

KAZIMIERZ STRZYCZKOWSKI

ORCID: 0000-0002-4195-0120

Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie
kazimierzstrzyckowski@gmail.com

O prywatyzacji form organizacji i działania jako źródłach różnorodności administracji publicznej

Abstrakt: Wśród tendencji rozwojowych współczesnej administracji ważnych dla struktury administracji publicznej szczególne znaczenie należy przypisać decentralizacji i pluralizacji tej administracji jako następstwa powierzenia realizacji zadań administracji publicznej podmiotom spoza hierarchicznej struktury administracji publicznej. Państwo i jego administracja wycofują się z wykonywania zadań administracyjnych poprzez prywatyzację jednostek organizacyjnych, realizujących zadania administracji publicznej (prywatyzacja organizacyjna) bądź przez prywatyzację zadań (prywatyzacja materialna). Za element różnicujący administrację publiczną uznaje się wykorzystanie prywatnoprawnych form działania administracji. W konsekwencji administracja publiczna jest organizacyjnie i funkcjonalnie zróżnicowana, co — z jednej strony — tworzy warunki wyboru najbardziej efektywnych rozwiązań z punktu widzenia realizacji celów administracji publicznej, z drugiej zaś — warunki powstania konfliktu między obowiązkiem administracji publicznej działania dla dobra wspólnego a odrębnymi interesami prywatnych podmiotów, którym powierzono realizację zadań publicznych, co w przeważającej mierze jest tematyką niniejszego opracowania.

Słowa kluczowe: decentralizacja, struktura administracji publicznej, prywatnoprawna forma organizacyjna administracji publicznej, demokratyczna legitymacja, związanie prawem publicznym.

I

Niepomijalność administracji publicznej jest impulsem do wielu refleksji nad administracją publiczną. Jedną z nich nawiązuje do znacznego zróżnicowania struktury administracji publicznej, co sugestywnie obrazuje stwierdzenie: fikcją okazuje się jedność administracji, faktem natomiast — jej wewnętrzna różnorod-

ność¹. Administracja publiczna nie jest monolityczna i tworzą ją organy administracji państwowej, w tym rządowej, a także organy administracji państwowej wyłączone z hierarchicznej struktury administracji rządowej, organy administracji samorządu terytorialnego, gospodarczego i zawodowego, a także podmioty wykonujące zadania administracji gospodarczej, „nienależące” do administracji państwowej i samorządowej, i działające na podstawie zasady decentralizacji. Proces rozczłonkowania przejawia się w tworzeniu usamodzielnionych organizacyjnie jednostek administracji oraz wydzielonych osób prawa publicznego (przedsiębiorstw i zakładów administracyjnych)². W konsekwencji administracja publiczna jest organizacyjnie i funkcjonalnie zróżnicowana, co tworzy warunki do konkurencji i możliwość wyboru najbardziej efektywnych rozwiązań organizacyjnych i funkcjonalnych. Procesowi decentralizacji i pluralizacji administracji publicznej, czyli powierzania realizacji zadań publicznych podmiotom spoza hierarchicznej organizacji administracji gospodarczej, towarzyszy proces wewnętrznego zróżnicowania administracji współczesnej, spotęgowany wykorzystaniem przez administrację publiczną form organizacyjnych i działania prawa prywatnego, co jest odpowiedzią na narastającą złożoność struktury zadań i interesów nowoczesnego społeczeństwa³. Problem ten podnosi wielu przedstawicieli doktryny, kierując uwagę na efektywność administracji, jednolitość rozstrzygnięć, jasne reguły organizacji i kompetencji oraz hierarchiczne struktury⁴. W świetle rozstrzygnięć konstytucyjnych obserwacja ambiwalencji jedności i zróżnicowania administracji publicznej jest uzasadniona. Zasadniczo zróżnicowanie administracji nie jest przeszkodą w przypisaniu państwu podjętych, jednolitych, demokratycznie legitymowanych rozstrzygnięć⁵. Niemniej jednak powstaje problem wystarczającego poziomu legitymacji demokratycznej, uwzględniającego zarówno czynniki jednoczące, jak i różnicujące administrację publiczną.

II

Wśród czynników różnicujących administrację publiczną na szczególną uwagę i omówienie zasługują konsekwencje prywatyzacji form organizacyjnych i działania administracji publicznej, polegającej na powierzaniu zadań admini-

¹ F. Schoch, *Miejsce administracji w strukturze podziału władz w warunkach aktualnych zadań administracji*, [w:] *Kierunki rozwoju prawa administracyjnego. Podstawowe zagadnienia prawa budowlanego i planowania przestrzennego*, Poznań 1999, s. 137.

² *Ibidem*.

³ E. Schmidt-Assmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawno-administracyjnego*, Warszawa 2011, s. 326.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, s. 327.

stracji publicznej jednostkom organizacyjnym, wyodrębnionych z administracji publicznej, zorganizowanych, i działającej według prawa prywatnego. Ten kierunek rozwoju współczesnej administracji publicznej odzwierciedla przyjęty w doktrynie podział na administrację bezpośrednią i pośrednią⁶. Pozytywnoprawną przesłanką zróżnicowania administracji publicznej jest przynależna państwu, w określonych granicach, swoboda wyboru form organizacyjno-prawnych realizacji zadań administracji. Motywy tego procesu obejmują chęć uwolnienia się od starych form i stworzenie, w szczególności poprzez wybór form prawa prywatnego, warunków bardziej elastycznego, transparentnego i jednocześnie odbiurokratyzowanego działania administracji. Jak podkreśla E. Schmidt-Assmann, chodzi o to, aby umożliwić swobodę elastycznego działania, jaką daje prawo prywatne, tworząc warunki powstania relacji o charakterze kooperacyjnym, w sposób nieuwalniający administrację od związania prawem publicznym⁷. Do uzasadnienia wyboru prywatnoprawnych form organizacyjnych i działania często podnosi się argument, że zapewniają one większą elastyczność i swobodę od ograniczeń prawnych, mniejszą intensywność działań kontrolnych, co pozostaje w mocnym kontraście do pozycji osób prawa publicznego, które egzystują nie dzięki prywatnoautonomicznej regulacji, ale z mocy ustawy albo innych, publicznoprawnych aktów kreacyjnych. Nie tyle więc prywatna autonomia, ile państwowy akt konstytucyjny tworzy podstawy i warunki skuteczności prawnej dla osób prawa publicznego. W sytuacji nieprzypisania funkcji władczych administracji w ramach monopolu administracji powstają warunki konkurencji organów administracji publicznej i jednostek organizacyjnych spoza struktury organizacyjnej aparatu państwowego realizującej zadania administracji publicznej. W tradycyjnym ujęciu zadania administracji realizuje administracja w sensie organizacyjnym jako część aparatu państwowego powołanego do wykonywania określonych zadań państwa. W rzeczywistości najczęściej stosowane są rozwiązania „mieszane”. Istota wspomnianej prywatyzacji organizacyjnej polega na tym, że podmiot administracji nie pozbywa się swoich zadań, lecz zmienia jedynie formę organizacyjno-prawną ich realizacji — w odróżnieniu od prywatyzacji materialnej, występującej wówczas, gdy z przekazaniem wykonania zadania następuje przeniesienie odpowiedzialności za jego wykonanie do sektora prywatnego ze skutkiem zwalniającym państwo⁸. W przypadku prywatyzacji organizacyjnej państwo, gmina nie uwalnia się od zadania realizacji zadania publicznego i odpowiedzialności za jego wykonanie, ale — w tym celu — wykorzystuje formę organizacyjną prawa prywatnego. Wspomniana zasada wyboru formy organizacyjnej realizacji zadań przez admini-

⁶ W. Rudolf, *Verwaltungsorganisation*, [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht*, red. H.U. Erichsen, W. Martens, Berlin-New York 1975, s. 426.

⁷ E. Schmidt-Assmann, *op. cit.*, s. 371.

⁸ Por. szerzej K. Strzyczkowski, *Prywatyzacja (organizacyjna) przedsiębiorstw publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, nr 12.

stracie publicznej jest konsekwencją publicznej i prywatnej podmiotowości prawnej państwa⁹.

III

Administracja publiczna jest typowym przykładem wykorzystania instrumentarium tych dwóch porządków prawnych. Od dłuższego czasu nie jest ograniczona tylko do prawa publicznego. Z wyrażeniem *instrumental choice* pojęciowo identyfikowany jest wybór formy prawnej organizacji i działania administracji publicznej, rozciągający się także na formę ukształtowania stosunku świadczenia lub korzystania¹⁰. Jest on dopuszczalny, o ile obowiązujące przepisy prawne wyraźnie nie przewidują zastosowania określonej — prywatnoprawnej bądź publicznoprawnej — formy działania (organizacji) administracji¹¹. Administracji publicznej przysługuje prawna możliwość wyboru między różnymi prawnymi formami organizacyjnymi i działania realizacji zadań publicznych. Powierzenie realizacji zadań państwa administracji w formach prywatnoprawnych musi mieć wyraźne podstawy prawne, wynikające z aktu prawnego o randze ustawy; zastrzeżenie ustawowe wraz ze wszystkimi konsekwencjami prawnymi jego naruszenia. Prawo wyboru form organizacyjno-prawnych realizacji zadań administracji publicznej oznacza, że mogą być one realizowane zarówno w formach prawa publicznego, jak i prywatnego — z istotnym zastrzeżeniem o ograniczonym charakterze kompetencji wyboru formy organizacyjnej i działania administracji publicznej¹². Przekonująco wyłożył to E. Schmidt-Assmann:

działania administracji w formie prawa prywatnego oraz orientowanie reguł obowiązujących wobec podmiotów prywatnych na miarę działań administracji okazują się nie być wyrazem stanowiącej nadużycie próby wyłamania się lub ucieczki z jednego raz na zawsze przypisanego reżimu prawnego, lecz sensownym środkiem, aby zaoferować ramy prawne postępującym nadal zmianom rozdzielania odpowiedzialności państwowo-społecznej oraz powstającemu przy tym spektrum kooperacji. W tym sensie administracji przysługuje ograniczone upoważnienie wyboru jej reżimu prawnego¹³.

Ze względu na znaczenie rozstrzygnięć organizacyjnych dotyczących kształtowania struktury administracji publicznej kompetencja ta jest dodatkowo ograniczona przez wspomnianą zasadę zastrzeżenia ustawowego. Jeżeli zatem admini-

⁹ S. Storr, *Der Staat als Unternehmer*, Tübingen 2001, s. 479.

¹⁰ R. Schmidt, *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Berlin-Heidelberg 1998, s. 123; E. Schmidt-Assmann, *op. cit.*, s. 366.

¹¹ H.U. Erichsen, W. Martens, *Das Verwaltungshandels*, [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht*, red. H.U. Erichsen, W. Martens, Berlin-New York 1975, s. 225.

¹² Por. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1985, s. 44; R. Schmidt, *op. cit.*, s. 110; R. Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen und Prinzipien Wirtschaftsverfassungsrecht*, Stuttgart-Berlin-Köln 1986, s. 449.

¹³ E. Schmidt-Assmann, *op. cit.*, s. 366.

stracja zdecydowała się na prywatnoprawną formę organizacyjną realizacji zadań publicznych, to tym samym uchylila się od zastosowania publicznoprawnych form działania, co uzasadniają względy zasad gospodarności i oszczędności, które ze względu na możliwość szybszej realizacji określonego środka mogą nakazywać zastosowanie form publicznoprawnych¹⁴.

IV

Swoboda wyboru pozwala wybrać formę organizacyjną lub formę prawną działania, na przykład kształtowanie stosunków świadczenia¹⁵. W przypadku gmin możliwość organizacji działalności gospodarczej (przedsiębiorstw) jest częścią gwarancji samorządu administracyjnego terytorialnego¹⁶, co oznacza, że zasady dotyczące form organizacyjnych są wyznaczone przez wybór orientowany względami celowości publicznej. Problematyka ta dotyczy więc właściwej (optymalnej) formy prawnej i organizacyjnej¹⁷. Jednakże, co podkreśla R. Stober, wybór prywatnej formy organizacyjnej realizacji zadań administracji publicznej nie oznacza niczym nieograniczonej „ucieczki w prawo prywatne” ani uwolnienia się od ogólnego związania obowiązującym prawem publicznym¹⁸. Nie istnieje *numerus clausus* form organizacji i działania administracji publicznej¹⁹. Swoboda administracji publicznej w tym zakresie jest ograniczona wieloma zasadami konstytucyjnymi, prawami podstawowymi o charakterze ochronnym oraz innymi gwarancjami prawnymi²⁰. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że w tym przypadku chodzi o wykorzystanie przez organy administracji publicznej prywatnoprawnych form organizacyjnych i działań, a nie uzyskanie pozycji osób prawa prywatnego i prywatnej autonomii, ponieważ rozszerzenie podstaw prawnych administracji publicznej o prawo prywatne dokonuje się na podstawie zasady prawa publicznego²¹. Jako miarodajne determinanty dokonywanego wyboru służyć mogą w konkretnym przypadku takie kryteria, jak prawnie legitymowany cel działania administracji

¹⁴ A. Mutius, *Kommunale Wirtschaftsbeätigung in Deutschland durch Einrichtungen und Unternehmen*, [w:] *Gospodarka, administracja, samorząd*, red. H. Olszewski, B. Popowska, Poznań 1997, s. 349. Zob. także D. Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtform*, Berlin 1984, s. 65.

¹⁵ Por. szerzej D. Ehlers, *Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen*, „DÖV” 1986, nr 21, s. 897.

¹⁶ A. Kaltz, *Kommunale Wirtschaft, Öffentliche Unternehmen zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb*, Stuttgart 2004, s. 41.

¹⁷ Por. H. Maurer, *op. cit.*; R. Schmidt, *op. cit.*, s. 110; R. Stober, *op. cit.*, s. 449.

¹⁸ R. Stober, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht: Zur Deregulierungsdebatte in Deutschland*, Köln-Berlin-Bonn 1997, s. 38.

¹⁹ S. Storr, *op. cit.*, s. 479; R. Stober, *Rückzug des Staates...*, s. 46.

²⁰ R. Stober, *op. cit.*

²¹ G. Püttner, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Düsseldorf 1975, s. 71–72.

publicznej oraz dostępne instrumenty sterowania, które są zależne od konkretnej formy prawnej. Wybór formy prawnej, w tym formy prawa prywatnego, jawi się jako wielopłaszczyznowy proces podejmowania decyzji przez organy administracji publicznej, który podlega intensywnemu spłotowi zależności wielu kryteriów.

V

Według H.U. Erichsena i W. Martensa odpowiednim obszarem do zastosowania form prawa prywatnego przez administrację publiczną są zadania administracji w obszarze użyteczności publicznej. Podobnie wypowiada się E. Schmidt-Assman, który za główne pole zastosowania prawnoprywatnych form organizacyjnych administracji publicznej uznał obszar użyteczności publicznej łącznie z zagwarantowaniem infrastruktury. W tym zakresie dominują formy prawa prywatnego (spółek) będące wynikiem prywatyzacji organizacyjnej i materialnej, której impulsem była regulacja prawa Unii Europejskiej, a także niektórych państw europejskich, uwalniająca administrację od wykonywania zadań świadczenia usług użyteczności publicznej i ograniczania ich do zapewnienia świadczenia usług przez sprywatyzowane spółki publiczne lub prywatne²². Część zadań i odpowiedzialności państwa przejmują podmioty prywatne, które tym samym uczestniczą w realizacji ustawowo określonej działalności administracji na rzecz dobra ogółu²³. Prywatnoprawna organizacja wykonywania zadań administracji skutkować może także możliwością wyłączenia stosowania określonych przepisów prawnych krępujących działania administracji. Nie można jednak zaakceptować przejawiającej się w ramach prywatyzacji organizacyjnej tendencji do uwolnienia się od związania prawem publicznym przez poddanie prywatyzowanych jednostek prawu prywatnemu.

Zalety prywatyzacji organizacyjnej polegają na uzyskaniu prywatnego kapitału i niedostępnej kompetencji, dotyczącej realizacji zadań administracji w sposób uwzględniający kryteria racjonalności gospodarczej i oddzielający cele oraz kompetencje administracyjne i gospodarcze. Oczywiście jest różnica między realizowaniem zadań publicznych przez organ administracji w ramach własnej działalności gospodarczej a realizowaniem zadań publicznych, powierzonych prywatnoprawnie zorganizowanym przedsiębiorstwom w warunkach konkurencji, wyznaczoną nie tylko możliwością osiągnięcia lepszego wyniku ekonomicznego, ale także odmiennością form kierowania, załatwiania spraw i stosowanych procedur²⁴. Wykorzystanie instrumentów o charakterze kooperacyjnym umożli-

²² E. Schmidt-Assmann, *op. cit.*, s. 371.

²³ F. Schoh, *op. cit.*, s. 139.

²⁴ P.M. Huber, *Miejsce administracji w strukturze podziału władz w warunkach dzisiejszych zadań administracji*, [w:] *Kierunki rozwoju prawa administracyjnego. Podstawowe zagadnienia prawa budowlanego i planowania przestrzennego*, Poznań 1999, s. 97.

wia administracji osiągnięcie założonych celów w sposób angażujący zainteresowane podmioty prywatne, często dysponujące specjalistyczną wiedzą, niedostępną administracji publicznej, co wpisuje się w koncepcję państwa kooperacyjnego i ogranicza nadmierną ingerencję w stosunki społeczne i rozbudowę aparatu administracyjnego, konieczną w przypadku realizacji zadań publicznych wyłącznie we własnym zakresie.

VI

Możliwość wyboru form organizacyjno-prawnych realizacji zadań publicznych skutkuje także zastosowaniem prywatnoprawnych form prawnych działania — umów prawa prywatnego, które są alternatywą jednostronnych i władczych aktów administracji publicznej. W związku z tym wobec podjętych uwag istotne jest zagadnienie konsekwencji wyboru przez administrację publiczną form działania prawa prywatnego. Najważniejszą z nich jest ta, że wykorzystując je, organy administracji publicznej w dalszym ciągu są związane przepisami prawa publicznego i występują w interesie publicznym, a formy te mają charakter techniczny i nie są przejawem działalności organów administracji publicznej w ramach prywatnej autonomii²⁵. Chodzi o to, aby udostępnić administracji publicznej swobodę elastycznego działania prawa prywatnego, nie zwalniając jej od związania prawem publicznym²⁶. Jest to konsekwencja zasady asymetrii, zgodnie z którą organy administracji publicznej są związane kompetencją i nie działają w przysługującej jednostkom przestrzeni swobody umownej²⁷. Zasadę wyraźnego, ustawowego upoważnienia do zawarcia umowy prawa prywatnego w szczególności musi respektować „kontraktująca” administracja. Regulacja ustawowa tworzy nie tylko ramy, ale też determinuje ukształtowanie warunków umowy. Jest to wymóg uzasadniony pozycją organów administracji publicznej, które, realizując zadania w formach prawa prywatnego, występują jako organy władzy publicznej (*imperium*) i w świetle obowiązujących zasad konstytucyjnych działają na podstawie i w granicach prawa. Zasada związania administracji publicznej obowiązującym prawem wyznacza dopuszczalny zakres swobody kontraktowania, ograniczony do realizacji zadań nałożonych na organy administracji publicznej na mocy obowiązującego prawa. Są to zadania uznawane za publiczne, a ich suma wyznacza zakres normatywnie wyznaczonej aktywności administracji publicznej — zarówno państwowej, jak i samorządowej. Należy przy tej okazji podkreślić, że nie każ-

²⁵ D. Ehlers, *Verwaltung...*, s. 267; D. Schmidt, *Die Unterscheidung von privaten und öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1985, s. 287–316.

²⁶ E. Schmidt-Assmann, *op. cit.*, s. 371.

²⁷ Zob. szerzej E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe, Grundlagen and Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin 2006, s. 231.

de zadanie może być realizowane w drodze umownej. Każdy przypadek umowy prawa prywatnego wykorzystywany przez organy administracji publicznej musi wynikać z mniej lub bardziej szczegółowego upoważnienia na gruncie obowiązującego prawa. Najistotniejszą konsekwencją wykorzystania umów prawa prywatnego jest zmiana „reżimu prawnego” podjętego działania, co może budzić wątpliwości z punktu widzenia kontroli (wpływu) organów państwowych nad działaniami w formach prywatnoprawnych. W związku z tym organy administracji publicznej są związane szczególnymi przepisami prawnymi o charakterze publicznoprawnym, uzupełniającymi lub modyfikującymi przepisy prawa prywatnego w zakresie wyznaczonym przez ich odpowiedzialność za realizację zadań publicznych. Nie mają więc pełnej swobody w ukształtowaniu treści powstałych stosunków prawnych.

VII

Elementem różnicującym administrację publiczną jest także zlecenie jej zadań przez dobrze znaną instytucję prawa administracyjnego. Podmiotami zleceń są podmioty prywatne, wyposażone w kompetencje władczego spełniania określonych zadań administracji, na podstawie wyraźnej podstawy prawnej o charakterze ustawowym, określającej rodzaj i zakres upoważnienia. Podmiot prywatny wykonujący zadania zlecone administracji publicznej w sensie funkcjonalnym staje się jej elementem i w tym zakresie podlega wymogom zasady legalności, która obowiązuje organy administracji państwowej, a realizowane działania są ze swej istoty działaniami administracji publicznej i nie są przejawem prywatyzacji zadań lub funkcjonalnej prywatyzacji²⁸. Jeżeli podmiot prywatny realizuje funkcje władzy państwa, podlega wymogowi demokratycznej legitymacji i nie ma roszczenia z prawa podstawowego. Rzecz oczywista, że poza sferą zadań zleconych podmiot prywatny nadal zajmuje pozycję podmiotu praw i wolności podstawowych wobec upoważniającego państwa²⁹. D. Ehlers stwierdza, że bez takiej publicznoprawnej decyzji zlecenia zadań administracji państwowej podmioty prywatne musiałyby być zakwalifikowane do podmiotów usytuowanych w przestrzeni skuteczności praw i wolności podstawowych³⁰. Pogląd D. Ehlersa zdaje się podzielać R. Scholz, który zaliczył zlecenie zadań administracji do kryteriów przyporządkowania do sfery władzy państwa, a nie do sfery skutków praw podstawowych³¹.

²⁸ *Ibidem*, s. 346.

²⁹ *Ibidem*, s. 345.

³⁰ D. Ehlers, *Verwaltung...*, s. 85.

³¹ H. Gersdorf, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftsprinzip*, Berlin 2000, s. 154.

VIII

Dopuszczalność wyboru prywatnoprawnych form organizacji, tak zwana ucieczka w prawo prywatne, jest źródłem ambiwalentnych ocen. Z jednej strony dostrzega się korzyści płynące z wykorzystania form organizacyjnych i działania prawa prywatnego, z drugiej podkreśla się konieczność przedstawienia konsekwencji wyboru określonej — prywatno- bądź publicznoprawnej, z punktu widzenia pewności — realizacji celów administracji publicznej. Takie podejście wynika z założenia, że istnieje współzależność między, z definicji, publicznym charakterem celów (zadań) administracji publicznej a wybraną formą organizacyjno-prawną ich realizacji. Dość powszechnie, nie bez racji, przyjmuje się, że formy prawa publicznego w większym stopniu niż prawa prywatnego gwarantują realizację zadań publicznych. Formy prawa publicznego tworzą warunki zapewniające ich realizację inaczej niż formy prywatnoprawne, które takiej gwarancji nie dają. Z tego chociażby powodu, z punktu widzenia prawa i polityki administracji, proces decyzyjny w odniesieniu do wyboru form organizacyjnych i działania administracji publicznej jest szczególnie skomplikowany. „Ucieczka” w kierunku form prawa prywatnego, będąca w praktyce niejednokrotnie pożądaną alternatywą, ukazuje wyraźnie nieunikniony konflikt pomiędzy publicznoprawnym obowiązkiem realizacji zadań publicznych a prywatnoprawną autonomią działania, orientowaną przez interes indywidualny. Wybór prywatnej formy organizacji i działania administracji publicznej jest tym samym zawsze decyzją naznaczoną konfliktem, którego nie można uniknąć ani poprzez konsekwentne ujednoczenie administracji, ani zrzucanie ciężarów wynikających z prawa publicznego poprzez wybór form prywatnoprawnych. Konflikty, jaki towarzyszy wyborowi formy prawnej, nie da się rozwiązać poprzez wyznaczenie szczegółowych kryteriów podejmowania takich decyzji. Jako miarodajne determinanty dokonywanego wyboru służyć mogą (w konkretnym przypadku) raczej takie kryteria, jak prawnie legitymowany cel działania administracji publicznej oraz dostępne instrumenty sterowania, zależne od konkretnej formy prawnej. Jak podnosi E. Schmidt-Assmann, forma organizacyjna prawa prywatnego w żadnym razie nie zapewnia realizacji interesu administracji. Formy prywatnoprawne orientują kryteria racjonalności rynku, co skutkuje ich odłączeniem od struktur administracyjnych³². Stwierdzenie to odnosi się do zjawiska powstawania „potężnych satelitów”, trudnych do ustawowego „oswojenia”³³, gdyż nierzadko wykorzystywanie prawa prywatnego przez administrację form organizacyjnych jest przejawem uchylenia się od związania prawem publicznym ze wszystkimi jego konsekwencjami, na przykład w zakresie możliwości kierowania i kontroli sądowej³⁴. Zastosowania prywatno-

³² *Ibidem*.

³³ F. Schoch, *op. cit.*, s. 137.

³⁴ *Ibidem*.

prawnych form organizacyjnych administracji orientowanych przez mechanizm rynkowy, w szczególności przez mechanizm konkurencji, który wyznacza nie tylko ich postępowanie, ale także jest gwarancją efektywności ekonomicznej, może doprowadzić do silnych tendencji niezależnienia się tych jednostek od systemów politycznych oraz do kolizji ich interesów z interesem publicznym³⁵.

W związku z tym pojawia się problem legitymacji inicjatyw założycielskich dotyczących realizacji zadań administracji publicznej w formach prawa prywatnego w tych przypadkach, gdy nie został zagwarantowany dominujący wpływ na ich działalność za pomocą odpowiednich instrumentów kontrolno-nadzorczych³⁶. Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika, że realizacja przez organy administracji publicznej zadań publicznych w formach prawa prywatnego nie oznacza, że działają one w przestrzeni wolnej od kontroli i obowiązku oddziaływania organów administracji publicznej³⁷. To oznacza, że w zakresie wyznaczonym realizacją zadań publicznych nie są one legitymowane przez wolności i prawa podstawowe.

Bibliografia

- Ehlers D., *Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen*, DÖV 1986, nr 21.
- Ehlers D., *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984.
- Erichsen H.U., Martens W., *Das Verwaltungshandels*, [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht*, red. H.U. Erichsen, W. Martens, Berlin-New York 1975.
- Fabry B., *Organisationsformen öffentlicher Unternehmen*, [w:] *Handbuch Unternehmen der Öffentlichen Hand*, red. B. Fabry, U. Augsten, Baden-Baden 2002.
- Gersdorf H., *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftsprinzip*, Berlin 2000.
- Huber P.M., *Miejsce administracji w strukturze podziału władz w warunkach dzisiejszych zadań administracji*, [w:] *Kierunki rozwoju prawa administracyjnego. Podstawowe zagadnienia prawa budowlanego i planowania przestrzennego*, Poznań 1999.
- Kaltz A., *Kommunale Wirtschaft, Öffentliche Unternehmen zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb*, Stuttgart 2004.
- Maurer H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1985.
- Mutius A., *Kommunale Wirtschaftsbetätigung in Deutschland durch Einrichtungen und Unternehmen*, [w:] *Gospodarka, administracja, samorząd*, red. H. Olszewski, B. Popowska, Poznań 1997.
- Püttner G., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Düsseldorf 1975.
- Rudolf W., *Verwaltungsorganisation*, [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht*, red. H.U. Erichsen, W. Martens, Berlin-New York 1975.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, s. 350.

³⁷ B. Fabry, *Organisationsformen öffentlicher Unternehmen*, [w:] *Handbuch Unternehmen der Öffentlichen Hand*, red. B. Fabry, U. Augsten, Baden-Baden 2002, s. 40–41.

- Schmidt D., *Die Unterscheidung von privaten und öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1985.
- Schmidt R., *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Berlin-Heidelberg 1998.
- Schmidt-Assmann E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, Grundlagen and Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin 2006.
- Schmidt-Assmann E., *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawno-administracyjnego*, Warszawa 2011.
- Schoch F., *Miejsce administracji w strukturze podziału władz w warunkach aktualnych zadań administracji*, [w:] *Kierunki rozwoju prawa administracyjnego. Podstawowe zagadnienia prawa budowlanego i planowania przestrzennego*, Poznań 1999.
- Stober R., *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen und Prinzipien Wirtschaftsverfassungsrecht*, Stuttgart-Berlin-Köln 1986.
- Stober R., *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht: Zur Deregulierungsdebatte in Deutschland*, Köln-Berlin-Bonn 1997.
- Storr S., *Der Staat als Unternehmer*, Tübingen 2001.
- Strzyczkowski K., *Prywatyzacja (organizacyjna) przedsiębiorstw publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, nr 12.

On the privatization of forms of organization and operation as sources of diversity of public administration

Summary

Among the development trends of contemporary administration having a significant importance for the structure of public administration, decentralization and pluralization of public administration, understood as delegating public service missions to private entities, should receive special attention. The state and its administration withdraws from performing public administrative tasks by privatizing organizational units (organizational privatization) or by privatizing tasks (material privatization) performing a public service mission. The general assumption is made that the differentiating factor is the use of private law forms in public administration activity. As a result, public administration is organizationally and functionally diverse, which on the one hand creates the conditions for the selection of the most effective solutions from the point of view of achieving the objectives of public administration. However, on the other, it creates the conditions for a conflict between the obligation of the public administration to act solely for the common good and separate interests of the private entities entrusted to carry out public administration tasks.

Keywords: decentralization, structure of public administration, democratic legitimacy, private legal form of public administration, compliance.