

2. PARTNERSTWO CYWILNOPRAWNE JAKO PIERWOWZÓR PARTNERSTWA MIĘDZYSEKTOROWEGO

Między swobodą a formułą

Termin partnerstwo międzysektorowe w ostatnim czasie zadomowił się w polskiej rzeczywistości. Przywoływany jest na ogół w odniesieniu do rozwoju i współpracy lokalnej, regionalnej, krajowej czy nawet międzynarodowej. Zauważalna jest tu zbieżność z akcesją Polski do Unii Europejskiej. Wydaje się, że „języczkiem u wagi” okazał się transgraniczny przepływ doświadczeń w zakresie współpracy międzysektorowej³¹. Najbardziej efektywna, a przez to atrakcyjna politycznie, wydawała się formuła partnerstwa publiczno-prywatnego. Nic zatem dziwnego, że od niej rozpoczęto implementację europejskich standardów współpracy międzysektorowej, a stosowna prawna regulacja w Polsce pojawiła się w rok po wejściu Polski do Unii Europejskiej³². Trzeba jednak zaznaczyć, że pewne formy współpracy pomiędzy sektorem publicznym (w tym również jednostkami samorządu terytorialnego), a sektorem prywatnym (przedsiębiorcami) pojawiły się wraz ze zmianami ustrojowymi po 1989 roku. Współpraca opierała się o zasady swobody zawierania umów na podstawie art. 353 Kodeksu cywilnego. Podmioty sektora publicznego podejmowały współpracę z podmiotami sektora prywatnego, w celu wspólnej realizacji określonego celu oraz na zasadach określonych w umowach cywilno-prawnych opartych na regulacjach zawartych w Kodeksie cywilnym.

Współpraca sektora publicznego z sektorem prywatnym na ogół przyjmowała formę najprostszycch umów zlecenia lub umów o dzieło, gdzie podmiot publiczny angażował pojedynczą osobę do wykonania określonego dzieła lub usługi. Z drugiej strony pojawiały się przedsięwzięcia polegające na współpracy międzysektorowej przy realizacji dużych inwestycji np.:

- budowy, modernizacji lub remontów dróg, infrastruktury sieciowej i budynków,
- usług oczyszczania gminy,
- lokalnych usług transportowych,

31 Patrz: M. Perkowski & others, *Public-private partnership. Cross-border flow of experience*, ed by M. Perkowski, Suwałki 2005.

32 Pierwsza regulacja partnerstwa publiczno-prywatnego została zawarta w *Ustawie z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym* (Dz. U. 2006r. nr 169, poz. 1420 oraz z 2008 r. nr 171, poz. 1058).

- dostaw materiałów biurowych, sprzętu komputerowego i oprogramowania.

Zastanawiająca i symptomatyczna – jak się wydaje – jest swoista polaryzacja skali niegdysiejszej współpracy międzysektorowej. Innymi słowy pomiędzy liczną grupą przejawów „drobnego współdziałania”, a odpowiednio znaczącym zbiorem „przedsięwzięć dużych” rysowała się nieomal próżnia. Stanowiła ona nie lada wyzwanie dla ustawodawcy. Szukając sposobu wyjścia z impasu ustawodawca doszedł do wniosku, że problem wynika z braku precyzyjnej regulacji.

Rzeczywiście – przed uregulowaniem partnerstwa publiczno–prywatnego strony dowolnie (oczywiście w granicach obowiązującego prawa) określały cel umowy oraz jej zakres i czas obowiązywania. Wszystkie te formy współpracy opierały się na przepisach zawartych w kodeksie cywilnym zgodnie ze wskazaną już zasadą swobody zawierania umów. Pojawienie się ustawy i rozporządzeń regulujących PPP wydawało się trwale przesuwac akcent z cywilnoprawnej swobody umów na rzecz sformatowanej współpracy publiczno–prywatnej. Tak się jednak nie stało. Praktyka odrzuciła regulację. Co więcej, sektory publiczny i prywatny – opierając się na możliwości działania w zakresie nieuregulowanym w ustawie – korzystały wciąż z zasady swobody umów zawartej w Kodeksie cywilnym. Padały nawet opinie, że zamiast ustawowo formatować PPP – należało postawić na jego promocję i upowszechnienie jako rodzaju tzw. „umowy nienazwanej”, a w przypadku powodzenia i rzeczywistej introdukcji na grunt praktyki – wprowadzić stosowne uszczegółowienie do Kodeksu cywilnego³³. Ustawodawca dokonał niedawno nowelizacji ustawy o partnerstwie publiczno–prywatnym³⁴. Rekonstrukcji towarzyszą wyrażane publicznie nadzieje władz państwowych

33 Analogicznie, jak w przypadku leasingu. Pogląd M. Perkowskiego uformowany w opracowaniach: *Efektywność ochrony środowiska a partnerstwo publiczno–prywatne w Unii Europejskiej*, „Prawo i Środowisko” 2004, nr 3; *Między panem, wójtem i... NGOs. Partnerstwo publiczno–prywatne w warunkach Unii Europejskiej*, „Administracja Publiczna. Studia krajowe i międzynarodowe, Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Administracji Publicznej w Białymstoku” 2004, nr 2; *Partnerstwo publiczno–prywatne w pytaniach i odpowiedziach*, w: „Administracja Publiczna. Studia krajowe i międzynarodowe, Zeszyty Naukowe WSAP w Białymstoku” 2006, nr 1, s. 87 i n., *Formiowanie publiczna–częstnawa partnerstwa w Polsce. Prawowye aspekty*, [w:] *Rol miestnawa samouprawlieniya dlia miestnawa razwicia*, ried. M. Perkowski, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Administracji Publicznej im Stanisława Staszica w Białymstoku, Białystok 2006, s. 179 i n.; *Partnerstwo publiczno–prywatne w ujęciu międzynarodowym. Natura koncepcji oraz Partnerstwo publiczno–prywatne w ujęciu strategicznym*, [w:] *Partnerstwo publiczno–prywatne. Zagadnienia teorii i praktyki*, pod red. M. Perkowskiego, Białystok 2007.

34 *Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno–prywatnym* (Dz. U. z 2009 r. nr 19, poz. 100).

i wielu innych środowisk na urzeczywistnienie partnerstwa międzysektorowego w Polsce. Choć nowa regulacja wygląda obiecująco – za wcześniej jest na miarodajne analizy. Optymistycznie należy wierzyć, że nadzieje nie przemienią się w rozczarowanie i rządowa koncepcja ożywienia PPP poprzez rekonstrukcję ustawową zadziała. Może być jednak i tak, że praktyka nie wyjdzie poza przedsięwzięcia, w które rząd zaangażuje się w stopniu nadzwyczajnym. Mając na względzie oba scenariusze, a może i jeszcze inne – warto docenić mało efektywną, a za to prawdziwą, cywilnoprawną formułę partnerstwa. W przypadku rozwoju praktyki „ustawowej” – partnerstwo cywilnoprawne będzie jej dopełnieniem, a przy jej ewentualnej stagnacji – pozostanie obszarem faktycznego rozwoju partnerstw międzysektorowych. Co więcej – właściwie w każdym przypadku partnerstwo międzysektorowe opiera się o umowę. Gdy ta jest jedynie pewną formalnością – strony właściwie nie uzmysławiają sobie swej relacji inaczej, niż administracyjnie. Gdy jednak dojdzie do ewentualnych sporów - a w przypadku ich eskalacji do rozstrzygnięcia sądowego – strony chcąc nie chcąc uzmysłwią sobie cywilnoprawny wymiar każdego partnerstwa międzysektorowego. Mając to na względzie należy poświęcić uwagę umowie cywilnoprawnej jako podstawie partnerstwa międzysektorowego.

Umowa cywilnoprawna jako podstawa partnerstwa

Umowy są podstawowym i najważniejszym źródłem stosunków cywilnoprawnych. Zalicza się je do czynności prawnych dwustronnych, ponieważ uczestniczą w nich przynajmniej dwa podmioty, którym przysługuje status strony uprawnionej lub zobowiązanej. Umowa obejmuje zgodny zamiar stron, skierowany na wywołanie powstania, zmiany lub ustania skutków prawnych. Podstawą każdej umowy jest konsensus, czyli zgodność oświadczeń woli stron. Bez zaistnienia konsensu (*dyssens*) nie można mówić o zawarciu umowy, bowiem jego brak oznacza brak zgody co do treści zawieranej umowy, a podkreślić należy, że właśnie przez zgodne oświadczenia woli wszystkich jej uczestników (stron) umowa dochodzi do skutku³⁵.

Zawarcie umowy polega na zgodnych oświadczeniach woli co najmniej dwóch stron zmierzających do wywołania określonych w jej treści skutków prawnych. Kodeks cywilny reguluje trzy najbardziej typowe sposoby zawarcia umowy³⁶:

- przez przyjęcie oferty – oświadczenie woli stanowiące ofertę musi wyrażać

35 J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 46.

36 S. Brzeszczyńska, *Umowy gospodarcze*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 59.

stanowczy zamiar zawarcia umowy; adresat oferty musi być określony w taki sposób, aby możliwe było dojście do niego oferty – co oznacza, że tożsamość adresata nie może budzić wątpliwości,

- w wyniku przeprowadzonego przetargu,
- przez negocjacje.

Zgodnie z art. 353 Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Norma ta określana jest jako zasada swobody umów. W swej generalnej postaci obejmuje oczywiście zarówno elementy składowe, jak i towarzyszące jej ograniczenia.

Na swobodę umów składają się:

- swoboda **zawarcia lub nie zawarcia umowy**,
- swoboda **wyboru kontrahenta**,
- swoboda **ustalenia treści umowy**,
- (jak również z reguły) swoboda **wyboru jej formy**.

Możliwe ograniczenia zasady swobody umów³⁷ to z kolei:

- ustawa – ograniczenie swobody umów przez ustawę przewiduje z jednej strony zakazy zawarte w różnych sferach porządku prawnego w państwie, mające charakter zakazów zaopatrzonych w sankcje karną, z drugiej strony
- obejmuje bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa (*iuris cogentis*)³⁸,
- zasady współżycia społecznego,
- natura (właściwość) stosunku prawnego,
- wyzysk sytuacji przymusowej, niedoświadczenia lub niedoświadczania kontrahenta,
- umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna (art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego).

Przez treść umowy należy rozumieć zawarte w oświadczeniu woli postanowienia określające skutki dokonywanej czynności.

W Kodeksie cywilnym występują następujące rodzaje umów:

- nazwane – opisane kodeksowo np.: sprzedaż, najem, dzierżawa, dostawa, umowa o dzieło, zamiana, kontraktacja, umowa o roboty budowlane, umowa leasingu, użyczenie, pożyczka, umowa rachunku bankowego, zlecenie, umowa agencyjna, umowa komisju, umowa przewozu, umowa spedycji, umowa ubezpieczenia, przechowanie, spółka, poręcznie, darowizna, renta,
- nienazwane (zawierane na podstawie swobody umów),

37 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964r., nr 16, poz. 93.

38 Ograniczenie może wynikać z charakteru celu, jaki przyświeca stronom zawierającym umowę. Nie tylko sama treść, ale i cel umowy musi być brany pod uwagę.

- jednostronnie zobowiązujące,
- obustronnie zobowiązujące,
- odpłatne,
- nieodpłatne.

Przedmiotem umów partnerskich jest określenie przez strony wzajemnych zasad i warunków uczestnictwa w realizacji danego przedsięwzięcia. Umowa taka wg regulacji obowiązujących w Polsce należy do umów nienazwanych, czyli nie unormowanych w sposób szczegółowy w Kodeksie cywilnym. Postanowienia umowy mogą w związku z tym zostać ukształtowane przez strony zgodnie z zasadą swobody zawierania umów zawartą w artykuale 353 Kodeksu cywilnego. Do umów takich należy stosować przepisy prawa cywilnego o umowach w ogólności, a ponadto odpowiednie przepisy części ogólnej dotyczącej zobowiązań i – w miarę potrzeby – przepisy dotyczące umów nazwanych, np. o świadczenie usług, o dzieło, umowy darowizny – w drodze analogii bądź wprost, zależnie od rozpatrywanej umowy³⁹. Na tych zasadach określany był kształt i zakres pierwszych umów dotyczących współpracy międzysektorowej i na nich także opierają się dzisiejsze umowy partnerskie, zawierane pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym.

Po przedstawieniu zasad, według których zawierane są umowy, należy zastanowić się, co nadaje im charakter „partnerski”. W literaturze nie ma opracowanej jednej definicji partnerstwa. Związane jest to z wieloaspektywnością i różnorodnością form partnerskiej współpracy. Możliwe jest podjęcie próby zdefiniowania tego pojęcia na podstawie cech charakterystycznych dla różnych form jego funkcjonowania.

Przyjmijmy, że partnerstwo to współpraca pomiędzy różnorodnymi podmiotami, które wspólnie w sposób systematyczny, trwałe i z wykorzystaniem innowacyjnych metod oraz środków planują, projektują, wdrażają i realizują określone działania i inicjatywy, których celem jest rozwój społeczno-gospodarczy.

Pamiętajmy też, że partnerstwo, oprócz wspólnie ustalonego celu, potrzebuje również podstawowych zasad, na których opierać się będą jego działania. Zasady te powinny zostać wypracowane w ramach procesu budowania współpracy partnerskiej i zaakceptowane przez wszystkich partnerów⁴⁰. Każdorazowo jednak nie może weni braknąć trzech podstawowych

39 Patrz: W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 23.

40 R. Tennyson, *Poradnik partnerstwa*, The International Business Leaders Forum (IBLF) and the Global Alliance for Improved Nutrition (GAIN) 2003, p. 11.

zasad, stanowiących nieodłączny element partnerstwa pomiędzy podmiotami pochodzącymi z różnych sektorów. Są nimi: jednakowe prawa, przejrzystość i obopólne korzyści⁴¹. A oto zarys ich treści:

Jednakowe prawa

Co oznaczają jednakowe prawa w relacjach, w których istnieją duże różnice jeśli idzie o posiadaną władzę, zasoby lub wpływy? Jednakowe prawa to nie to samo, co równość. Pojęcie „jednakowe prawa” oznacza, że każdy z partnerów ma równe prawo zająć miejsce przy stole oraz że każdy rodzaj wkładu we wspólne działania jest ważny.

Przejrzystość

Otwartość i uczciwość w funkcjonowaniu partnerstwa są niezbędne, aby budzić zaufanie – niezbędny składnik udanego partnerstwa. Przejrzystość w działaniu uwiarygodni partnerstwo w oczach darczyńców i innych zainteresowanych.

Obopólne korzyści

Jeśli każdy z partnerów ma coś wnieść do partnerstwa, każdy z nich powinien również odnosić z tego tytułu jakieś korzyści. „Zdrowe” partnerstwo, oprócz wspólnych korzyści dla wszystkich partnerów, powinno umożliwiać również poszczególnym partnerom odnoszenie indywidualnych korzyści, bo tylko w ten sposób można utrzymać zaangażowanie partnerów, a co za tym idzie trwałość współpracy⁴².

Wskazane wyżej zasady również nawiązują do kanonów cywilistyki. W stosunkach cywilnoprawnych partnerzy zachowują równość. Przejrzystość stosunku prawnego jest również jedną z zasad zawierania umów, a obopólne korzyści stanowią podstawowy cel zawierania umów cywilno prawnych. Zgodnie z przyjętą definicją partnerstwa współpraca międzysektorowa zaangażowanych węg podmiotów ma się odbywać w sposób systematyczny i trwały. Odnosząc się w tym aspekcie do umów cywilnoprawnych zawieranych pomiędzy sektorem publicznym, a sektorem prywatnym – wydaje się, że tylko umowy długofalowe lub umowy podpisywane po raz kolejny z tym samym podmiotem noszą znamiona trwałego partnerstwa. Należą do nich przeważnie umowy zawierane w związku z dużymi inwestycjami, których realizacja zabiera znaczną ilość czasu⁴³ lub umowy związane z permanentną realizacją jednolitego zakresu usług.

Na koniec warto zwrócić uwagę Czytelnika na kluczowe założenie prak-

41 B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne: nowa forma realizacji zadań publicznych*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2009, s. 48.

42 *Ibidem*.

43 R. Tennyson, *Poradnik partnerstwa...*, op. cit., s. 76.

tyczne. Podstawą udanego partnerstwa jest autentyczna współpraca partnerów na każdym etapie realizacji przedsięwzięcia. Bardzo istotnym czynnikiem rozwoju partnerstwa międzysektorowego jest zaangażowanie partnerów reprezentujących różne obszary merytoryczne, takie jak gospodarka, rynek pracy, kultura, edukacja, opieka społeczna, sport czy turystyka⁴⁴. Oczywiście nie jest bezwzględnie wymagane, aby w skład danego partnerstwa wchodził przedstawiciele wszystkich rodzajów organizacji funkcjonujących na danym obszarze. Ważne jest natomiast, aby byli to partnerzy zainteresowani rzeczywistą i efektywną współpracą bez względu na to, czy będzie ona oparta o ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym czy na zasadach umowy cywilnoprawnej. Poza tym – rzeczywistość, tak jak rynek: sama się zweryfikuje. Innymi słowy – jeśli do idei partnerstwa międzysektorowego przekonamy (i stosownie uaktywnimy) jak najwięcej możliwie różnorodnych podmiotów – rośnie szansa na to, że dla części z nich taka formuła będzie „strzałem w dziesiątkę”. Beneficjentami będziemy wówczas wszyscy. Zatem – zawierajmy umowy partnerstwa międzysektorowego i pamiętajmy, że *pacta sunt servanda*.

44 G. Dziarski, *Partnerstwo Publiczno-Prywatne*, Fundacja Promocji Gmin Polskich, Warszawa 2008, s. 59