprawny, a nie cywilnoprawny. Teza ta ma oparcie zarówno w samej konstrukcji stosunku prawnego, jaki tworzy się w momencie zawarcia umowy, jak i w kwestii organu właściwego do rozwiązywania sporów wynikłych na tle stosowania postanowień umownych.